



TECNOLÓGICO
DE MONTERREY.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2015

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES



*Annuario giuridico della — Law Yearbook of the
Università degli Studi di Perugia*

International Annual Review in collaboration with
Tecnológico de Monterrey (Campus de Ciudad de México) &
Escuela Libre de Derecho (México)

Editor in Chief Antonio Palazzo - Università di Perugia

Co-Editor in Chief Mario I. Álvarez Ledesma - Tecnológico de Monterrey

Scientific Board

Franco Anelli, *Università Cattolica del Sacro Cuore*, Rainer Arnold, *Universität Regensburg*, Mario Ascheri, *Università Roma Tre*, Antonio Bartolini, *Università di Perugia*, Maurizio Borghi, *Bournemouth University*, Mauro Bove, *Università di Perugia*, Francesco D. Busnelli, *Scuola Superiore S. Anna Pisa*, Hedley Christ, *University of Brighton*, Marco Comporti, *Università di Siena*, Juan Luis González Alcántara Carrancá, *Universidad Nacional Autónoma de México*, Francesco P. Luiso, *Università di Pisa*, Agustín Luna Serrano, *Académie des Privatistes Européens*, Maurizio Lupoi, *Università di Genova*, Giovanni Marini, *Università di Perugia*, Salvatore Mazzamuto, *Università Roma Tre*, Carlo Mazzù, *Università di Messina*, Manuel A. Munive Páez, *Escuela Libre de Derecho México*, Andrea Orestano, *Università di Perugia*, Massimo Paradiso, *Università di Catania*, Calogero Pizzolo, *Universidad de Buenos Aires*, Vito Rizzo, *Università di Perugia*, Umberto Santarelli, *Università di Pisa*, Andrea Sassi, *Università di Perugia*, Francesco Scaglione, *Università di Perugia*, Peter Stein, *University of Cambridge*, Ferdinando Treggiari, *Università di Perugia*, Andrea Trisciuglio, *Università di Torino*, Marco Ventura, *Universiteit Leuven*, *Università di Siena*, David Zammit, *University of Malta*, Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*, *Università degli Studi Internazionali di Roma*.

Editorial Board of Europe

Managing Editors: Valentina Colcelli (valentina.colcelli@progetti.unipg.it); Andrea Sassi (andrea.sassi@unipg.it); Stefania Stefanelli (stefania.stefanelli@unipg.it). Members: Silvio Pietro Cerri; Roberto Cippitani.

Editorial Board of Latin America

Managing Editor: Manuel A. Munive Páez (mmunive@eld.edu.mx). Members: José Castillo Nájera; Carlos Ortega.

Peer Review and Open Access Journal

ISSN 1722-1110

2015

Registration at the Tribunale di Perugia on 24 July 2003, no. 33

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 5-52 FEDERICA MARABINI
L'intervento regolatorio in tema di crowdfunding. Per una teoria della regolazione
- 53-90 STEFANIA STEFANELLI
Famiglia biologica e tutela dell'affettività in Italia e in Europa
- 91-124 JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO
La alianza del Pacífico dentro del contexto de la integración jurídica latino-americana
- 125-170 SILVIO PIETRO CERRI
Profili dell'accettazione dell'eredità nel sistema italiano
- 171-208 VITTORIA IMMACOLATA ARCOVIO
Homosexualite et non-discrimination: l'exhortation de l'UE
- 209-228 AURORA VESTO
Rent to buy: un nuovo contratto o un semplice déjà vu?
- 229-254 ALBERTO MARCHESI
La negoziazione dei derivati finanziari: un gioco proibito?
- 255-282 MICHELANGELO DE DONNO
I certificati di risparmio energetico come nuovi beni nello spazio giuridico europeo

- 283-312 CARMINE LAZZARO
*La formazione “progressiva o successiva” del contratto: il preliminare di pre-
liminare, da negozio inutile a contratto innominato*
- 313-356 FRANCESCO SCAGLIONE
Contributo allo studio del contratto pregiudizievole
- 357-394 ROBERTO CIPPITANI
Fall of the empire of the exchange (Within eu public and private contract law)
- 395-400 HELLEN PACHECO
*Trans-pacific partnership: juridical integration on cooperation about
traditional knowledge related genetic resources*
- 401-420 ELION FARRUKU
*Interruzione della gravidanza e pianificazione familiare in Polonia.
Dibattito sull’abolizione dell’aborto*

Overviews

- 421-422 *Profili multidisciplinari del parto anonimo dopo la declaratoria di
incostituzionalità. Note a margine di un recente saggio* [BRUNO DE FILIPPIS]
- 423-432 *Tra statuto normativo della proprietà e diritto ‘vivente’. Note a margine
di un recente saggio* [ADRIANO PISCHETOLA]
- 433-463 *Assegnazione della casa familiare e tutela del terzo acquirente
(nota a Cass., 22 luglio 2015, n. 15367)* [GIANCARLO SAVI]

FEDERICA MARABINI (*)

L'INTERVENTO REGOLATORIO
IN TEMA DI CROWDFUNDING.
PER UNA TEORIA DELLA REGOLAZIONE

ABSTRACT: This study wants to define, according to regulation theories, the regulatory intervention made by the Italian legislator on crowdfunding and to analyze its role and rules. The second step was trying to understand whether the public special and sectorial regulation taken *ex ante* was necessary, if it was responsible of a limitation in crowdfunding itself, and/or if it had a negative effect in the reference market and in its development.

SOMMARIO: 1. Definizione di crowdfunding. — 2. La normativa italiana. — 3. Scopo dell'intervento regolatorio. — 4. Teorie della regolazione. — 5. La regolazione del sistema finanziario. — 6. L'intervento del legislatore italiano.

1. — *Definizione di crowdfunding.*

Scopo del presente lavoro è quello di cercare di comprendere se il legislatore italiano nell'adottare la normativa settoriale in tema di crowdfunding⁽¹⁾,

(*) Università degli Studi di Perugia

(1) Normativa primaria: c.d. *Decreto Crescita 2.0* (d.l., convertito con modificazioni in l. 221 del 17 dicembre 2012, art. 30), che, tra l'altro, ha inserito nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza - T.U.F.) i commi 5-*novies* e 5-*decies* dell'art. 1, gli artt. 50-*quinquies* e 100-*ter*, e ha modificato l'art. 190 (una intera sezione del decreto contiene «*Misure per la nascita e lo sviluppo di imprese start up*» - artt. 25-32) cui ha fatto seguito la l. 24 marzo 2015, n. 33 di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, recante «*misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*» (c.d. decreto «*Investment compact*») con correlata modifica degli artt. 50-*quinquies* e 100-*ter* del TUF; normativa secondaria: «*Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali on-line ai sensi dell'articolo 50-quinquies e dell'articolo 100-ter del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni*» emanato dalla Consob con la delibera 18592/2013 ed entrato in vigore il 27 luglio 2013, consultabile su <http://www.consob.it>.

sia incorso in arbitraggio regolamentare atto a limitare lo stesso fenomeno che si era prefissato di disciplinare/promuovere. Previa analisi dei principali aspetti della regolazione⁽²⁾ si tenterà, inoltre, di qualificare l'intervento regolatorio di che trattasi alla luce dei principi e presupposti sottesi alle principali teorie della regolazione, così da tentare di comprendere se, l'intervento

⁽²⁾ M. ARMSTRONG, D. SAPPINGTON, *Recent developments in the theory of regulation*, Working Paper, 2003; D.P. BARON, D. BESANKO, *Regulation, asymmetric information and auditing*, *Rand Journal of Economics*, 1984, p. 447; D.P. BARON, R. MYERSON, *Regulating a monopolist with unknown costs*, *Econometrica*, 1982, p. 911; W. BAUMOL et al., *Weak invisible hand theorems on the sustainability of prices in a multiproduct natural monopoly*, *American Economic Review*, 1977, p. 350; W. BAUMOL et al., *Contestable markets and the theory of industry structure*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1982; R. BEARD et al., *Regulation, vertical integration, and sabotage*, *Journal of Industrial Economics*, 2001, 49, pp. 319-333; H. DEMSETZ, *Toward a theory of property rights*, *American Economic Review*, 1967, pp. 347-359; P.L. JOSKOW, *Inflation and environmental concern: structural change in the process of public utility price regulation*, *Journal of Law and Economics*, 1974, 17, pp. 291-327; J.J. LAFFONT, D. MARTIMORT, *The theory of incentives. The principal-agent model*, Princeton, Princeton University Press, 2002; J.J. LAFFONT, J.C. ROCHET, *Regulation of a risk-averse agent*, *Games and Economic Behaviour*, 1998, 25, pp. 199-213; J.J. LAFFONT, J. TIROLE, *A theory of incentives in procurement and regulation*, Cambridge, MIT Press. Lee S.H., 1993; J. HAMILTON, *Using market structure to regulate a vertically integrated monopolist*, *Journal of Regulatory Economics*, 1999, 15, pp. 223-248; T. LEWIS, D. SAPPINGTON, *Regulating a monopolist with unknown demand*, *American Economic Review*, 1988, 78, pp. 986-998; R.J. MACKAY et al., *Public choice and regulation*, Stanford (CA), Hoover Institution Press, 1987; E.O. OLSEN, *An economic analysis of rent control in new York City*, *Journal of Political Economy*, 1972, 80, pp. 1081-1100; M.E. SANDERS, *The regulation of natural gas. Policy and politics 1938-1978*, Philadelphia, Temple University Press, 1981; D. SAPPINGTON, *Optimal regulation of research and development under imperfect information*, *Bell Journal of Economics*, 1982, 13, pp. 354-368; C. SCARPA, *Minimum quality standards with more than two firms*, *International Journal of Industrial Organization*, 1998, 16, pp. 665-676; K. SCHMIDT, *The costs and benefits of privatization*, Bonn, Bonn Universität, 1990, Discussion Paper A330; C. SHAPIRO, R.D. WILLIG, *Economic rationales for the scope of privatization*, Princeton, Princeton University Press, 1990; D. SINISCALCO et al., *Regulation and privatization: the case of electricity*, in G. AMATO (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Elgar, 2001, pp. 220-244; P.T. SPILLER, *Politicians, interest groups and regulators: a multiple principals agency theory of regulation*, *Journal of Law and Economics*, 1990, 33, pp. 65-101; G. STIGLER, *The theory of economic regulation*, *Bell Journal of Economics*, Spring, 1971, pp. 3-21; O.E. WILLIAMSON, *Franchise bidding for natural monopolies*, *Bell Journal of Economics*, Spring, 1976, pp. 73-104. Per un dissertazione sulle tematiche afferenti alla regolazione si veda: D. BARDEY, A. PIOLATTO, *La teoria della regolazione e le sue prospettive*, IV, *Economia, Politica, Diritto Degli Idrocarburi*, p. 351, consultabile su http://www.treccani.it/export/sites/default/Portale/site/altre_aree/Tecnologia_e_Scienze_applicate/enciclopedia/italiano_vol_4/351-366_x6.2x_ita.pdf.

regolatorio pubblico ex ante, possa o meno aver inciso negativamente sul mercato di riferimento e sulle dinamiche di sviluppo dello stesso e possa determinare risultati inefficienti a discapito del mercato e degli operatori

Con il termine crowdfunding in base alla definizione resa dalla Commissione UE nella Comunicazione *Sfruttare il potenziale del crowdfunding nell'Unione europea* ci si riferisce in via generale ad: «un invito pubblico a raccogliere fondi per un progetto specifico»⁽³⁾ ossia, come precisato dalla Consob⁽⁴⁾, al processo con cui più persone (“folla” o *crowd*) conferiscono somme di denaro (*funding*), anche di modesta entità, per finanziare un progetto imprenditoriale o iniziative di diverso genere utilizzando siti internet (“piattaforme” o “portali”)⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Comunicazione della Commissione UE “*Sfruttare il potenziale del crowdfunding nell'Unione europea*” del 27 marzo 2014, COM(2014) 172 final, consultabile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52014DC0172>.

⁽⁴⁾ Definizione tratta dal documento Consob: «Equity Crowdfunding: Cosa devi assolutamente sapere prima di investire in una “Start-Up Innovativa” Tramite Portali On-Line», consultabile su <http://www.consob.it/main/trasversale/risparmiatori/investor/crowdfunding/index.html#c1>.

⁽⁵⁾ S. HANKS, G. ROMANO, E. TONELLI, *Madness of Crowds or Regulatory Preconception?: The Weak Foundation of Financial Crowdfunding Regulation in the US and Italy*, in *European Company Law*, 2014, vol. 11, Issue 5, October 2014, p. 237 ss.; C. NIGRO, V. SANTORO, *The Quest for Innovative Entrepreneurship and the Italian Regime for Equity Crowdfunding*, ibidem, in *European Company Law*, 2014, vol. 11, Issue 5, October 2014, p. 229; E. BRODI, M. MOTTERLINI, *Choice Architecture Matters: The Case of Investor Protection within the Italian Crowdfunding Market*, in *European Company Law*, 2014, vol. 11, Issue 5, October 2014, p. 253; U. PIATTELLI, *Il crowdfunding in Italia, una regolamentazione all'avanguardia o un'occasione mancata?*, Torino, 2013, p. 2; G. COLETTI, *Il crowdfunding locale supporta le reti territoriali*, in www.ilsole24ore.com, 18 dicembre 2013; F. D'AMATO, A. MICONI, *Produzione culturale, crowdfunding e capitale sociale: uno studio empirico su produzioni dal basso*, in *Sociologia della comunicazione*, 2012, p. 43; E. MOLLICK, *The dynamics of crowdfunding: An exploratory study*, in *Journal of Business Venturing*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2088298; S. BRADFORD, *Crowdfunding and the federal Securities laws*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2066088; D. CASTRATARO, I. PAIS, *Analisi delle piattaforme italiane di Crowdfunding*, in <http://www.slideshare.net/italiancrowdfunding/analisi-delle-piattaforme-italiane-di-crowdfundingottobre-2013>; D. CASTRATARO, T. WRIGHT, *The future of crowdfunding*, in <http://www.slideshare.net/crowdfuture/ebook-crowdfuture>, settembre 2013; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2013; A. BOLLETTINARI, *Il crowdfunding: la raccolta del capitale tramite piattaforme on-line nella prassi e nella recente legislazione*, in *Nuovo diritto delle società*, 2013, pp. 9-35; P. BELLEFLAMME, T. LAMBERT, A. SCHWIENBACHER, *Crowdfunding: Tapping the right crowd*, in *Journal of Business Venturing*, 2011; C.S. BRADFORD, *Crowdfunding and*

In base al tipo di rapporto che si instaura tra il soggetto che conferisce e quello che ha richiesto il conferimento (finanziamento) si distinguono vari modelli di crowdfunding; la distinzione più rilevante si rinviene tra modelli di crowdfunding con ritorno finanziario (*crowd lending e crowd investing*)⁽⁶⁾, come

the federal securities law, in *Columbia Law Review*, 2012; C. CALVERI, R. ESPOSITO, *Crowdfunding 2013 world: report, analisi e trend*, in <http://www.slideshare.net/DeRevOfficial/derev-crowdfunding-world-2013-report-analisi-e-trend>; D. CASTRATARO, T. WRIGHT, *The future of crowdfunding*, in <http://www.slideshare.net/crowdfuture/ebook-crowdfuture>, 2013; V. CHIONNA, *Strumenti finanziari e prodotti finanziari nel diritto italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, p. 1; A. CORTESE, *The crowdfunding crowd is anxious*, in *www.nytimes.com*, 5 gennaio 2013; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2013; R. CULICCHI, *Prime considerazioni sul nuovo regolamento CONSOB in tema di equità crowdfunding*, in <http://www.dirittobancario.it>, 2013; G. FERRARINI, *I costi dell'informazione societaria per le PMI: mercati alternativi, "crowdfunding" e mercati privati*, in *Analisi giuridica economica*, 2013, p. 203; C. FONTINA, *Crowdfunding, mercato in crescita dopo il regolamento Consob*, in *www.ilsole24ore.com*, 24 ottobre 2013; T.L. HAZEN, *Crowdfunding or Fraudfunding? Social Networks and the Securities Laws – Why the Specially Tailored Exemption Must be Conditioned on Meaningful Disclosure*, in *North Carolina Law Review*, 20 maggio 2012; J. HOWE, *Crowdsourcing il valore partecipativo come risorsa per il futuro del business*, Bologna, 2010; A. LEY, S. WEAVER, *Exploring agency dynamics of crowdfunding in start-up capital financing*, in *Academy of Entrepreneurship Journal*, 2013; G. LOMBARDI, *Decreto Sviluppo 2.0: start-up, crowdfunding e Sir John Hawkwood*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 22 ottobre 2012; E.R. MOLICK, *The dynamics of crowdfunding: An Exploratory study*, in *Journal of Business Venturing*, 26 giugno 2013; G. MOSCA, *Il futuro del crowdfunding in Italia*, in *www.ilsole24ore.com*, ottobre 2013; U. PIATTELLI, *Il crowdfunding in Italia una regolamentazione all'avanguardia o un'occasione mancata?*, Torino, 2013; J. WORTHAM, *Start-Ups Look to the Crowd*, in *www.nytimes.com*, 29 aprile 2012; J. WORTHAM, *Success of Crowdfunding Puts Pressure on Entrepreneurs*, in *www.nytimes.com*, 17 settembre 2012.

⁽⁶⁾ A) *Crowd investing*: - modelli basati sulla partecipazione agli utili (profit-sharing crowdfunding) promettono una parte degli utili che saranno realizzati dal progetto finanziato; - modelli basati sui titoli (securities-based crowdfunding come) comportano l'emissione di titoli azionari o di debito a favore dei partecipanti. Rispetto alla IPO (offerta pubblica iniziale), la differenza ad esempio è che le azioni emesse sono solitamente non negoziate sul mercato secondario e non comportano alcuna sottoscrizione. B) *Crowd lending*: consentono di prendere in prestito denaro dai partecipanti impegnandosi a rimborsare il capitale a determinate condizioni, con (o in alcuni casi senza) gli interessi (ad esempio i consumatori che prendono in prestito piccole somme di denaro attraverso il crowdfunding per ristrutturare la propria abitazione, finanziarsi gli studi, ecc. oppure imprese che ricorrono al crowdfunding per finanziare alcune nuove operazioni). Ne è un esempio il prestito peer-to-peer: il pubblico presta denaro a un'impresa in base al presupposto che questo verrà ripagato con gli interessi. È una situazione molto simile a quella del finanziamento bancario se non per il fatto che il prestito viene concesso da un numero rilevante di investitori. Cfr. M. FERRAN-

ad esempio il modello di *equity crowdfunding*⁽⁷⁾ e *crowdfunding* senza ritorno finanziario⁽⁸⁾.

A differenza dei modelli senza ritorno finanziario, i modelli di crowdfunding con ritorno finanziario necessitano ai fini della loro attuazione che siano rispettate tanto le disposizioni di cui ai regolamenti UE relativi: ai

DO, *Social lending, ecco perché Bankitalia ha espulso Zopa*, in *www.ilsole24ore.com*, 15 luglio 2009; A. MAZZA, *Smartika riparte dal social lending*, in *BancaFinanza*, maggio 2013; G. BOURSIER, *Il prestito privato. In tempi di crisi economica, mentre le banche stringono sui crediti a famiglie e imprese, si diffonde anche in Italia il social lending: il privato presta a privati, e tutti ci guadagnano*, in *www.corriere.it*, 23 gennaio 2013; M. CERAN, *Social lending, quando il finanziamento si chiede alla Rete*, in *www.corriere.it*, 29 maggio 2013.

⁽⁷⁾ Per *equity crowdfunding* si intende, in particolare, la fattispecie che consente tramite l'investimento on-line di acquistare un vero e proprio titolo di partecipazione in una società: in tal caso, la "ricompensa" per il finanziamento è rappresentata dal complesso di diritti patrimoniali e amministrativi che derivano dalla partecipazione nell'impresa (così CONSOB, *Equity Crowdfunding: Cosa Devi Assolutamente Sapere Prima Di Investire In Una "Start-Up Innovativa" Tramite Portali On-Line*, cit.). Quella del finanziamento azionario è una pratica ben radicata e il private equity, il venture capital e gli investitori informali (angel) svolgono da tempo un ruolo importante nello sviluppo delle imprese. La principale differenza tra l'*equity crowdfunding* e questi modelli tradizionali è che invece di instaurare un rapporto uno ad uno esso è aperto a un'ampia gamma di investitori potenziali, alcuni dei quali potrebbero essere anche attuali o futuri clienti. L'*equity crowdfunding* funziona facendo incontrare le imprese con i potenziali investitori informali tramite una piattaforma su internet. A.M. LERRO, *Equity crowdfunding, Investire e finanziare l'impresa tramite internet*, Milano, 2013, p. 26; M. PINTO, *L'equity based crowdfunding in Italia al di fuori delle fattispecie regolate dal "Decreto Crescita"*, in *Le Società*, 2013, p. 818.

⁽⁸⁾ Si parla in tal caso di: A) *Crowdfunding per beneficenza*: I privati donano piccoli importi per contribuire ai più ampi obiettivi di finanziamento di un determinato progetto caritativo senza ricevere nessuna compensazione finanziaria o materiale. In caso di finanziamento raccolto per un progetto specifico, per un periodo di tempo determinato e promosso attraverso internet e i media sociali, si parla di donation-based crowdfunding (modello di crowdfunding basato sulle donazioni. B) *Crowd sponsoring*: le campagne di crowdfunding, possono anche offrire una contropartita ai partecipanti: rewards-based crowdfunding (modello di crowdfunding basato sulle ricompense) o di pre-sales crowdfunding (modello di crowdfunding basato sulle pre vendite) quando i partecipanti ottengono in cambio qualcosa di simbolico, come la possibilità di partecipare all'esperienza culturale che essi finanziano (ad esempio l'apparizione come comparsa in un film) o un prodotto che è stato sviluppato e prodotto con i fondi raccolti.

requisiti patrimoniali⁽⁹⁾, ai fondi europei per il venture capital e fondi europei per l'imprenditoria sociale⁽¹⁰⁾ alla negoziazione di strumenti finanziari⁽¹¹⁾, quanto le disposizioni europee e nazionali contenute e trasposte in attuazione delle direttive UE relative: al prospetto⁽¹²⁾, ai servizi di pagamento⁽¹³⁾, ai mercati degli strumenti finanziari⁽¹⁴⁾, ai requisiti patrimoniali (CRD IV)⁽¹⁵⁾, ai gestori di fondi di investimento alternativi⁽¹⁶⁾, ai contratti

⁽⁹⁾ Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 (GU L 176 del 27 giugno 2013, p. 1).

⁽¹⁰⁾ Regolamento (UE) n. 345/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2013, relativo ai fondi europei per il venture capital (GU L 115 del 25 aprile 2013, p. 1). Regolamento (UE) n. 346/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2013, relativo ai fondi europei per l'imprenditoria sociale (GU L 115 del 25 aprile 2013, p. 18).

⁽¹¹⁾ Regolamento UE 600/2014, che disciplina principalmente gli aspetti relativi alla negoziazione di strumenti finanziari – MiFIR che dovrà trovare applicazione entro il 3 gennaio 2017.

⁽¹²⁾ Direttiva 2003/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2001/34/CE (GU L 345 del 31 dicembre 2003, p. 64).

⁽¹³⁾ Direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE (GU L 319 del 5 dicembre 2007, p. 1). La direttiva relativa ai servizi di pagamento potrebbe essere applicata anche al *crowd sponsoring*, nel caso in cui il modello commerciale adottato sia tale da rientrare nel campo di applicazione di questo strumento.

⁽¹⁴⁾ Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio (GU L 145 del 30 aprile 2004, p. 1) - MiFID I, Markets in Financial Instruments Directive oltre che della . Direttiva 2014/65/UE, c.d. MiFID II, il cui recepimento dovrà essere operato dagli Stati Membri entro il luglio 2016.

⁽¹⁵⁾ Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE (GU L 176 del 27 giugno 2013, p. 338).

⁽¹⁶⁾ Direttiva 2011/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, sui gestori di fondi di investimento alternativi, che modifica le direttive 2003/41/CE e

di credito ai consumatori⁽¹⁷⁾ alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari⁽¹⁸⁾.

2. — *La normativa italiana.*

Come detto, il legislatore Italiano, al pari di altri Paesi⁽¹⁹⁾ ed a differenza di altri che si sono limitati a dettare meri orientamenti, ha inteso promuovere un'azione normativa volta a disciplinare o tentare di disciplinare tale forma di finanziamento; la normativa italiana in tema di *crowdfunding* è stata introdotta (in origine) allo scopo di promuovere lo sviluppo delle *start-up* innovative agevolandone l'accesso al risparmio del pubblico⁽²⁰⁾ e contem-

2009/65/CE e i regolamenti (CE) n. 1060/2009 e (UE) n. 1095/2010 (GU L 174 del 1° luglio 2011, p. 1).

⁽¹⁷⁾ Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE (GU L 133 del 22 maggio 2008, p. 66).

⁽¹⁸⁾ Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE (GU L 271 del 9 ottobre 2002, p. 16).

⁽¹⁹⁾ Per un'analisi delle normative adottate in alcuni Paesi del mondo in tema di *crowdfunding* si veda: *Review of Crowdfunding Regulation Interpretations of existing regulation concerning crowdfunding in Europe, North America and Israel*, published by the *European Crowdfunding Network AISBL*, 2014, consultabile su <http://www.eurocrowd.org/files/2014/12/ECN-Review-of-Crowdfunding-Regulation-2014.pdf>.

⁽²⁰⁾ In merito alla disciplina delle *start-up* innovative si vedano tra gli altri: A. SACRESTANO, *Nelle start up innovative diritti speciali legati alle quote*, in *Sole24Ore*, 8 luglio 2013; G. ANDREANI, A. TUBELLI, *Apporti di opere e servizi a favore di «start up» innovative e incubatori certificati*, in *Corr. trib.*, 2013, pp. 1903-1909; R. CIFARELLI, *Le start-up innovative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 245-249; E. FREGONARA, *La start up innovativa*, Milano, 2013; M.R. GHEIDO, A. CASOTTI, *Incentivi alle start up innovative*, in *Dir. e prat. lav.*, 2012, p. 2651; G. MASARÀ, *Considerazioni sulle s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e start up innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013*, in *Società*, 2013, p. 1086; E. PUCCI, L. SCAPPINI, *Gli strumenti di finanziamento per le Pmi previsti dal Decreto Crescita*, in *Il Fisco*, 2012, p. 6085; S. ZARBO, *Start-up innovative: il Regolamento per il «Crowdfunding»*, *Finanziamenti su misura news*, 2013, p. 11.

pla la sola fattispecie di *equity-crowdfunding*. Il processo normativo in tema di crowdfunding è stato avviato nel nostro ordinamento quanto alla normativa primaria con il c.d. *Decreto Crescita 2.0* (d.l. 179 del 18 ottobre 2012, convertito con modificazioni in l. 221 del 17 dicembre 2012, art. 30), che, tra l'altro, ha inserito nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza - T.U.F.) i commi 5-*novies* e 5-*decies* dell'art. 1, gli artt. 50-*quinquies* e 100-*ter*, e ha modificato l'art. 190 (una intera sezione del Decreto contiene *Misure per la nascita e lo sviluppo di imprese start up* – artt. da 25 a 32) e, quanto alla normativa secondaria, con il Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio da parte delle imprese start-up innovative tramite portali on-line emanato dalla Consob con la delibera 18592/2013 ed entrato in vigore il 27 luglio 2013⁽²¹⁾. In origine la normativa sia primaria che secondaria consentiva alle sole start-up innovative la facoltà di poter accedere al finanziamento tramite l'*equity crowdfunding*. Tale scelta legislativa non ha trovato il *favor* della Commissione UE che l'ha qualificata come: «*a contradiction to the clear intention of the European Commission to support the Crowdfunding raising on a wider basis*»⁽²²⁾.

Con la promulgazione della legge 24 marzo 2015, n. 33 di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, recante *Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti* (c.d. decreto “Investment compact”) ferma la limitazione alla sola fattispecie di *equity crowdfunding*, è stata introdotta la figura giuridica delle Piccole e Medie Imprese Innovative (PMI innovative)⁽²³⁾ estendendosi a tale nuova figura (oltreché ai fondi di

⁽²¹⁾ *Regolamento sulla raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali online ai sensi dell'articolo 50-quinquies e dell'articolo 100-ter del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni*, consultabile su <http://www.consob.it>.

⁽²²⁾ *Review of Crowdfunding Regulation Interpretations of existing regulation concerning crowdfunding in Europe, North America and Israel*, ottobre 2013 consultabile su <http://www.eurocrowd.org>.

⁽²³⁾ Art. 4, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, *Piccole e medie imprese innovative* (consultabile su <http://www.governo.it/backoffice/allegati/77749-9953.pdf>) per come modificato dalla l. 24 marzo 2015, n. 33, «Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti (15G00048) (in GU n. 70 del 25 marzo 2015 - Suppl. Ordinario n. 15: «1. Per “piccole e medie imprese innovative”, di seguito “PMI innovative”, si intendono le PMI, come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE società’ di capitali, costituite anche in forma cooperativa, che possiedono i seguenti requisiti: a) la residenza in Italia

investimento e a società che investono prevalentemente in start-up e PMI innovative) la possibilità di effettuare offerte di capitale di rischio tramite i portali on-line ⁽²⁴⁾.

A fronte di tali modifiche è intervenuta la correlata modifica degli articoli

ai sensi dell'articolo 73 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, o in uno degli Stati membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'accordo sullo spazio economico europeo, purché abbiano una sede produttiva o una filiale in Italia; b) la certificazione dell'ultimo bilancio e dell'eventuale bilancio consolidato redatto da un revisore contabile o da una società di revisione iscritti nel registro dei revisori contabili; c) le loro azioni non sono quotate in un mercato regolamentato;»; d) l'assenza di iscrizione al registro speciale previsto all'articolo 25, comma 8, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221; e) almeno due dei seguenti requisiti: 1) volume di spesa in ricerca e sviluppo e innovazione in misura uguale o superiore al 3 per cento della maggiore entità fra costo e valore totale della produzione della PMI innovativa. Dal computo per le spese in ricerca e sviluppo e innovazione sono escluse le spese per l'acquisto e per la locazione di beni immobili, nel computo sono incluse le spese per acquisto di tecnologie ad alto contenuto innovativo. Ai fini del presente decreto, in aggiunta a quanto previsto dai principi contabili, sono altresì da annoverarsi tra le spese in ricerca e sviluppo e innovazione: le spese relative allo sviluppo precompetitivo e competitivo, quali sperimentazione, prototipazione e sviluppo del piano industriale; le spese relative ai servizi di incubazione forniti da incubatori certificati come definiti dall'articolo 25, comma 5, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221; i costi lordi di personale interno e consulenti esterni impiegati nelle attività di ricerca e sviluppo e innovazione, inclusi soci ed amministratori; le spese legali per la registrazione e protezione di proprietà intellettuale, termini e licenze d'uso. Le spese risultano dall'ultimo bilancio approvato e sono descritte in nota integrativa; 2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al quinto della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero, ovvero, in percentuale uguale o superiore a un terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di laurea magistrale ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 22 ottobre 2004, n. 270; 3) titolarità, anche quali depositarie o licenziatarie di almeno una privativa industriale, relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale ovvero titolarità dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore, purché tale privativa sia direttamente afferente all'oggetto sociale e all'attività di impresa».

⁽²⁴⁾ Sono state apportate, inoltre, ulteriori modifiche introducendosi un regime di dematerializzazione del trasferimento delle quote di start-up innovative e PMI innovative, in deroga alla disciplina ordinaria, utilizzabile sia in sede di sottoscrizione che di successivo trasferimento delle quote offerte tramite i portali oltre ad altre modifiche riguardanti la disciplina delle start-up innovative.

50-quinquies e 100-ter del TUF⁽²⁵⁾ e la Consob ha avviato una consultazione

⁽²⁵⁾ Capo III-*quater* - *Gestione di Portali per la Raccolta di Capitali per le Start-Up Innovative e le Pmi Innovative* – Art. 50-*quinquies* - *Gestione di portali per la raccolta di capitali per start-up innovative e PMI innovative*. «1. È gestore di portali il soggetto che esercita professionalmente il servizio di gestione di portali per la raccolta di capitali per le start-up innovative, per le PMI innovative, per gli organismi di investimento collettivo del risparmio e per le società di capitali che investono prevalentemente in start-up innovative e in PMI innovative ed è iscritto nel registro di cui al comma 2. / 2. L'attività di gestione di portali per la raccolta di capitali per le start-up innovative per le PMI innovative, per gli organismi di investimento collettivo del risparmio e per le società di capitali che investono prevalentemente in start-up innovative e in PMI innovative è riservata alle imprese di investimento e alle banche autorizzate ai relativi servizi di investimento nonché ai soggetti iscritti in un apposito registro tenuto dalla Consob, a condizione che questi ultimi trasmettano gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale esclusivamente a banche e imprese di investimento. Ai soggetti iscritti in tale registro non si applicano le disposizioni della parte II, titolo II, capo II e dell'articolo 32. / 3. L'iscrizione nel registro di cui al comma 2 è subordinata al ricorrere dei seguenti requisiti: a) forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa; b) sede legale e amministrativa o, per i soggetti comunitari, stabile organizzazione nel territorio della Repubblica; c) oggetto sociale conforme con quanto previsto dal comma 1; d) possesso da parte di coloro che detengono il controllo e dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla Consob; e) possesso da parte dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo, di requisiti di professionalità stabiliti dalla Consob. / 4. I soggetti iscritti nel registro di cui al comma 2 non possono detenere somme di denaro o strumenti finanziari di pertinenza di terzi. / 5. La Consob determina, con regolamento, i principi e i criteri relativi: a) alla formazione del registro e alle relative forme di pubblicità; b) alle eventuali ulteriori condizioni per l'iscrizione nel registro, alle cause di sospensione, radiazione e riammissione e alle misure applicabili nei confronti degli iscritti nel registro; c) alle eventuali ulteriori cause di incompatibilità; d) alle regole di condotta che i gestori di portali devono rispettare nel rapporto con gli investitori, prevedendo un regime semplificato per i clienti professionali. / 6. La Consob esercita la vigilanza sui gestori di portali per verificare l'osservanza delle disposizioni di cui al presente articolo e della relativa disciplina di attuazione. A questo fine la Consob può chiedere la comunicazione di dati e di notizie e la trasmissione di atti e di documenti, fissando i relativi termini, nonché effettuare ispezioni. / 7. I gestori di portali che violano le norme del presente articolo o le disposizioni emanate dalla Consob in forza di esso, sono puniti, in base alla gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva, con una sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquecento a euro venticinquemila. Per i soggetti iscritti nel registro di cui al comma 2, può altresì essere disposta la sospensione da uno a quattro mesi o la radiazione dal registro. Si applicano i commi 2 e 3 dell'articolo 196. Resta fermo quanto previsto dalle disposizioni della parte II, titolo IV, capo I, applicabili alle imprese di investimento, alle banche, alle SGR e alle società di gestione armonizzate».

Sezione III - *Disposizioni comuni* – Art. 100-*ter* - *Offerte attraverso portali per la raccolta di capitali*: «1. Le offerte al pubblico condotte esclusivamente attraverso uno o più portali per la raccolta di capitali possono avere ad oggetto soltanto la sottoscrizione di strumenti finanziari emessi dalle start-up innovative, dalle PMI innovative, dagli organismi di investimento collettivo del risparmio o altre società di capitali

che investono prevalentemente in start-up innovative e in PMI innovative e devono avere un corrispettivo totale inferiore a quello determinato dalla Consob ai sensi dell'articolo 100, comma 1, lettera c). / 2. 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. / 2-bis. In alternativa a quanto stabilito dall'articolo 2470, secondo comma, del codice civile e dall'articolo 36, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, per la sottoscrizione o l'acquisto e per la successiva alienazione di quote rappresentative del capitale di start-up innovative e di PMI innovative costituite in forma di società a responsabilità limitata: a) la sottoscrizione o l'acquisto possono essere effettuati per il tramite di intermediari abilitati alla resa di uno o più dei servizi di investimento previsti dall'articolo 1, comma 5, lettere a), b) ed e); gli intermediari abilitati effettuano la sottoscrizione o l'acquisto delle quote in nome proprio e per conto dei sottoscrittori o degli acquirenti che abbiano aderito all'offerta tramite portale; b) entro i trenta giorni successivi alla chiusura dell'offerta, gli intermediari abilitati comunicano al registro delle imprese la loro titolarità di soci per conto di terzi, sopportando il relativo costo; a tale fine, le condizioni di adesione pubblicate nel portale devono espressamente prevedere che l'adesione all'offerta, in caso di buon fine della stessa e qualora l'investitore decida di avvalersi del regime alternativo di cui al presente comma, comporta il contestuale e obbligatorio conferimento di mandato agli intermediari incaricati affinché i medesimi: 1) effettuino l' intestazione delle quote in nome proprio e per conto dei sottoscrittori o degli acquirenti, tenendo adeguata evidenza dell'identità degli stessi e delle quote possedute; 2) rilascino, a richiesta del sottoscrittore o dell'acquirente, un attestato di conferma comprovante la titolarità delle quote; tale attestato di conferma ha natura di puro titolo di legittimazione per l'esercizio dei diritti sociali, è nominativamente riferito al sottoscrittore o all'acquirente, non è trasferibile, neppure in via temporanea ne' a qualsiasi titolo, a terzi e non costituisce valido strumento per il trasferimento della proprietà delle quote; 3) consentano ai sottoscrittori e agli acquirenti che ne facciano richiesta di alienare le quote secondo quanto previsto alla lettera c) del presente comma; 4) accordino ai sottoscrittori e agli acquirenti la facoltà di richiedere, in ogni momento, l'intestazione diretta a se stessi delle quote di loro pertinenza; c) la successiva alienazione delle quote da parte di un sottoscrittore o acquirente, ai sensi della lettera b), numero 3), avviene mediante semplice annotazione del trasferimento nei registri tenuti dall'intermediario; la scritturazione e il trasferimento non comportano costi o oneri ne' per l'acquirente ne' per l'alienante; la successiva certificazione effettuata dall'intermediario, ai fini dell'esercizio dei diritti sociali, sostituisce ed esaurisce le formalità di cui all'articolo 2470, secondo comma, del codice civile. / 2-ter. Il regime alternativo di trasferimento delle quote di cui al comma 2-bis deve essere chiaramente indicato nel portale, ove è altresì prevista apposita casella o altra idonea modalità per esercitare l'opzione ovvero indicare l'intenzione di applicare il regime ordinario di cui all'articolo 2470, secondo comma, del codice civile e all'articolo 36, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. / 2-quater. Ferma restando ogni altra disposizione della parte II, titolo II, capo II, l'esecuzione di sottoscrizioni, acquisti e alienazioni di strumenti finanziari emessi da start-up innovative e da PMI innovative ovvero di quote rappresentative

pubblica preliminare ⁽²⁶⁾ per rivedere il regolamento sull'equity crowdfunding onde recepire le modifiche apportate alla normativa primaria ⁽²⁷⁾.

Ferma la portata innovativa dei contenuti delle disposizioni sopra richiamate, la scelta operata dal legislatore italiano e conseguentemente dalla Consob non sembra qualificabile come regolamentazione *ad acta* in tema di crowdfunding né appare valevole a supportare lo sviluppo del crowdfunding su ampia base come invece nelle intenzioni della Commissione UE. Del pari

del capitale delle medesime, effettuati secondo le modalità previste alle lettere b) e c) del comma 2-bis del presente articolo, non necessita della stipulazione di un contratto scritto a norma dell'articolo 23, comma 1. Ogni corrispettivo, spesa o onere gravante sul sottoscrittore, acquirente o alienante deve essere indicato nel portale dell'offerta, con separata e chiara evidenziazione delle condizioni praticate da ciascuno degli intermediari coinvolti, nonché in apposita sezione del sito internet di ciascun intermediario. In difetto, nulla è dovuto agli intermediari. / 2-quinquies. Trascorsi due anni dalla data in cui la società interessata abbia cessato di essere una start-up innovativa per il decorso del termine previsto dall'articolo 25, commi 2, lettera b), e 3, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni, gli intermediari provvedono a intestare le quote detenute per conto dei sottoscrittori e degli acquirenti direttamente agli stessi. L'intestazione ha luogo mediante comunicazione dell'elenco dei titolari delle partecipazioni al registro delle imprese ed è soggetta a un diritto di segreteria unico, a carico dell'intermediario. Nel caso di opzione per il regime di cui al comma 2-bis del presente articolo, la successiva registrazione effettuata dal registro delle imprese sostituisce ed esaurisce le formalità di cui all'articolo 2470, secondo comma, del codice civile».

⁽²⁶⁾ Revisione del Regolamento n. 18592 del 26 giugno 2013 sulla raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali on-line. Consultazione Preliminare 19 Giugno 2015.

⁽²⁷⁾ Si vedano la Comunicazione della Commissione UE “*Sfruttare il potenziale del crowdfunding*” (COM(2014) 172 final del 27 marzo 2014), a cui ha fatto seguito la costituzione di gruppi di studio fra operatori ed esperti della materia e la pubblicazione di una “*Guida per le piccole medie imprese. Il Crowdfunding. Cos'è*” (consultabile su http://ec.europa.eu/growth/access-to-finance/funding-policies/crowdfunding/index_en.htm) e l'Opinion per le Autorità Nazionali competenti e l'Advice per le istituzioni Europee in materia di investment-based crowdfunding (raccolta di capitale di rischio o di debito) dell'ESMA del 18 dicembre 2014 (consultabile su <http://www.esma.europa.eu/news/Press-Release-Investment-based-crowdfunding-needs-EU-wide-common-approach>). Infine il Green Paper sulla Capital Market Union pone l'attenzione al crowdfunding quale strumento che dovrebbe contribuire in modo decisivo al finanziamento dell'economia europea anche oltre le frontiere nazionali. L'ESMA, nella sua risposta alla consultazione ha individuato il crowdfunding quale possibile area di regolamentazione nel settore dei mercati finanziari nei prossimi anni (consultabile su <http://www.esma.europa.eu/content/ESMA-letter-Commissioner-Hill-ESMA-Response-EC-Green-Paper-CMU>).

le modifiche che dovranno essere apportate a fronte della promulgazione della legge 24 marzo 2015, n. 33 nonché l'estensione alle PMI innovative ed ai fondi di investimento e a società che investono prevalentemente in start-up e PMI innovative, della facoltà di accedere al finanziamento tramite l'equity crowdfunding appaiono valevoli a mutare sostanzialmente l'assetto normativo così come in origine strutturato.

Il Regolamento nella sua originaria formulazione conteneva (e conterrà presumibilmente) le disposizioni di attuazione degli articoli 50-*quinquies* e 100-*ter* del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF) introdotti dal c.d. *Decreto crescita 2.0* del 18 ottobre 2012 ed oggi modificati dalla legge di conversione legge 24 marzo 2015, n. 33, dedicati rispettivamente alla «*gestione di portali per la raccolta di capitali per le start-up innovative*» e alle «*offerte attraverso portali per la raccolta di capitali*» e la sua emanazione si collocava (per lo meno in origine) nell'ambito delle iniziative poste in essere dal legislatore italiano per creare condizioni favorevoli al finanziamento delle *start-up innovative* ossia alle nuove forme di associatività introdotte dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.

Il Regolamento alla Parte III intitolata «*Disciplina delle offerte tramite portali*» individua le condizioni il cui rispetto è necessario ai fini del perfezionarsi delle offerte tramite il portale e detta le “regole” atte a consentire alle sole start-up innovative ed oggi alle PMI innovative (oltreché che ai fondi di investimento e a società che investono prevalentemente in start-up e PMI innovative) di raccogliere capitali tramite portali on-line.

Le suddette “regole” a tutt'oggi possono così essere sintetizzate:

A) Ambito soggettivo:

a. emittenti: start up innovativa inclusa la start up a vocazione sociale come definita dall'art. 25 del decreto (non appena adottate le modifiche del Regolamento anche le PMI innovative saranno annoverate tra gli emittenti);

b. soggetto preposto alla raccolta dei capitali a rischio: gestore del portale ossia imprese di investimento e banche autorizzate ai relativi servizi di investimento nonché i soggetti iscritti nel registro dei gestori dei portali tenuto dalla Consob, a condizione che questi ultimi trasmettano gli ordini

riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale esclusivamente a banche e imprese di investimento (art. 50-*quinques*, comma 2 TUF)⁽²⁸⁾;

c. investitori: investitori professionali ossia i clienti professionali privati di diritto, individuati nell'Allegato 3, punto I, del Regolamento Consob in materia di intermediari, adottato con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successive modifiche, nonché i clienti professionali pubblici di diritto previsti dall'articolo 2 del decreto ministeriale 11 novembre 2011, n. 236 emanato dal Ministero dell'economia e delle finanze; investitori non professionali ferma la condizione imposta all'art 24, comma 2 del Regolamento.

B) Ambito oggettivo:

a. luogo di offerta e negoziazione: portale: piattaforma *on line*: i) piattaforme web ordinarie; ii) piattaforme web gestite da banche e società di investimento. Le prime sono soggette ad un obbligo di registrazione nell'apposito Registro tenuto dalla Consob, oltre al rispetto di una serie di requisiti di onorabilità e professionalità, le seconde vengono semplicemente annotate in una sezione speciale del registro, in quanto già autorizzate a svolgere in via ordinaria attività di sollecitazione di pubblico risparmio. Le piattaforme web ordinarie possono gestire in autonomia operazione solamente per investimenti minimi (fino a 500 euro se l'investitore è una persona fisica, e fino a 1000 euro se è una persona giuridica. A detti valori si sovrappone anche un limite annuale rispettivamente di 1.000 e 10.000 euro), mentre per operazioni di valore superiore devono collaborare con banche o società di investimento, che cureranno la parte esecutiva dell'investimento, applicando le procedure MiFID, valutando il profilo di rischio dell'investitore, curando

⁽²⁸⁾ Presso la Consob è istituito un registro con una sezione ordinaria (in cui sono iscritti i gestori di portali autorizzati che possiedono i requisiti richiesti dal Tuf e dal Regolamento adottato dalla Consob con delibera 26 giugno 2013, n. 18592) e una sezione speciale (in cui sono annotate le banche e le imprese di investimento autorizzate alla prestazione dei relativi servizi di investimento che hanno comunicato alla Consob, prima dell'avvio dell'operatività, lo svolgimento dell'attività di gestione di un portale); «Registro dei gestori», art. 50-*quinques* del d.lgs. n. 58/1998, consultabile su http://www.consob.it/main/intermediari/cf_gestori/index.html.

l'incasso e le procedure previste dalla normativa antiriciclaggio. Banche o società di investimento potranno invece gestire in autonomia anche l'intero processo, dotandosi di apposite infrastrutture web;

b. modalità di conduzione dell'offerta: esclusivamente attraverso uno o più portali per la raccolta di capitali di rischio, avente ad oggetto strumenti finanziari emessi da *start-up* innovative (e PMI innovative) per un corrispettivo totale inferiore a quello determinato dalla Consob ai sensi dell'articolo 34-ter, comma 1, lett. c) del regolamento Consob in materia di emittenti, adottato con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modifiche;

c. Oggetto della raccolta di capitali: le azioni o le quote rappresentative del capitale sociale previste dal decreto, emesse dalle *start-up* innovative (e PMI innovative), oggetto delle offerte al pubblico condotte attraverso portali;

d. Sottoscrizione: libera da parte di investitori non professionali previo avveramento della condizione posta dall'art. 24, comma 2 del Regolamento: una quota almeno pari al 5% degli strumenti finanziari offerti deve essere sottoscritta da investitori professionali o da fondazioni bancarie o da incubatori di *start-up* innovative previsto all'articolo 25, comma 5, del decreto.

Con la proposta di revisione del Regolamento⁽²⁹⁾, a parte le modifiche riguardanti l'adeguamento alle nuove disposizioni in tema di PMI ed altre modifiche, le revisioni che sembrano essere maggiormente rilevanti riguardano da un lato, la sottoscrizione da parte degli investitori professionali e, dall'altro, le modalità di esecuzione degli ordini.

Con riguardo alla sottoscrizione da parte di investitori professionali, nella proposta di revisione è stata valutata positivamente la possibilità di estendere la categoria includendo anche gli "investitori professionali su richiesta"⁽³⁰⁾. A

⁽²⁹⁾ Revisione del Regolamento n. 18592 del 26 giugno 2013 sulla raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali on-line. Documento di Consultazione 3 dicembre 2015, consultabile su <http://www.consob.it>.

⁽³⁰⁾ Classificati in base alla disciplina MiFID dall'intermediario di cui sono clienti. In base alla Direttiva Mifid, infatti, i clienti professionali si distinguono tra quelli, per se, collocati nella categoria in base ad una valutazione astratta del legislatore comunitario ed i sog-

tal fine nella proposta di revisione del Regolamento è stato aggiunto all'art. 24 il comma 2-bis che prevede: «*Ai fini del comma 2, il cliente professionale su richiesta trasmette al gestore un'attestazione rilasciata dall'intermediario di cui è cliente, dalla quale risulta la classificazione quale cliente professionale.*»

L'estensione anche a tale categoria consentirebbe ad avviso della Consob «*L'aumento dei benefici, rendendo meno onerosa la ricerca di un soggetto professionale in grado di fornire garanzie sulla corretta valutazione dell'operazione*»⁽³¹⁾ al fine di rendere valido il progetto di raccolta soddisfacendo l'obbligo di sottoscrizione di almeno il 5% del capitale offerto a investitori professionali.

Quanto alla modalità di esecuzione degli ordini, è stata proposta una procedura più snella per ciò che riguarda gli investitori non professionali eliminandosi il passaggio relativo alla “profilatura” del cliente secondo la procedura comunitaria MiFID. La modifica alla disciplina dell'esecuzione degli ordini prevede: che i gestori potranno (*opt-in*) effettuare la verifica di

getti che possono invece richiedere tale classificazione, su richiesta. In relazione a tali soggetti, l'intermediario è tenuto ad effettuare una valutazione delle caratteristiche del cliente e della sua idoneità ad essere classificato tra i clienti professionali. In base a quanto statuito nell'allagato 3, punto II del Regolamento recante norme di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari (adottato con dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008 e n. 17581 del 3 dicembre 2010), fermo che non è consentito presumere che gli investitori su richiesta, possiedano conoscenze ed esperienze di mercato comparabili a quelle degli investitori professionali di diritto (quali le banche), l'intermediario finanziario potrà ritenere professionale l'investitore «*ove siano soddisfatti almeno due dei seguenti requisiti: - il cliente ha effettuato operazioni di dimensioni significative sul mercato in questione con una frequenza media di 10 operazioni al trimestre nei quattro trimestri precedenti; - il valore del portafoglio di strumenti finanziari del cliente, inclusi i depositi in contante, deve superare 500.000 EUR; - il cliente lavora o ha lavorato nel settore finanziario per almeno un anno in una posizione professionale che presupponga la conoscenza delle operazioni o dei servizi previsti. In caso di persone giuridiche, la valutazione di cui sopra è condotta con riguardo alla persona autorizzata ad effettuare operazioni per loro conto e/ o alla persona giuridica medesima.*»

⁽³¹⁾ Ad avviso dei primi commentatori della proposta la definizione della sottoscrizione sarebbe così consentita oltre che agli investitori abituali anche ai c.dd. *business angels*. Il termine “business angel” coniato negli Stati Uniti agli inizi del Novecento, indica gli investitori “informali” nel capitale di rischio; trattasi di persone fisiche che acquisiscono, quote di imprese di piccola dimensione, contribuendo attivamente anche alla gestione delle stesse, normalmente partecipando a livello di consiglio di amministrazione.

appropriatezza⁽³²⁾ dotandosi dei requisiti necessari a tal fine, estendendo le tutele a tutte le operazioni in ragione del regime proporzionato che consentirà agli investitori di concludere l'operazione integralmente on-line (le piattaforme, in questo caso, dovranno dotarsi di appositi meccanismi per verificare l'adeguatezza dei propri clienti all'operazione d'investimento); l'applicazione delle regole MiFID da parte delle banche e delle imprese di investimento che ricevono gli ordini non più in aggiunta ma in sostituzione del "questionario" da compilare sul sito, ove i gestori non intendano effettuare tale verifica (*default*)⁽³³⁾ (in tal caso, le banche e le imprese di investimento si occuperanno di finalizzare la procedura di sottoscrizione come fatto in precedenza). Le piattaforme avranno la facoltà di sottoporre direttamente l'investitore all'analisi di appropriatezza, mentre in passato lo poteva fare solo un intermediario finanziario. La modifica proposta consentirebbe da un lato, di operare investimenti direttamente on line senza la firma di alcun documento, salva la verifica di appropriatezza da parte del gestore e, dall'altro, di operare l'investimento da parte dell'investitore non professionale, senza essere vincolato al rispetto della "soglia MIFID" ove sia il gestore a scegliere di operare la verifica in conformità a quanto previsto dagli artt. 13, comma 5-*bis* e 17, comma 4 del testo revisionato.

In pratica, come si rinviene nella comunicazione Consob n. 0066128 del 1° agosto 2013⁽³⁴⁾, con il Regolamento «*la Consob ha provveduto a dettare i principi ed i criteri relativi all'iscrizione negli appositi registri, le regole che i soggetti iscritti sono tenuti a rispettare nello svolgimento delle attività di gestione dei portali on-line*», ma, ad avviso di chi scrive, non ha disciplinato il fenomeno del crowdfunding che viene citato solo *de relato*. Il Regolamento Consob non regola il fenomeno in sé,

⁽³²⁾ La scelta del gestore di effettuare la verifica in proprio o attraverso la banca o impresa di investimento a cui viene trasferito l'ordine, che potrà essere effettuata in occasione della domanda di autorizzazione o in un successivo momento, dovrà avere applicazione generale con riferimento a tutte le offerte pubblicate sul portale.

⁽³³⁾ Si veda Revisione del Regolamento n. 18592 del 26 giugno 2013 sulla raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali *on-line*, p. 5.

⁽³⁴⁾ Comunicazione Consob n. 0066128 del 1° agosto 2013, riguardante lo svolgimento da parte di banche ed imprese di investimento dell'attività di gestione di portali on line per la raccolta di capitali per le start up innovative, consultabile su <http://www.consob.it/>.

ma le modalità attraverso le quali le sole start-up innovative in origine ed oggi anche le PMI innovative (oltreché che i fondi di investimento e le società che investono prevalentemente in start-up e PMI innovative) possono accedere a tale particolare forma di finanziamento così da configurare il *crowdfunding* come uno strumento eccezionale il cui accesso è precluso tassativamente a tutte le altre forme di associatività che, pur se di nuova costituzione, non rientrano nella definizione data al comma 2 dell'art. 25 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 ovvero nella definizione data all'art. 4 del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 per come modificato dalla legge 24 marzo 2015, n. 33.

In sostanza né nel Regolamento Consob, né agli artt. 50-*quinques* (*Gestione dei portali per la raccolta di capitali per start-up innovative*) e 100-*ter* (*Offerte attraverso portali per la raccolta di capitali*) del TUF, si rinviene una regolamentazione *ad hoc* della innovativa forma di investimento denominata *crowdfunding*. Nessun riferimento diretto al *crowdfunding* ed alla sua disciplina normativa con la conseguenza che il richiamo nel Regolamento a tale forma alternativa di finanziamento sembra essere stato operato quale mero corollario della normativa sulle start-up innovative (ed oggi delle PMI innovative) e non in via autonoma per disciplinare un innovativo modello di raccolta di fondi.

Nel novero del Regolamento l'unica forma di *crowdfunding* che viene citata senza di fatto regolamentarla è quella dell'*equity* crowdfunding ossia la forma di investimento, tramite piattaforme, che prevede apporti in *equity* e, quindi, tramite raccolta di capitali di rischio: l'investitore in cambio del denaro investito in un determinato progetto, ottiene partecipazione societaria sia essa rappresentata da azioni o da quote.

Rispetto alle originarie prescrizioni di cui al Regolamento Consob nella consultazione pubblica preliminare avviata dalla Consob in esito alla novella, ferma la necessità di introdurre specifiche previsioni relative ai nuovi soggetti cui è stata estesa la possibilità di effettuare offerte di capitale di rischio tramite i portali *on-line*, si evidenzia come la novella legislativa offra lo spunto per operare una riflessione sull'impianto regolamentare e di specificare alcune previsioni del Regolamento Consob: «*In particolare, con riferimento ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione in ruoli esecutivi, di direzione e di controllo nella società di gestione del portale, è sorta l'esigenza di prevedere requisiti di professio-*

nalità più rigorosi al fine di assicurare che coloro i quali abbiano svolto, per il periodo previsto, attività di amministrazione o di controllo ovvero compiti direttivi presso imprese abbiano in concreto maturato l'esperienza e le competenze necessarie per garantire il corretto ed adeguato funzionamento del sistema. Inoltre, con riguardo ai soci della società di gestione del portale, è stata riscontrata la necessità di estendere la verifica dei requisiti di onorabilità, oltre che ai soggetti che esercitano il controllo, anche a quelli che detengono una partecipazione qualificata. E ciò al fine di assicurare adeguati presidi anche nelle società in cui non esistono situazioni di controllo, nemmeno di fatto. Infine, è stata ravvisata l'esigenza di introdurre una disciplina più articolata e dettagliata sulle politiche di prevenzione dei rischi di frode, anche estendendola espressamente alle frodi relative alle modalità di utilizzo e gestione dei fondi raccolti attraverso le offerte pubblicate sul portale. In quest'ultimo caso, l'obiettivo è quello in particolare di assicurare la più ampia tutela degli investitori anche nella fase successiva alla conclusione dell'offerta»⁽³⁵⁾. Nulla di quanto annunciato e di quanto proposto in revisione, tuttavia, sembra essere idoneo a modificare l'originario assetto normativo e procedimentale del fenomeno per come regolamentato.

Anche in base alla novella, per come annunciata e sviluppata in sede di revisione, persistono, pertanto, i dubbi sopra palesati circa la reale esistenza di una normativa italiana atta a disciplinare il crowdfunding nella sua essenza e nelle differenti forme in cui può estrinsecarsi, mentre esiste la possibilità per le start-up innovative e per le PMI innovative di far ricorso a forme di finanziamento in equity crowdfunding seguendo un procedimento che, a parte la novità dell'utilizzo della piattaforma *on-line*, è sostanzialmente plasmato sulle regole (protezione degli investitori, trasparenza, report finanziari, ecc) già in vigore per le imprese di investimento alle quali, in questo contesto, è stato attribuito il nome di "gestore del portale" senza cambiare la sostanza del loro ruolo.

La normativa italiana di fatto si è limitata ad introdurre accanto agli ordinari canali di offerta al pubblico di strumenti finanziari, una sede aggiuntiva a beneficio, oggi, in via esclusiva delle *start-up* innovative e delle PMI inno-

⁽³⁵⁾ Revisione del Regolamento n. 18592 del 26 giugno 2013 sulla raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali on-line, Consultazione Preliminare, cit., pp. 3-4.

vative (oltre che agli Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio OICR e a società che investono prevalentemente in start up e PMI innovative) ed a disciplinare le modalità attraverso le quali tali soggetti possono fruire di tale sede per la raccolta di capitale di rischio.

Fermo il fatto che la disciplina si presenta *ex se* come settoriale data la riserva istituzionale solo a tali soggetti, la scelta regolatoria, indubbiamente, mostra dei limiti. Operandosi una sorta di equiparazione della disciplina da applicarsi ai gestori dei portali a quella prevista per le imprese di investimento, non sembra essersi considerato che, invece, il *crowdfunding*, nelle diverse tipologie in cui tale fenomeno si estrinseca, costituisce o può costituire un sistema di raccolta di capitali complementare rispetto al sistema finanziario esistente nel quale ci si poteva attendere che fosse integrato e non certo che vi fosse equiparato introducendo pregnanti limiti e prescrizioni. Del resto la stessa Commissione europea nella Comunicazione del marzo 2014⁽³⁶⁾ ha evidenziato, da un lato, come: «*Il crowdfunding ha grandi potenzialità per integrare le tradizionali fonti di finanziamento e per contribuire a finanziare l'economia reale*» e, dall'altro con specifico riferimento ai modelli di crowdfunding con ritorno finanziario, come a fronte della pluralità di norme e della loro disomogeneità (dalle normative eccessivamente onerose cui è correlato il rischio di rendere vano lo sviluppo del *crowdfunding*, alle politiche non rigorose da cui potrebbero derivare danni per gli investitori – in termini di perdite – vanificando la fiducia dei consumatori nel *crowdfunding*) vi sia la necessità di verificare «*se la vigente normativa nazionale o unionale fosse adeguata alle esigenze del crowdfunding, oppure se nel quadro del crowdfunding siano previste norme inutilmente gravose che dovrebbero essere adattate alle esigenze degli utenti al fine di aiutare il crowdfunding a realizzare il suo potenziale, in particolare per le PMI. (...) Pur senza pregiudicare la ricerca del giusto equilibrio, i diversi approcci possono creare incertezza giuridica in merito a quali norme si applicano a quali forme, nonostante le recenti iniziative volte a raccogliere informazioni di carattere giuridico*»⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Comunicazione della Commissione UE, *Sfruttare il potenziale del crowdfunding nell'Unione europea*, cit.

⁽³⁷⁾ Comunicazione Della Commissione UE, *Sfruttare il potenziale del crowdfunding nell'Unione europea*, cit., p. 3.1.2.

Sorge, pertanto, legittimo il dubbio circa l'utilità stessa della disciplina nazionale che altro non sembra rappresentare se non un intervento regolatorio di tipo speciale e settoriale che non consente, così come strutturato, né di creare una reale sede alternativa di sbocco al mercato né di raggiungere l'obiettivo di incentivazione che ne ha ispirato l'emanazione.

3. — *Scopo dell'intervento regolatorio.*

Nella fattispecie che ci occupa, è indubbio che l'analisi debba muovere dalla preventiva qualificazione dell'attività regolatoria svolta dal legislatore nella fattispecie e dalla individuazione della funzione cui è la stessa è preposta nell'ottica, più generale, del perseguimento degli obiettivi di regolazione del mercato finanziario contestualizzati con il modello nazionale di gestione di tale mercato.

L'analisi economica del diritto⁽³⁸⁾ è un utile strumento per valutare le possibili forme di intervento pubblico e, quindi, per poter scegliere l'intervento che, con maggiore probabilità, consentirà di conseguire l'obiettivo perseguito (o lo conseguirà nel modo più efficiente)⁽³⁹⁾. Il principale scopo della ricerca

⁽³⁸⁾ Le scuole di pensiero alla base dell'analisi economica del diritto sono: l'analisi economica del diritto neoclassica di Chicago, quella dei costi contrattuali o transattivi, quella del diritto neoparetiana, quella progressista, quella neo – istituzionalistica, quella austro – evolucionistica: si vedano sul punto, tra gli altri: P. CHIASSONI, *Analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1999, p. 489; F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 434: «dall'analisi economica del diritto cioè dalla dimostrazione della maggior efficacia di determinati istituti giuridici o dal miglior effetto redistributivo di determinate soluzioni giuridiche, possono anche derivare soluzioni operative, cioè soluzioni giuridiche, ma solo se gli effetti di tale soluzione sono disponibili da parte dei soggetti che agiscono sul mercato»; F. PARISI, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 380; L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003.

⁽³⁹⁾ G. ALPA, *Prefazione*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, cit., p. 9: «L'analisi economica del diritto ha agevolato la riflessione sul ruolo del mercato nel mondo del diritto, sulle tecniche di interpretazione delle norme, sulla progettazione di nuovi interventi legislativi e regolamentari; soprattutto, ha indotto il giurista

economica sulla regolazione è quello di giustificare e individuare le forme appropriate di intervento pubblico nell'economia (approccio normativo). Se applicata al diritto pubblico, detta analisi implica lo studio delle diverse forme regolative (*regulation theory*, o *regulatory law*). Pur difettando una definizione che sia valevole a spiegare in cosa si estrinsechi la regolazione e come la stessa operi⁽⁴⁰⁾, con il termine *regulation*⁽⁴¹⁾, nel suo significato originale, ci si riferisce alla «*legislazione materiale emanata su delega legislativa*». In economia si indica con questo termine l'intervento pubblico nell'attività di impresa⁽⁴²⁾ «*la moderna regulation può essere vista come il tentativo di conciliare due esigenze e convinzioni storicamente in contraddizione tra loro: da un lato la convinzione che il mercato concorrenziale sia uno strumento necessario per realizzare il benessere collettivo, donde l'esigenza di limitare il più possibile l'intervento pubblico; dall'altro la consapevolezza che il mercato non sia tuttavia in grado da solo di mantenersi concorrenziale e con ciò l'esigenza di un controllo pubblico finalizzato a garantire questo obiettivo*».

Da un punto di vista teorico, pertanto, l'intervento pubblico nell'economia poggia la propria essenza sull'esigenza di porre rimedio ad imperfezioni del mercato: «*Ne derivano tre più generali obiettivi dell'intervento pubblico: il perseguimento della stabilità, l'equità nella distribuzione delle risorse, l'efficienza nell'impiego delle medesime*»⁽⁴³⁾. Nell'ambito di tali obiettivi, quello che assume una posizio-

a considerare il substrato economico come un fattore indefettibile della legislazione e della applicazione della legge».

⁽⁴⁰⁾ Tra i primi studiosi del fenomeno della regolazione e dei problemi della sua individuazione si ricordano: M.S. BERNSTEIN, *Regulating Business by independent commission*, Princeton University Press, Princeton, 1955; W. RIKER, P.C. ORDESHOOK, *An Introduction to Positive Political Theory*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1973; R. BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, Free Press, 1978; B. MITNICK, *The political economy of regulation*, New York, Columbia University Press, 1980; A. STONE, *Regulation and Its Alternatives*, Washington DC, Congressional Quarterly Press, 1982; K.J. MEIER, *Regulation, politics, bureaucracy and economics*, New York, St. Martin Press, 1985.

⁽⁴¹⁾ G. MARCOU, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. dir. pubbl.*, 2006, p. 14.

⁽⁴²⁾ Si veda sul punto: F. DE FRANCHIS, *Dizionario Giuridico*, I, Milano, 1984, p. 1266; G. ALPA, *Prefazione*, cit.; P. CHIASSONI, *Analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, cit., p. 489; F. DE FRANCHIS, *Dizionario Giuridico*, I, Milano, 1984, p. 1266.

⁽⁴³⁾ V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Diritto dell'Economia*, 2010, p. 113, consultabile su <http://www.academia.edu>.

ne centrale nell'analisi economica del diritto è sicuramente l'efficienza, che, nella sua forma essenziale, significa agire senza spreco. Guidata da questo principio l'analisi economica del diritto, in specie quella del diritto pubblico, offre «*indicazioni pratiche per confezionare norme migliori*»⁽⁴⁴⁾. Posto che la proprietà privata e la libera iniziativa economica sono valori fondamentali che possono essere compressi o sacrificati solo in via eccezionale⁽⁴⁵⁾, il principio cardine della teoria della regolazione è che la libertà dei privati debba essere limitata dai pubblici poteri solo nella misura strettamente indispensabile alla tutela di interessi pubblici rilevanti⁽⁴⁶⁾. Del resto lo stesso art. 41 della Costituzione evidenzia la relazione (contrapposizione) tra libertà e autorità garantendo, da un lato, una posizione giuridica individuale, ed ammettendo, dall'altro lato, che a tale posizione possano essere poste limitazioni⁽⁴⁷⁾.

Nell'interpretare i principi dell'*utilità sociale* e dei *fini sociali* enunciati all'art. 41, commi 2 e 3 Cost., la Corte Costituzionale ha affermato, in origine, che le ragioni ad essi sottese «*non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore*»⁽⁴⁸⁾, ritenendo, in seguito, che il principio secondo il quale il giudizio in ordine «*all'utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevanza di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo*»⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁴⁾ Così R. COOTER, *Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1999, p. 464.

⁽⁴⁵⁾ C. IANNELLO, *L'ambigua trasposizione della nozione di regolazione dall'ordinamento statunitense a quello italiano*, in *Il Diritto dell'Economia*, f. 1, 2010.

⁽⁴⁶⁾ Si veda in tal senso nella giurisprudenza statunitense la sentenza *Munn v. Illinois* del 1876, 94 U.S. 113, 1876, nella quale venne riconosciuto che: «*Private property does become clothed with a public in-interest when used in a manner to make it of public consequence and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good*».

⁽⁴⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 126.

⁽⁴⁸⁾ Corte cost., sent. n. 46 del 1963, ove sono richiamate le sentt. n. 5 e n. 54 del 1962.

⁽⁴⁹⁾ Corte cost., sentt. n. 63 del 1991, n. 388 del 1992 e n. 446 del 1988.

L'autonomia privata non riceve, dunque, «dall'ordinamento una protezione assoluta» e può subire limitazioni, in un ottica di coordinamento, atte «a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti»⁽⁵⁰⁾, di talché la libertà esiste ma solo nell'alveo di quanto stabilito dai pubblici poteri⁽⁵¹⁾; le statuizioni di cui all'articolo 41 della Costituzione, pertanto, «vanno considerate insieme, coordinate tra loro in modo tale che la libertà dell'iniziativa economica privata, dichiarata nel primo comma, si svolga in armonia con le altre fondamentali esigenze espresse nei commi successivi»⁽⁵²⁾.

In esplicazione di tali principi lo strumento di regolazione da prescegliere dovrebbe, pertanto, essere quello meno “intrusivo” della libertà privata⁽⁵³⁾: «l'intervento regolatore (...) dovrà assestarsi al punto di equilibrio tra il minimo sacrificio concorrenziale compatibile con il raggiungimento dell'obiettivo di rilievo pubblico»⁽⁵⁴⁾ (c.d. *better regulation*⁽⁵⁵⁾).

4. — Teorie della regolazione.

Nasce, pertanto, la necessità di comprendere le motivazioni poste alla base della regolazione e la funzione a cui la stessa è preposta. Le teorie della

⁽⁵⁰⁾ Corte cost., sent. n. 279 del 2006 e ord. n. 162 del 2009.

⁽⁵¹⁾ M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, consultabile in www.oloden.com/.../backoffice/.../20071031113330.ramajoli41cost.doc.

⁽⁵²⁾ Si vedano in giurisprudenza le pur datata sentenza della Corte Costituzionale del 26 gennaio 1957, n. 29, in *Giur. cost.*, 1957, p. 404. In dottrina si vedano C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 37; F. BASSI, G. CURURRA, *Relazione*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhicupo, Bologna, 1978, p. 277.

⁽⁵³⁾ M. CLARICH, *Il nuovo codice della strada tra “fallimenti del mercato” e disciplina amministrativa di settore*, in *Diritto amm.*, 1995, p. 181.

⁽⁵⁴⁾ P. MARCHETTI, F. MERUSI, L. PROSPERETTI, *Funzione, estensione, strumenti della sorveglianza sui sistemi di pagamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, p. 298.

⁽⁵⁵⁾ Si veda sul punto, E. CAVALIERI, G. PERNICIARO, *Le politiche della better regulation nella UE e nell'OCSE. I vincoli alle autorità nazionali, L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2013*, a cura di A. Natalini, F. Sarpi, G. Vesperini, Osservatorio AIR, Roma, 2014, p. 21.

regolazione ⁽⁵⁶⁾ sono varie e la loro distinzione poggia non solo in ragione dell'interesse che perseguono, ma anche per il diverso approccio in cui si sostanziano: normativo o positivo. L'approccio normativo (ossia ciò che dovrebbe essere) sostiene l'intervento pubblico assumendosi che le istituzioni pubbliche debbano promuovere l'efficienza nelle sue diverse accezioni per il tramite della regolamentazione; l'approccio positivo (ossia ciò che è) tenta di spiegare la realtà mediante la formulazione di ipotesi testabili derivanti logicamente da un insieme di premesse.

In ragione dell'interesse perseguito si individuano quattro principali teorie della regolazione: teoria dell'Interesse Pubblico ⁽⁵⁷⁾; teoria dell'economia istituzionale della Regolamentazione ⁽⁵⁸⁾; teoria della nuova Economia Pubblica ⁽⁵⁹⁾; teoria della Economia della Regolamentazione ⁽⁶⁰⁾.

La teoria dell'interesse pubblico (approccio normativo) vede la regola-

⁽⁵⁶⁾ Si vedano tra gli altri A. KAHN, *The economics of regulation: principles and institutions*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1971; G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 1971, p. 3; R. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, 1974, p. 335; C.D. FOSTER, *Privatisation. Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, Oxford, 1992; A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994; W.K. VISCUSI, J.M. VERNON, J.E. HARRINGTON jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, London, 2000.

⁽⁵⁷⁾ L'origine della teoria dell'interesse pubblico viene attribuita al lavoro di A.C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, Macmillan and Co., London, 1920.

⁽⁵⁸⁾ R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law and Economics*, 1960, 3. (Oct.), 1{44}; G. CALABRESI, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Comment*, *Journal of Law & Economics*, 1968, p. 67; C.J. DAHLMAN, *The Problem of Externality* *Journal of Law and Economics*, 1979, 22, no. 1, p. 141; H. DEMSETZ, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, *Journal of Law and Economics*, 1969, 12, 1, p. 1.

⁽⁵⁹⁾ J.J. LAFFONT, J. TIROLE, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 106, no. 4, 1991, p. 1089; J.J. LAFFONT, J. TIROLE, *A Theory of Incentives, Procurement and Regulation consultabile in Overview*, 1993, su mitpress.mit.edu/books/theory-incentives-procurement-and-regulation; I.M. ARMSTRONG, S. COWAN, J. VICKERS, *Regulatory reform: economic analysis and British experience*, 1994.

⁽⁶⁰⁾ G.J. STIGLER, *The theory of economic regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, 2 (spring): 3{21; I. RICHARD, A. POSNER, *Theories of Economic Regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, 5 (2): 335; S. PELTZMAN, *Toward a more general theory of regulation*, *Journal of Law and Economics*, 1976, 19: 211.

mentazione come necessaria in presenza di determinate condizioni che sono idonee ad inficiare la concorrenza (quali ad esempio il monopolio naturale e le informazione asimmetrica) ed in presenza di fallimenti del mercato; l'interesse del regolatore è, pertanto, solo quello di raggiungere un'allocazione efficiente delle risorse e di correggere le imperfezioni dei mercati⁽⁶¹⁾; tale teoria trova il proprio limite nel fatto che la regolazione può essere presente anche in assenza di inefficienze del mercato. La teoria dell'economia istituzionale della Regolamentazione⁽⁶²⁾ ha un approccio maggiormente pratico che tiene conto non solo dei fallimenti del mercato ma anche di quelli del governo e cerca di individuare la soluzione volta a ridurre il costo dei fallimenti di mercato individuando tra le possibili soluzioni anche il *lasser-faire*. Il fulcro della analisi in base alla teoria suddetta poggia intorno alla definizione di costo di transazione⁽⁶³⁾ ritenendo che detto costo definisca tutti i costi necessari per coordinare le azioni e gli scambi di tutti gli agenti su di un determinato mercato così da individuare le eventuali soluzioni alternative alla regolazione adottando quella da cui discendono i minori costi di transazione. La teoria della nuova Economia Pubblica ha quale obiettivo quello di correggere i fallimenti della regolamentazione (fallimenti del governo). I fautori di tale teoria ritengono che i limiti dell'attività regolatoria siano da individuare nella asimmetria informativa tra regolatore e imprese regolate; nei problemi di incentivo nel rapporto tra l'interesse personale del regolatore e il potere

⁽⁶¹⁾ In base a detta teoria, la regolamentazione sarebbe da ritenere giustificata ogni qualvolta venga superato un test di fallimento del mercato basato sulla: - determinazione dell'esistenza e della dimensione dell'inefficienza che si genera in assenza di regolamentazione; - valutazione della fattibilità dell'intervento per correggere il fallimento del mercato; - dimostrazione che i benefici superano i costi, sia quelli diretti che quelli indiretti, della regolamentazione. In dottrina si veda J. CHURCH, R. WARE, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, New York: McGraw-Hill, 2000, disponibile su http://works.bepress.com/jeffrey_church/23.

⁽⁶²⁾ R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, cit.; G. CALABRESI, *Transaction Costs*, cit.; C.J. DAHLMAN, *The Problem of Externality*, cit.; H. DEMSETZ, *Information and Efficiency*, cit.

⁽⁶³⁾ Il costo di transazione in base alla teoria richiamata si ritiene sussistente in riferimento: - allo scambio sul mercato di beni e servizi; - al coordinamento delle attività all'interno dell'impresa; - alla organizzazione e sviluppo di una istituzione burocratica per regolamentare.

politico e nel problema di credibilità delle autorità di regolamentazione. Il compito dell'Autorità di regolamentazione dovrebbe essere quello ridurre l'incertezza per le imprese regolamentate circa la coerenza della regolamentazione. I fautori della teoria della Economia della Regolamentazione (approccio positivo) ritengono, infine, che i gruppi di interesse influenzino le autorità di regolamentazione (teoria della cattura del regolatore⁽⁶⁴⁾). Per Stigler⁽⁶⁵⁾ la regolamentazione rappresenta un servizio che viene scambiato sul mercato individuando il lato della domanda nei gruppi di pressione (associazioni di categoria e lobby) ed il lato dell'offerta nel regolatore, cosicché la regolamentazione altro non rappresenterebbe se non strumento di redistribuzione del surplus tra diversi gruppi sociali senza alcun impatto positivo sull'efficienza dei mercati. In base a tale teoria la concorrenza per la rendita dalla regolamentazione condurrebbe ad uno spreco di risorse ed i fallimenti di mercato altro non sarebbero se non una scusa per giustificare l'intervento del governo.

L'intento regolatorio, inoltre, può essere realizzato con l'ausilio di differenti tipologie di regolazione che in base alla classificazione elaborata da

⁽⁶⁴⁾ Tale teoria che poggia la propria essenza sull'idea che i regolatori siano catturati dalle stesse imprese che dovrebbero controllare (in cambio di voti, risorse finanziarie o promessa di futuri incarichi, i regolatori utilizzerebbero il proprio potere al servizio delle imprese e non per controllarne i comportamenti) è stata formulata da G.J. STIGLER, *The theory of Economic Regulation, The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol 2, issue 1, 1971, come una teoria generale della regolazione ma nella storia del pensiero economico, la teoria della cattura. trae origine da Karl Marx, secondo il quale i grandi poteri economici controllano le istituzioni pubbliche. Stigler ha invece sostenuto che anche le piccole imprese possono influenzare significativamente il processo regolatorio, estendendo al riguardo le teorie di M. OLSON, *The logic of collective action, public goods and the theory of groups*, Harvard Economic Studies, Volume CXXIV, Cambridge. Massachusetts London, England, 1965, il quale aveva mostrato che più ridotto è il gruppo dei beneficiari di una restrizione regolamentare, più elevati sono i vantaggi che ciascun individuo del gruppo consegue e maggiori sono gli incentivi a impegnarsi per far prevalere i propri interessi.

⁽⁶⁵⁾ G.J. STIGLER, *The theory of economic regulation*, cit. Da ciò il contrasto con la Teoria dell'Interesse Pubblico per la quale a regolamentazione non si occupa della redistribuzione ma solo di aumentare l'efficienza dei mercati.

Ogus⁽⁶⁶⁾ si individuano come: 1. *regulation by information* (imposizione ai regolati di obblighi di trasparenza e di diffusione delle caratteristiche qualitative dei beni prodotti o commerciati); 2. *private regulation* (imposizione di obblighi eseguibili solo dai destinatari della regolazione); 3. *regulation by economic instruments* (adozione di strumenti economici incentivanti o disincentivanti rispetto a determinate attività); 4. *command and control regulation* (adozione di precetti secondari volti a sanzionare la violazione di quelli primari); 5. *prior approval regulation* (subordinazione dell'esercizio di attività economiche all'ottenimento di atti abilitativi che accertino il possesso di determinati presupposti); 6. *negative licensig* (introduzione del sistema delle denunce di inizio di attività); 7. *self-regulation* (autoregolazione da parte degli stessi competitori dei mercati).

5. — *La regolazione del sistema finanziario.*

Per poter esaminare e qualificare la portata dell'intervento regolatorio operato dal legislatore italiano nella disciplinare il crowdfunding, e così valutare se tale intervento fosse realmente necessario ovvero si è sostanziato nella adozione della c.d. "regolazione intrusiva"⁽⁶⁷⁾ ossia quella forma di regolazione che interferisce eccessivamente nell'attività privata e da cui promana una diffidenza della cittadinanza nell'intervento pubblico⁽⁶⁸⁾, necessita preventivamente inquadrare detto intervento nell'ambito della vigente regolazione dei mercati finanziari.

La regolamentazione del sistema finanziario è una fattispecie regolatoria

⁽⁶⁶⁾ Per una completa dissertazione sul punto si veda A. OGUS, *Regulations, legal form and economic theory*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

⁽⁶⁷⁾ G. BRUZZONE, *La Regolazione intrusiva oggi*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, p. 467; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale. Saggi in ricordo di Aristide Tanzj*, Torino, 2009, p. 415; D. IELO, *L'Analisi di Impatto della Regolazione tra limiti al Leviatano e teoria dei giochi*, 2006 consultabile su <http://www.mi.camcom.it/l-analisi-di-impatto-della-regolazione-tra-limiti-al-leviatano-e-teoria-dei-giochi>.

⁽⁶⁸⁾ G. BRUZZONE, *La Regolazione intrusiva oggi*, cit., p. 467.

nella quale l'intervento pubblico è ispirato principalmente dalla necessità di bilanciare i delicati interessi in gioco per tutelare la stabilità del sistema; da ciò la previsione di un sistema di controllo più ampio rispetto ad altre forme di mercato e di attività economica in ragione delle specificità degli operatori di settore e della necessità di tutelare gli interessi degli utenti (investitori). L'intervento regolatorio in detto settore mirerebbe, pertanto, ad operare un controllo necessario del sistema finanziario non apparendo detto mercato in grado di “*prevenire e curare*” i fallimenti del mercato stesso.

Gli obiettivi della regolazione nel mercato finanziario vengono individuati nella stabilità macro e micro economica (rispettivamente al fine di prevenire e limitare l'insorgere di situazioni patologiche nelle istituzioni finanziarie – a rischio sistemico – e verificare la capacità dei singoli intermediari di evidenziare corretti equilibri gestionali – regolamentazione prudenziale –); nella trasparenza (del mercato e degli intermediari e nella tutela dell'investitore, e può correlarsi a quello più generale dell'equità nella distribuzione delle risorse del sistema stesso); nell'efficienza allocativa e nell'efficienza tecnico operativa (mercati organizzati e intermediari devono poter raggiungere una dimensione ottima, ossia produrre al minimo costo unitario) e nella concorrenza; obiettivo che può essere ricondotto all'obiettivo più generale dell'efficienza e che è da intendere riferito sia alla promozione della concorrenza, sia al controllo del mercato per evitare possibili distorsioni. Al fine di perseguire tali obiettivi il legislatore comunitario ha optato per un assetto regolatorio caratterizzato da regole che non dettano al mercato strutture o soluzioni, ma che sono volte, invece, ad assicurare trasparenza e correttezza nello svolgimento delle attività regolate e, quindi, un sistema basato sostanzialmente su regole volte non tanto a prescrivere, quanto ad assicurare trasparenza ed informazione in un'ottica squisitamente concorrenziale sia tra operatori che tra sedi di negoziazioni: trasparenza, conoscenza e concorrenzialità divengono sinonimi di efficienza nell'ottica della necessaria analisi costi-benefici. In relazione all'area di intervento, gli strumenti regolatori nel settore finanziario possono essere: a) di tipo strutturale (es. autorizzazione all'esercizio dell'attività; area di intervento struttura del sistema finanziario); b) di tipo prudenziale (es. norme regolanti il rapporto tra banche e impre-

se) area di intervento: rischi dell'attività degli intermediari; c) informativi/ ispettivi (es. poteri ispettivi dell'Autorità), area di intervento conduzione e organizzazione aziendale; d) di trasparenza e correttezza (es. norme sulla trasparenza e norme comportamentali; area di intervento: informazioni ai clienti e al pubblico). In questo contesto, le Autorità di vigilanza⁽⁶⁹⁾ sono chiamate a definire le regole di funzionamento del sistema finanziario e a verificarne l'applicazione da parte di mercati e intermediari finanziari.

Il settore finanziario è stato oggetto (ed è soggetto) a continui interventi normativi con la finalità precipua tanto di tutelare l'integrità del mercato, quanto di proteggere gli interessi dei risparmiatori; tale duplice scopo è stato perseguito a livello comunitario con l'emanazione della Direttiva MiFID I⁽⁷⁰⁾ volta a rafforzare il quadro normativo comunitario dei servizi d'investimento e dei mercati regolamentati.

Scopo della MiFID I (e della sua evoluzione nella MiFID II⁽⁷¹⁾) è quello

⁽⁶⁹⁾ Non esiste un unico modello di vigilanza si distingue invero: a) Modello istituzionale (a ciascun intermediario/mercato corrisponde una distinta autorità); b) Modello funzionale (a ciascuna funzione svolta dalle istituzioni finanziarie corrisponde una distinta autorità); c) Modello accentrato (single regulator); d) Modello per finalità (obiettivi della regolamentazione, autorità distinte). In Italia è stata adottato un modello ibrido prevedente autorità che operano per finalità (dove gli intermediari sono sottoposti al controllo di diverse autorità ciascuna competente per singoli obiettivi della regolazione a prescindere dalla forma giuridica dei soggetti vigilati e dell'attività da essi svolta). ed altre che operano per soggetti (ciascuna categoria di intermediari è vigilata da un organo per tutte le attività svolte e la vigilanza riguarda in particolare il profilo strutturale) In dottrina si veda M. ONADO, *Economia e regolamentazione del sistema finanziario*, Bologna, 2012; M. MESSORI, *La Legge sulla tutela del risparmio: un'altra occasione mancata*, in *Banca impresa società*, 2004. In base a tale distinzione nell'ordinamento italiano è stato adottato: l'approccio istituzionale per il settore bancario, l'approccio per finalità per i mercati mobiliari e l'approccio semi-istituzionale per le assicurazioni e i fondi pensione.

⁽⁷⁰⁾ Direttiva 2004/39/CE e correlati direttiva e regolamento di esecuzione: Direttiva 2006/73/CE, Regolamento (CE) n. 1287/2006, La MiFID 1 è entrata in vigore nell'ordinamento italiano nel 2007, ha fornito la base generale per un quadro di regole comuni riguardanti la tutela degli investitori, l'attività dei mercati finanziari e la prestazione di servizi e attività di investimento da parte di istituti di credito e imprese di investimento. L'obiettivo generale è favorire l'integrazione, la competitività e l'efficienza dei mercati finanziari dell'Unione europea.

⁽⁷¹⁾ Il 12 giugno 2014 è stata pubblicata la nuova direttiva MiFID II giugno 2014 ce

di tutelare gli investitori e salvaguardare l'integrità del mercato, fissando requisiti armonizzati per l'attività degli intermediari autorizzati e di promuovere l'equità, la trasparenza, l'efficienza e l'integrazione dei mercati finanziari. Nell'ottica del perseguimento dell'obiettivo della concorrenza, la MiFID I, inoltre, ha il fine di delineare un sistema caratterizzato dall'innalzamento del livello di competizione tra le imprese di investimento e tra mercati regolamentati. Il fine perseguito è di porre in concorrenza le sedi di negoziazione per favorire la riduzione dei costi e delle commissioni di negoziazione e per affiancare ai mercati regolamentati, come sedi di negoziazione alternative, i sistemi multilaterali di negoziazione (*Multilateral Trading Facilities*) e gli internalizzatori sistematici. In tal modo si riconosce ed istituzionalizza la presenza di soggetti diversi dalle banche e dalle Sim abilitati a svolgere la negoziazione e luoghi alternativi e privandosi gli Stati membri della facoltà di introdurre o mantenere (come in parte accadeva anche in Italia) l'obbligo di eseguire le negoziazioni sugli strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati in questi stessi mercati (c.d. obbligo di concentrazione degli scambi) ⁽⁷²⁾.

dovrà essere recepita dagli Stati Membri entro il luglio 2016. Il contenuto della MiFID I è ora in parte "rifiuto" in tale Direttiva ed in parte sostituito dal regolamento MiFIR (Regolamento UE 600/2014, che disciplina principalmente gli aspetti relativi alla negoziazione di strumenti finanziari che dovrà trovare applicazione entro il gennaio 2017). La MiFID II non solo riprende gli obiettivi della direttiva originale (MiFID I), ma ne amplifica il campo di azione. Il 22 maggio 2014 è stato, inoltre, pubblicato dall'ESMA il documento di consultazione, "Technical Advice on MiFID II/MiFIR", di discussione su "MiFID II/MiFIR – draft Regulatory Technical Standards/Implementing Technical Standards".

⁽⁷²⁾ Le tre diverse tipologie di mercato sono definite dalla MiFID I ed dal Tuf come: «a) per "mercato regolamentato" si intende: un sistema multilaterale che consente o facilita l'incontro, al suo interno e in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, ammessi alla negoziazione conformemente alle regole del mercato stesso, in modo da dare luogo a contratti, e che è gestito da una società di gestione, è autorizzato e funziona regolarmente» (art. 1, comma 1, lett. w-ter, Tuf); «b) per "gestione di sistemi multilaterali di negoziazione" si intende la gestione di sistemi multilaterali che consentono l'incontro, al loro interno ed in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo da dare luogo a contratti» (art. 1, comma 5-octies, Tuf); «c) per "internalizzatore sistematico" si intende il soggetto che in modo organizzato, frequente e sistematico negozia per conto proprio eseguendo gli ordini del cliente al di fuori di un mercato regolamentato o di un sistema multilaterale di negoziazione» (art. 1, comma 5-ter, Tuf).

Gli interventi regolatori possono essere utili ma non sempre necessari e la scelta di operare o meno gli interventi stessi dipende, anche se non principalmente, dal modello di gestione dei mercati che viene adottato. Nei mercati finanziari i modelli di gestione sono storicamente quello privatistico e quello pubblicistico. Il modello privatistico (tipico dei paesi anglosassoni) è caratterizzato dal fatto che la Borsa è una istituzione privata che opera in base alla self regulation e svolge un'attività di impresa (la gestione dei servizi offerti ha la natura di attività di impresa); trattasi di modello maggiormente flessibile di quello pubblicistico poiché meno legato a regole prestabilite, ma che può rivelarsi poco affidabile per gli investitori se non assistito da un adeguato sistema sanzionatorio. Nel modello pubblicistico del mercato finanziario (tipico dei paesi dell'Europa continentale) la Borsa è un mercato ufficiale (istituito con legge) che svolge una funzione di pubblico servizio (la gestione dei servizi offerti ha natura di pubblico servizio); trattasi di modello di gestione che appare molto rigido agli occhi degli investitori e delle imprese, ma che, proprio in ragione di tale rigidità, è maggiormente idoneo a garantire un migliore e più corretto funzionamento del mercato anche in ragione dell'apparato sanzionatorio ad esso correlato.

Il modello di gestione dei mercati finanziari adottato in Italia era, in origine, di tipo pubblicistico. L'inversione di tendenza verso l'adozione del modello privatistico (e poi di un modello definibile come misto) ha avuto inizio con la promulgazione della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria 1994) ⁽⁷³⁾. All'articolo 21 di detta legge, esplicitandosi i principi e i criteri direttivi per l'attuazione delle direttive del Consiglio 93/6/CEE e 93/22/CEE (Servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento mobiliare e degli enti creditizi), viene indicato quale criterio di delega la necessità di: «*Disciplinare, secondo linee omogenee e in un'ottica di semplificazione, l'istituzione, l'organizzazione e il funzionamento dei mercati regolamentati, prevedendo organismi di natura privatistica, che*

⁽⁷³⁾ L. 6 febbraio 1996, n. 52, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle comunità europee* (GU n. 34 del 10 febbraio 1996 – Suppl Ordinario n. 24, consultabile su <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1996-02-06;52@originale>).

siano espressione degli intermediari ammessi ai singoli mercati e siano dotati di poteri di gestione, autoregolamentazione e intervento». In esplicazione di tali orientamenti il d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (c.d. decreto EUROSIM)⁽⁷⁴⁾ di recepimento delle direttive 93/6/CEE e 93/22/CEE, ha previsto all'art. 46, comma 1, che: «L'attività di organizzazione e gestione di mercati regolamentati di strumenti finanziari ha carattere di impresa ed è esercitata da società per azioni, anche senza scopo di lucro»⁽⁷⁵⁾. Infine con il d.lgs del 24 febbraio 1998 n. 58 Testo Unico della finanza (T.U.F.) è stato definitivamente abbandonato il modello pubblicistico per adottarsi il modello privatistico. L'art. 61, comma 1 del Tuf prevede, infatti, che l'attività di organizzazione e gestione di mercati regolamentati di strumenti finanziari «ha carattere di impresa ed è esercitata da società per azioni, anche senza scopo di lucro» (società di gestione del mercato, SGM⁽⁷⁶⁾) così configurandosi i mercati finanziari come imprese (rectius società per azioni), ai sensi dell'art. 41, comma 1, della Costituzione, agenti in regime di concorrenza e di autoregolazione ma sottoposte al controllo delle Autorità di vigilanza⁽⁷⁷⁾.

L'attuale modello di gestione del mercato finanziario italiano potrebbe definirsi, pertanto, come un modello misto poiché ispirato ad un modello privatistico (per la natura privata dei soggetti che gestiscono il mercato) ma al contempo pubblicistico poiché sottoposto ad autorizzazioni e controlli

⁽⁷⁴⁾ D.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, *Recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi* (GU n. 186 del 9 agosto 1996 - Supplemento Ordinario n. 133; consultabile su <http://www.camera.it/parlam/leggi/delegbe/96415dl.htm>).

⁽⁷⁵⁾ M. DRAGHI, *Commento all'art. 46 del D.lgs. 425/96*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, Padova, 1997, p. 388; M.C. QUIRICI, *Il mercato mobiliare, l'evoluzione struttura e normative*, 2012, p. 8 (consultabile su: books.google.it/books); D. CAPRA, *Servizi di investimento e scambi telematici*, Milano, 2010, p. 8.

⁽⁷⁶⁾ Borsa s.p.a., MTS s.p.a.

⁽⁷⁷⁾ L'art. 2 del TUF dispone che: «Il Ministero dell'economia e delle finanze, la Banca d'Italia e la Consob esercitano i poteri loro attribuiti in armonia con le disposizioni dell'Unione europea, applicano i regolamenti e le decisioni dell'Unione europea e provvedono in merito alle raccomandazioni concernenti le materie disciplinate dal presente decreto». In dottrina si veda sul punto. R. DE CHIARA, *Disciplina dei mercati ed il Testo Unico dei mercati Finanziari*, a cura di Lacaita e Napoleoni, 1998, p. 21; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014.

pubblici in esplicitazione della volontà del legislatore di dettare le regole e mantenere al contempo una vigilanza pubblica sui mercati di tal fatta. Il profilo privatistico del modello di gestione del mercato è, in realtà, limitato alla sola natura privata dei soggetti preposti alla gestione e organizzazione dei mercati mentre l'aspetto pubblicistico rimane predominante poiché: da un lato, il legislatore interviene per fissare i principi generali cui le società di gestione devono attenersi nello svolgimento della propria attività e, dall'altro, le autorità pubbliche vigilano sul rispetto di tali principi⁽⁷⁸⁾.

Dalla combinazione del modello di gestione con gli obiettivi regolatori discende che il sistema sviluppato dal legislatore italiano è connotato da un pregnante impianto regolatorio (sia *ex ante* che *ex post*) con lo scopo, tuttavia, di garantire l'integrità e l'efficienza dei mercati finanziari tutelando gli investitori e gli agenti oltre che la concorrenza.

6. — *L'intervento del legislatore italiano.*

Contrariamente a quanto ci si potesse attendere, invece, l'assetto regolatorio adottato dal legislatore italiano nella disciplina del crowdfunding (da intendersi in senso lato visto che, come detto non si ritiene trattarsi di disciplina del fenomeno in sé), pur rispettando le prescrizioni MIFID in termini di trasparenza e informazione e parzialmente condizionate dal diritto comunitario, rappresenta una forma di regolazione che non sembra essersi ispirata allo spirito regolatorio incentrato sui profili concorrenziali, di efficienza e di proporzionalità. Emerge, infatti, un intervento regolatorio di tipo speciale e settoriale, limitato alla individuazione e alla disciplina di una forma aggiuntiva (non realmente alternativa) di finanziamento delle attività economiche, tramite portali *on-line* funzionalmente dedicati alla raccolta di capitale di rischio da parte nelle formulazione originaria delle (sole) start-up innovative ed, oggi, anche delle PMI innovative (oltre che ai fondi di inve-

⁽⁷⁸⁾ M.C. QUIRICI, *Il mercato mobiliare*, cit., pp. 50-53 seconda la quale il modello regolatorio italiano è ispirato al modello anglossanone della «self regulation within a statutory framework».

stimento e a società che investono prevalentemente in start-up e PMI innovative) così configurandosi il crowdfunding ossia, nella fattispecie, l'equity crowdfunding come uno strumento di tipo eccezionale.

Invero analizzando la disciplina adottata dal legislatore italiano in tema di crowdfunding sembrerebbe che la stessa non sia ispirata ad una unica tipologia di regolazione ma sia il risultato della combinazione di varie fattispecie atteso che la regolazione: include strumenti economici incentivanti o disincentivanti rispetto a determinate attività (c.d. *Regulation by economic instruments*) essendo la raccolta di finanziamenti on-line riservata solo a determinati soggetti; subordina l'esercizio di attività economiche all'ottenimento di atti abilitativi che accertino il possesso di determinati requisiti (c.d. *prior approval regulation*) prevedendosi che la gestione dei portali da parte di gestori non istituzionali (ossia banche autorizzate e imprese di investimento) possa essere operata solo previa iscrizione in un registro Consob creato ad hoc e solo a condizione che questi ultimi trasmettano gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale esclusivamente a banche e imprese di investimento; impone ai regolati il rispetto di obblighi di trasparenza e di diffusione delle caratteristiche qualitative dei beni prodotti o commercializzati (c.d. *regulation by information*) ed applica la disciplina ordinaria in tema di servizi di investimento a banche e imprese di investimento che devono intervenire comunque nel processo. Il tutto, perlomeno ad una prima analisi, ponendo in secondo piano l'analisi del costo della transazione atteso che ove la transazione venga operata per il tramite degli operatori "istituzionali" il costo non muta rispetto alla negoziazione ordinaria, mentre se la transazione viene operata tramite i nuovi "operatori" iscritti all'apposito albo Consob, dato il necessario coinvolgimento degli operatori istituzionali ai fini del perfezionamento della negoziazione, il costo addirittura si duplica: costo della transazione tra investitore e nuovi operatori più il costo della transazione tra nuovo operatore e operatore istituzionale.

La *ratio* della scelta del legislatore italiano è di difficile interpretazione alla luce delle principali teorie della regolamentazione sopra richiamate; poiché di fatto la regolazione in tema di *crowdfunding* non conduce ad una effettiva

allocazione efficiente delle risorse né sembra essere basata sull'analisi costi-benefici in termini di minor costo della transazione, né è diretta a correggere fallimenti del mercato⁽⁷⁹⁾, né sembra ispirata dall'obiettivo dell'efficienza.

Il problema principale della normativa in commento sembra proprio essere l'apparente assenza di giustificazione economica di tale rigida forma di regolazione *ex ante*. E ciò vieppiù ove si paragoni tale regolamentazione con l'obiettivo regolatorio nel mercato finanziario che, come visto, è quello (in sintesi) di potenziare l'efficienza del mercato (nell'ottica della necessaria analisi costi-benefici) tutelando gli investitori e che per perseguire tale obiettivo il legislatore italiano in ossequio ai principi comunitari ha adottato un assetto regolatorio del mercato finanziario nel suo complesso caratterizzato da regole che sono volte ad assicurare trasparenza e correttezza nello svolgimento delle attività regolate in un'ottica squisitamente concorrenziale sia tra operatori che tra sedi di negoziazioni

Non rinvenendosi una giustificazione economica per tale forma di regolazione (nemmeno come si vedrà appresso nell'ottica della sicurezza del mercato e degli operatori: leggesi investitori), attenendosi alle teorie della regolazione, altro non residuerebbe se non invocare la teoria della Economia della Regolamentazione, da cui, tuttavia, discenderebbe la volontà del legislatore di regolamentare in adesione alla domanda di regolazione proveniente da particolari gruppi di interesse più che da esigenze specifiche del mercato. La teoria dei gruppi di interesse si correla al più ampio fenomeno del «rent seeking» (caccia alla rendita) che si verifica quando un determinato

⁽⁷⁹⁾ Sulla regolamentazione del sistema finanziario quale capitolo del più ampio tema del controllo pubblico dell'economia e sulle varie teorie della regolazione si vedano: M. WATERSON, *Regulation of the firm and natural monopolies*, Cambridge: Wiley-Blackwell, 1988; A.C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, London: Macmillan and co., limited, 1920; J.R. CHURCH, R. WARE, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, New York: McGraw-Hill, 2000; R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law and Economics*, 1960, Vol. 3, 1: 44 ff.; G. CALABRESI, *Yale Law School. Document Type. Article. Comments. 11*, *The Journal of Law & Economics*, 1968: 67 ff.; R.H. COASE, *The Nature of the Firm: Influence*, *The Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 4, (1), 33-47 ff.; J.J. LAFONT, J. TIROLE, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, *The Quarterly Journal of Economics*, 1991, Vol. 106, 4: 1089-1127 ff.; M. ARMSTRONG, S. COWAN, J. VICKERS, *Regulatory reform: economic analysis and British experience*, Cambridge: The MIT Press, 1994.

gruppo di soggetti approfondono il proprio impegno e le proprie energie e risorse per creare, mantenere o trasferire rendite così finalizzando il proprio comportamento (nella maggior parte dei casi) per ottenere privilegi monopolistici. Nulla questo, ovviamente, quando tale fine è perseguito con sforzo imprenditoriale e senza recare pregiudizio al mercato; il problema sorge, invece, quando la caccia alla rendita viene perseguita sfruttando una determinata forma di ordinamento istituzionale (in questo contesto, in ipotesi la regolamentazione governativa) a proprio vantaggio, con l'effetto, ad esempio, di prevenire l'entrata di concorrenti in un determinato settore o di ridurre le quote di quelle già esistenti così facendo assumere alla regolamentazione, dettata dalla pressione del gruppo di interesse, la connotazione di barriera normativa all'entrata di potenziali concorrenti.

Di certo non si può negare che, dato il ruolo fondamentale nella nascita, sviluppo e perfezionarsi dell'operazione attribuito al gestore del portale e dato il fatto che tale ruolo è stato attribuito alle imprese di investimento, alle banche autorizzate ai relativi servizi di investimento ed ai soggetti iscritti nel registro tenuto dalla Consob (a condizione però che questi ultimi trasmettano gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari rappresentativi di capitale esclusivamente a banche e imprese di investimento), l'assetto normativo italiano primario e secondario in tema di crowdfunding sia idoneo a favorire la implementazione delle attività (ricavi?) di tali soggetti.

Inoltre il gestore del portale online che non sia una banca o una SIM non può curare la raccolta degli investimenti, ma deve trasmettere gli ordini di sottoscrizione del capitale a un intermediario finanziario autorizzato (banche e imprese di investimento).

In riferimento a quanto previsto dall'art. 24.2 del Regolamento Consob (riserva in favore degli professionali di una quota del 5% degli strumenti finanziari offerti al pubblico; affiancati in sede di revisione, dagli investitori professionali su richiesta), è stato evidenziato come: «*Another provision which could limit the diffusion of Equity Crowdfunding is that an offer can be executed and processed only if at least 5% subscription of the share capital is made by a professional investor. The reason behind CONSOB decision is the need to have at least one investor*

to professionally evaluate the business and the investment, in order to protect the other shareholders' investment (i.e. those coming from the "crowd"). Again, this provision could materially limit the raising of money, without bringing any actual protection of the public investor»⁽⁸⁰⁾.

La proposta di modifica del Regolamento volta ad enucleare nel novero degli investitori professionali anche i clienti professionali privati su richiesta, non sembra essere significativa sotto il profilo evidenziato poiché, comunque, l'attestazione da cui risulta la classificazione quale cliente professionale su richiesta, viene rilasciata all'investitore dall'intermediario di cui è cliente. In tal guisa, per assurdo, il ruolo degli intermediari istituzionali potrebbe ritenersi ancor più rafforzato poiché il rilascio dell'attestazione è rimesso al loro giudizio, sia pure in termini di valutazione dell'esistenza o meno dei requisiti Consob per essere qualificati come clienti professionali su richiesta.

Dalla persistente commistione di ruoli in capo alle banche nell'accezione lata del termine, al contempo: gestori della piattaforme web di diritto in quanto già autorizzate a svolgere in via ordinaria attività di sollecitazione di pubblico risparmio, soggetti preposti alla raccolta dei capitali a rischio quali gestori del portale ed a ricevere la trasmissione degli ordini raccolti dai gestori dei portali iscritti nel registro tenuto dalla Consob; investitore professionale e soggetto preposto a dare l'autorizzazione al cliente professionale su richiesta, discende inevitabilmente un rafforzamento del potere di mercato di tali soggetti che non è certo suscettibile di essere minato dalla partecipazione al perfezionarsi dell'operazione *ex art.* 24 del Regolamento dei clienti professionali su richiesta.

In sostanza non sembrano esservi dubbi che le Banche e le imprese di investimento istituzionali ricoprono un ruolo centrale nella procedura poiché: *a)* gestiscono le piattaforme web di diritto in quanto già autorizzate a svolgere in via ordinaria attività di sollecitazione di pubblico risparmio (senza operarsi una distinzione tra le due attività); *b)* sono preposte alla raccolta dei capitali a rischio quali gestori del portale; *c)* sono preposte a ricevere la

⁽⁸⁰⁾ *Review of Crowdfunding Regulation Interpretations of existing regulation concerning crowdfunding in Europe, North America and Israel*, ottobre 2013, cit., p. 118.

trasmissione degli ordini raccolti dai gestori dei portali iscritti nel registro tenuto dalla Consob (ai fini del perfezionarsi dell'operazione); *d*) hanno un ruolo anche nel caso degli investimenti minimi, poiché alla piattaforma è vietato detenere denaro o strumenti finanziari di terzi con conseguente necessità di apertura di un apposito conto a nome della società che propone l'investimento, con un vincolo di indisponibilità della provvista sino a conclusione dell'operazione; *e*) quali investitori professionali⁽⁸¹⁾ (oltre alle fondazioni bancarie e agli incubatori certificati) beneficiano della riserva nella sottoscrizione la quota dell'aumento di capitale *ex art.* 24.2 del Regolamento (5% degli strumenti finanziari offerti al pubblico) ai fini del perfezionarsi dell'offerta sul portale (sia pure, in esito alla revisione, affiancati dagli investitori professionali su richiesta); *f*) offriranno e svolgeranno presumibilmente servizi aggiuntivi a favore delle imprese e degli investitori nell'ambito dello sviluppo del singolo progetto imprenditoriale.

Anche ove non si aderisca alla teoria estrema del gruppo di interessi, fermi gli obblighi normativi connessi alla fattispecie dell'equity crowdfunding quale modello con ritorno finanziario, l'effetto pregnante che discende dalla regolamentazione di che trattasi è il potenziamento del ruolo delle banche e degli

⁽⁸¹⁾ Ossia i clienti professionali privati di diritto, individuati nell'Allegato 3, punto I, del Regolamento Consob in materia di intermediari, adottato con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successive modifiche, nonché i clienti professionali pubblici di diritto previsti dall'articolo 2 del decreto ministeriale 11 novembre 2011, n. 236 emanato dal Ministero dell'economia e delle finanze. E, quindi, in base alla classificazione MIFID, anche gli investitori istituzionali che operano nei mercati finanziari, italiani o esteri, quali: 1) banche 2) SIM e Imprese di Investimento 3) Altri Istituti Finanziari Autorizzati o Regolamentati 4) Imprese di Assicurazioni 5) Organismi di Investimento Collettivo e Società di Gestione del Risparmio 6) Fondi Pensione e Società di Gestione di tali Fondi 7) Negoziatori per Conto Proprio di Merci e Strumenti Derivati su Merci 8) Soggetti che svolgono esclusivamente la Negoziazione per Conto Proprio su Mercati di Strumenti Finanziari e aderiscono indirettamente al Sistema di Liquidazione nonché al Sistema di Compensazione e Garanzia 9) Altri Investitori Istituzionali, tra cui rientrano le Fondazioni Bancarie e altri soggetti che siano qualificate controparti qualificate in base all'ordinamento dello Stato Comunitario in cui hanno sede 10) Agenti di Cambio In aggiunta a tali soggetti, sono considerati investitori professionali anche gli investitori istituzionali la cui attività principale è investire in strumenti finanziari, compresi gli enti dediti alla cartolarizzazione di attivi o altre operazioni finanziarie, i governi nazionali ed i corrispondenti uffici e le imprese di grandi dimensioni.

altri intermediari finanziari nel mercato estendendo di diritto il loro potere di mercato anche al settore della raccolta on-line dei capitali di rischio. Non sembra, pertanto, che sia stato predisposto un supporto normativo conforme alla finalità annunciata all'atto della promulgazione sia della normativa primaria che secondaria di *«favorire la crescita sostenibile, lo sviluppo tecnologico, la nuova imprenditorialità e l'occupazione, in particolare giovanile, con riguardo alle imprese start-up innovative»*; in base a quanto annunciato dalla Consob non sembra neppure che le modifiche che verranno apportate a fronte della estensione della disciplina alle PMI innovative, siano valevoli per mutare tale conclusione.

Se è vero che il legislatore italiano non poteva non adeguarsi al dettato comunitario per ciò che riguarda le prescrizioni MIFID in tema di ricezione e trasmissione degli ordini, è altresì vero che le stesse prescrizioni MIFID sono state dettate dal legislatore comunitario proprio per incrementare la competizione tra operatori e sedi di negoziazioni cosicché la scelta legislativa di vincolare la negoziazione tramite portali on-line agli intermediari cd istituzionali risulterebbe non conforme a tali prescrizioni e renderebbe, di fatto, inutile la stessa disciplina poiché dalla regolamentazione discende un rafforzamento del ruolo delle banche e dagli intermediari finanziari nel procedimento di offerta e sottoscrizione degli strumenti finanziari estendendo la loro necessaria presenza anche alle sedi di negoziazione alternativa creandosi un potenziale effetto distorsivo della concorrenza che non appare giustificato da effetti sociali o economici di valenza tale da consentire l'adozione di una regolamentazione per pochi.

Simili le conclusioni anche nel caso in cui si volesse individuare una giustificazione economica nella necessità di regolamentare ex ante in modo cogente per prevenire eventuali forme di accesso ad un particolare settore che potessero essere pregiudizievoli per la sicurezza del mercato e degli operatori: leggasì investitori.

Sicuramente la tutela degli investitori, come detto, è uno degli obiettivi che la regolazione intende perseguire nel mercato finanziario, ma non sempre la regolazione cogente è necessaria o ottimale per raggiungere tale obiettivo soprattutto laddove i costi della regolazione sono superiori rispetto ai benefici (per la collettività) e, quindi, all'interesse che si intendeva tutelare

con la regolazione stessa. L'intervento regolatorio può essere minimale lasciando il mercato sostanzialmente libero nel dispiegarsi delle proprie forze, può prevedere un intervento cogente con la previsione di norme a cui i soggetti del mercato devono attenersi, non considerandosi compatibile con la finalità pubblica il loro libero operare in assenza di regole⁽⁸²⁾ ovvero può essere assente: c.d. self regulation.

Per scegliere la miglior forma di regolazione sarebbe stato opportuno che il Legislatore italiano, pur non sussistendo alcun obbligo vincolante dei principi dettati in materia di AIR (analisi dell'impatto della regolazione)⁽⁸³⁾, nonostante le raccomandazioni dettate in tal senso delle Istituzioni comunitarie⁽⁸⁴⁾, avesse operato una valutazione preventiva degli effetti della re-

⁽⁸²⁾ C. DI NOIA, L. PIATTI, *Regolamentazione e Mercato Finanziario: Analisi e Prospettive di Riforma per il Sistema Italiano*, Consob, *Quaderni Di Finanza*, n. 30, Settembre 1998, p. 10.

⁽⁸³⁾ In ambito comunitario, il tema della qualità della regolazione è stato introdotto dal Consiglio europeo sin dal 1992 con la pubblicazione del Libro bianco su *Crescita, competitività e occupazione*. Nel 2005, la Commissione UE ha pubblicato delle Linee guida comunitarie sull'Analisi di Impatto della Regolazione, con il documento *Impact Assessment Guidelines* (SEC (2005)791, giugno 2005). Nell'ordinamento italiano, il primo atto in tema di AIR è stato l. 8 marzo 1999, n. 50 (Legge di semplificazione 1998) con al quale, in via sperimentale è stato introdotto l'AIR sugli «schemi di atti normativi adottati dal Governo e di regolamenti ministeriali o interministeriali». Successivamente sono stati emanati: il d.P.C.M. 8 marzo 2007 (che ha costituito il Tavolo permanente per la semplificazione normativa); la Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 2869 dell'11 aprile 2007 sulla qualità della regolazione e l'analisi di impatto della regolamentazione; il dPCM 11 settembre 2008, n. 170, con il quale è stato approvato il *Regolamento recante la disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, co. 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*; la direttiva PCM del 26 febbraio 2009, relativa all'istruttoria degli atti normativi del Governo; il dPCM del 19 novembre 2009, n. 212, contenente il *Regolamento recante disciplina attuativa della Verifica dell'Impatto della Regolamentazione (VIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*, per rendere efficace la semplificazione della regolazione e supportare la stessa AIR (norma che indica i principi atti a disciplinare la verifica, a valle, dell'impatto della regolazione, della sua qualità, efficacia ed incisività nei confronti dei cittadini, delle imprese, delle istituzioni e degli operatori del sistema pubblico - VIR.

⁽⁸⁴⁾ Nel 2013 sono intervenute rilevanti modifiche alle regole che disciplinano l'AIR e, in generale, le misure di better regulation. Queste interessano, in misura diversa, la disciplina europea, quella statale, quelle regionali, quelle delle autorità indipendenti. Per un'analisi completa dei vari aspetti dell'AIR e del VIR e delle novità comunitarie e nazionali si vedano

golazione ossia una valutazione, *ex ante*, non solo in termini giuridici ma anche socio-economici, degli effetti che un testo normativo produce al fine di verificare l'opportunità stessa dell'emanazione oltre che di valutarne gli effetti sui destinatari e sulla realtà sociale economica e di mercato su cui esso va ad incidere.

L'intento perseguito tramite l'AIR test è quello di ricercare l'efficacia concreta, sostanziale, non solo formale, del testo normativo in corso di preparazione o di quello già in vigore e che si vuole emendare anche con lo scopo di migliorare la qualità e la trasparenza della normazione.

Del resto la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza 17 luglio 2012, n. 200, ha sottolineato l'importanza della qualità della regolazione: *«l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato»*. E ciò, in particolare, tenuto conto che ogni scelta regolatoria porta seco dei costi e necessita, pertanto, di un preventiva analisi costi-benefici: *«Hobbes, addirittura, ricostruiva la questione in chiave antropomorfa: il suo temibile Stato-Leviatano divorava le libertà individuali in cambio di pace e sicurezza dei cittadini. È comunque merito degli economisti il richiamo - che suona più come un monito - al costo delle regole. La loro ricostruzione, al riguardo, è geometrica. In quanto determinano un distacco tra autori (regolatori) e destinatari di un comportamento (regolati), le regole eteronome generano sempre esternalità negative. Esternalità di cui va valutata prudentemente la necessità o anche solo l'opportunità. Conseguentemente, i regolatori dovrebbero sempre preoccuparsi di valutare preventivamente l'impatto delle norme che si apprestano a emanare»*⁽⁸⁵⁾.

Il legislatore italiano ha scelto la soluzione dell'intervento cogente per di più rafforzato da prescrizioni settoriali e speciali senza, apparentemente, aver operato alcuna valutazione preventiva.

Se la giustificazione economica della normativa in commento si potesse rinvenire nella tutela dell'investitore, i costi della regolamentazione cogente

i contributi pubblicati nell'annuario di valutazione 2013, L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione, cit.

⁽⁸⁵⁾ D. IELO, *L'Analisi di Impatto della Regolazione tra limiti al Leviatano e teoria dei giochi*, consultabile su <http://www.mi.camcom.it/l-analisi-di-impatto-della-regolazione-tra-limiti-al-leviatano-e-teoria-dei-giochi>.

potrebbero essere giustificati dall'esigenza di assicurare al risparmiatore che investe in strumenti finanziari tramite il portale on-line, il medesimo livello di protezione offerto in generale dalla disciplina in materia di servizi di investimento. Tale conclusione poteva essere corretta se la normativa di che trattasi (come intervento regolatorio minimale) si fosse limitata a ricalcare la disciplina dei servizi di investimento plasmandola in funzione della sede di negoziazione (piattaforma *on-line*) e del nuovo ruolo di gestore del portale; la normativa, tuttavia, va ben oltre prevedendo regole che superano la protezione del risparmiatore previste dalla disciplina dei servizi di investimento. L'obiettivo di tale normativa è quello di favorire la sottoscrizione di strumenti finanziari per le start-up innovative e oggi PMI, tramite l'accesso diretto al risparmio del pubblico da parte di tali particolari emittenti. Per conseguire tale obiettivo vengono, tuttavia, poste regole speciali che non si giustificano con la tutela dell'interesse degli investitori: *i*) limitazione alle sole start-up innovative e a vocazione sociale salva oggi l'estensione ad altre forme di associazionismo sia pure ancora circoscritte; *ii*) piattaforme ordinarie con autonomia limitata salvo collaborare con banche o imprese di investimento con sostanziale dominio di queste ultime; *iii*) cooperazione necessaria delle banche e delle imprese di investimento ai fini del perfezionamento dell'offerta anche nel caso di investimenti minimi ove il gestore del portale non scelga di operare direttamente la verifica di adeguatezza (art. 15 comma 5-*bis* e art. 17 comma 4, testo revisionato); *iv*) condizionamento dell'offerta alla sottoscrizione di almeno il 5% della stessa da parte di investitori professionali con il concorso degli investitori professionali a richiesta. Così in sostanza ponendo limiti e prescrizioni nella disciplina da applicarsi ai gestori dei portali più cogenti di quelli previsti per le imprese di investimento senza tenere conto che, invece, il crowdfunding nelle diverse tipologie in cui tale fenomeno si estrinseca, costituisce o può costituire un sistema di raccolta di finanziamenti e capitali complementare rispetto al sistema finanziario esistente nel quale doveva essere integrato e non certo equiparato (per di più rafforzando il dettato prescrittivo anche nel tentativo di supplire alle mancanze del sistema tradizionale. Fermi gli obblighi dettati dalla normativa comunitaria di settore, anche nell'ottica della tutela degli investitori, la scelta del legislatore italiano non sembra as-

sistita da giustificazione economica apparendo perlomeno sovrabbondante la previsione di un intervento cogente ed al contempo speciale e settoriale in riferimento ad una, per lo meno sulla carta, forma alternativa di raccolta degli investimenti la cui libera esplicazione avrebbe garantito quell'efficienza, anche sotto il profilo concorrenziale, posta alla base degli obiettivi perseguiti con la disciplina dei mercati finanziari.

I mercati finanziari (nella accezione limitata ai fini della presente analisi ai soli mercati che trattano i valori mobiliari) sono istituzioni che esistono per facilitare gli scambi (dilatate quanto si vuole, fino alla loro globalizzazione consentita, da ultimo, anche da internet)⁽⁸⁶⁾; con tale regolamentazione non sembra affatto che gli scambi siano stati facilitati⁽⁸⁷⁾, né che si sia raggiunto l'obiettivo di potenziamento di tale particolare forma di finanziamento come auspicato in ambito comunitario né che sia stata incentivata la raccolta di capitali per le start-up innovative.

Per quanto sopra evidenziato sembra potersi concludere che la regolamentazione in commento non appare, ad avviso di chi scrive, una regolamentazione intrusiva poiché, sotto alcuni profili essendosi scelto di regolare il modello di crowdfunding con ritorno finanziario, non poteva lasciarsi il mercato libero di autoregolarsi⁽⁸⁸⁾ (cd. opzione zero ispirata dalla politica del

⁽⁸⁶⁾ F. CAVATUZZI, *La Consob e la regolazione dei mercati finanziari*, Consob, *Quaderni di finanza*, n. 38 maggio 2000, p. 4.

⁽⁸⁷⁾ *Review of Crowdfunding Regulation Interpretations of existing regulation concerning crowdfunding in Europe, North America and Israel*, published by the European Crowdfunding Network AISBL, 2014, cit; *Review of Crowdfunding Regulation Interpretations of existing regulation concerning crowdfunding in Europe, North America and Israel*, ottobre 2013, cit.

⁽⁸⁸⁾ Anche se il modello della self-regulation nei mercati mobiliari è applicato in molti ordinamenti con la previsione di organismi indipendenti di settore in Paesi: Australia (in cui opera l'Australian Securities and Investment Commission), Cina (in cui agisce la China Securities Regulatory Commission), Stati sudamericani (si pensi alla Comisión Nacional de Valores dell'Argentina o alla Comissão de Valores Mobiliários brasiliana), Europa dell'est (Komisja Papierów Wartościowych i Giełd polacca e l'Hungarian Banking and Capital Market Supervision ungherese), alcuni Paesi dell'Unione Europea. In tema di self regulation si vedano: F. DE LY, *Lex mercatoria (new law merchant): globalization and international self-regulation*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, p. 555; P. VALENTINO, *Con il codice della borsa italiana arriva la corporate self-regulation*, in *Dir. e prat. soc.*, 1999, f. 20, p. 13; E. CARBONARA, C. SCARPA,

laissez faire, laissez passer⁽⁸⁹⁾); pur tuttavia detta normativa, in ragione dei limiti riscontrati e della settorialità e specialità cui è ispirata cui non corrisponde una palese giustificazione economica, presenta dei connotati atipici rispetto alla funzione regolatoria che fanno sorgere dubbi e perplessità in merito al perseguimento di un interesse pubblico ed appare essere regolazione non efficace che genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche e di mercato, a detrimento degli interessi degli operatori e degli investitori.

Nella fattispecie che ci occupa, infatti, risulta difficile rinvenire l'interesse pubblico nel potenziamento delle *start-up* innovative (ed oggi anche delle PMI innovative) così favorendo solo determinati soggetti e ciò vieppiù ove si consideri che in nessun caso la regolazione dovrebbe condurre ad istituire limiti discriminatori tra privati in danno di alcuni a beneficio di altri.

Trattasi, pertanto, di intervento regolatorio anomalo non assistito da una "giustificazione" in base alle teorie della regolazione che sembrerebbe sconfinare nella *regolazione per la regolazione*⁽⁹⁰⁾ in guisa di regolazione fine a se stessa connotata anche da effetti antiggiuridici (leggasi: effetto discriminatorio e compromissione del gioco della concorrenza) preclusi all'attività di regolazione e non in linea con i principi sanciti dalla Corte Costituzionale in punto di limitazione dell'autonomia privata e di par condicio.

Non sempre la regolazione ha lo scopo di risolvere inefficienze di mercato o viene adottata perché il mercato non è in grado (o si suppone che non sia in grado) di per sé di raggiungere condizioni di ottimalità sociale (fallimento di mercato) ma di certo l'intervento dello Stato non può sostituirsi al mercato stesso ed alle sue dinamiche per impedire (invece che favorire) i

Autoregolazione, decentralizzazione e incentivi nella riforma dei mercati di borsa, in *Banca impr. società*, 1998, p. 383.

⁽⁸⁹⁾ «Le attività di autoregolazione non individuano strutture o soluzioni, essendo volte a garantire trasparenza e correttezza nello svolgimento delle attività e mostrano, pertanto, un aspetto problematico: il rischio che gli operatori del mercato diventino "arbitri e giocatori" delle stesse competizioni economiche»: così D. IELO, *Effetto Parmalat: crollo del mito della self regulation e necessità di convergenze internazionali nella regolazione dei mercati mobiliari*, articoli e note, n. 7-8, 2004.

⁽⁹⁰⁾ F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2001, Milano, 2002, p. 67; S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 275.

benefici che il mercato è in grado di offrire. L'intento del legislatore di regolare ex ante rimane allo stato non comprensibile né giustificato sia nell'ottica economia che sociale e non ha, sin qui, consentito il conseguimento dell'intento settoriale enunciato. Nella Consultazione pubblica preliminare avviata dalla Consob per adeguare il regolamento al nuovo dettato normativo si evidenzia, infatti, come: *«Seppure un anno e mezzo circa di operatività effettiva costituisca un termine temporale troppo breve per una compiuta valutazione sull'efficacia della regolamentazione, le evidenze del primo anno di operatività, anche raffrontate con l'operatività del crowdfunding in paesi stranieri ed in particolare nel mondo anglosassone consentono di affermare che il fenomeno in Italia non è ancora decollato»*⁽⁹¹⁾.

Il fatto che il fenomeno del crowdfunding non sia decollato in Italia non significa necessariamente che il sistema normativo così come predisposto sia fallace o inefficiente, ma fa presumere che la incentivazione all'investimento che doveva derivare dall'utilizzo delle piattaforme *on-line* per la raccolta di capitali non vi sia stata o non sia stata recepita dagli investitori come fruibile (vantaggiosa?) sotto i vari profili in cui si estrinseca nel contesto normativo attuale⁽⁹²⁾.

⁽⁹¹⁾ *«Al 31 marzo 2015 risultano operativi 6 portali, 5 dei quali autorizzati dalla Consob ed iscritti nella "sezione ordinaria" del registro (Stars-up.it, Assitecacrowd.it, Nextequity.it, Smarthub.eu e CrowdFoundMe.it) ed 1 operante di diritto in base alla normativa vigente ed annotato nella "sezione speciale del registro" a seguito della prescritta comunicazione alla Consob (UnicaSeed.it). Nel complesso, i portali autorizzati a tale data erano 15. Il rapporto fra gestori autorizzati e gestori di diritto risulta molto più elevato di quanto ci si potesse attendere (pari a 14) e, tuttavia, dei 14 gestori autorizzati solo 5 (pari al 35%) risultano operativi al momento della rilevazione, mentre solo 3 (21%) hanno pubblicato offerte andate a buon fine. Tale fatto evidenzia la necessità di svolgere ulteriori approfondimenti per comprendere se le viscosità nell'avvio dell'operatività sono frutto di un fisiologico periodo di adattamento al nuovo ambito competitivo da parte di società che costituiscono esse stesse start-up, o possono essere collegati a specifici elementi di onerosità della normativa (o delle sue modalità di attuazione) che limitano il dinamismo dei gestori nella esposizione di offerte al pubblico». Così Revisione del Regolamento n. 18592 del 26 giugno 2013 sulla raccolta di capitali di rischio da parte di start-up innovative tramite portali on-line, cit., 6.*

⁽⁹²⁾ *«As of the end of October 2014, 11 equity based Crowdfunding platforms have been registered in the Register held by CONSOB (the Italian Market Regulator). Nine offers have been issued to investors, three of which were successful (raising over EUR 1 million in total), while two were unsuccessful and four are still ongoing. Compared to the year 2013 the boost of the equity Crowdfunding market has been dramatic (one platform operating outside the regulation framework compared to the 11 platforms authorised by*

Regolamentare l'accesso ad un tipo di finanziamento alternativo, che nasce libero nella forma e nelle modalità di sua estrinsecazione, in modo da ricondurlo sostanzialmente nei rigidi schemi delle forme tradizionali di finanziamento e riservandolo solo a determinati soggetti predefiniti dalla norma, equivale a snaturarne lo scopo vanificando la portata innovativa dell'istituto e rafforzando – di contro – il ruolo istituzionale degli operatori del sistema tradizionale obbligatoriamente esteso a quello innovativo. Citando la chiosa finale del commento di Piattelli ⁽⁹³⁾: «*occorrerebbe chiedersi se l'Italia, più che il crowdfunding, non stia invece cercando di sviluppare il crowdbankings*».

the end of October)»: così *Review of Crowdfunding Regulation*, 2014, cit., punto 1, p. 136.

⁽⁹³⁾ U. PIATTELLI, *Il Crowdfunding in Italia: una grande opportunità o un'occasione mancata?*, in *Diritto24* del 18 giugno 2013, consultabile su <http://www.diritto24.ilssole24ore.com/avvocato-Affari/mercatiImpresa/2013/06/il-crowdfunding-in-italia-una-grande-opportunita-o-unoccasione-mancata.php>.

STEFANIA STEFANELLI (*)

FAMIGLIA BIOLOGICA E TUTELA DELL’AFFETTIVITÀ IN ITALIA E IN EUROPA

ABSTRACT: The essay identifies the value of the most recent adoption reforms in the aspiration to preserve the relationship of affection between minors and their families. The essay also focuses the assessment of the state of abandonment, enhancing relationships developed during the foster care.

SOMMARIO: 1. La conservazione dell’affettività nelle riforme della filiazione. — 2. Irrecuperabilità delle capacità genitoriali e stato di abbandono. — 3. Rientro del minore in famiglia e alternative all’adozione in Italia ed in Europa. — 4. Accertamento dello stato di abbandono e *status* del bambino. — 5. Irrecuperabilità delle capacità genitoriali e affidamento ai parenti. — 6. Diritto alla continuità affettiva e affidamento familiare prolungato. — 7. Continuità affettiva nell’adozione genitoriale. — 8. Parentela e adozione.

1. — *La conservazione dell’affettività nelle riforme della filiazione.*

La conservazione dei rapporti affettivi che legano i bambini e le bambine ai propri familiari costituisce il valore fondamentale intorno alla cui protezione si possono riconnettere, nei termini di una precisa opzione assiologica, le recenti novelle alla l. n. 184 del 1983, attuate con d.lgs. n. 154 del 2013 e l. n. 173 del 2015, e quelle inserite nel Titolo IX del primo libro del codice, intitolato alla responsabilità genitoriale ed ai diritti e doveri del figlio. Tanto anche allo scopo di meglio intenderne, attraverso la riconduzione a sistema, alcune discusse formulazioni letterali, ed evidenziare talune residue aporie, in merito alla disciplina della parentela del minore adottato nei casi speciali di cui all’art. 44 l. adozione, con particolare riferimento all’applicabilità dell’art. 74 c.c. novellato, ultimo periodo.

Centrale nel sistema disegnato dai ricordati interventi è la definizione del-

(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”; Progetto “Adults & Children in post-modern societies”.

lo stato giuridico unitario di figlio, costituito per effetto di atti di autoresponsabilità dei genitori – tali la dichiarazione di nascita ed il riconoscimento – o di accertamento giudiziale con efficacia preclusiva massima, che definisce i giudizi di stato o il procedimento di adozione piena, o parentale, di cui agli artt. 25 e ss. della l. n. 184 del 1983⁽¹⁾.

Per effetto della costituzione dello *status* il figlio assume, infatti, diritti e doveri anche nei confronti delle famiglie dei genitori, a prescindere dal fatto che la sua nascita sia avvenuta in matrimonio o fuori da esso (art. 74 c.c. novellato), compreso quello a mantenere stabili rapporti con i nonni ed i parenti. Del principio costituiscono applicazione: *a)* la regola per cui non si fa luogo alla dichiarazione di adottabilità quando il bambino non versi in condizioni di abbandono in quanto l'assistenza morale e materiale gli sia assicurata dai parenti (artt. 8, 11 e 12, l. adozione), posto che dallo *status filii* deriva anche lo *status familiae*, inteso come rapporto con la comunità di coloro che sono legati da parentela o affinità; *b)* l'affermazione del diritto del minore di mantenere rapporti significativi con i parenti, ed in primo luogo con gli ascendenti, titolari della corrispondente pretesa ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c., comma 1, che costituisce «una specificazione del suo diritto di crescere in famiglia»⁽²⁾, trovando giustificazione nell'interesse del bambino al consolidamento dei legami familiari affettivi che contribuiscono in modo determinante ad un equilibrato sviluppo della sua personalità⁽³⁾.

In particolare, con riferimento ai rapporti coi nonni ed i parenti tutti, la pretesa non viene meno per ragione del comportamento del genitore e dalla sua pericolosità, la quale non limita, di regola, il diritto degli ascendenti e del

(1) Cfr. per l'inquadramento sistematico ed i necessari riferimenti, anche bibliografici, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, *Le persone e la famiglia*, Torino, 2015, spec. pp. 25 ss., 177 ss., 263 ss.

(2) P. SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 125.

(3) T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, p. 264 ss.; G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori: condiviso, esclusivo, a terzi, diritto di visita dei nonni, affidamento e sottrazione internazionale dei minori*, Milano, 2009, *passim*; C.M. BIANCA, *Il diritto del minore all'amore dei nonni*, in AA.VV., *Studi in onore di C.M. Bianca*, II, Milano, 2006, p. 117 ss.

figlio stesso ad intrattenere relazioni parentali⁽⁴⁾: se ne trova conferma nella previsione, all'art. 337-ter c.c. relativo alla crisi della coppia, del «diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale»⁽⁵⁾.

La medesima riforma degli *status filiationis* è intervenuta, coerentemente, sulla disciplina dell'adozione di minorenni in condizione di abbandono, esplicitandone i presupposti attraverso la modifica degli artt. 11 e 15 l. adozione, ed introducendo l'art. 79-bis, consentendo al genitore infrasedicenne di domandare un termine di due mesi per riconoscere il figlio, ne valorizza la capacità di discernimento e di assumersi i doveri che nascono dalla procreazione (art. 11, comma 3).

Lo stato di abbandono si specifica, invece, attraverso il riferimento (art. 15, comma 1, lett. c) alla necessità che nel procedimento che conduce alla dichiarazione di adottabilità venga «provata l'irrecuperabilità delle capacità genitoriali dei genitori in un tempo ragionevole».

⁽⁴⁾ Critico rispetto alla corrispondenza al dettato dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 1484 ss., con riferimento alla necessità di valutare la conformità del mantenimento dei rapporti con la famiglia biologica all'interesse del minore.

⁽⁵⁾ Per G. SAVI, *L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo art. 317-bis c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 547 ss., le due disposizioni si differenziano in ragione della titolarità del diritto e della relativa azione: «Oggi, accanto al diritto del figlio minore, “di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti”, riconosciuto con espressione statutaria dal nuovo art. 315 bis, co. 2°, c.c., cui è seguita l'introduzione dell'art. 337 ter, co. 1°, c.c., che lo attua attraverso l'affermazione del diritto “di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”, il legislatore delegante ha espressamente individuato un nuovo ed ulteriore diritto soggettivo proprio degli ascendenti; ed è opportuno sottolineare come i nonni, secondo il nuovo art. 317 bis c.c., sono gli unici del ceto parentale che hanno visto riconosciuta una specifica posizione soggettiva; invero, in conformità ad un sentire millenario ed universale, che possiamo definire obiettivamente appartenente al patrimonio etico inalienabile dell'umanità, a qualunque latitudine, nella trasmissione della vita tra le generazioni e nei legami d'affetto. Trattasi del diverso diritto di “mantenere rapporti significativi con i nipoti minori”; che peraltro significa, in primo luogo, diritto ad instaurare quel rapporto». Cfr., sulla competenza del tribunale per i minorenni ex art. 38 dip. att. c.c., Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 194, di cui ha fatto applicazione Cass., 4 febbraio 2016, in *Il familiarista*, 2016, con nota di F. TIZI.

Alla conservazione dell'affettività maturata durante l'affidamento temporaneo si dirige, infine, la più recente novella agli artt. 4, 5 e 44 della l. adozione, dettata con l. 19 ottobre 2015, n. 173, intitolata proprio al «diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido».

2. — *Irrecuperabilità delle capacità genitoriali e stato di abbandono.*

Attenta dottrina intravede nella novella all'art. 15, l. adozione il rischio di veicolare una concezione del provvedimento in questione in termini di rimedio ad un pregiudizio già verificato ed irreparabile ai danni del minore ⁽⁶⁾, ovvero sanzionatori della condotta abbandonica del genitore, con la conseguenza per cui potrebbe risolversi in danno del minore il giudizio prognostico di irrecuperabilità genitoriale che la lett. c) impone, in alternativa all'inadempimento delle prescrizioni impartite a garanzia dell'assistenza morale e materiale dei bambini ⁽⁷⁾, specie in considerazione della necessità di ancorarne la ragionevole durata alle esigenze del minore in crescita, che possono differire da quelle di recupero del genitore ⁽⁸⁾.

Il timore non può dirsi infondato, ma il ripetuto accertamento di prassi devianti rispetto alla tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione EDU al prioritario interesse del minore a crescere con la propria famiglia biologica, salvo che ne derivino rischi per la sua sicurezza e serenità, dimostra pur-

⁽⁶⁾ G. RECINTO, *Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca dell'adottabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1161 ss.; ID., *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, cit., p. 1485 ss.

⁽⁷⁾ Per G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 535 «Va piuttosto richiamata l'attenzione sul fatto che la "irrecuperabilità" andrebbe misurata col metro dei bambini e non con quello dei genitori, vale a dire con riguardo ai tempi del bambino, molto diversi da quelli dell'adulto. Non dimentichiamo che la temporaneità della situazione di forza maggiore è stata introdotta della legge del 1983 proprio a tutela del diritto del bambino, intendendosi temporanea quella causa di forza maggiore che si protrae per un tempo tale da non pregiudicare in modo grave la crescita del bambino».

⁽⁸⁾ J. LONG, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, in AA.VV., *La nuova disciplina della filiazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015, p. 252 ss.

troppo che, sebbene «non si può ragionevolmente dubitare che, anche nella vigenza del testo originario dell’art. 15, la situazione che dava luogo alla dichiarazione dello stato di adottabilità doveva essere “provata”»⁽⁹⁾, non di rado il diritto a conservare lo stato corrispondente alla vita familiare in atto è stato pregiudicato senza tener conto del progressivo recupero della capacità dei genitori, attraverso i percorsi di sostegno disposti in favore della famiglia biologica, finendo proprio col configurare la decisione in termini sanzionatori delle manchevolezze dell’adulto, invece che di promozione dell’interesse fondamentale del bambino.

Le vicende portate all’attenzione della Corte europea sono, purtroppo, espressione di una prassi in aperto contrasto con il costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità, eppure confermano quanto la medesima sia difficile da sradicare, senza una seria presa di coscienza del rango fondamentale delle istanze di cui sono portatori tanto i bambini quanto i loro parenti, e della necessità di rintracciare, tra le maglie della legislazione in materia, gli strumenti più idonei a garantirne effettiva promozione.

La Suprema Corte ha infatti ripetutamente precisato che, dovendosi tutelare esclusivamente l’interesse del minore, la valutazione della relativa situazione, quale presupposto legittimante la declaratoria del suo stato di adottabilità, impone di avere riguardo, piuttosto che ai comportamenti di ciascun genitore, alle possibili conseguenze sullo sviluppo psicofisico della personalità del fanciullo, considerato non in astratto ma in concreto, in relazione al suo vissuto, alle sue caratteristiche fisiche e psicologiche, alla sua età ed al suo grado di sviluppo, mentre le condizioni personali dei genitori non rivestono, da sole, alcuna rilevanza⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ J. LONG, *L’impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell’adozione dei minorenni*, cit., p. 253.

⁽¹⁰⁾ In questo senso, Cass., Sez. un., 1° giugno 2010, n. 13332, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1862 ss. con nota di G. IANNIRUBERTO, *La domanda del procuratore generale della Cassazione per l’enunciazione del principio di diritto: regole processuali*; Cass., 16 aprile 2014, n. 8877, in *Giur. it.*, 2014, p. 1056 ss.; sulla dichiarazione di adottabilità di minore in ragione dei disturbi comportamentali di cui soffre la madre, con esclusione dell’adozione mite cfr. Cass., 18 giugno 2014, n. 13911 in *leggiditaliaprofessionale.it*.

Per queste ragioni non doveva dichiararsi lo stato di adottabilità a causa della depressione materna, che esponeva a pericolo i tre figli minori, posto che la perizia ordinata dal tribunale minorile aveva concluso per una «valutazione complessivamente positiva della capacità dei genitori di esercitare il loro ruolo e della loro disponibilità a collaborare con i servizi sociali»⁽¹¹⁾, non sussistendo quello stato di abbandono, determinato da un disturbo comportamentale grave e non transitorio del genitore, che lo renda inidoneo ad assumere ed a conservare piena consapevolezza delle proprie responsabilità verso il figlio, ancorché egli sia ispirato da sentimenti di amore sincero e profondo⁽¹²⁾.

Disporre, invece, l'affidamento e quindi, nell'eventualità in cui i bambini non potessero far rientro nel loro ambiente familiare, la loro adozione ai sensi dell'art. 44, lett. d) della l. n. 184/1983, avrebbe evitato di rescinderne tanto il legame con i genitori, che il percorso di riavvicinamento stava ricostruendo, quanto quello, altrettanto fondamentale, tra i bambini stessi, avviati all'adozione da parte di tre diverse coppie, in violazione del principio per cui l'adozione parentale costituisce l'*extrema ratio*, cui ricorrere solo in circostanze estreme di abusi, maltrattamenti o grave pericolo per i minori.

Analogamente⁽¹³⁾, prima di pronunciare l'adozione e quindi la sentenza di adozione di una bambina di nazionalità nigeriana, giunta in Italia col padre richiedente protezione per motivi umanitari, ingiustamente detenuto per l'accusa di associazione per delinquere finalizzata al traffico di clandestini e quindi assolto, doveva accertarsi con consulenza tecnica la capacità del padre di esercitare il proprio ruolo di genitore, anziché fondare la definitiva rescissione del legame con la figlia esclusivamente sui rapporti dei servizi sociali, che avevano osservato unicamente l'arrivo in Italia ed un incontro tra costui e la bambina.

Non è diversa la sorte toccata al figlio di una cittadina cinese, la quale versava in condizioni di indigenza ma conservava un ruolo attivo e positivo nei confronti del bambino, che invece era stato prima collocato in affidamento

⁽¹¹⁾ Corte EDU, 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*, ricorso n. 52557/14, § 47.

⁽¹²⁾ Cass., 21 marzo 2014, n. 6755, in *Dir. e giust.*, 2014.

⁽¹³⁾ Corte EDU, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*, ricorso n. 9056/14.

e poi dichiarato adottabile quando sarebbe stata preferibile, nell'interesse del minore, l'adozione *ex art. 44 lett. d)*, che la Corte definisce semplice⁽¹⁴⁾.

Il quadro assiologico a cui rispondono tanto la legislazione nazionale che l'art. 8 della Convenzione EDU si incentra, infatti, sull'obbligo statale di mettere in campo misure positive atte a garantire il diritto fondamentale del bambino a crescere con la propria famiglia (art. 1, l. adozione), ed eventuali decisioni di allontanamento dei bambini dai genitori possono essere disposte in casi eccezionali, e cioè unicamente allorquando i genitori si siano dimostrati «particolarmente indegni, o quando siano giustificate da un'esigenza primordiale attinente all'interesse superiore del minore»⁽¹⁵⁾.

Di conseguenza ha condannato l'Italia per non aver ottemperato all'obbligo di mettere adottare provvedimenti concreti maggiormente incisivi, al fine di garantire al bambino di vivere con la madre.

Per parte sua, la Corte di legittimità ha più volte rammentato la prioritaria esigenza del figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i genitori biologici e di essere allevato nell'ambito della propria famiglia, legame naturale oggetto di tutela ai sensi dell'art. 1, l. adozione, che impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità ai fini del perseguimento del suo superiore interesse⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, 2 giugno 2014, *Zhou c. Italia*, ricorso n. 33773/11, in *Min. e giust.*, 2014, p. 268 ss.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, 16 novembre 1999, *E.P. c. Italia*, ricorso n. 31127/97, § 64, specifica l'opportunità di disporre un'adozione che non recida la relazione biologica; così Id., 24 febbraio 2009, *Errico c. Italia*, ricorso n. 29768/05, § 45. In senso conforme, con riguardo ad altri Stati, Corte EDU, 28 ottobre 2010, *Aune c. Norvegia*, ricorso n. 52502/07; Id. 18 dicembre 2008, *Savigny c. Ucraina*, ricorso n. 39948/06; Id., 10 novembre 2004, *Couillard Mangery c. Francia*, ricorso n. 64796/01; Id., 25 gennaio 2000, *Ignacolo e Zenide c. Romania*, ricorso n. 31679/96, § 94; Id., 27 giugno 2000, *Nuutinen c. Finlandia*, ricorso n. 32842, § 127; Id., 24 marzo 1988, *Olsson c. Svezia*, ricorso n. 10465/83, § 81, su cui cfr. J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 265 ss.

⁽¹⁶⁾ Cass., 26 maggio 2014, n. 11758, in *Dir. e giust.*, 2014: Id., 28 febbraio 2013, n. 5013, in *Fam. e dir.* 2013, p. 673 ss., con riferimento a genitori tossicodipendenti e con gravi patologie psicotiche. Il Tribunale per i minorenni aveva dichiarato lo stato di adottabilità, con decisione confermata in appello, ma la S.C. ha accolto il ricorso dei genitori, cassando con rinvio allo stesso giudice d'appello in diversa composizione, per avere la decisione impugnata omesso

Consegue che esso non può fondarsi di per sé sulla disabilità del genitore, condizione che, nel rispetto della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (ratificata con l. 3 marzo 2009, n. 18) e del relativo Protocollo addizionale, non può essere causa di interruzione del legame naturale, salvo che tale condizione, nonostante tutti i supporti adeguati e possibili offerti dallo Stato, comprometta irreversibilmente la capacità di allevare ed educare i figli, traducendosi in una totale inadeguatezza a prendersene cura⁽¹⁷⁾.

In sostanza, la dichiarazione dello stato di adottabilità conseguente all'abbandono del minore deve essere considerata rimedio ultimo, ed *extrema ratio* per la sua tutela, ed il Tribunale per i minorenni è deputato a verificare se effettivamente il crescere con il genitore biologico o con i parenti possa arrecare pregiudizio al suo sviluppo psicofisico⁽¹⁸⁾.

In proposito, ci sembra debba assumere rilevanza anche la distinzione

di valutare l'idoneità dei nonni paterni a provvedere all'assistenza e alla cura dei nipoti, in violazione del diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia.

Comunque, la dichiarata disponibilità di uno dei parenti entro il quarto grado ad occuparsi del minore non è di per sé sufficiente a escludere la situazione di abbandono, dovendo essa essere suffragata da elementi oggettivi che la rendano credibile: così ha deciso Cass., 17 luglio 2009, n. 16796, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 978, con nota di F. ASTIGGIANO, *Stato di abbandono di un minore e ruolo dei parenti: quando il concetto di famiglia si amplia*; e, più di recente, Id., 16 luglio 2014, n. 16280, *ivi*; conf. App. Campobasso, 16 maggio 2014, *ivi*; v. anche Cass., 28 gennaio 2011, n. 2102, *ivi*, la quale, cassando la decisione di merito, nel ribadire l'assunto, ha tuttavia precisato che la concreta manifestazione della disponibilità manifestata dai parenti entro il quarto grado a prendersi cura del minore, nel caso di neonato, se manifestata entro un termine ragionevolmente breve della nascita, comporta che questo non possa essere considerato in stato di abbandono, salvo si accerti l'inidoneità di tali parenti ad assicurarne l'assistenza e la crescita in modo adeguato.

⁽¹⁷⁾ Cass., 18 dicembre 2013, n. 28230, in *Mass. Giust. civ.*, 2014.

⁽¹⁸⁾ V., da ultimo, Cass., 20 gennaio 2015, n. 881, in *Mass. Giust. civ.*, 2015, secondo cui il diritto di crescere ed essere educato nella propria famiglia d'origine comporta che il ricorso alla dichiarazione di adottabilità sia praticabile come "soluzione estrema", quando cioè ogni altro rimedio appaia inadeguato con l'esigenza dell'acquisto o del recupero di un adeguato contesto familiare in tempi compatibili con le esigenze del minore; qualora però, a prescindere dagli intendimenti dei genitori o dei parenti, la vita da loro offerta a quest'ultimo risulti inadatta al suo normale sviluppo psicofisico, ricorre la situazione di abbandono ai sensi dell'art. 8, l. n. 184/1983 e la rescissione del legame familiare è l'unico strumento che possa evitargli un più grave pregiudizio.

tra abbandono morale e materiale. Infatti, mentre il primo, salvo sia determinato da situazioni transitorie e contingenti, denota un'impossibilità per il minore di essere allevato e di crescere in un ambiente affettivo adeguato, l'abbandono materiale necessita di una più attenta valutazione da parte del Tribunale per i minorenni⁽¹⁹⁾.

In questo caso appare necessario fare prioritario riferimento all'istituto dell'affidamento temporaneo, disciplinato dal Titolo I-*bis*, l. n. 184/1983, in forza dell'assorbente considerazione per cui l'idoneità psicologica ed affettiva del genitore biologico a prendersi cura del figlio, di regola, non può rimanere frustrata dalle condizioni economiche dello stesso, visto che è la stessa legge a porre tra i principi fondamentali quello di sostegno alle famiglie bisognose (art. 1, commi 2 e 3, l. n. 184/1983)⁽²⁰⁾.

Ad arginare la troppa facilità nel ravvisare lo stato di abbandono che prelude alla dichiarazione di adottabilità, sacrificando il diritto fondamentale e preminente del figlio alla filiazione biologica e ad crescere nella propria famiglia, in conformità con l'insegnamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in commento, potrebbe valere, dunque, la novella al codice civile, esecutiva della delega ad introdurre una «specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole da parte dei genitori, fermo restando che le condizioni di indigenza dei genitori (...) non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia» (art. 2, comma 1, lett. *n*) della l. n. 219/2012), in attuazione

⁽¹⁹⁾ In questo senso non paiono condivisibili le critiche svolte da G. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, cit., p. 1486, per cui «pericolose formule quali l'adozione c.d. mite (...) dimostrano l'assoluta inadeguatezza di ogni prospettiva che voglia ancorare l'accertamento dello stato di abbandono morale e materiale a parametri puramente quantitativi, come il richiamo a livelli *standard* di assistenza familiare che prescindono dalle effettive esigenze del singolo minore interessato». L'adozione in casi speciali, come vedremo, prescinde infatti dallo stato di abbandono del minore ed è funzionale a conservarne, insieme allo *status*, anche l'affettività maturata con la famiglia biologica, cui si affianca un ulteriore stato nei confronti dei genitori adottivi, in funzione di sostegno alle esigenze del bambino.

⁽²⁰⁾ Sul punto, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5ª ed., Milano, 2012, p. 423 ss.

del canone generale oggi codificato all'art. 315-*bis*, comma 2 c.c. ⁽²¹⁾.

Nel senso indicato può altresì apprezzarsi l'art. 79-*bis*, che introduce la segnalazione ad opera del giudice, indirizzata ai Comuni, dei nuclei familiari che versino in situazioni di indigenza ed abbiano diritto ad interventi di sostegno, affidati ai servizi territoriali, sebbene se ne contesti il risultato di aver così istituzionalizzato una «formidabile supplenza» ⁽²²⁾ della magistratura rispetto all'autorità amministrativa, che la riforma della giustizia minorile aveva inteso disinnescare ⁽²³⁾. Tale misura varrebbe – si auspica – ad evitare che l'indigenza riverberi in abbandono materiale, ogni volta che le capacità e la concreta dedizione dei genitori abbiano bisogno della solidarietà generale, nell'adempimento del canone di cui all'art. 2 Cost., per assicurare ai bambini la concreta soddisfazione del diritto fondamentale di cui all'art. 8 della Convenzione.

Merita, infine, di essere valorizzato lo strumento della sospensione del procedimento contemplata dall'art. 14, l. adozione, possibile qualora vi sia un interesse del minore in tal senso e, quindi, vi sia la possibilità per lo stesso di crescere nella propria famiglia di origine ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Da intendersi quale «diritto a compiere il percorso affettivo, formativo ed educativo all'interno del proprio nucleo familiare, ossia nel contesto che l'ordinamento dimostra di ritenere assolutamente prioritario per il pieno sviluppo della personalità del figlio» per M. SESTA, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1014; cfr. anche ID., *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali, VIII*, Milano, 2015, p. 445 ss.; P. SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, cit., p. 119 ss.; G.E. NAPOLI, *Il diritto di crescere nella propria famiglia, ivi*, p. 1115 ss.

⁽²²⁾ M. DOGLIOTTI, *Adozione di minori e stato di abbandono. Perché una specificazione*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 751. In termini analoghi G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, cit., p. 535, sottolinea che dovrebbe essere l'ente preposto ai servizi socio assistenziali ad essere in grado di monitorare le situazioni di difficoltà e porvi rimedio.

⁽²³⁾ Cfr. J. LONG, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., p. 255.

⁽²⁴⁾ Evidenzia le caratteristiche della valutazione di irrecuperabilità delle capacità genitoriali rispetto alle fasi in cui si articola il procedimento che, passando dalla dichiarazione di adottabilità, conduce alla recisione dei legami con la famiglia di origine con la sentenza che pronuncia l'adozione C. CIRAOLO, *La specificazione del concetto di abbandono (art. 15, comma 1, lett. c, l. n. 184/1983, come modificato dall'art. 100, comma 1, lett. l, del d.lgs. n. 154/2013)*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 1084 ss., proprio con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU in commento.

La valutazione dell'interesse del minore deve, in altri termini, confrontarsi, nell'apprezzamento del giudice nel caso concreto, col principio di verità biologica, da cui discende per il minore il diritto di crescere ed essere educato dagli autori della procreazione o, in mancanza, dai parenti più stretti, e impone di valutare l'opzione come prioritaria ogni qual volta vi sia la possibilità in concreto che ciò possa avvenire, anche al fine di compiere ulteriori indagini in tal senso⁽²⁵⁾.

3. — *Rientro del minore in famiglia e alternative all'adozione in Italia ed in Europa.*

Tutto il giudizio, del resto, è disegnato intorno alla dimostrazione, nei termini della massima certezza, dello stato di abbandono: tant'è che sono legittimati ad impugnare la sentenza che dichiara l'adottabilità⁽²⁶⁾ il pubblico ministero, i soggetti che compongono il nucleo familiare del minore, costituiti dai genitori e dai parenti entro il quarto grado, nonché quelli che provvedono istituzionalmente alla cura dei suoi interessi, quali il tutore e il curatore, portatori di una posizione processuale autonoma⁽²⁷⁾.

Lo stato di adottabilità può, inoltre, essere revocato dal Tribunale per i minorenni sino a quando non intervenga l'affidamento preadottivo, e l'interpretazione rigida e formalistica che della norma è stata fornita in giuri-

⁽²⁵⁾ V., invece, Cass., 19 marzo 2014, n. 6295, in *Mass. Giust. civ.*, 2014, che confermava il rigetto della domanda di sospensione, motiva dall'inoltrata richiesta di intermediazione per il rimpatrio dei minori di cittadinanza egiziana, a seguito della manifestata disponibilità all'accoglienza degli stessi da parte della nonna materna, sostenendo l'ascrivibilità della relativa decisione all'apprezzamento del giudice del merito circa le circostanze che militano per una sospensione dello stato di adottabilità, e, in particolare, degli elementi contrari all'adozione del minore che scaturiscano dalle indagini effettuate dai servizi locali competenti.

⁽²⁶⁾ V., per la tesi per cui al decorso del termine breve di trenta giorni per il ricorso in Cassazione previsto dall'art. 17, l. n. 184/1983, termine abbreviato di natura speciale, non si applica analogicamente la diversa fattispecie della revoca *ex art.* 21, l. citata, ove l'impugnazione è tempestiva se notificata nel termine ordinario di sessanta giorni, Cass., 22 febbraio 2008, n. 4537, in *Mass. Giur. it.*, 1998.

⁽²⁷⁾ Così Cass., 21 maggio 2014, n. 11221, in *Mass. Giust. civ.*, 2014, che ha escluso la legittimazione all'impugnazione dell'affidatario, che, viceversa, non ha una posizione processuale autonoma.

sprudenza⁽²⁸⁾ può trovare giustificazione soltanto specificando che osta alla revoca unicamente l'accertamento di una situazione affettiva già consolidata, da tutelare anch'essa ai sensi dell'art. 8 CEDU⁽²⁹⁾.

Conferma se ne si ricava *a contrario* dal disposto dell'art. 21, comma 1, l. adozione, che ammette la revoca nell'interesse del minore, poiché altrimenti il sistema privilegia il principio di verità biologica, attribuendo al figlio il diritto di crescere nella propria famiglia di origine, quando ciò, appunto, non sia contrario al suo interesse. In sostanza, un conto è il fatto che l'affidamento si sia già protratto per un tempo rilevante, magari perché preceduto da quello temporaneo *ex* Titolo I-*bis*, l. adozione, altro conto è che l'affidamento preadottivo sia stato appena disposto e il minore non abbia ancora intavolato relazioni affettive rilevanti con gli affidatari.

Pare evidente che alle predette situazioni non possa essere riservato eguale trattamento, sulla base di un'applicazione formale e avulsa dalla realtà del dato normativo, in quanto nella seconda ipotesi manca il diritto all'affettività del minore da tutelare e quindi non è necessario operare alcun contemperamento tra più situazioni fondamentali, facenti capo al minore stesso.

È, quindi, necessario che, in presenza di richiesta revoca, ci si astenga, in

⁽²⁸⁾ Cfr. Cass., 22 febbraio 2008, n. 4537, cit., secondo cui il provvedimento di affidamento preadottivo impedisce l'accoglimento dell'istanza di revoca del decreto dichiarativo dello stato di adottabilità, benché disposto successivamente alla proposizione di quest'ultima, non avendo essa alcuna valenza sospensiva dell'efficacia esecutiva di detto decreto, con la conseguenza che unicamente l'accoglimento dell'istanza di revoca, all'esito dell'effettiva sopravvenienza dei fatti allegati, idonei a superare le condizioni di cui all'art. 8, l. n. 184/1983, ne fa venir meno con efficacia *ex nunc* l'esecutività. In dottrina v. M. DOGLIOTTI, *Il procedimento di adozione di minori*, in A. DIDONE (a cura di), *Il processo civile competitivo*, Torino, 2010, p. 449 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. Corte EDU, 28 giugno 2007, ricorso n. 76240/01 *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, § 117, che ha riconosciuto tutela al legame, configurabile in termini di vita familiare effettiva, tra una donna nubile lussemburghese ed il bambino che aveva adottato in Perù, nonostante la preclusione all'adozione da parte di persone singole vigente nel proprio Paese. Nello stesso senso Corte EDU, 27 aprile 2010, ricorso n. 16318/07, *Moretti e Benedetti c. Italia*, con riferimento al diniego dell'adozione speciale di una neonata affidata provvisoriamente con decreto d'urgenza ad una coppia, motivato dall'adozione piena di altra coppia, violativa della protezione della vita familiare già in atto, posto che la bambina aveva vissuto con la coppia per 19 mesi, e sussisteva un «forte legame» con gli adulti.

mancanza di rapporti già consolidati, dal disporre l'affidamento preadottivo, in modo da consentire una serena analisi delle circostanze sopravvenute, idonee a realizzare l'interesse del minore a crescere con i genitori biologici o, in mancanza, con i parenti più stretti che se ne siano occupati e possano continuare a farlo in maniera consona.

Norma di riferimento è l'art. 21⁽³⁰⁾, che esclude il rientro nella famiglia d'origine quando ne possa derivare pregiudizio al minore in conseguenza dell'impossibilità di conservare le relazioni intessute durante l'affidamento, allorquando, cioè, non corrisponda all'interesse del minore il mantenimento degli affetti nei confronti di entrambe le famiglie, ai sensi del novellato art. 5-*quater*⁽³¹⁾.

Una casistica delle condizioni in cui l'indicato interesse è apprezzabile in termini concreti può trarsi dall'esperienza applicativa del *Children Act* del Regno Unito del 1989, la cui *sect.* 34 impone un «*reasonable contact*» del bambino accolto in istituzioni pubbliche di cura, con i suoi genitori, nonni, fratelli e sorelle, diritto cui l'autorità amministrativa può derogare solo al fine di salvaguardare la sicurezza ed il benessere del minore, in caso di urgenza e per periodi non superiori a sette giorni, oltre i quali è necessario un provvedimento giudiziale.

Il procedimento è infatti ispirato, fin dall'inizio, alla garanzia del «*welfare*

⁽³⁰⁾ Cfr. Cass., 23 giugno 2009, n. 14609, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 25 ss., con nota di M. MONDELLO, *Revoca dello stato di adottabilità e ascolto del minore*, che, in caso di revoca dello stato di adottabilità del minore a seguito della riacquisita capacità genitoriale della madre, afferma la necessità per il giudice di esaminare le condizioni psicofisiche del minore e la sua capacità di fare rientro nella famiglia d'origine; conforme Cass., 26 giugno 2010, n. 9958, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2387 ss., secondo cui la revoca dello stato di adottabilità è un provvedimento di secondo grado che presuppone la sopravvivenza di fatti positivi che abbiano mutato la capacità dei genitori di prendersi cura del figlio oltre che l'interesse del minore, che non deve essere mai pregiudicato dal reinserimento nella famiglia naturale; l'assunto è ritenuto discutibile da autorevole dottrina «dove afferma che la revoca non deve in alcun caso consentire l'interruzione di un sereno inserimento in una famiglia [affidataria provvisoria] in grado di accoglierlo. Deve piuttosto ritenersi che il vantaggioso inserimento del minore in una famiglia estranea non possa giustificare la sua sottrazione alla famiglia in cui ha diritto di crescere, se in questa riceva adeguata assistenza»: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 439, nt. 101.

⁽³¹⁾ Cfr. *infra*, § 6.

principle», di cui alla *sect. 1*, dovendosi valutare prioritariamente il benessere non solo momentaneo, ma di tutta la vita del bambino, tenendo conto dei suoi desideri, della sua capacità di discernimento, delle sue particolari esigenze, delle probabili conseguenze che egli patirà, in tutta la sua propria storia personale, dall'essere stato adottato, dei danni che ha subito e dei pericoli cui è esposto, e – ciò che più rileva ai nostri fini – dei rapporti coi parenti e con qualsiasi persona con cui, a giudizio del tribunale, abbia maturato legami significativi, comprendendo, dunque, la valutazione dell'opportunità di mantenere questi rapporti. Solo nel caso in cui nessuno di tali adulti sia ritenuto in grado di assicurare al bambino un ambiente di vita idoneo al suo sviluppo sicuro e sereno, se ne dispone il «*placement order*», e la responsabilità genitoriale è affidata all'autorità locale.

La decisione è revocabile, in qualsiasi momento, con provvedimento della medesima autorità, mentre il ricorso dei genitori al Tribunale diretto al medesimo scopo è ammesso solo fintanto che il bambino non sia stato affidato per l'adozione, e si fonda sull'apprezzamento del mutamento delle condizioni che hanno determinato la decisione da revocare (*sect. 24*).

Tale è il risultato della più recente riforma, ispirata all'obiettivo di assicurare decisioni in tempi brevi, nell'interesse del bambino alla stabilità ed in quello della famiglia adottiva alla certezza dei rapporti. Il testo previgente, del 1976, prevedeva invece la scansione in due provvedimenti, un «*freeing order*», di definitivo allontanamento dei bambini dalla famiglia di origine, cui poteva seguire un «*adoption order*», col quale venivano affidati alla famiglia adottiva, ma la norma è stata novellata, sostituendo al «*freeing order*» il «*placement order*» che non rescinde i legami biologici, in conseguenza dell'esperienza di minori passati continuamente da una famiglia affidataria all'altra, con danni irreparabili alla loro stabilità psicofisica⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Cfr. High Court Of Justice Family Division, *In re A and S v Lancashire County Council*, 2012, *EWHC 1689 (Fam)*: «The Council failed to find the boys an adoptive home. Over a 14 year period A and S were moved from one foster family to another, becoming increasingly unsettled and disturbed. A had moved backwards and forwards between placements 77 times in his 16 years of life, and S had moved 96 times in his 14 years of life. The boys suffered physical and sexual abuse while in foster care».

Solo nella fase successiva, con l'«*adoption order*» che consegue alla positiva verifica di un congruo periodo di affidamento ai potenziali adottanti, cessano i rapporti con la famiglia d'origine, ma la *sect.* 26 prevede che il giudice possa comunque consentire la frequentazione con i genitori o i parenti, comprensivo del diritto di visitarli, ed anche in questo caso il rifiuto può essere opposto unicamente per ragioni di urgenza per periodi che non eccedano una settimana, prima che il giudice debba essere interessato dell'eventuale modifica, sempre nell'interesse alla protezione e alla serenità del minore.

Inoltre, a norma della *sect.* 46, prima di disporre l'ordine di adozione, il giudice deve prendere in considerazione la possibilità di consentire tali contatti, valutando gli accordi esistenti e le proposte avanzate dai genitori o dai parenti, e permettere così il contatto indiretto, attuato ad esempio attraverso lo scambio di fotografie o lettere, piuttosto che quello diretto, con incontri, telefonate o comunicazioni elettroniche, purché ciò realizzi il miglior interesse del minore, anche in considerazione della disponibilità della famiglia adottiva.

Perfino in caso di adozione, che rescinde il legame biologico e di regola importa la necessità di proteggere la famiglia adottiva e le relazioni che al suo interno si intessono, la riforma del 2004 ha introdotto la possibilità che, con successivo provvedimento, si autorizzi, ai sensi della *sect.* 51A, il contatto con la famiglia di origine, valutati i benefici e gli eventuali pregiudizi che ne potrebbero conseguire innanzitutto al minore, e quindi anche ai suoi genitori adottivi.

L'esperienza dei tribunali anglosassoni ha dimostrato che di regola, pur non essendo vincolante il parere dei genitori adottivi, costoro non possono essere obbligati ad accettare i contatti del bambino con la famiglia di origine perché ciò rischia di risolversi in danno per la serenità del minore, il cui benessere si fonda anche sulla certezza delle relazioni genitoriali⁽³³⁾.

Proprio allo scopo di valorizzare l'interesse del minore, specialmente quando non si tratti di neonati ma di bambini che hanno stabilito rapporti

⁽³³⁾ Oxfordshire County Council, *In Re X, Y & J (Adopted Child: Contact)*, 2010. EWCA Civ 581.

significativi con genitori, fratelli ed una comunità familiare di riferimento, con riforma del 2012 è stato istituito, in alternativa all'adozione, lo «*Special Guardianship Order*», che affida l'esercizio ordinario della *parental responsibility* ad un curatore ma non esclude quella dei genitori, che sono coinvolti nelle decisioni più importanti per i minori, compresi il cambiamento del cognome, l'avvio del procedimento adottivo e l'espatrio, costituendo così un'alternativa tanto all'adozione quanto all'affidamento prolungato, idonea a soddisfare l'interesse a proteggere il bambino che viva in condizioni di difficoltà imponendo il minor sacrificio possibile al suo diritto a conservare gli affetti che lo legano alla sua famiglia biologica⁽³⁴⁾.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha ritenuto tali previsioni legittime, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione⁽³⁵⁾, parimenti esprimendosi in termini di favore rispetto alle adozioni semplici sperimentate presso alcune nostre corti minorili⁽³⁶⁾.

Significativi elementi di analogia sussistono altresì con l'art. 360 del *code civil* francese, riformato con l. del 17 marzo 2013, n. 404, che contempla l'*adoption simple*, pronunciata anche nei confronti di persone singole, e possibile a prescindere dall'età dell'adottato⁽³⁷⁾, il quale, ai sensi dell'art. 364, mantiene

⁽³⁴⁾ Supreme Court Of Judicature, Court Of Appeal (Civil Division), *In Re S (Adoption Order or Special Guardianship Order)*, 2007, 1 FLR 819: «In choosing between adoption and special guardianship, in most cases Article 8 is unlikely to add anything to the considerations contained in the respective welfare checklists. Under both statutes the welfare of the child is the court's paramount consideration, and the balancing exercise required by the statutes will be no different to that required by Article 8. However, in some cases, the fact that the welfare objective can be achieved with less disruption of existing family relationships can properly be regarded as helping to tip the balance».

⁽³⁵⁾ Corte EDU, 31 maggio 2001, *R. H. c. Regno Unito*, ric. n. 35348/06, par. 77; Id., 13 marzo 2012, *Y C. c. Regno Unito*, cit.; C. FENTON GLYNN, *Adoption without consent*, Bruxelles, 2015, p. 31: «the ECtHR found that England's legislation on adoption, and in particular the mechanism for dispensing with parental consent if it is in the best interests of the child, is in conformity with the requirements of article 8 ECHR».

⁽³⁶⁾ Cfr. *infra*, § 7.

⁽³⁷⁾ La precedente formulazione limitava l'adozione semplice ai minori dei quindici anni. In senso conforme anche la legge belga sulle adozioni del 24 aprile 2003, su cui cfr. D. PIRE, *Droits des familles*, Liège, 2007, p. 129 ss., con particolare riferimento alla distinzione

lo *status*, i diritti (anche ereditari) ed i rapporti con la famiglia biologica, comporta di regola l'aggiunta del cognome dell'adottante a quello di origine e, in caso di adottato minore, conferisce al solo adottante l' *autorité parentale*, salvo che si tratti del coniuge del genitore biologico ⁽³⁸⁾, il quale ne conserva allora l'esercizio esclusivo, ferma opzione per l'esercizio congiunto espressa con dichiarazione ricevuta dal cancelliere del *tribunal de grande instance*.

L'*adoption simple* è consentita a condizione del consenso espresso dai genitori esercenti la responsabilità o dal *Conseil de famille*, oppure nei confronti dei *pupilles de l'État*, bambini affidati al servizio di aiuto all'infanzia dai genitori, orfani di madre e padre, ovvero la cui filiazione non sia stata stabilita, o i cui genitori siano decaduti dall'autorità parentale o si siano disinteressati di loro da oltre un anno, sempre che non sussistano altri parenti disponibili ed idonei ad accoglierli.

Il provvedimento che la dispone è revocabile in riferimento a circostanze di speciale gravità, quando i genitori adottivi non si prendano cura del minore o in caso di sua ingratitudine manifesta, e la revoca consegue a istanza dell'adottante, dell'adottato maggiorenne o emancipato, o dei membri della famiglia di origine, durante la sua minore età.

Strumento originariamente deputato alla trasmissione del nome e del patrimonio degli adottanti, che ha preceduto storicamente la disciplina dell'adozione piena, trova nella moderna applicazione la propria ragion d'essere nell'estensione, invece che nella sostituzione, della genitorialità ed è largamente applicata, raggiungendo ogni anno quasi la parità con l'altro prototipo di adozione ⁽³⁹⁾.

In analogia alla nostra adozione genitoriale, può invece disporsi l'allon-

dell'*adoption simple* dalla *plénière* proprio con riguardo alla necessaria valutazione giudiziale della corrispondenza all'interesse del minore del mantenimento dei rapporti con la famiglia di origine, e non, invece, per una presunta differenza in termini qualitativi che la porrebbe in posizione di inferiorità rispetto all'altro prototipo adottivo. V. anche I. LAMMERANT, *L'adoption e les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles, 2001, *passim*.

⁽³⁸⁾ Previsione omologa all'art. 44, lett. b) l. n. 184 del 1983.

⁽³⁹⁾ N. BAILLON-WIRTZ, Y. HONON, M.C. LE BOURSICOT, A. MEIER-BOURDEAU, I. OMARJEE, C. PONS BRUNETTI, *L'enfant, sujet de droits: filiation, patrimoine, protection*, Paris, 2010, p. 63 ss.; C. GORE, *L'adoption*, Paris, 2007.

tanamento del bambino dalla sua famiglia e l'inserimento in altro nucleo familiare adottivo in dipendenza della dichiarazione di abbandono secondo la legislazione cipriota⁽⁴⁰⁾, o comunque prescindendo dal consenso dei genitori che manifestino disinteresse per il bambino, non abbiano con lui alcun contatto o siano irreperibili, secondo le legislazioni di Malta, Ungheria, Portogallo, Francia, Lussemburgo, Slovenia, Austria, Kosovo ed Estonia⁽⁴¹⁾. Altrimenti, l'adozione può essere pronunciata quando sia dichiarata la decadenza dei genitori dall'autorità sui figli, che il regolamento CE del 27 novembre 2003, n. 2201 definisce in termini di responsabilità genitoriale, in Belgio, Croazia, Danimarca, Grecia, Lituania, Lettonia, Polonia, Slovacchia, Slovenia, Spagna⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cyprus Family Law del 1995, s5(1)(a).

⁽⁴¹⁾ Per Malta cfr. l'art. 117 del codice civile, per l'Ungheria la l. sulla famiglia del 1952, s48A; per il Portogallo l'art. 1978 del codice civile; per la Francia l'art. 124 code civil; per il Lussemburgo l'art. 352 c.c., per la Slovenia l'art. 141 della Law on marriage and family relation, per il quale «Only children whose parents are unknown or whose residence has not been known for a year or who have consented to adoption before a competent body, may be adopted. The consent of a parent from whom parental rights have been taken away, or is permanently incapacitated from expressing their wish, is not required. Adoption is possible after the expiry of one year from fulfilling the conditions under the previous paragraph. Adoption is also exceptionally possible prior to the expiry of this time limit, if a social work centre finds that it would be to the benefit of the child». Per l'Austria l'art. 181 cod. civ.; per il Kosovo la Family Law del 2004, art. 169. «The consent of the parents is required for the adoption of a child. The consent may not be given before the child is eight weeks old. No consent is required by the spouse who by court order has lost custody or has lost the capacity to act or whose residence is not known for more than one year. It is valid also when the person giving consent does not know the already determined adopting persons»; per l'Estonia l'art s152(5) della legge sulla famiglia.

⁽⁴²⁾ Per il Belgio v. l'art. 8 l. del 24 aprile 2003, modificativa dell'art. 33 della Law of Protection of Youth; per la Croazia l'art 130 del Family Act del 2003; per la Danimarca la sec. 7 dell'Adoption (Consolidation) Act; per la Grecia l'art. 1152 c.c.; per la Lituania l'art. 3.214 c.c.; per la Lettonia la sect. 169 civil law; per la Polonia l'art. 119 del codice della famiglia; per la Slovacchia l'art. 181 della l. n. 36 del 2005 sulla famiglia; per la Slovenia l'art. 143 della cit. Family Law del 2004, prevede che la privazione della responsabilità dei genitori abbia durata minima di un anno, analogamente alla Sec. dell'Adoption Act irlandese del 2010, mentre l'art. 177 código civil iberico esclude il consenso dei genitori quando «estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurros en causa legal para tal privación. Esta

4. — *Accertamento dello stato di abbandono e status del bambino.*

Sebbene viga, in Spagna, la regola dell'automatismo nella costituzione dello stato nei confronti della partoriente, la comparazione con la disciplina dettata dal *código civil* consente, sotto diverso profilo, di valorizzare la distinzione, presente in termini meno evidenti nell'ordinamento italiano, delle modalità di accertamento dello stato di abbandono dovuto alla mancanza di accertamento della filiazione – attraverso gli atti di riconoscimento o dichiarazione di nascita o per dichiarazione giudiziale – da quello in cui ciò è avvenuto e, quindi, il minore possiede un'ascendenza giuridica verso uno o entrambi gli autori della procreazione.

A norma dell'art. 177 *código civil*, «El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto», ed altrettanto prevede l'art. 5, comma 5 della Convenzione di Strasburgo sull'adozione di minori del 7 maggio 2008, disponendo che «il consenso della madre all'adozione del figlio è valido quando è dato in un momento successivo alla nascita del bambino, non inferiore a sei settimane, così come previsto dalla legge, o, qualora non sia stato prescritto, nel momento in cui, a giudizio dell'autorità competente, sarà in grado di recuperare in misura sufficiente dagli effetti del parto».

In considerazione delle circostanze, ed in attuazione della garanzia offerta alla famiglia dall'art. 8, allo Stato si impone prioritariamente di verificare che il consenso della madre all'adozione sia fornito, e non revocato, nella piena consapevolezza delle sue implicazioni e assistito da appropriate garanzie, e, successivamente, di assicurare alla donna la possibilità di essere nuovamente

situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción. Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada. El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto».

audita dall'autorità giudiziaria, per rimettere in discussione la propria decisione⁽⁴³⁾, in modo da realizzare l'interesse superiore del bambino a crescere nella propria famiglia biologica, da considerarsi prevalente rispetto all'interesse della madre, della famiglia adottiva ed anche a quello generale di assumere decisioni in tempi rapidi, per evitare che il tempo pregiudichi gli interessi di soggetti massimamente bisognosi di protezione, quali sono i minori.

Di tali fonti sovranazionali, pienamente coerenti con il tessuto costituzionale, hanno fatto di recente applicazione le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sul ricorso nell'interesse della legge proposto dal procuratore generale in riferimento alla valutazione del decreto di idoneità all'adozione

⁽⁴³⁾ Corte EDU, 13 gennaio 2009, *Todorova c. Italia*, ricorso n. 33932: La donna aveva partorito due gemelli, chiedendo che il proprio nome non fosse indicato nella relativa dichiarazione di nascita ai sensi dell'art. 30 del d.P.R. n. 396/2000, ma manifestava subito la necessità di disporre di tempo per riflettere prima di decidere se riconoscere o meno i figli, e domandava di essere ricevuta dal tribunale per i minorenni. Ciò nonostante veniva dichiarata l'adottabilità quando i neonati non avevano ancora due mesi, vietando alla madre di far loro visita nel centro di accoglienza in cui erano stati ricoverati. Fu quindi rigettata l'istanza di sospensione del procedimento, in conseguenza della volontà di provvedere al riconoscimento, in considerazione dell'affidamento preadottivo dei bambini, come la domanda di revoca dell'adottabilità. La Corte osserva, al par. 75, che «la ricorrente si trovava in una situazione di sconforto psicologico dovuta al fatto di essere un'immigrata irregolare in Italia, sola e senza lavoro», e che essendo «in presenza di interessi difficilmente conciliabili, quelli della madre biologica, quelli del figlio e quelli della famiglia di adozione. Non è assente nemmeno l'interesse generale. Nella ricerca dell'equilibrio tra questi diversi interessi, deve prevalere l'interesse superiore del bambino». Di conseguenza ritiene (par. 78) che «la complessità del caso e il sottile equilibrio che era opportuno garantire tra gli interessi dei bambini e quelli della loro madre esigessero che si attribuisse un'importanza particolare agli obblighi processuali derivanti necessariamente dall'articolo 8 della Convenzione. Nella fattispecie, era fondamentale per la ricorrente potersi esprimere dinanzi all'autorità giudiziaria e rimettere in discussione la scelta di abbandonare i figli». In particolare, «la Corte non è convinta neanche che la necessità di un procedimento rapido, che generalmente caratterizza le cause in cui sono in gioco gli interessi di un bambino, richiedesse una misura tanto radicale quanto la dichiarazione di adottabilità 27 giorni dopo la nascita, senza sentire la ricorrente. È indubbio che era preferibile decidere al più presto sul futuro dei due bambini, ma la Corte ritiene che il fatto di dichiarare adottabili i bambini al termine di un procedimento in cui la madre non è mai stata sentita, nonostante che essa lo avesse chiesto avendo iniziato a dubitare della scelta di abbandonare i figli, costituisse una misura che non teneva gran che conto dei fatti del caso di specie».

internazionale, statuendo «la sovraordinazione di tale interesse (del minore) rispetto a tutti quelli astrattamente confliggenti con esso, ivi compresi quelli fondati sui desideri degli adottanti, recessivi rispetto al primo»⁽⁴⁴⁾.

Analogamente, l'art. 11, comma 2 della l. n. 184 del 1983 prevede la facoltà di colui che affermi di essere genitore di un bambino che non ha ancora uno stato giuridicamente accertato, di domandare al tribunale per i minorenni la sospensione del procedimento abbreviato descritto dalla norma, per un periodo non superiore ai due mesi al fine di procedere al riconoscimento, a condizione che il bambino sia assistito dal genitore medesimo, dai parenti più stretti o in altro modo conveniente, «permanendo comunque un rapporto con il genitore».

La disposizione dimostra per un verso che è ipotizzabile, anche nel nostro ordinamento, una terza via tra il riconoscimento materno e la dichiarazione di anonimato contestuale alla nascita, di cui all'art. 30 del d.P.R. n. 396 del 2000 di ordinamento dello stato civile, integrata in ogni caso di abbandono del neonato nelle culle per la vita o, purtroppo, anche in condizioni meno protette, e che, per altro verso, anche la stessa dichiarazione di anonimato è revocabile fintanto che sia consentito il riconoscimento, ossia fin quando, pronunciata la dichiarazione di adottabilità, non sia disposto l'affidamento preadottivo ai sensi dell'ultimo comma del medesimo art. 11.

In tal senso si è pronunciata la più recente giurisprudenza di legittimità⁽⁴⁵⁾,

⁽⁴⁴⁾ Cass., Sez. un., 1° giugno 2010, n. 13332, cit.

⁽⁴⁵⁾ Cass., 7 febbraio 2014, n. 2802, in *Giur. it.*, 2014, p. 2687 ss., con nota di G. NAVONE, *Voce dal sen fuggita poi richiamar non vale? (Sulla irrinunciabilità del diritto al riconoscimento del figlio)*, per la quale la immediata declaratoria dello stato di adottabilità del minore è – in ragione dell'uso della locuzione “a meno che” contenuta nella disposizione di cui all'art. 11, l. n. 184/1983 – espressamente condizionata all'assenza di una richiesta di sospensione che provenga da chi, affermando di essere uno dei genitori, e dunque anche la madre biologica che abbia optato per l'anonimato, chieda termine per provvedere al riconoscimento del minore; la formulazione della richiesta di sospensione, dunque, la quale non è suscettibile di preventiva e definitiva rinunzia, non è soggetta a termini processuali di decadenza, sicché ben può intervenire durante tutta la pendenza del procedimento abbreviato di primo grado, purché prima della sua definizione, posto che anche il comma 7 della richiamata disposizione priva di efficacia il riconoscimento solo se attuato dopo l'intervenuta dichiarazione di adottabilità e l'affidamento preadottivo. Cfr. anche O. CLARIZIA, *Dichiarazione di adottabilità, anonimato*

valorizzando la previsione, contenuta nel comma 5 del medesimo art. 11, la procedura adottiva deve essere dichiarata chiusa quando il riconoscimento intervenga entro il termine, «ove non sussista lo stato di abbandono morale e materiale»: si realizza, in altri termini, la condizione nella quale si può aprire, eventualmente, la valutazione dell'eventuale stato di abbandono, ai sensi dell'art. 15, lett. *a)*, *b)* e *c)* riformata, desunto dalla mancata comparizione di genitori e parenti, senza giustificato motivo; dall'audizione degli stessi da cui si accerti che persiste la mancanza di assistenza morale e materiale e la non disponibilità ad ovviarvi; ovvero dall'inadempimento delle prescrizioni imposte dal tribunale per responsabilità dei genitori o dalla provata irreperibilità delle relative capacità entro un tempo ragionevole.

La funzione dell'adozione differisce, infatti, sostanzialmente, poiché se il minore è privo di *status* occorre soddisfare il suo primario diritto alla genitorialità, dalla cui mancata attuazione deriva lo stato di abbandono, mentre, se lo *status* sussiste, è necessario approntare strumenti diretti a superare la condizione di abbandono, inserendo il/la minore in altra famiglia idonea a prendersene cura.

Nel primo caso, non essendovi genitori giuridicamente accertati, si fa luogo al procedimento abbreviato, a meno che intervenga prima l'istanza di sospensione, e poi il riconoscimento; nel secondo, stante l'esistenza di genitori giuridicamente tali, è sempre necessario accertare lo stato di abbandono del minore secondo i criteri fissati dall'art. 15, e soltanto in presenza di detto presupposto l'ordinamento consente di superare il dato genetico e il principio di verità biologica posto dal sistema a fondamento dell'accertamento della filiazione, dando prevalenza all'affettività ed all'interesse del figlio a ricevere cure amorevoli, al fine di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio⁽⁴⁶⁾.

La dichiarazione dello stato di adottabilità, pronunciata con sentenza dal Tribunale per i minorenni ai sensi di tale disposizione ed a conclusione del relativo procedimento, si fonda proprio sull'accertamento di tale stato di

materno e diritto alla genitorialità, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, p. 1132 ss., sulla necessaria verifica, anche in caso di revoca della decisione di anonimato, della effettiva capacità genitoriale.

⁽⁴⁶⁾ V., al riguardo, le precisazioni di L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento e le adozioni*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 4, Torino, 1997, p. 295.

abbandono, definito dall'art. 8, comma 1, l. citata, col riferimento ai bambini che sono «privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio»⁽⁴⁷⁾.

La situazione di abbandono va ritenuta sussistente anche quando il minore si trovi presso istituti di assistenza pubblica o privata, o in comunità di tipo familiare, ovvero si trovi in affidamento (comma 2 del richiamato art. 8)⁽⁴⁸⁾.

5. — *Irrecuperabilità delle capacità genitoriali e affidamento ai parenti.*

In questo quadro, in ossequio al tenore letterale dell'art. 15, lett. c)⁽⁴⁹⁾ la accertata irrecuperabilità delle capacità genitoriali, costituisce secondo parte

⁽⁴⁷⁾ Secondo la giurisprudenza, lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità ricorre allorché i genitori non sono in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico indispensabile per lo sviluppo e la formazione della sua personalità e la situazione non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio: di recente, Cass., 10 luglio 2013, n. 17096, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 928. In ogni caso, il comma 3 dell'art. 8, inserito dalla riforma degli *status* di filiazione, precisa che non sussiste causa di forza maggiore allorché i genitori o i parenti rifiutino le misure di sostegno offerte dai servizi sociali e tale rifiuto venga ritenuto ingiustificato dal giudice.

⁽⁴⁸⁾ Sulla nozione di stato di abbandono, diffusamente, S. CICCARELLO, *Della dichiarazione di adottabilità*, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (diretto da), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, 2, Padova, 1992, p. 82; L. ROSSI CARLEO, *Adozione dei minori*, cit., p. 10; più di recente, A. GIUSTI, *Affidamento e adozione di minori di età*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Bonilini e Cattaneo, III, 2^a ed., Torino, 2007, p. 430 ss.; L. FADIGA, *L'adozione legittimante di minori*, in G. COLLURA, L. LENTI, MAN. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, 2^a ed., Milano, 2012, spec. p. 830 ss.

⁽⁴⁹⁾ Ove le due ipotesi sono distinte dal termine «ovvero», aggiunto dalla riforma insieme alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali dei genitori in un tempo ragionevole. Il testo precedente contemplava unicamente il caso in cui «le prescrizioni impartite ai sensi dell'articolo 12 sono rimaste inadempite per responsabilità dei genitori». Restano ferme le ulteriori ipotesi in cui genitori e parenti non si siano presentati senza giustificato motivo alle convocazioni disposte dal tribunale (lett. a), ovvero la cui audizione ha dimostrato il persistere della mancanza di assistenza morale e materiale e la non disponibilità ad avviarsi (lett. b).

della dottrina⁽⁵⁰⁾ ipotesi fondativa della dichiarazione di adottabilità distinta da quella integrata l'inadempimento delle prescrizioni impartite dall'autorità giudiziaria per responsabilità dei genitori⁽⁵¹⁾.

Il legislatore avrebbe codificato l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del testo previgente specificando nella prima ipotesi il fallimento dell'affidamento controllato ai genitori disposto a seguito dello smarrimento delle loro capacità, mentre la seconda sarebbe riferita all'accertamento del fallimento del progetto educativo proposto ai parenti dopo l'accertamento e la positiva valutazione delle capacità genitoriali

La tesi ha il pregio di introdurre limiti alla discrezionalità di cui disporrebbe il Tribunale nell'accertare lo stato di abbandono, specificando che incorrono in responsabilità nel primo caso i parenti che assolvono alla funzione genitoriale a seguito di provvedimento di affidamento *ex art.* 12 l. adozione, per inadempimento delle prescrizioni di cui al comma 4., e nel secondo i genitori.

Depone tuttavia in senso contrario il tenore letterale della disposizione, che discute in entrambe i casi di «genitori»⁽⁵²⁾, ed in tal direzione si esprime anche l'art. 12, comma 4 citato, che accomuna l'affidamento ai genitori ed ai parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi col minore nella previsione che possano essere loro impartite prescrizioni idonee a garantire l'assistenza morale, il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del minore solo quando l'autorità giudiziaria ne ravvisi l'opportunità.

⁽⁵⁰⁾ N. TOMMASEO, *Dell'adozione. Art. 15*, in *Comm. dir. it. fam. Cian-Oppo-Trabucchi*, t. 6, 2, Padova, 1994, p. 165; C. CIRAULO, *La specificazione del concetto di abbandono*, cit., p. 1095.

⁽⁵¹⁾ Cass., 10 luglio 2014, n. 15861, in *Dir. e giust.*, 2014, con nota di A. FANELLI, *Il recupero della famiglia di origine rappresenta il mezzo preferenziale per garantire la crescita del minore*, Id., 7 ottobre 2014, n. 21110, *ivi*, 2014, con nota di ID., *Se la funzione genitoriale non è irrecuperabilmente compromessa non può essere pronunciata l'adozione del minore*.

⁽⁵²⁾ Pur incorrendo in una ripetizione per sinonimia quando si riferisce alle «capacità genitoriali dei genitori». C. CIRAULO, *La specificazione del concetto di abbandono*, cit., p. 1096 ritiene, invece, che «il termine genitori assume diversa valenza nelle due ipotesi giustificative della dichiarazione di adottabilità (...) Indica i soggetti investiti del ruolo genitoriale (i parenti entro il IV grado) quando adoperato nel contesto linguistico descrittivo della fattispecie di responsabilità e, invece, i genitori, se utilizzato nel contesto della proposizione relativa alla irrecuperabilità delle capacità genitoriali».

All'esito della comparizione dei genitori, dunque, ove ne venga constatata la incapacità di prendersi cura dei bambini non dovrà disporsi affidamento degli stessi ai parenti⁽⁵³⁾, quanto piuttosto, confermata la responsabilità dei genitori *ex art. 315-bis c.c.*⁽⁵⁴⁾, potrà darsi impulso al pubblico ministero, ai sensi del comma 5, perché promuova l'azione per domandare gli alimenti ai parenti che vi siano tenuti (non solo ai sensi dell'art. 433, ma anche del novellato art. 316-*bis* c.c.), ovvero potrà affidarsi incarico ai servizi sociali perché operino al fine di realizzare più validi rapporti tra il minore e la famiglia, così avviando nel primo caso ad carenze economiche⁽⁵⁵⁾, e nel secondo anche a carenze educative non così gravi da escludere le capacità genitoriali.

Tanto allo scopo di conservare il legame familiare prioritario genitori – figli con interventi di sostegno idonei a garantire ai minori condizioni di vita adeguate alle loro speciali esigenze di protezione, per realizzarne concretamente il *best interest*, secondo i canoni di necessità e proporzionalità che l'art.

⁽⁵³⁾ Cfr. Cass., 12 aprile 2006, n. 8526, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 2210: «poiché il carattere vicariante della posizione dei congiunti diversi dai genitori ne comporta il coinvolgimento nel procedimento solo nei limiti in cui essi risultino attualmente titolari di rapporti affettivi forti e durevoli, tali, cioè, da consentire loro di offrire elementi essenziali per la valutazione dell'interesse del minore e, per altro aspetto, di prospettare soluzioni dirette ad ovviare allo stato di abbandono nell'ambito della famiglia di origine».

⁽⁵⁴⁾ Il cui inadempimento non integra in ogni caso abbandono del minore, che si realizza «allorquando i genitori non sono in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico indispensabile per lo sviluppo e la formazione della sua personalità e tale situazione non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio» per Cass., 18 febbraio 2005, n. 3389, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 492. In termini analoghi, in riferimento a genitore tossicodipendente, ritiene necessario verificare che tale condizione si traduca nella negazione di «quel minimo di cure morali e materiali necessarie per il suo sviluppo armonico e sereno», Cass., 14 novembre 2003, n. 17198, in *Giur. it.*, 2004, I, p. 53. Nell'espressione ritiene codificato il diritto del minore all'amore e la centralità dell'abbandono morale L. FAMULARO, *Modifiche alle leggi speciali in tema di filiazione*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, p. 277 ss.

⁽⁵⁵⁾ L'art. 316-*bis*, comma 1, secondo periodo specifica che «quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli». Ciò non esclude, naturalmente, l'intervento dei servizi assistenziali, attraverso le risorse raccolte dalla solidarietà generale, in adempimento degli obblighi di cui all'art. 8 della l. n. 184/1983.

8, § 2, della Convenzione EDU impone alle misure limitative del diritto al rispetto della vita familiare.

Non saranno, dunque, i nonni a prendersi cura dei minori, ma sempre i genitori, ai quali gli ascendenti forniranno il sostegno economico necessario, ai sensi dell'art. 316-*bis* c.c.⁽⁵⁶⁾.

In entrambi i casi potrebbe infatti, ed auspicabilmente, disporsi la sospensione del procedimento *ex art.* 14 quando risulti utile nell'interesse del minore, ed in tale formula ci sembra possibile rintracciare il nesso tra i due termini dell'endiadi di cui al novellato art. 15, comma 1, lett. *c)*, posto che tanto l'inadempimento delle prescrizioni impartite quanto l'irrecuperabilità delle capacità genitoriali sono indice del pregiudizio che deriva al minore dal mantenimento di una condizione per sua natura temporanea⁽⁵⁷⁾.

Laddove, invece, non sussista l'abbandono, ma le difficoltà in cui versa la famiglia di origine consiglino l'affidamento ad altra famiglia o persona singola, può rivelarsi opportuna, col suo protrarsi ed il maturare di una af-

⁽⁵⁶⁾ Per M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 6^a ed., Padova, 2015, p. 245, «da norma presenta una fisionomia particolare rispetto alle altre disposizioni codicistiche che impongono obblighi alimentari, in quanto attribuisce il diritto di credito non alle persone i cui bisogni devono essere soddisfatti, bensì ad altri soggetti (i genitori) ai quali spetta iure proprio il diritto di pretendere l'adempimento di tale obbligazione». Ma v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 334: «L'opinione secondo la quale gli ascendenti sarebbero obbligati esclusivamente nei confronti dei genitori, non è condivisibile. L'interesse che dev'essere soddisfatto è infatti l'interesse del figlio, e la prestazione resa ai genitori costituisce un modo per soddisfare quell'interesse». In giurisprudenza, Trib. Rieti, 20 novembre 2012, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 578 ss., con nota di G. LUDOVICI, *La procreazione come unica ed esclusiva fonte dell'obbligo di mantenimento dei figli da parte dei genitori determina l'eccezionalità e la sussidiarietà dell'intervento degli ascendenti di grado superiore*, ha ritenuto che «L'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli – che investe contemporaneamente tutti gli ascendenti di pari grado di entrambi i genitori – va inteso non solo nel senso che l'obbligo degli ascendenti è subordinato e, quindi, sussidiario rispetto a quello, primario, dei genitori, ma anche nel senso che agli ascendenti non ci si possa rivolgere per un adeguato aiuto economico per il solo fatto che uno dei genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli, se l'altro genitore è in grado di mantenerli».

⁽⁵⁷⁾ Perché destinata a cessare con sentenza che pronuncia l'adottabilità o il non luogo a procedere ai sensi dell'art. 16.

fettività seria, la formalizzazione di un vincolo giuridico stabile con costoro, senza rescindere lo *status* originario, ex art. 44 lett d) l. citata⁽⁵⁸⁾.

6. — *Diritto alla continuità affettiva e affido familiare prolungato.*

Nell'ottica della stabilizzazione dei legami affettivi intrecciati durante l'affidamento si muove la citata l. 19 ottobre 2015, n. 173.

Di tali legami affettivi, in quanto siano «significativi», e del «rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria», deve tenersi conto nella sentenza che si pronunci rispetto alla domanda di adozione avanzata dalla famiglia affidataria nei confronti del bambino dichiarato adottabile nelle more di un prolungato periodo di affidamento, ed a tale scopo l'affidatario o la famiglia collocataria devono essere convocati nei procedimenti *de potestate*, di affidamento e di adottabilità, ed hanno facoltà di presentare memorie «nell'interesse del minore».

Analogamente, con novella all'art. 44, comma 1, lett. a), è valorizzato, tra i legami stabili e duraturi che legittimano l'adozione del bambino orfano di entrambi i genitori, quello maturato nell'affidamento prolungato: si tratta della prima affermazione normativa del favore verso la costituzione di *status* attraverso l'adozione in casi particolari, in adesione ai legami affettivi, maturati in ragione del protrarsi dell'affidamento che dovrebbe essere temporaneo⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *infra*, § 7; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, p. 1976 s.: «Chiunque si occupi di questa materia, sa benissimo che nella pratica la temporaneità dell'affidamento è spesso l'anticamera di un affidamento diremo così "permanente" (...) Di fatto esiste una zona grigia, in cui la famiglia di origine, pur non essendo totalmente inidonea a soddisfare gli interessi del/della minore, vive in difficoltà talmente gravi da non far ritenere opportuno un reingresso del/della minore in seno alla stessa. Vedremo come l'affidamento familiare potrebbe trascolorare nell'adozione in casi particolari». Conforme l'esperienza di M. CAVALLO, *Si fa presto a dire famiglia*, Bari, 2015, p. 37 ss.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. M. DOSSETTI, *Riforma dell'affido familiare: prime osservazioni sulla l. 173/2015*, in *Quotidiano giuridico*, 2 novembre 2015, per la quale la ragione di esistere della novella è l'imprevedibilità dell'evoluzione delle situazioni familiari, rispetto alle quali «per evitare (...)

Il rapporto affettivo con gli affidatari che, come abbiamo visto, osta alla revoca della dichiarazione di adottabilità, in applicazione del citato art. 21, per altro verso fonda, quando il bambino faccia rientro nella famiglia d'origine, ovvero sia affidato o adottato da altra famiglia, la garanzia offerta alla «continuità delle positive relazioni socio – affettive consolidatesi durante l'affidamento», che si dimostri coerente con l'interesse del minore, ai sensi del nuovo art. 5-ter.

Il principio così affermato, se non estremizzato ma, anzi, doverosamente parametrato alle circostanze del caso concreto, può coniugare il rispetto della verità biologica con la tutela dell'affettività, che costituisce un canone cardine del sistema anche nella filiazione per generazione, come è dimostrato dalla previsione di termini di prescrizione e decadenza dalle azioni dirette a rimuovere lo stato inveridico⁽⁶⁰⁾.

Ove dunque il minore abbia intavolato relazioni significative con i soggetti affidatari, è necessario verificare nel caso concreto che, dal pur auspicabile rientro nella famiglia biologica, non derivi nocumento al minore stesso, sicuramente già provato dalla vicende che hanno dato luogo al ricorso alla procedura adottiva, predisponendo, nel caso inverso e quand'anche ne venga pronunciata l'adozione nei confronti di terzi, le misure necessarie a conservare l'affetto che lo lega a coloro che se ne sono presi cura durante l'affidamento.

Il bambino potrebbe, infatti, essere adottato da diversa coppia allorquando, pronunciatone lo stato di adottabilità, gli affidatari non rivestano i re-

che il legame affettivo tra il bambino e gli affidatari debba essere spezzato, la nuova legge introduce nel tessuto della legge 184/1983 alcune norme (o ne modifica altre) che danno attuazione al principio della continuità dei rapporti consolidatisi durante il periodo dell'affidamento, quando ciò corrisponde all'interesse del minore». Così anche V. MONTARULI, *Il diritto alla continuità affettiva*, in *Questione giustizia*, 15 gennaio 2016. Sulla considerazione della finalità di garantire «una sorta di preferenza nel caso di procedimento adottivo, in favore delle famiglie che hanno instaurato con il fanciullo un legame significativo affettivo», Trib. Milano, 26 novembre 2015, in *Il familiarista*, 30 novembre 2015, ha escluso che debba essere convocato l'affidatario o il collocatario in caso di affidamento ad un ente.

⁽⁶⁰⁾ Su cui cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 17 ss., 177 ss.

quisiti richiesti dall'art. 6, con particolare riguardo al vincolo coniugale ed alla relativa stabilità, trattandosi di persone singole o coppie non coniugate, eventualmente composte da persone del medesimo sesso.

In tali condizioni, la novella alla sola lett. *a*) dell'art. 44, frutto di un acceso dibattito parlamentare, e dunque la valorizzazione del rapporto stabile e duraturo con i soli bambini orfani di padre e madre, ed una lettura restrittiva della «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» di cui alla lett. *d*)⁽⁶¹⁾, possono condurre alla paradossale conseguenza di esporre ad un nuovo trauma il minore, allontanato prima dai genitori biologici e poi anche da quelli che hanno assunto, nei fatti e nella sua affettività, il loro ruolo per un periodo di tempo significativo.

7. — *Continuità affettiva nell'adozione genitoriale.*

Il prototipo disegnato dall'art. 44, lett. *d*), definito in giurisprudenza in termini di adozione mite o semplice, è stato efficacemente disegnato intorno al «concetto di concordia e collaborazione fra tutti i soggetti coinvolti nella vicenda, in particolare, fra il minore e la famiglia di origine e fra quest'ultima e la famiglia adottiva, per garantire ai medesimi una continuità affettiva e relazionale, in assenza di contrasti e dissidi, e soprattutto senza lacerazioni e traumi irreversibili»⁽⁶²⁾.

Si tratta di una tipologia autonoma di adozione di minori, disciplinata dal Titolo IV della l. adozione, concernente minori che non si trovino in stato di adottabilità, in cui – come si vedrà – il minore instaura rapporti esclusivamente con l'adottante, al contrario di quanto avvenga in caso di adozione piena, e per tale ragione sembra preferibile definirla «genitoriale».

Le due tipologie si differenziano per i presupposti del titolo giudiziale costitutivo dello stato del bambino o della bambina, caratterizzandosi solo la

⁽⁶¹⁾ Cfr. *infra*, § 7.

⁽⁶²⁾ T. MONTECCHIARI, *Adozione "mite": una forma diversa di adozione dei minori od un affido senza termine*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 1581 ss.

prima per essere funzionale a tutelare minori in stato di abbandono, perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, ovvero quelli i cui genitori risultino deceduti e non vi siano parenti entro il quarto grado che abbiano con loro rapporti significativi ai sensi degli artt. 8, 11 comma 1, e 32, comma 2, lett. a), l. citata.

L'adozione nei casi speciali si dirige, invece, a consentire la costituzione dello stato di filiazione adottiva verso singoli soggetti, che intrattengono già con il minore relazioni affettive, conferendo a queste giuridicità e, quindi, stabilità (art. 44 della richiamata l. adozione).

L'interpretazione costituzionalmente orientata di tale disposizione, in coerenza col dettato dell'art. 30, comma 2 Cost., impone di superare la tesi che intende la «constatata impossibilità di affidamento preadottivo» nel senso per il quale essa coincida necessariamente con l'accertamento giudiziale del fallimento del tentativo di affidamento, conseguente alla dichiarazione di adottabilità che ha il proprio fondamento nello stato di abbandono in cui versi il minore. Deve ritenersi invece, alla luce della realizzazione del «preminente interesse del minore», la cui verifica è imposta dall'art. 52, comma 1, n. 2, congiuntamente alle condizioni fissate dall'art. 44⁽⁶³⁾, che l'adozione genitoriale può essere pronunciata, secondo il rito semplificato delineato dal capo II del titolo IV l. adozione, allorquando il bambino non versi in situazione di abbandono e non sia, per questo, dichiarato (né dichiarabile) adottabile, ma il provvedimento realizzi la sua protezione attraverso il «consolidamento dei rapporti tra il minore o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispi-

⁽⁶³⁾ Cass., 19 ottobre 2011, n. 21651, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 727 ss., con nota di D. MORELLO DI GIOVANNI, *Genitore separato e adozione per casi particolari: una sentenza "particolare"*: «Non si tratta di una precisazione superflua: sebbene tutta la normativa adozionale si ispiri alla realizzazione di tale interesse, l'esigenza avvertita dal legislatore di far esplicito riferimento ad esso trova ragione nel rilievo che la norma, oltre ad aver posto precisi limiti, ed individuato casi tassativi per limitare la portata dell'istituto, lo circonda di ulteriori cautele, precisando che comunque sarà necessaria un'ulteriore valutazione: che l'adozione realizzi il "preminente interesse del fanciullo"».

ratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore»⁽⁶⁴⁾.

Alla luce dei segnalati orientamenti giurisprudenziali⁽⁶⁵⁾ può essere valorizzata la rinnovata formulazione dei parametri cui deve ancorarsi la verifica dello stato di abbandono – prodromica all'avvio di un procedimento che produrrà la rescissione definitiva di ogni rapporto con la famiglia biologica, e perfino alla inconoscibilità della stessa fin tanto che, raggiunti di regola i venticinque anni, l'adottato non proponga istanza *ex art. 28*⁽⁶⁶⁾.

In conseguenza dell'esclusione del requisito di cui all'art. 15, lett. *c*), e sulla scorta di una indagine da condursi rispetto al singolo caso, può realizzarsi l'aspirazione generale alla conservazione delle relazioni affettive familiari anche attraverso l'adozione genitoriale, qualificata «mite»⁽⁶⁷⁾ nell'esperienza

⁽⁶⁴⁾ Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, che sulla base del principio di diritto così affermato ha ritenuto potersi disporre l'adozione in casi particolari del bambino orfano di un solo genitore, mentre l'altro era decaduto dalla potestà, da parte dei parenti che se ne prendevano cura, in quanto «qualora vi siano parenti entro il quarto grado, i quali prestino al minore l'assistenza materiale e morale che i genitori non sono più in grado di offrire, la legge, in mancanza del presupposto dell'abbandono, non esige la dichiarazione dello stato di adottabilità (artt. 8 e 11 della legge n. 184 del 1983): si realizza, così, uno dei casi in cui – esistendo già un nucleo con vincoli di parentela disposto ad accogliere stabilmente il minore per fornirgli l'ambiente adatto alla sua crescita – non è necessario tentare di trovarne altri, né si deve formalmente constatare l'impossibilità di un affidamento diverso da quello già in atto».

⁽⁶⁵⁾ A. PASQUALETTO, *L'adozione mite al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo tra precedenti giurisprudenziali e prospettive de jure condendo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, p. 2015 ss.

⁽⁶⁶⁾ Sul diritto a conoscere le proprie origini biologiche, anche all'esito di Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cfr. S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4031 ss.

⁽⁶⁷⁾ CEDU, 2 giugno 2014, *Zhou c. Italia*, cit., § 21 si riferisce esplicitamente a tale istituto, ricordando che «Il curatore del minore chiese alla corte d'appello di non procedere a un'adozione legittimante, ma a un'adozione legittimante aperta o adozione mite (di seguito «adozione semplice»), ossia un'adozione che avrebbe permesso alla ricorrente di incontrare il figlio sotto la sorveglianza dei servizi sociali in modo tale da mantenere un legame tra loro». Specifica, quindi, al § 60: «La Corte è ben consapevole del fatto che il rifiuto da parte dei tribunali di pronunciare un'adozione semplice risulta dall'assenza nella legislazione italiana di disposizioni che permettano di procedere a questo tipo di adozione, ma osserva anche che alcuni tribunali italiani (...) avevano pronunciato, per mezzo di una interpretazione estensiva dell'articolo 44 *d*), l'adozione semplice in alcuni casi in cui non vi era abbandono», per cen-

di alcuni tribunali minorili ⁽⁶⁸⁾, disegnata “su misura” per minori in condizioni di semi abbandono, allo scopo di realizzarne i concorrenti interessi a mantenere, da un lato, significativi legami, anche di stato, con la famiglia

surare, al § 59, che «di fatto, i periti non hanno valutato le possibilità effettive di un miglioramento delle capacità della ricorrente di occuparsi del figlio, tenuto conto anche del suo stato di salute. Del resto, il Governo non ha fornito alcuna spiegazione convincente che potesse giustificare la soppressione del legame di filiazione materna tra la ricorrente e il figlio».

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Trib. min Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 393 ss.; in *Il civilista*, 2010, 6, p. 43 ss.: «Rientra nel concetto di semiabbandono permanente la condizione di grave disagio del minore, in affidamento familiare oltre il tempo limite, di cui la famiglia d'origine è parzialmente e permanentemente insufficiente per il pieno ed adeguato sviluppo della sua personalità, ancorché svolga un ruolo attivo e positivo tale da escludere declaratoria di adottabilità di cui all'art. 7, l. 4 maggio 1983, n. 184. In tale ipotesi può farsi luogo alla cosiddetta adozione mite, applicando in via interpretativa l'art. 44, co. 1, lett. d), l. 4 maggio 1983 n. 184 in materia di adozione non legittimante, norma da coordinare con le disposizioni di cui agli artt. 45 e 46 della stessa legge, in base alle quali non si esige il presupposto della situazione di abbandono morale e materiale del minore, ma solo il consenso dei genitori o del tutore all'adozione, oppure, in caso di mancato consenso e assenso, la circostanza che i genitori non esercitino la potestà sul figlio e, quindi, che sia stato pronunciato nei loro confronti un provvedimento di decadenza dalla potestà genitoriale. Per effetto del provvedimento di adozione così pronunciato, il minore può assumere il cognome dell'adottante, sostituendolo al proprio, quando esso costituisca ormai segno distintivo della sua identità personale». Ritene la necessità di tale «interpretazione volutamente alternativa dell'art. 44, co. 1, lett. d)», «stante la radicale inadeguatezza dello strumento normativo ad hoc», la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 371 ss.; in senso conforme CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Comunicazione* del 23 maggio 2006, su cui F. SANTANERA, *L'adozione mite: una iniziativa allarmante e illegittima non autorizzata dal Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Prospettive assistenziali*, n. 154/2, 2006, p. 34 ss.; Circolare Pres. Trib. min. Bari, *La presentazione dell'adozione mite*, in *Min. e giust.*, 2003, 1, p. 278 ss. In dottrina discute di affido permanente M. DOGLIOTTI, *Adozione*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, 2^a ed., II, *sub art. 4, l. 184/1983*, p. 2821 ss.; v. anche.; C. CIRAOLO, *Dell'adozione in casi particolari*, in P. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Gabrielli, Torino, 2010, p. 243 ss.; S. CAFFARENA, *L'adozione “mite” e il “semiabbandono”: problemi e prospettive*, in *Fam. e dir.* 2009, p. 398 ss.; A. BATÀ, A. SPIRITO, *“Semiabbandono permanente” e “adozione mite”*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 301 ss.; L. ERRICO, *L'adozione mite: i ruoli*, in *www.personaedanno.it*, 2008; AA.VV., *Affido forte e adozione mite: culture in trasformazione*, Milano, 2007, *passim*; J. LONG, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 1432 ss.; F. OCCHIOGROSSO, *L'adozione mite due anni dopo*, in *Min. e giust.*, 2005, p. 149 ss.; L. LENTI, *Qualche riflessione sui modelli di affidamento e adozione accolti nell'ordinamento italiano*, in *Min. e giust.*, 2001, p. 86 ss.

biologica ed a costituire, al tempo stesso, lo *status* anche nei confronti di altri adulti, che si sono dimostrati capaci di assicurarne stabilità affettiva e di cura durante un periodo di affidamento temporaneo⁽⁶⁹⁾, in applicazione dell'art. 44, lett. d)⁽⁷⁰⁾.

L'introduzione del parametro oggettivo cui ancorare l'accertamento della situazione di abbandono, commisurato dalla novella all'art. 15 l. adozione alla «provata irrecuperabilità» delle capacità genitoriali nonostante i tentativi messi in atto dal tribunale con i servizi, concretizzati nelle prescrizioni impartite ai sensi dell'art. 12, comma 4, può accelerare il processo⁽⁷¹⁾ che, proprio allo scopo di valorizzare il diritto alla relazione genitori-figli, ha determinato il proliferare di siffatti provvedimenti⁽⁷²⁾.

Strumenti di tal fatta consentono, infatti, di conservare il rapporto affettivo protetto dall'art. 8 della Convenzione «fino a quando non sia raggiunta

⁽⁶⁹⁾ Trib. min. Torino, 31 gennaio 2008, sui cui la nota critica di F. SANTANERA, *L'utilizzo strumentale dell'adozione per l'illegittima sottrazione di minori a loro congiunti in grave difficoltà*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 771 ss., «dà un'interpretazione estensiva che consente di ritenere ammissibile (...) che l'adozione in casi particolari ex articolo 44 lettera d) della legge 184/1983 possa aver luogo anche in caso di impossibilità c.d. "soggettiva" di affidamento preadottivo, cioè quando il minore sia seguito da tempo e in maniera valida e stabile da una coppia di affidatari, ai quali, per il protrarsi della relazione in atto, egli sia legato, in modo tale che un distacco da queste figure costituirebbe, per lui, l'esposizione ad un trauma ingiustificato e contrastante con le esigenze di uno sviluppo equilibrato». Conf. Trib. min. Salerno, 19 luglio 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 606 ss.; Trib. min. Torino, 11 novembre 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 645 ss.

⁽⁷⁰⁾ Ricorda CEDU, 13 ottobre 2015, *S.H. c. Italia*, cit., § 50, che «La Corte ha invece concluso che non vi è stata violazione dell'articolo 8 nella causa *Aune c. Norvegia* (n. 52502/07, 28 ottobre 2010), osservando che l'adozione del minore non aveva di fatto impedito alla ricorrente di continuare ad intrattenere una relazione personale con il minore e non aveva avuto la conseguenza di allontanarlo dalle sue radici».

⁽⁷¹⁾ Così, in termini critici, G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, cit., p. 535, la quale ritiene, al contrario, che «non ce ne fosse bisogno».

⁽⁷²⁾ Al contrario L. FAMULARO, *Modifiche alle leggi speciali in tema di filiazione*, cit., p. 278 s., ritiene che l'introduzione del parametro di verifica entro un tempo ragionevole della irrecuperabilità delle capacità genitoriali «consente di chiudere definitivamente ogni discorso circa la possibilità di disporre una cd. adozione mite», «fenomeno questo che non trova riscontri normativi all'interno degli strumenti di tutela del minore e che difficilmente si può giustificare in base ad un presunto interesse del minore».

la certezza che si sono verificati fatti tanto gravi da esigere il definitivo scioglimento del vincolo»⁽⁷³⁾, attraverso l'adozione parentale.

La temporaneità della condizione di difficoltà in cui versino i genitori biologici, la loro parziale incapacità conseguente a turbe psichiche che non escludano del tutto l'idoneità a prendersi cura del/la bambino/a, o non ne compromettano l'interesse e la sicurezza, sono le circostanze in cui si realizza, infatti, l'obbligo positivo, di cui l'art. 8 grava lo Stato in ogni sua struttura ed articolazione, di attivarsi per adottare tutte le misure idonee a riunione il genitore col proprio figlio⁽⁷⁴⁾.

In tale ottica, l'impossibilità di affidamento preadottivo la cui constatazione è richiesta dalla norma si sostanzia nella verifica giudiziale dell'insussistenza, in concreto, delle condizioni che legittimerebbero la dichiarazione di adottabilità, che è il presupposto dell'affidamento preadottivo, com'è nel caso in cui le capacità dei genitori non risultano irrecuperabili in tempi ragionevoli e/o costoro si sono adoperati per adempiere le prescrizioni imposte a garanzia della cura del minore, ma residuino loro serie difficoltà nell'assumersi la responsabilità genitoriale, e quindi, pur dichiarando il non luogo a procedere per insussistenza dello stato di abbandono, il Tribunale ritenga di adottare, ai sensi dello stesso art. 16, comma 2, nell'ambito dei provvedimenti opportuni nell'interesse del minore, non solo quello di affidamento familiare *ex art. 2*, ma anche – stanti la consuetudine affettiva e la domanda di adozione avanzata da coloro, coniugati o meno, che si siano presi cura del bambino, e verificata la corrispondenza al suo interesse, *ex art. 57, n. 2* – il provvedimento che costituisce lo *status* nei loro confronti, senza elidere quello preesistente.

⁽⁷³⁾ C. CIRAOLO, *La specificazione del concetto di abbandono*, cit., p. 1089.

⁽⁷⁴⁾ Corte EDU, 16 novembre 1999, *E.P. c. Italia*, ricorso n. 31127/97, § 64, specifica l'opportunità di disporre un'adozione che non recida la relazione biologica; così Id., 24 febbraio 2009, *Errico c. Italia*, ricorso n. 29768/05, § 45. In senso conforme, con riguardo ad altri Stati, Corte EDU, 28 ottobre 2010, *Aune c. Norvegia*, ricorso n. 52502/07; Id., 18 dicembre 2008, *Saviigny c. Ucraina*, ricorso n. 39948/06; Id., 10 novembre 2004, *Couillard Mangery c. Francia*, ricorso n. 64796/01; Id., 25 gennaio 2000, *Ignaccolo e Zenide c. Romania*, ricorso n. 31679/96, § 94; Id., 27 giugno 2000, *Nuutinen c. Finlandia*, ricorso n. 32842, § 127; Id., 24 marzo 1988, *Olsson c. Svezia*, ricorso n. 10465/83, § 81, su cui cfr. J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 265 ss.

La disposizione, in altri termini, non sembra riferibile unicamente allo sperimentato fallimento di un affidamento preadottivo, posto che la disposizione si apre con l'espressa esclusione della necessaria verifica delle condizioni di cui all'art. 7, comma 1, e dunque della dichiarazione di adottabilità che è il presupposto di quell'affidamento⁽⁷⁵⁾, e dello stato di abbandono che la giustifica.

All'orientamento di legittimità⁽⁷⁶⁾ che limita l'applicabilità ai casi di mancato reperimento o rifiuto di coniugi aspiranti all'adozione parentale, ed all'opinione che ritiene deponga in tal senso la scelta del termine "impossibilità", in luogo di "inopportunità", che avrebbe ancorato la valutazione all'interesse del minore a conservare l'affettività nei confronti degli affidatari e, quindi, a non essere adottato da diversa coppia⁽⁷⁷⁾, sembra potersi opporre la necessaria valutazione delle condizioni in cui quell'interesse si specifica e si dettaglia, alla luce di elementi obiettivi⁽⁷⁸⁾ che possono trarsi dall'accertamento dei caratteri di serietà e stabilità dell'affettività maturata nel corso dell'affidamento, ma anche dalla collaborazione dell'affidatario che domanda l'adozione al percorso di recupero della genitorialità biologica, ed in particolare alla conservazione o al recupero dei legami con i genitori, come insegna la ricordata esperienza dei tribunali anglosassoni.

È pur vero che si tratta di una adozione con effetti più limitati di quella parentale, proprio perché esclude il legame con la famiglia dell'adottante, ma non può dirsi che la stessa sia in ogni caso meno conforme all'interesse del minore, posto che per un verso la valutazione di tale interesse è, ai sensi dell'art. 57, ulteriore rispetto all'accertamento delle circostanze che fondano il provvedimento, e non si risolve in nessuna di esse⁽⁷⁹⁾, e, per altro verso, l'opzione legislativa di favore⁽⁸⁰⁾ per un tale provvedimento si esprime anche

⁽⁷⁵⁾ In questo senso Trib. min. Torino, 11 novembre 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 645 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cass., 27 settembre 2013, n. 22292, in *Guida al dir.*, 2013, 46, p. 34 ss.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. M. SESTA, *Codice della famiglia*, 3ª ed., Milano, 2015, p. 2262.

⁽⁷⁸⁾ C. RUSCONI, *L'adozione in casi particolari: aspetti problematici nel diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Jus*, 2015, 3, p. 15 s.

⁽⁷⁹⁾ Conforme Cass., 19 ottobre 2011, n. 21651, cit.

⁽⁸⁰⁾ In questo senso si esprime Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, cit.

nell'art. 11, comma 1, che esclude la dichiarazione di adottabilità dei minori, orfani di entrambi i genitori e non legati da rapporti significativi con i parenti più stretti, quando «esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44». Ed è proprio la valutazione delle circostanze fattuali a orientare «in tal caso» il tribunale, nel decidere, appunto, «nell'esclusivo interesse del minore», a norma della citata disposizione.

8. — *Parentela e adozione.*

Mentre, nella prospettiva degli adulti, le due tipologie di adozione sono accomunate dalla funzione di soddisfare il diritto fondamentale alla genitorialità, costituisce un'innegabile disparità di trattamento quella che riserva alla prima, ma non alla seconda, la costituzione del vincolo di parentela tra il minore e l'intera famiglia dell'adottante, ai sensi del novellato art. 74⁽⁸¹⁾. La prima può pertanto definirsi piena, o parentale, mentre l'altra è disciplinata attraverso il rinvio, operato dall'art. 55, l. citata all'art. 300 c.c., in materia di adozione di maggiorenni, e dunque al pari di questa costituisce il vincolo solo nei riguardi dell'adottante.

Attenta dottrina ha ritenuto di poter superare l'*impasse* ritenendo tacitamente abrogato il ricordato rinvio normativo sulla scorta di considerazioni fondate sul tenore letterale dell'art. 74 c.c., che definisce la parentela come discendenza da uno stipite anche «nel caso in cui il figlio è adottivo» con esclusione espressa dei soli «casi di adozione di maggiori di età», e soprattutto in forza di considerazioni di ordine sistematico. La delega, contenuta nell'art. 2, comma 1 della l. n. 219/2012, si dirige, infatti, all'introduzione di modifiche alle «disposizioni vigenti in materia di filiazione e dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi»⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 245 ss.

⁽⁸²⁾ J. LONG, *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina dell'adozione dei minorenni*, cit., p. 256 ss.; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 838 ss.; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, cit., p. 528 P. MOROZZO DELLA ROCCA,

L'interpretazione, senza dubbio coerente con lo spirito della riforma, non appare, tuttavia, sufficiente a superare l'aporia in difetto l'intervento del legislatore⁽⁸³⁾, in ragione dell'esplicita esclusione della relazione con i parenti dell'adottante contenuta nella relazione della commissione ministeriale⁽⁸⁴⁾ che ha preparato il testo del decreto attuativo, e soprattutto per la considerazione che l'adozione in casi particolari non rescinde il legame giuridico con la famiglia biologica⁽⁸⁵⁾, non trovando ragione nella condizione di abbandono che fonda, invece, la dichiarazione di adottabilità.

Secondo l'ottica descritta dai compilatori si giustifica anche il riferimento al figlio adottivo contenuto nel testo dell'art. 74 c.c., altrimenti difficilmente intellegibile nel quadro dell'unificazione degli stati di filiazione: la disposizione non sottintende uno *status* peculiare, posto che dalla sentenza che pronuncia l'adozione parentale deriva la costituzione dello stato di figlio matrimoniale degli adottanti, ma si rivolge al titolo di quello stato, specificandolo in relazione alla sentenza di cui al Capo IV della l. adozione, che è titolo

Il nuovo status di figlio e adozione in casi particolari, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 202, sul fondamento del carattere tutt'altro che eccezionale dell'adozione in casi particolari, sia per numerosità – costituendo circa un terzo delle adozioni di minori pronunciate ogni anno – che per funzione, dirigendosi a realizzare il diritto del minore ad una famiglia e non la semplice trasmissione di patrimonio e cognome che caratterizzano l'adozione di maggiorenni, ritiene che sarebbe altrimenti pleonastico il riferimento all'adozione inserito nell'art. 74; in termini analoghi B. DE FILIPPIS, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, *ivi*, 2013, p. 292; G. FERRANDO, G. LAURINI (a cura di), *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, Padova, 2013.

⁽⁸³⁾ Auspicabile anche per P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e adozione in casi particolari*, *cit.*, p. 842, allo scopo di armonizzare la disciplina successoria «cogliendo anche l'occasione per meglio disciplinare l'istituto dell'adozione in casi particolari in modo da prendere atto della molteplicità delle situazioni e dei bisogni che gli corrispondono e che forse meriterebbero maggiore attenzione».

⁽⁸⁴⁾ COMMISSIONE PER LO STUDIO E L'APPROFONDIMENTO DI QUESTIONI GIURIDICHE AFFERENTI ALLA FAMIGLIA E L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE DI MODIFICHE ALLA RELATIVA DISCIPLINA, *Relazione conclusiva e allegati*, Roma, 2014, p. 149 ss.; conforme l'interpretazione di C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 2 ss., che quella Commissione ha presieduto, e di M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 231 ss.; ID., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 2 ss.

⁽⁸⁵⁾ S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (I parte)*, in *Studium juris*, 2015, p. 283 s.

giudiziale da cui scaturiscono effetti parificati a quelli che l'atto volontario di riconoscimento o la dichiarazione di nascita, ovvero i corrispondenti titoli giudiziali (artt. 269, 239, 240 c.c.), producono per la nascita in matrimonio o fuori di esso. La norma può dunque intendersi nel senso per cui il figlio parentale ha legami con la famiglia dei genitori sia che la sua nascita – ovvero il suo concepimento, ai sensi dell'art. 231 c.c. – siano avvenuti durante il loro matrimonio, sia quando sia nato da genitori non coniugati, sia, infine, quando la sua generazione biologica sia divenuta inconoscibile per effetto della sentenza che ne ha pronunciato l'adozione, ai sensi dell'art. 27, l. citata, ma non altrettanto può dirsi con riferimento all'adozione *ex art.* 44.

Non si comprende, altrimenti, la ragione per cui non sarebbe abrogato tacitamente anche l'art. 304⁽⁸⁶⁾, ed in particolare il relativo comma 2, che limita i diritti dell'adottato nella successione dell'adottante attraverso il riferimento all'art. 567, cpv. c.c. escludendoli – a differenza dell'adozione parentale – dalla successione dei parenti dell'adottante: tale quadro normativo risponde, infatti, alla medesima limitazione della parentela al solo adottante.

Un intervento legislativo che disponga, dunque, la necessaria estensione della parentela all'adozione in casi particolari si dimostra quantomai urgente alla luce delle precedenti considerazioni, allo scopo di eliminare le residue disparità di trattamento conseguenti a tale prototipo adozionale, che ci auguriamo di aver dimostrato funzionale a garantire stabilità affettiva a bambini che non versano in stato di abbandono, ma hanno stabilito rapporti significativi con figure genitoriali diverse dai genitori biologici, coi quali comunque conservano legami importanti, ovvero, pur dichiarati adottabili, vedano il proprio interesse realizzato dalla costituzione di uno *status* coerente con la propria vita familiare in atto, espressa dall'affettività maturata nei confronti degli affidatari, che siano essi coniugati o meno, ai sensi dell'art. 44, comma 3, l. n. 184/1983.

⁽⁸⁶⁾ Così J. LONG., *L'impatto della riforma della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni*, cit., p. 259, e *ivi*, nt. 34, in considerazione dell'ispirazione della norma ad evitare il rischio di utilizzo distorto dell'adozione da parte degli adottanti, per lucrare aspettative successorie sul patrimonio dell'adottato.

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO (*)

LA ALIANZA DEL PACÍFICO DENTRO DEL CONTEXTO DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA LATINOAMERICANA

ABSTRACT: The article provides critical analysis of the Pacific Alliance as space of integration. For this purpose the author offers a deep reflections on new “American” common law, and provides an overview of Integration in the all area named “America” (Pan American, Latin American and Sub-Regional Andino, Caribbean, Central American, South American and Pacific) He starts from the identification of historical processes, highlights in the same time its economic, social, cultural, political and legal relevance.

SUMARIO: 1. Importancia del tema. — 2. Semblanza histórica de la Integración Americana. — 3. Balance y perspectivas de la Integración Americana. — 4. Creación, organización y funcionamiento de la AP. — 5. Reflexiones económicas, políticas, sociales y jurídicas sobre la integración americana a partir de la AP.

1. — *Importancia del tema.*

La integración jurídica es uno de los temas más importantes para la ciencia del derecho de nuestro tiempo, pero muy especialmente, para los juristas americanos ⁽¹⁾.

Se trata de un nuevo paradigma que habrá de vertebrar todas las disciplinas jurídicas y de articular los diferentes ordenamientos que conviven en el marco del actual pluralismo ⁽²⁾.

(*) Escuela Libre de Derecho (México).

(1) El presente artículo tiene como antecedente la ponencia in extenso presentada en la Cátedra de las Américas, organizada por la Universidad del Norte de Barranquilla el 1 y 2 de septiembre de 2014 sobre la Alianza del Pacífico, así como el capítulo intitulado *La Alianza del Pacífico y la integración jurídica latinoamericana* publicado dentro del siguiente libro colectivo: E. TREMOLADA ÁLVAREZ (ed.), *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

(2) Me he ocupado de este tema en J.P. PAMPILLO BALIÑO, *La Integración Americana como*

La trascendencia de la integración jurídica deriva primeramente de la relevancia de los procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la ‘globalización’⁽³⁾.

Dichos procesos han propiciado – junto con otros factores – la conformación de bloques regionales⁽⁴⁾.

Expresión de un Nuevo Derecho Global, México, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2012; ID., *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*, Bogotá: Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

⁽³⁾ La bibliografía sobre la globalización y sus diversos aspectos económicos, políticos, sociales y jurídicos es prácticamente inabarcable. En un intento de orientar al lector interesado, cabe referirlo a las siguientes obras generales y de fácil acceso: A.J. ARNAUD, *Entre Modernidad y Globalización*, trad. N. González, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000; J. BHAGWATI, *En Defensa de la Globalización. El rostro humano de un mundo global*, trad. V. Canales, Barcelona: Editorial Arena, 2005; Z. BAUMAN, *La Globalización. Consecuencias humanas*, trad. D. Zadunaisky, México: Fondo de Cultura Económica, 2006; U. BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. B. Moreno y M.R. Borrás, Barcelona: Editorial Paidós, 1998; M. CARBONELL, R. VÁZQUEZ (comp.), *Estado Constitucional y Globalización*, México: Editan Porrúa y la UNAM, 2001; B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. Carlos Lema, Bogotá: ILSA, 2009; R. DOMINGO, *¿Qué es el derecho global? The Global Law Collection*, 2ª ed., Pamplona: Thomson Aranzadi, 2008; R. DOMINGO, M. SANTIVÁÑEZ, A. CAICEDO (coord.), *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, Navarra: Thomson Aranzadi, 2006; J.E. FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, trad. Carlos Lema, Madrid: Editorial Trotta, 2001; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; P. GROSSI, *De la Codificación a la Globalización del Derecho*, trad. R.D. García P., Navarra: Thomson Aranzadi, 2010; O. Ianni, *Teorías de la Globalización*, trad. Isabel Vericat, 7ª ed. México: Siglo XXI y UNAM, 2006; M. KAPLAN, *Estado y globalización*, México: UNAM, 2002; G. SOROS, *Globalización*, trad. R. Santandreu, Barcelona: Editorial Planet, 2002; J.E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, trad. C. Rodríguez Braun, México: Editorial Taurus, 2002; ID., *¿Cómo hacer que funcione la globalización?*, trad. A. Diéguez y P. Gómez, México: Editorial Taurus, 2006; J. VILLAGRASA, *Globalización. ¿Un mundo mejor?*, México: Trillas y Universidad Anáhuac, 2003; D. ZOLO, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, trad. R. Campione, Madrid: Dykinson, 2005.

⁽⁴⁾ Fue así como surgieron los primeros bloques regionales como «un segmento mundial unido por un conjunto común de objetivos, basados en nexos de tipo geográfico, social, cultural, económico y político, que presentan una estructura formal constituida por convenios intergubernamentales»: M. MOIS, *La integración regional y el sistema internacional*, en S. NISHIJIMA, P.H. SMITH (coord.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, México: Editan CIDAC y Miguel Ángel Porrúa, 1997, p. 37. Además del europeo, sin duda el más completo y exitoso, existen también otras experiencias – a las

Ahora bien, la conformación de bloques regionales no responde solamente al fenómeno de la globalización, sino más bien al doble proceso interactivo de la ‘glocalización’ (globalización + localismos)⁽⁵⁾.

La expresión “aldea global” de Marshall McLuhan, pone de relieve la otra cara de la moneda, es decir, el resurgimiento de los localismos, como una reacción de las comunidades intra-estatales – regiones históricas, comunidades autonómicas, pueblos indígenas, tribus, ciudades, etcétera – que fueron engullidas por el Estado Moderno y que con su actual debilitamiento han encontrado mayores espacios de autoafirmación en el contexto de la globalización, reivindicando así no solamente sus mercados locales, sino también su cultura, sus formas de organización política y, desde luego, su derecho.

La relevancia del derecho de la integración se encuentra pues, en primer lugar, en la misma magnitud y alcance de los fenómenos contrarios – y complementarios – de la globalización y los localismos y en su articulación a través de bloques regionales, dentro del contexto de un nuevo pluralismo político y jurídico que requiere de bisagras que lo articulen.

En segundo lugar, el derecho de la integración se encuentra estructurando transversalmente a las demás disciplinas jurídicas especializadas.

En el ámbito europeo se habla desde hace varios años de un derecho constitucional comunitario, de un derecho privado – civil y mercantil – comunitario, de un derecho penal, medioambiental, cultural, etcétera,

que nos referiremos en su momento – en América, Asia y África. Cabe observar también que al menos desde hace unos diez años, ha venido también planteándose la posibilidad de una integración no regional, es decir, desvinculada de la continuidad geográfica – y también histórica, social y cultural – como es emblemáticamente el caso de los países BRICS, si bien es cierto que la misma puede encontrarse parcialmente preconizada en el proyecto APEC que surge en la década de los 1990’s y ha tomado nueva forma transcontinental en el más reciente Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP) de 2005.

⁽⁵⁾ El término ‘glocalización’ se acuña, hacia la década de los 1980’s, por Ulrich Beck y Roland Robertson. Cfr. M. Carbonell, *Globalización y derecho: siete tesis*, en L.T. DÍAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, México: UNAM, 2003. Sobre los regionalismos en América, el método para comprenderlo, sus antecedentes históricos y su situación actual puede consultarse J.L. CORAGGIO et al. (eds.), *La Cuestión Regional en América Latina*, México: El Colegio Mexiquense y el Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 2010.

de naturaleza comunitaria. Es decir, de un nuevo derecho de talante colaborativo y armonizador, que está articulando a las ramas tradicionales la ciencia jurídica y cuya producción ha experimentado un aumento progresivo en los últimos años ⁽⁶⁾.

Desde la segunda mitad del siglo XX, la integración europea ha venido conformando una arquitectura institucional, un sistema de fuentes y una dinámica de interpretación jurídica realmente sugerentes, que ha venido a replantear conceptos y métodos jurídicos arraigados desde la época de la codificación, conformando un nuevo ‘derecho bisagra’ precisamente adecuado para enfrentar el pluralismo normativo de nuestro tiempo ⁽⁷⁾.

(6) En general, véase a R.A. GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Madrid: Thomson Civitas, 2007; R. PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*, Madrid: Edisofer, 2008.

(7) Me he referido a este tema ampliamente en tres libros: J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Historia General del Derecho*, México: Oxford University Press, 2008; ID., *La Integración Americana*, cit.; ID. *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*, cit. También en diversos ensayos consultables en mi página web académica: http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo. En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: R.A. GARCÍA, *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Madrid: Editan Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense y Editorial Civitas, 1989; R.A. GARCÍA, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, cit.; K.D. BORCHARDT, *El ABC del Derecho Comunitario*, 5^a ed., Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2000; M. CAMPINS-ERITJA, *Proceso de Integración en la Unión Europea*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996; M.D. DÍAZ-AMBRONA BAJADÍ (dir.), *Derecho Civil Comunitario*, Madrid: Editorial Colex, 2001; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura*, 5^a ed., Milano, 2009; U. DRAETTA, N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione Europea Parte speciale. Il diritto sostanziale*, 3^a ed., Milano, 2010; P. GARCÍA PICAZO, *La Idea de Europa: Historia, Cultura, Política*, Madrid: Editorial Tecnos, 2008; G. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, 5^a ed., Barcelona: Editorial Ariel, 2000; M.J. BULNES, *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona: Bosch, 1996; F. LÉZÉ, V. DE LA ROSA, A. ISLAS COLÍN, *La Unión Europea*, México: Flores Editor y la Universidad de Castilla La Mancha, 2010; E. LINDE PANIAGUA, P. MELLADO PRADO, *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Editorial Colex, 2003; D. LÓPEZ GARRIDO, *La Constitución Europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y Declaraciones más relevantes*, Albacete: Editorial Bomarzo, 2005; A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución Europea*, Madrid: Editorial Iustel, 2005; C. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Editorial Reus, 2011; ID., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4^a ed., Madrid: Dijusa, 2002; ID., *Tratado de la Unión Europea*, 3^a ed., Granada: Editorial Comares, 1999; J.M. PELÁEZ MARÓN,

En el continente americano, aunque los primeros proyectos e iniciativas de articulación regional pueden remontarse al siglo XVIII, lo cierto es que el actual proceso de integración parte de la segunda mitad del siglo XX y ha tenido diversas proyecciones geográficas y culturales que van desde el hispanoamericanismo hasta el panamericanismo, pasando por diversas instancias de carácter latinoamericano, centroamericano y caribeñas.

Sin embargo, a diferencia del proceso europeo, que ha se ha desarrollado progresivamente, extendiendo su alcance geográfico y cultural así como profundizando y estrechando cada vez más la integración – desde lo económico, hasta lo político e internacional, pasando por lo social y lo cultural – en América la evolución ha sido más bien errática.

Así se han venido conformando diversos órganos e instituciones heterogéneos y yuxtapuestos, sobre los cuales debe hacerse una reflexión de conjunto a efectos de promover sinergias y evitar duplicidades, indicando a su vez las pautas para la prosecución y culminación del proceso de integración y la configuración de un ordenamiento jurídico supranacional que pueda insertarse a su vez en los distintos derechos de los países de la región.

Dentro del presente artículo, con motivo del establecimiento y creación de la Alianza del Pacífico (AP), se presentará un panorama general sobre el estado actual de la integración americana, procurando también ofrecer una serie de reflexiones críticas sobre el proceso de integración americana a la luz de la conformación, diseño y funcionamiento de la AP.

La reflexión sobre los órganos, mecanismos e instrumentos de la integración regional, así como sobre el nuevo derecho comunitario de la integración que deberá conformarse para regularlos, constituyen asignaturas fundamentales que están pendientes, a la espera de que la ciencia jurídica se ocupe detenidamente de ellas.

Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea, Madrid: Editorial Tecnos, 2000; R. PÉREZ-BUSTAMANTE, *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*, cit.; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El Juez Nacional como Juez Comunitario*, Madrid: Fundación Universidad Empresa y Editorial Civitas, 1993; A. TRUYOL, *La Integración Europea. Idea y realidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

2. — *Semblanza histórica de la Integración Americana.*

Puede decirse que el proceso de integración jurídica americana, visto desde una perspectiva histórica, se ha desarrollado a través de las siguientes fases:

1) *Propuestas de articulación de los Reinos Hispanoamericanos* (desde finales del siglo XVIII y principios del XIX), 2) *Utopías y primeros Proyectos Iberoamericanos* (a partir de los primeros dos tercios del siglo XIX), 3) *Proyectos Panamericanistas* (de finales del s. XIX hasta nuestros días) 4) *Proyectos Latinoamericanos* (1950's-1980's y hasta nuestros días), 5) *Fragmentación Subregional del Continente* (1960s-1990's y hasta nuestros días) y 6) *Entre América Latina y el Pacífico* (desde los 1990's)⁽⁸⁾.

La primera etapa de articulación hispanoamericana, supuso la estructuración de su mismo espacio geográfico y su posterior unificación cultural, como obra de la Monarquía Universal Española, siendo este primer antecedente de la integración americana parte de un proyecto supranacional muchísimo más ambicioso, vinculado por un lado con el Sacro Imperio Romano Germánico y por el otro con la Iglesia Católica⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ En parte seguimos aquí algunas propuestas de periodización planteadas por Arturo Oropeza García, aunque también – como se verá – nos separamos de muchos de sus planteamientos. Se transcribe a continuación la síntesis de su opinión sobre el particular: “Latinoamérica da inicio a su proceso de integración, desde el momento que la Monarquía Española, a través de la imposición de su hegemonía política y militar, entrelaza el destino de las futuras naciones latinoamericanas por medio de la cultura, la religión y el lenguaje (Integración Hispanoamericana). Se continúa con sus procesos de Independencia, donde se fortalece ante la adversidad y se nutre de los sueños de una nueva región que se imagina más prospera, fuerte y unida (Integración Bolivariana). Se institucionaliza ante la convocatoria del poder real de Estados Unidos en 1889 en la celebración de la primera conferencia Internacional Americana (Integración Panamericana); y se continúa hasta nuestros días en un último impulso que inicia con la fundación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960. (Integración Latinoamericana). A. OROPEZA GARCÍA (COORD.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración, 1810-2010*, México: IIJ-UNAM, SER, 2010.

⁽⁹⁾ Entre la vasta literatura sobre el particular, pueden verse en general con provecho las obra de D.A. BRADING, *Orbe Indiano. De la Monarquía Católica a la República Criolla 1492-*

Durante esta primera fase, hubo algunos intentos para conformar una Comunidad Hispanoamericana de Naciones, como el *Dictamen Reservado*

1867, México: Fondo de Cultura Económica, 1993; F. DE ICAZA DUFOUR, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*, México: Editorial Porrúa, 2008; J.M. OTS CAPDEQUÍ, *El Estado Español en las Indias*, La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1975; J.M. PÉREZ PRENDES, *La Monarquía Indiana y el Estado de Derecho*, Valencia: Asociación Francisco López de Gómara, 1989. También, específicamente sobre las redes comerciales y el intercambio de ideas entre Europa y América durante los siglos XVIII y XIX, véase P.K. LISS, *Los imperios trasatlánticos. Las redes del comercio y de las revoluciones de Independencia*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995. Más en general sobre la Historia de América, entre las muchas obras escritas sobre el particular, pueden verse las siguientes, todas de fácil acceso y que muestran diversas perspectivas geográficas e históricas: J.B. AMORES CARREDANO (coord.), *Historia de América*, Barcelona: Editorial Ariel, 2006; P. CHANU, *Historia de América Latina*, trad. F. Monjardín, Buenos Aires: EUDEBA, 1964; F. CHEVALIER, *América Latina*, México: Fondo de Cultura Económica, 2005; T. HALPERIN DONGHI, *Historia contemporánea de América Latina*, Madrid: Alianza Editorial, 2008; M. LUCENA, *Breve Historia de Latinoamérica*, Santiago de Chile: Editorial Catedral, 2010; O. MAZÍN, *Iberoamérica. Del descubrimiento a la Independencia*, México: El Colegio de México, 2007; C. PEREYRA, *Historia de la América Española*, Madrid: Editorial Saturnino Calleja, 1924; AA.VV., *Historia General de América Latina*, Madrid: Editorial Trotta, 2006. En el plano de la conformación del concepto cultural de Hispanoamérica y Latinoamérica, véase a J.L. ABELLÁN, *La idea de América. Origen y evolución*, Madrid: Editorial Iberoamericana, 2009; G. ARCINIEGAS, *El Continente de Siete Colores. Historia de la cultura en América Latina*, Colombia, Editorial Aguilar, 1989; A. ARDAO, *América Latina y la latinidad*, México: UNAM, 1993; C. BOSCH GARCÍA, *El descubrimiento y la integración iberoamericana*, México: UNAM, 1991; E. DUSSEL, E. MENDIETA, C. BOHÓRQUEZ (eds.), *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y 'latino' (1300-2000)*, México: Siglo XXI Editores, 2009; J. GAOS, *Pensamiento de Lengua Española. Obras Completas*, t. VI, México: UNAM, 1990; G. CARRIQUIRY, *Globalización e identidad católica de América Latina*, Barcelona: Plaza & Janés, 2002; E. O'GORMAN, *La invención de América*, México: Fondo de Cultura Económica, 1958; F. LARROYO, *La Filosofía Iberoamericana*, México: Editorial Porrúa, 1978; W.D. MIGNOLO, *La Idea de América Latina*, trad. S. Jawerbaum y J. Barba, Barcelona: Editorial Gedisa, 2007; J. SKIRIUS (comp.), *El Ensayo Hispano-Americano del siglo XX*, México: Fondo de Cultura Económica, 1994; L. ZEA, *Fuentes de la Cultura Latinoamericana*, México: Fondo de Cultura Económica, 1993; ID., *El Pensamiento Latinoamericano*, Barcelona: Editorial Ariel, 1976; AA.VV., *Ideas en torno de Latinoamérica*, México: Coordinación de Humanidades, Unión de Universidades de América Latina, UNAM, 1986; AA.VV., *América Latina. Historia y Destino. Homenaje a Leopoldo Zea*, México: UNAM, 1992. Específicamente sobre los proyectos de articulación de los reinos hispanoamericanos véase también a P. ESCANDÓN, *Arqueología de proyectos unificadores de América Latina*, en R.P. MONTALBÁN, M. VÁZQUEZ OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Raíces y perspectivas*, México: Editán Eón y el CIALC-UNAM, 2008, pp. 19-33.

presentado en 1783 por el Conde de Aranda ⁽¹⁰⁾, el proyecto de *Congreso General* de Fray Melchor de Talamantes ⁽¹¹⁾, o la propuesta presentada por Michelena y Ramos Arizpe en las Cortes Españolas de 1821 ⁽¹²⁾.

Lamentablemente, la ceguera de las autoridades peninsulares impidió la formación de un *Commonwealth* Ibérico, como el que después sería logrado por Inglaterra respecto de sus antiguas colonias.

El segundo periodo, de las utopías y proyectos iberoamericanos, parte del proceso de emancipación de América ⁽¹³⁾, como el contexto dentro del cual se plantean, entre otras iniciativas, la *Carta de Jamaica* de 1815, la Declaración de la Angostura y el Congreso Anfictiónico de Panamá promovidos por Simón Bolívar ⁽¹⁴⁾, que son las más conocidas entre muchas otras propuestas,

⁽¹⁰⁾ Específicamente véase L.M. FARIAS, *La América de Aranda*, México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

⁽¹¹⁾ Cfr. J.P. PAMPILLO BALIÑO, *El primer constitucionalista de México. Talamantes: ideología y proyecto para la América Septentrional*, México: Editorial Porrúa, 2010.

⁽¹²⁾ Cfr. R. BREÑA, *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824*, México: El Colegio de México, 2006; R. ESTRADA MICHEL, *Monarquía y Nación entre Cádiz y Nueva España*, México: Editorial Porrúa, 2006.

⁽¹³⁾ Una visión panorámica sobre las Independencias puede encontrarse en M. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ-BARBA, *Las independencias americanas (1767-1878)*, Madrid: Universidad Francisco de Vitoria, 2009; J. LYNCH, *Las Revoluciones Hispanoamericanas. 1808-1826*, Barcelona: Editorial Ariel, 2010, y J.E. RODRÍGUEZ, *La independencia de la América española*, México: Fondo de Cultura Económica, 2008. En el plano ideológico, véase J.C. CHIARAMONTE, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de la Independencia*, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2004. Sobre la azarosa vida de América Latina durante el siglo XIX, su difícil organización política, sus guerras internacionales y la búsqueda de diversas alianzas, véase la siguiente exposición general: C. RAMOS ESCANDÓN, *Latinoamérica en el siglo XIX (1750-1914)*, México: CIALC-UNAM, 2007.

⁽¹⁴⁾ La figura de Simón Bolívar es fundamental para el entendimiento de las independencias americanas, los proyectos de integración hispanoamericanos y en general el imaginario político de nuestra región. Su dimensión continental y universal se pone de relieve cuando se considera, que además del proyecto de la Gran Colombia y del Congreso de Panamá, a Bolívar se deben las siguientes independencias: con la batalla de Boyacá (1819) se reafirma independencia de Nueva Granada (Colombia), con la de Carabobo (1821) la de Venezuela, influyendo también en la de Panamá el mismo año, con la de Pichincha (1822) logró la independencia de Ecuador. En 1824 acompañado de Sucre, Ayacucho con la que se independiza Perú y en 1825 consigue también la independencia de Bolivia. Entre las

como las debidas al Precursor Francisco de Miranda, entre otras⁽¹⁵⁾.

A las anteriores utopías les siguieron múltiples acuerdos, tratados y congresos, cuyas repercusiones fueron sin embargo bastante limitadas. Entre ellos se puede mencionar el ‘Pacto de Familia’ propuesto por el mexicano Lucas Alamán o la propuesta del chileno Francisco Bilbao de establecer un Congreso Federal de las Repúblicas de Latinoamérica, pasando por la Unión Continental de Comercio que en su momento impulsó el argentino Juan Bautista Alberdi⁽¹⁶⁾.

Las iniciativas de ésta segunda época fueron un intento de proyectar una América unida contra la realidad de los hechos, que durante todo el siglo XIX tendía más bien hacia la disgregación por varias razones.

No obstante, a pesar del fracaso de dichas iniciativas y proyectos, se conformó una identidad histórica y cultural que ha conseguido sobrevivir hasta nuestros días y que subyace todavía detrás de diversos esquemas y proyectos de integración vigentes.

La tercera fase, vigente hasta nuestros días, es la de los proyectos panamericanistas, que tuvo como antecedente a la Doctrina Monroe de 1823. El periodo de cooperación panamericana inicia en 1889 con motivo de la primera de las ocho Conferencias Americanas que precedieron la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la IX Conferencia celebrada en Bogotá, en 1948, habiendo buscado en diversos momentos asumir formas

muchas biografías de Bolívar pueden verse con provecho especialmente tres, muy distintas, amenas y complementarias: la de F. CUEVAS CANCINO, *Bolívar en el tiempo*, México: El Colegio de México, 1982; la J. DE LYNCH, *Simón Bolívar*, Barcelona: Editorial Crítica, 2006, y la S. DE MADARIAGA, *Simón Bolívar*, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1959. Las principales obras del Libertador pueden encontrarse en S. BOLÍVAR, *Escritos políticos, Selección de Graciela Soriano*, Madrid: Alianza, 1971.

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. ROBLEDO, *Idea y experiencia*, cit., passim. La propia articulación de los reinos hispanoamericanos propuesta por Talamantes en su *Congreso General*, puede considerarse también como una propuesta utópica. Cfr. J.P. PAMPILLO, *El primer constitucionalista de México*, cit., passim.

⁽¹⁶⁾ Cfr. O. GARCÍA, *Latinoamérica: El futuro de la Memoria o la Memoria del futuro*, en ID., (coord.), *Latinoamérica frente al espejo*, cit., passim. Cfr. también a G. ROBLEDO, *Idea y Experiencia de América*, cit., passim.

económicas de integración, como en la propuesta original presentada en la I Conferencia de Washington de 1889 y, más recientemente, en el proyecto – fallido – de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)⁽¹⁷⁾.

La cuarta etapa – que se proyecta como las anteriores hasta nuestros días – es la relativa al proceso de integración económica latinoamericana, que tiene sus orígenes en las propuestas de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) hacia la década de los 1950's y encuentra su principal hito en la conformación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) con el Tratado de Montevideo de 1960. Asimismo, el fracaso de la ALALC constituye a su vez el puente hacia la siguiente etapa de fragmentación subregional del continente.

El hundimiento de la ALALC se debió principalmente a tres factores. En primer lugar a la reiterada flexibilización de sus compromisos, que trajo consigo la sucesiva postergación de las desgravaciones arancelarias pactadas. En segundo lugar, a la falta de una estructura institucional capaz de asegurar la consecución de sus objetivos. Finalmente, debe señalarse la falta de visión y compromiso de las economías más desarrolladas de la región – Argentina, Brasil y México – que condujo a que desde finales de la década de los 1960's varios países, encabezados por el Grupo Andino, decidieran buscar por sí mismos esquemas más eficaces de integración.

De esta manera, hacia 1978 se declaró el agotamiento del tratado y de la asociación, que fue sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)⁽¹⁸⁾. Por último dentro de esta etapa, debe recordarse también el establecimiento del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), creado en 1978 como foro de consulta y coordinación para concertar posiciones y estrategias en materia económica, de cooperación y de integración.

⁽¹⁷⁾ En general seguimos aquí a W. MANGER, *La Organización de los Estados Americanos. Antecedentes Históricos, Propósitos y Principios, Situación Actual y Perspectivas Inmediatas*, en *Cursos Monográficos*, VII, La Habana: Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, 1960. A. VAN WYNE THOMAS, A.J. THOMAS Jr., *La Organización de los Estados Americanos*, trad. A. Arrangoiz, México: UTEHA, 1968.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*.

Así llegamos a la quinta fase del proceso de integración en el continente americano, la de fragmentación subregional – también vigente en la actualidad – que ha dado lugar a la conformación de un intrincado entramado de bloques subregionales, en muchos casos empalmados entre sí.

América Latina se dividió en cuatro subregiones; en orden de aparición: a) Centroamérica, b) el Caribe, c) los Andes, d) el Cono Sur y e) Iberoamérica. A dichas subregiones latinoamericanas, debe sumarse también el Área de Libre Comercio Norteamericana⁽¹⁹⁾.

En cada una de las anteriores subregiones fueron estableciéndose, respectivamente, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, foros de cooperación intergubernamental y organismos con algunas características supranacionales, entre los que destacan el Sistema de Integración Centroamericana (SICA)⁽²⁰⁾, el Mercado Común del Caribe (CARICOM)⁽²¹⁾, la Comunidad Andina de Naciones (CAN)⁽²²⁾, el Mercado Común del Sur

⁽¹⁹⁾ Además de la bibliografía específica que será referida para cada una de las anteriores subregiones y de la general que venimos siguiendo, puede verse el magnífico libro de Insignares S. CERA, *Integración Latinoamericana. Su construcción jurídico-política*, Biblioteca Jurídica Americana, México: Editan Porrúa, la RIJIA y la Universidad del Norte, 2015. Véase también AA.VV., *Organismos Hemisféricos y Mecanismos de Concertación en América Latina*, México: Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos, 1997. Sobre la posibilidad de articular los anteriores esquemas a través de una integración latinoamericana, considerando las anteriores subregiones, así como la hegemonía regional que ejercen México y Brasil, véase el ensayo L. MAIRA, *América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, en O. GARCÍA, *Latinoamérica frente al espejo*, cit., p. 197 ss.

⁽²⁰⁾ Sobre esta integración subregional, véanse los capítulos correspondientes de P. MONTALBÁN, V. OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim y la página web oficial del SICA <http://www.sica.int/>. Sobre el derecho de SICA véase PIZZOLO, *Derecho e Integración Regional*, cit. Más en detalle puede consultarse C.E. SALAZAR GRANDE, E.N. ULATE CHACÓN, *Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*, 2ª ed., San Salvador: Talleres de Impresiones, 2013; también disponible en la página oficial de SICA.

⁽²¹⁾ Véanse los apartados correspondientes de P. MONTALBÁN, V. OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim y las página web oficiales del CARICOM: <http://www.caricom.org/> y de la AEC www.acs-aec.org/.

⁽²²⁾ Cfr. G. SALGADO, *El Grupo Andino. Eslabón hacia la integración de Sudamérica*, 2ª ed., Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2007; L. MAIRA, *América Latina:*

(MERCOSUR) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)⁽²³⁾ y las Cumbres Iberoamericanas⁽²⁴⁾. Dentro del anterior contexto se encuentra también – según se expuso – el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994⁽²⁵⁾.

La última etapa de la integración americana, que se proyecta igualmente hasta nuestros días, es la que ha venido oscilando, desde la década de los 1990's, entre el relanzamiento de los proyectos regionales latinoamericanos, por un lado y, por el otro, el nuevo giro que ha venido produciéndose hacia el Océano Pacífico y que ha conducido al desarrollo de nuevos vínculos con países del este asiático.

El reto de una integración distinta en el Siglo XXI, cit., p. 197 ss. Véanse los apartados correspondientes de P. MONTALBÁN, V. OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim, y la página web oficial: <http://www.comunidadandina.org/>. Sobre el derecho del CAN véanse también los trabajos de PIZZOLO, *Derecho e Integración Regional*, cit.; M.T. MOYA DOMÍNGUEZ, *Derecho de la Integración MERCOSUR, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio Comparado*, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2006.

⁽²³⁾ Véanse los apartados correspondientes de P. MONTALBÁN, V. OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim y las páginas web oficiales del MERCOSUR: <http://www.MERCOSUR.int/> y del Unasur: <http://www.unasursg.org/>. Sobre el derecho del MERCOSUR véanse también los trabajos de PIZZOLO, *Derecho e Integración Regional*, cit.; M. DOMÍNGUEZ, *Derecho de la Integración*, cit.

⁽²⁴⁾ Cfr. del C. ARENAL (coord.), *Las Cumbres Iberoamericanas (1991-2005). Logros y desafíos*, Madrid: Siglo XXI Editores y Fundación Carolina, 2005; F. GONZÁLEZ (ed.), *Iberoamérica 2020. Retos ante la Crisis*, Madrid: Siglo XXI Editores y Fundación Carolina, 2009. Véase el apartado correspondiente de P. MONTALBÁN, V. OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim, y la página web oficial de la Secretaría General Iberoamericana <http://segib.org/>.

⁽²⁵⁾ Sobre el TLCAN véase a L. ORTIZ AHLF, F.A. VÁZQUEZ PANDO, L.M. DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y sus acuerdos paralelos*, 2ª ed., México: Editorial Themis, 2000; J. WITKER, *El Tratado de Libre Comercio con América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas*, México: IJ-UNAM, 1993; en específico sobre la solución de controversias: R. CRUZ MIRAMONTES, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, México: Editorial Porrúa, 2002. También puede consultarse el apartado correspondiente de P. MONTALBÁN, V. OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim, y la página web oficial <http://www.nafta-sec-alena.org/>.

Entre las últimas iniciativas latinoamericanas se encuentra en primer lugar la Alianza – originalmente Alternativa, pues surgió como una contrapropuesta llamada a ofrecer un camino distinto a la integración neoliberal presentada por los Estados Unidos de Norteamérica en la forma de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)⁽²⁶⁾ – Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA)⁽²⁷⁾.

La segunda iniciativa fue la que vino a establecer la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC) en 2010, dotada de una estructura institucional propia en 2011, como sucesora del Grupo de Contadora (1983), del Grupo de Río (1990) y de las Cumbres de América Latina y del Caribe⁽²⁸⁾.

La otra tendencia que marca ésta etapa ha sido la de estructurar un nuevo eje económico en torno a la Cuenca del Pacífico, misma que ha tenido dos proyecciones. La primera vertiente ha consistido en la conformación de un bloque regional transcontinental entre Asia y América, a través del Pacífico, destacando dentro del mismo primeramente la Alianza para la Cooperación Económica en el Pacífico (APEC) y, posteriormente, el proyecto de Acuerdo Estratégico Transpacífico de Alianza Económica (TPP), como tratado multilateral de libre comercio.

La segunda modalidad se ha traducido en la creación de una nueva subregión latinoamericana a través de la Alianza del Pacífico (AP), apenas creada en 2011 y estructurada en el año 2012, a la que nos referiremos posteriormente con mayor detenimiento.

⁽²⁶⁾ Sobre el ALCA, véase a J. WITKER (coord.), *El área de libre comercio de las Américas (ALCA)*, México: IIIJ-UNAM, 2005. Véase también el apartado correspondiente de P. MONTALBÁN, V. OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim.

⁽²⁷⁾ Véase el apartado correspondiente de P. MONTALBÁN, V. OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim. También puede consultarse la página web oficial del ALBA: <http://www.alianzabolivariana.org/>.

⁽²⁸⁾ Véase el apartado correspondiente de P. MONTALBÁN, V. OLIVERA (coord.), *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*, cit., passim.

3. — *Balance y perspectivas de la Integración Americana.*

Del anterior recuento, se puede advertir en primer lugar que en la actualidad coexisten, de manera yuxtapuesta, múltiples instancias con alcances geográficos y culturales distintos (iberoamericanos, latinoamericanos, norteamericanos, caribeños, centroamericanos, andinos, sudamericanos, transpacíficos, etcétera) que se han traducido en diversos esquemas de colaboración, que van desde meros foros de coordinación – como las Cumbres Iberoamericanas – hasta mercados comunes imperfectos – como el MERCOSUR –, pasando por zonas de libre comercio – como el TLCAN – y uniones aduaneras – como el CARICOM –, los más funcionando bajo la lógica intergubernamental, aunque también algunos – particularmente SICA y CAN – se desenvuelven, en parte, según los principios de la supranacionalidad⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ Además de los textos anteriormente citados en específico respecto de los diversos esquemas de cooperación e integración, sobre los orígenes y desarrollo de las diversas estructuras de la integración americana, pueden consultarse en general las siguientes obras: I. GÓMEZ-PALACIO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, México: Editorial Porrúa, 2006; R. GRIEN, *La integración económica como alternativa inédita para América Latina*, México: FCE, 1994; M. KAPLAN, *Estado y globalización*, cit.; J. WITKER, A. OROPEZA (COORD.), *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, México: Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004; J. WITKER, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, cit.; O. AHLF, V. PANDO Y DÍAZ, *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América de Norte y sus Acuerdos Paralelos*, cit.; F. PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la Integración Económica*, México: Editorial Porrúa, 2002; A. PUYANA (COORD.), *La Integración Económica y la Globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?*, México: Flacso y Plaza y Valdés, 2003; R. SCHEMBRI CARRASQUILLA, *Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana*, Sao Paulo: Parlamento Latinoamericano, 2001; G. VIDAL (COORD.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México: Cámara de Diputados, UAM, INTAM y Miguel Ángel Porrúa, 2006; F.R. DÁVILA ALDÁS, *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México: Editorial Fontamara, 2002; E. VIEIRA POSADA, *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Convenio Andrés Bello, 2008; D. VILLAFUERTE SOLÍS, X. LEYVA SOLANO (COORD.), *Geoeconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*, México: CIESAS y Miguel Ángel Porrúa, 2006. Sobre la integración americana en general pueden verse, además de las obras ya citadas y entre muchas otras, las siguientes: D. ALDÁS, *Globalización-Integración. América Latina, Nor-*

Nos encontramos así con un complejo y entrecruzado sistema, que se encuentra conformado por una importante diversidad de organismos y tratados que suman más de 90 acuerdos sectoriales y de 50 tratados y protocolos adicionales⁽³⁰⁾.

En vista de lo anterior, la reflexión más importante que plantea tanto el repaso del proceso histórico como la consideración del conjunto de los principales organismos y foros de la integración americana, es la impresión de que su laberíntica estructura de organismos y tratados heterogéneos no puede ser eficiente, dando lugar a inevitables duplicidades, traslapes y hasta contradicciones, que generan una serie de desperdicios que pudieran evitarse con una adecuada planeación.

Dicho balance preliminar es todavía más preocupante cuando consideramos la brecha entre los proyectos y su concreción, entre los compromisos y su flexibilización, que nos permiten entender por qué la integración no ha terminado de consolidarse en el hemisferio americano.

Para dimensionar mejor las cosas, basta contrastar el porcentaje del comercio intra-regional europeo, que ronda el 70%, o del asiático, que supera el 50%, con el 18% que representa el total del comercio interno dentro de

teamérica y Europa, cit.; G.A. DE LA REZA, *Integración Económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, México: UAM y Plaza y Valdés, 2006; E. ENRÍQUEZ RUBIO, *Un Marco Jurídico para la Integración Económica de América Latina*, Tesis profesional, México: Escuela Libre de Derecho, 1969; H. FIX FIERRO et. al (eds.), *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*, México: UNAM, 2003; P. HÄBERLE, M. KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. H. Fix Fierro, México: UNAM, 2003; L. LEÓN (coord.), *El Nuevo Sistema Internacional. Una visión desde México*, México: Secretaría de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica, 1999; P. MARTÍNEZ, *Derecho de la Integración Económica*, cit.; J.I. SAUCEDO GONZÁLEZ, *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, México: IJ-UNAM, 1999; J. VIDAL, *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, cit.; J. VIDAL BENEYTO, R.A. GARCÍA et al., *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Valencia: Fundación AMELA, 2009; J. WITKER, *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, cit.; J. WITKER, OROPEZA, *México-MERCOSUR. Los retos de su integración*, cit.

⁽³⁰⁾ Una visión panorámica de la mayor parte de los esquemas y organismos que se exponen puede encontrarse en P. MONTALBÁN, V. OLIVERA, *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos*, cit. Véase también nuestro libro *La Integración Americana*, cit.

la subregión latinoamericana. Las anteriores cifras nos permiten apreciar la medida del desperdicio y de la oportunidad⁽³¹⁾.

Para medir la magnitud del desperdicio y de la oportunidad, vale la pena considerar que América Latina y el Caribe juntos tienen una extensión territorial de más de 20 millones de kilómetros cuadrados, constan de una población de alrededor de los 580 millones de habitantes, un PIB agregado de más de 6.3 billones de dólares y cuenta en su seno con algunas de las mayores economías del planeta, como Brasil, la número 7, México, la número 11 y Argentina la número 22.

Con la sola integración subregional Latinoamericana y del Caribe se daría lugar a la formación de la 3ª potencia económica a nivel mundial después de la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica, la 3ª potencia en materia de energía eléctrica y el mayor productor de alimentos del mundo.

Lo anterior sin contar la riqueza petrolera de trece países – entre los que destacan Venezuela, Brasil y México –, a la que tendría que sumarse la riqueza minera de Chile (cobre), Perú (plata) y de Bolivia, Brasil, Argentina y México (minería de conjunto), así como las espléndidas llanuras para el cultivo y la ganadería, las extensas costas para la pesca y la inmensa biodiversidad del continente⁽³²⁾.

A la anterior riqueza material, habría que sumar el hecho de que desde un punto de vista geográfico, América Latina – y específicamente Iberoamérica – es la mayor continuidad histórico-cultural del mundo, por donde más allá de su riqueza policromática – plurinacional, pluriétnica y pluricultural – constituye la región más homogénea – especialmente en el ámbito jurídico – de cuántas aspiran a la integración regional basadas en la continuidad histórica, cultural, lingüística y religiosa.

No obstante lo anteriormente dicho, en nuestro balance preliminar debe reconocerse también como un aspecto positivo el que durante los

⁽³¹⁾ Datos tomados de las páginas oficiales de ALADI, CEPAL, OCDE, OMC y SELA www.aladi.org, www.eclac.cl, www.nto.org, www.oecd.org, y www.sela.org, páginas consultadas en mayo-junio del 2013, donde se pueden encontrar numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular.

⁽³²⁾ Cfr. *idem*, loc. cit.

últimos años han venido madurando en nuestra región diversos esquemas de integración – Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica – que ya han desarrollado una incipiente cultura en materia de funcionamiento de estructuras institucionales regionales y de aplicación de un derecho comunitario, de naturaleza embrionaria, si se quiere, que ha venido conviviendo con los derechos nacionales de los estados parte de los mismos.

Asimismo, el sistema interamericano de derechos humanos, ha contribuido a conformar una reflexión y una *praxis* jurídica cada vez más considerable dentro de la región.

Desde un punto de vista geopolítico, económico y estratégico, Latinoamérica cuenta con siete actores fundamentales: los cuatro esquemas de integración antes mencionados – Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica –, la Alianza del Pacífico – como proceso novedoso al que nos referiremos después – y dos potencias emergentes, Brasil y México⁽³³⁾.

Las primeras, son anillos subregionales concéntricos, que bien podrían articularse en un proyecto multinivel de integración hemisférico.

Los segundos, en contrapartida, tienen una agenda propia. Para Brasil, MERCOSUR en su momento y actualmente el UNASUR, donde puede imponer su hegemonía, son su prioridad. Por su parte, en el caso de México, su posición geográfica se ha traducido en una actitud ambivalente; por un lado, de dependencia económica respecto de los Estados Unidos de Norteamérica, sellada por el importante TLCAN y por el otro, de una mayor vinculación e identificación social y cultural con América Latina, en cuyos proyectos de integración ha participado siempre, pero sin la determinación y el liderazgo adecuados.

De cara a una eventual – ¿deseable? – integración total de América – o de Latinoamérica –, es necesaria la consideración de los anteriores factores, así como también la ponderación de la posición más bien distante de Canadá y puramente económica – salvo en su relación con México que está marcada también por los problemas fronterizos de la migración y el narcotráfico –

⁽³³⁾ Cfr L. MAIRA, *América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI*, cit., p. 207 ss.

de los Estados Unidos, que no han mostrado un mayor interés – fuera de diversas intervenciones hegemónicas – por la región latinoamericana.

Y sin que la integración jurídica sea la panacea – la actual crisis europea es suficientemente elocuente sobre el particular – también es cierto que intentando una valoración de conjunto y en perspectiva histórica de la Unión Europea, debe reconocerse que el derecho de su integración ha contribuido activamente: a) a la consolidación de la paz en la región, b) al fortalecimiento de la democracia, el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, c) a conformar un mercado interno –con el libre tránsito de capitales, mercancías y personas- que ha beneficiado indudablemente a los habitantes de Europa, d) a re-posicionar a la región en el ámbito del diálogo internacional, e) a equilibrar las tendencias centrífugas y centrípetas de la globalización y de los localismos, f) a consolidar una serie de políticas sociales y culturales que han proyectado la identidad común de la región sin demérito de la identidad particular de cada país y comunidad intra-estatal, g) en general a mejorar – en todos los aspectos – la calidad de vida de los europeos y residentes, y h) a conformar un nuevo ordenamiento jurídico común que – según se expuso – ha venido revulsionar la tradición jurídica occidental⁽³⁴⁾.

4. — *Creación, organización y funcionamiento de la AP.*

El establecimiento y organización de la Alianza del Pacífico, como organismo de cooperación e integración económica entre Colombia, Chile, Perú y México, constituye la respuesta a un contexto económico específico marcado por la crisis financiera mundial de 2007 y sus proyecciones en los Estados Unidos de Norteamérica y en la Unión Europea, motivando que dichos países buscaran potenciar a través la misma su comercio con la región Asia-Pacífico.

La importancia de Asia-Pacífico puede dimensionarse considerando

⁽³⁴⁾ En general seguimos las obras citadas en la nota 8.

que representa un mercado con más de 3 mil millones de habitantes que representan a su vez el 40% del comercio mundial⁽³⁵⁾.

A dicho contexto regional pueden sumarse los objetivos geopolíticos y económicos específicos de los estados fundadores de la Alianza.

Así, por ejemplo, en el caso de Colombia y Perú, se explica la búsqueda de nuevas alternativas ante la ralentización de la Comunidad Andina de Naciones y su traumática convergencia – más bien desmantelación – con la UNASUR. Adicionalmente, a través de dicho acuerdo, Colombia se hace de un conveniente vehículo para llegar al mercado asiático, con el que no tenía relaciones previas y Chile ve potenciadas sus capacidades para proseguir en su trayectoria de libre comercio ingresando a un foro eminentemente pragmático que pretende distinguirse de la carga ideológica y política de otros proyectos integracionistas de los cuales se había apartado tradicionalmente. Por su parte, México parece dar – tras veinte años de sociedad con América del Norte y de una participación más bien discreta en el subcontinente latinoamericano – un interesante vuelco a su política exterior, no sólo diversificando su comercio exterior, sino también relanzando su presencia subregional contrapesando la hegemonía sudamericana de Brasil mediante la amenaza de su liderazgo en UNASUR al formar la Alianza con dos países clave de la Comunidad Andina⁽³⁶⁾.

La realidad es que sumando la población de los cuatro países que integran la AP, dicho espacio reúne a 214 millones de habitantes – el 38% de la población total de América Latina y el Caribe –, representando sus economías el 37% del PIB de la región, el 50% de su comercio exterior y el

⁽³⁵⁾ E. TREMOLADA ÁLVAREZ, *¿La Alianza del Pacífico facilita la inserción de Colombia en la región Asia-Pacífico?*, en *Papel Político*. 19 (2) Bogotá: Revisado, 2014, en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.PAPO19-2.apfi>; conviene destacar que la región Asia-Pacífico atraviesa actualmente una interesante división; por un lado, se encuentra la iniciativa de los Estados Unidos de Norteamérica para consolidar la Asociación Trans-Pacífico (TPP) y por otro lado el vuelco de China sobre la región para constituir, junto con Japón, un Área de Libre Comercio y una Asociación Económica de Asia Oriental. Ambos procesos se encuentran todavía en etapa de negociación.

⁽³⁶⁾ Véase a E. TREMOLADA ÁLVAREZ, *¿La Alianza del Pacífico facilita la inserción de Colombia en la región Asia-Pacífico?*, cit.

45% del total de flujos de inversión extranjera directa, configurando así – si los considerásemos unidos como un solo país – la octava economía más grande del mundo⁽³⁷⁾.

Dentro del anterior contexto de creación de la Alianza, conviene retener que el 28 de abril de 2011, por virtud de la Declaración de Lima, Colombia, Chile, México y Perú crean la AP, para luego de otras dos Cumbres, en 2011 y 2012, en la IV Cumbre de 6 de junio de 2012 firmar en Antofagasta, Chile, la Declaración del Paranal y el Acuerdo Marco, que junto con su Protocolo Adicional de 10 de febrero de 2014 y las demás Declaraciones surgidas de las Cumbres hasta ahora celebradas, constituyen el entramado jurídico y político de esta nueva organización.

Actualmente la AP abarca, además de a sus cuatro estados fundadores, a dos candidatos, Panamá y Costa Rica y sus más de 30 observadores, entre los que se encuentran entre otros, en Asia-Pacífico Australia, China y Japón, en Europa Alemania, España, Francia y Reino Unido y en América Canadá, Estados Unidos, Paraguay u Uruguay.

La AP se ha configurado como un organismo y foro de integración regional, que de acuerdo con la Declaración de Lima y con el Acuerdo Marco se ha trazado el objetivo de construir un “área de integración

(37) A lo largo del presente epígrafe y del siguiente seguimos principalmente las reflexiones contenidas en el artículo de Tremolada, anteriormente citado, así como del diverso E. TREMOLADA ÁLVAREZ, *La Alianza del Pacífico: ¿una organización consecuente con sus objetivos?*, en *Repensando la integración y las integraciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. También seguimos a C. MALAMUD, *La Alianza del Pacífico: un revulsivo para la integración regional en América Latina*. Real Instituto Elcano, 2012, disponible en www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/; L. OYARZÚN SERRANO, F. ROJAS, *La Alianza del Pacífico en América Latina ¿Contrapeso regional?*, en *Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo*, 2013, 8 (16); G. PERRY, *The Pacific Alliance: A Way Forward for Latin American Integration?*, Essay published by the Center for Global Development, Junio 2014. La información económica, estadística y los mismos textos de la Declaraciones y de los Acuerdos constitutivos de la Alianza del Pacífico las tomamos de su página web, consultada en varias oportunidades durante 2014 y 2015: www.alianzadelpacifico.net. Dentro de la misma página pueden descargarse diversos documentos, entre los cuales, con un carácter general, pueden ser de utilidad los siguientes: *La Alianza del Pacífico, integración profunda con miras a la prosperidad y ¿Cuál es la importancia económica combinada de la Alianza del Pacífico?*, disponible en www.cgdev.org/publication/pacific-alliance-way-forward-latin-americanintegration.

profunda” para avanzar hacia “la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas”, impulsando “un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías de las partes” y con el propósito en una primera etapa de facilitar el movimiento y tránsito migratorio, la cooperación policial, el comercio y la integración, incluyendo la posibilidad de integrar las bolsas de valores, trazándose la meta – según la Declaración de Antofagasta – de «mejorar el desarrollo económico y social de nuestros pueblos, combatiendo la exclusión y desigualdad social», pues, como se anticipaba desde la Declaración de Lima, el sentido de la integración económica es «mejorar el desarrollo económico y social de nuestros pueblos»⁽³⁸⁾.

Para lograr los anteriores objetivos, el Acuerdo Marco y su Protocolo Adicional han venido estableciendo las bases para la reducción arancelaria, la disminución de los obstáculos técnicos al comercio, la facilitación del comercio de servicios y la solución de controversias, buscando generar economías de escala y lograr cadenas de producción, suministro y de valor, aprovechando los Tratados de Libre Comercio previamente firmados por los países miembros, como puntal y base de la Alianza.

Según lo dispuesto por su Acuerdo Marco, la AP quiere ser también una «plataforma de articulación política, de integración económica y comercial y de proyección al mundo especial énfasis en el Asia Pacífico», si bien – como expresa la Declaración de Lima – «el proceso está abierto a la participación de aquellos países de la región que compartan la voluntad de alcanzar las metas de esta Alianza».

Adicionalmente, según el Preámbulo del Acuerdo Marco, la AP pretende la «conformación de un área de integración profunda, que busca avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas».

Asimismo, considera que «la integración económica regional constituye uno de los instrumentos esenciales para que los Estados de América Latina

⁽³⁸⁾ Como se apuntó, los textos de las *Declaraciones*, del *Acuerdo Marco* y del *Protocolo Adicional* pueden consultarse en www.alianzadelpacifico.net.

avancen en su desarrollo económico y social sostenible, promoviendo una mejor calidad de vida para sus pueblos y contribuyendo a resolver los problemas que aún afectan la región, como son la pobreza, la exclusión y la desigualdad social».

En sintonía con la anterior declaración, el Artículo 3 del Acuerdo Marco dispone que la AP tiene como objetivos «construir de manera participativa y consensuada, un área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas» «impulsar el crecimiento, desarrollo y competitividad» “con miras a lograr un mayor bienestar, la superación de la desigualdad socioeconómica y la inclusión social” y “convertirse en una plataforma de articulación política, de integración económica y comercial, y de proyección al mundo, con especial énfasis al Asia Pacífico».

De igual manera y en el Preámbulo del Acuerdo Marco, sus partes se expresan «decididas a fortalecer los diferentes esquemas de integración en América Latina, como espacios de concertación y convergencia, orientados a fomentar el regionalismo abierto, que inserte a las Partes eficientemente en el mundo globalizado».

Para todo lo anterior, se puntualiza en dicho Preámbulo que «este proceso de integración tendrá como base los acuerdos económicos, comerciales y de integración vigentes entre las Partes a nivel bilateral, regional y multilateral».

De la misma forma, el Preámbulo declara que los «requisitos esenciales para la participación en la Alianza del Pacífico la vigencia del Estado de Derecho y de los respectivos órdenes constitucionales, la separación de los Poderes del Estado, y la promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos y la libertades fundamentales», reiterando el sentido de esta declaración en el artículo 2 del Acuerdo Marco.

Por lo que respecta a la estructura institucional de la AP, esta se encuentra conformada por: a) las Cumbres de los Presidentes, b) el Consejo de Ministros de Comercio Exterior y Relaciones Exteriores que adopta decisiones para desarrollar objetivos y acciones bajo el Acuerdo Marco, c) el Grupo de Alto Nivel (GAN) integrado por los Viceministros de Comercio Exterior y de Relaciones Exteriores que supervisa los avances de los grupos técnicos,

d) los Grupos Técnicos, integrados por servidores públicos⁽³⁹⁾ y e) por la Presidencia Pro Tempore ejercida anualmente por cada uno de los países miembros en orden alfabético.

Debe mencionarse también Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico, formado por empresarios, que promueve la AP y envía recomendaciones a los distintos órganos de la estructura institucional.

En relación con el procedimiento decisorio de los órganos que integran la estructura institucional de la AP, los artículos 4 y 6 del Acuerdo Marco, refiriéndose específicamente al Consejo de Ministros, señalan que sus decisiones y los demás acuerdos de la AP «se adoptarán por consenso», pasando a ser – de conformidad con el artículo 6 – “parte integrante del ordenamiento jurídico” de la Alianza.

Por último, entre los principales logros actualmente alcanzados por la AP pueden señalarse los siguientes.

En primer lugar y por virtud del Protocolo Adicional de 2014, la desgravación del 92% del universo arancelario de modo inmediato y del 8% de manera gradual, habiéndose definido reglas de origen, facilitación comercial, obstáculos técnicos, medidas sanitarias y fitosanitarias, facilitación comercial, etcétera.

Destaca en segundo lugar la creación del Mercado Integrado Latinoamericano (MILA) como una integración financiera a través de una plataforma bursátil común sin fusión corporativa, por virtud del cual se creó un mercado regional para la negociación de valores.

Dentro del MILA participan las Bolsas de Valores de los países miembros, siendo la primera integración bursátil transnacional sin fusión corporativa que permite mediante las herramientas tecnológicas y la armonización de la regulación sobre negociación de mercados de capitales, una infraestructura

⁽³⁹⁾ Los Grupos Técnicos actualmente conformados son los siguientes: de Comercio e Integración, Compras Públicas, Servicios y Capitales, Propiedad Intelectual, Movimiento de Personas de Negocios y Facilitación para el Tránsito Migratorio, Estrategia Comunicacional, Cooperación, Mejora Regulatoria, PYMES, Comité de Expertos que analiza las propuestas del Consejo Empresarial, Transparencia Fiscal Internacional, Turismo, Relacionamento Externo, Asuntos Institucionales y Grupo de Innovación.

que habilita una mayor oferta de productos y oportunidades para inversionistas locales y extranjeros.

Otros logros de la AP son la creación de Plataforma de Movilidad Académica y Estudiantil a través de la cual se han otorgado becas y la creación del Fondo de Cooperación y de la Red de Investigación Científica en Materia de Cambio Climático.

También vale la pena destacar la facilitación del tránsito migratorio de personas de negocios y turismo gracias a eliminación de visas y la creación de embajadas y misiones diplomáticas compartidas, así como la organización de múltiples eventos de promoción cultural a través de las oficinas correspondientes de los Estados parte.

5. — *Reflexiones económicas, políticas, sociales y jurídicas sobre la integración americana a partir de la AP.*

Según se adelantó desde un principio, sobre la AP en particular y en general sobre la integración americana, caben las siguientes reflexiones de naturaleza económica, política, social, cultural y también jurídica.

En primer lugar y tratando de superar la retórica política para devolverle a las expresiones su sentido técnico – internacional y jurídico – hay que reconocer que la Alianza del Pacífico no es un «área de integración profunda» ni se encuentra orientada para serlo, sino que es más bien todo lo contrario, una organización internacional de cooperación, que cuando mucho, se ha planteado una «integración superficial» o una «integración tenue»⁽⁴⁰⁾.

En efecto, si consideramos – desde la perspectiva del derecho internacional económico y específicamente del derecho comercial internacional y de la integración – que la cooperación e integración económica se realiza a través de diversas modalidades, que van desde la cooperación en sentido estricto, las preferencias arancelarias, el libre comercio y la unión tarifaria, hasta los tipos más desarrollados propios de la integración profunda como son la

⁽⁴⁰⁾ Cfr. E. TREMOLADA, *La Alianza del Pacífico*, cit.

unión aduanera, el mercado común, la unión monetaria y la integración total, debe reconocerse, que al menos hoy por hoy, la AP es apenas una zona de libre comercio ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴¹⁾ Siguiendo en lo fundamental las modalidades originalmente establecidas por Bela Balassa (libre comercio, unión aduanera, unión económica e integración total) y posteriormente complementadas por otros autores y exponiendo cada una de ellas según el orden de menor a mayor intensidad, sin implicar que los procesos de cooperación e integración deban seguir dicha secuencia o el que las distintas categorías se presenten en forma pura, tenemos: a) la cooperación económica, que usualmente se produce bajo la forma de la zona preferencial, aunque también puede producirse en otros ámbitos, como mediante la cooperación general para la protección del comercio realizada a través del GATT o de la OMC, o de la Propiedad Intelectual a través de la OMPI; b) las zonas de preferencia arancelaria, que se presenta cuando dos o más países se dan un trato preferencial en materia aduanera, más favorable que el que conceden a terceros países, tratándose de una excepción al principio de nación más favorecida establecido por el GATT y la OMC; cabe destacar que esta forma de cooperación está ampliamente difundida, piénsese, por ejemplo en los más de cincuenta estados que pertenecen a la *British Commonwealth* o en la Convención de Lomé entre la Unión Europea y setenta países en desarrollo de África, el Caribe y el Pacífico; c) las áreas de libre comercio —que también constituyen una excepción autorizada a los principios de la OMC— suponen la supresión paulatina, entre dos o más países, de barreras aduaneras —tarifarias y técnicas— para aumentar su comercio regional; igual que en las zonas de preferencia, no existe una cesión de soberanía, aunque revisten una enorme complejidad por lo que hace a la definición de los ‘productos nacionales’ de los países parte, lo que conlleva el establecimiento de ‘normas’ y ‘certificados de origen’ y una pesada burocracia aduanera para su control; d) las uniones aduaneras son áreas de libre comercio, donde además, se establece un arancel aduanero externo común con relación a terceros países y se fija asimismo un mecanismo para la distribución de las tarifas entre los estados miembros; frente a los tratados de libre comercio tienen la enorme ventaja de hacer desaparecer el requisito de los certificados de origen, aligerando los costos y la burocracia aduanera que conllevan, sin embargo, se requiere para su funcionamiento de una cesión de soberanía para la definición de una política y de una legislación aduanera común; cuando faltan algunos de los anteriores requisitos, algunos estudiosos hablan de uniones aduaneras imperfectas; e) el mercado común es una unión aduanera dentro de la cual se reconocen las cuatro libertades fundamentales del mercado respecto de los factores de la producción (libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales), para lo cual se requiere una mayor cesión de soberanía pues resulta indispensable contar con políticas macroeconómicas comunes y con una legislación armonizada armonizadas para la creación de un mercado unificado, requiriéndose así de una política y de una gestión supranacional en diversos ámbitos como el comercio exterior, la política industrial, laboral y otras que pueden también pactarse; f) por su parte, la unión económica supone un mercado común donde también se unifican —no sólo se armonizan

Más aún, aunque la AP se haya trazado – teórica y más bien políticamente – el objetivo de promover la libre circulación de los factores de la producción, carece de la infraestructura, los medios, los recursos, la normatividad y la organización institucional mínimos indispensables para lograrlo, sin que por ello deje de reconocerse la importancia específica del MILA.

Por lo mismo, constituye más bien una organización internacional de alcance geográfico regional, con competencia especial en materia económica, cuyo funcionamiento se lleva a través de métodos de intergubernamentales de cooperación – no de integración supranacional – y de coordinación ⁽⁴²⁾.

En segundo lugar, reflexionando particularmente sobre la AP, me parece que habría que pensar más detenidamente sobre la vocación de inserción y vinculación hacia el Pacífico, que da la impresión hacer de lado los proyectos de integración panamericanos e iberoamericanos.

Efectivamente, aunque el Acuerdo Marco haya dispuesto – como quedó arriba transcrito – que las partes buscarán “fortalecer los diferentes esquemas de integración en América Latina” desde un “regionalismo abierto, que inserte a las Partes eficientemente en el mundo globalizado”, lo cierto es que nombre es vocación y destino y la orientación hacia el Pacífico parecer ser el sello característico de la Alianza.

Así, al menos a primera vista – y considerando la experiencia europea –

o coordinan- políticas comunes en materia monetaria, financiera y fiscal, traducándose en legislación específica, estableciéndose o bien cambios fijos y convertibilidad obligatoria de las monedas nacionales, o bien creándose una moneda común, para lo que resulta indispensable una mayor cesión de soberanía y una mayor dotación de competencias para las autoridades supranacionales; g) finalmente, la integración total supone una coordinación y/o unificación de otras políticas y leyes en materia social y política, como pueden ser las relativas a la política exterior, los asuntos de justicia u otros relativos al medioambiente, al deporte, o a la seguridad social, que en algunas ocasiones también son contempladas por la unión económica, aunque con un menor grado de intensidad. Cfr. B. BELA, *The theory of economic integration*, Londres: Allen & Unwin, 1961. También, entre muchos otros, seguimos a R. GRANILLO OCAMPO, *Derecho Público de la Integración*, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007; M. DOMÍNGUEZ, *Derecho de la Integración*, cit.; A.M. SÁNCHEZ, *Derecho de la Integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*, Buenos Aires: Edita RAP, 2004.

⁽⁴²⁾ Cfr. E. TREMOLADA, ¿"La Alianza", cit., p. 742.

dicha vocación – exclusivista o preferente – por el Pacífico podría constituir un grave error⁽⁴³⁾.

Por un lado, desde un punto de vista cultural, los vínculos existentes entre los países iberoamericanos son bastante sólidos, por lo que resulta recomendable que la AP se articule especialmente con la Cumbre Iberoamericana, cuyos organismos de cooperación en materia cultural como la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Asociación de Bibliotecas Nacionales de Iberoamérica o la Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas, han venido concretando proyectos que han fortalecido la identidad común de los países que integran este foro transatlántico⁽⁴⁴⁾.

Pero además, desde un punto de vista económico y geopolítico, no puede desatenderse tampoco la importancia específica de América del Norte, ni en especial de los Estados Unidos de Norteamérica⁽⁴⁵⁾.

Además, en tanto que organización internacional que promueve el fortalecimiento de los esquemas de integración latinoamericanos, la AP debe comprometerse seriamente – lo que hasta ahora no se ha visto – con una integración multinivel que podría alcanzarse precisamente a través de su articulación con los demás anillos concéntricos anteriormente mencionados: Centroamérica, Sudamérica, el Caribe y la Comunidad Andina.

Ése podría ser incluso un primer paso para la negociación de una unión hemisférica, donde dichos países, como un bloque territorial, demográfica y económicamente relevante, estarían en aptitud de negociar de igual a igual diversos esquemas de cooperación económica, política, social y cultural con Norteamérica y particularmente con los Estados Unidos.

⁽⁴³⁾ En general, las referencias a la Unión Europea, se basan en la literatura citada en la nota 8 a la que referimos al lector interesado en los comentarios que haremos a lo largo del presente epígrafe.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. E.R. HARVEY, *Relaciones Culturales Internacionales en Iberoamerica y el Mundo*, Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

⁽⁴⁵⁾ Sobre las relaciones de los Estados Unidos con los diferentes países de la región latinoamericana, véase el número 4, volumen 8 de la *Revista Foreign Affairs Latinoamérica*, México: ITAM, 2008.

Pero más allá de la aparente incompatibilidad de la orientación hacia el Pacífico con la «integración en América Latina» y con el «regionalismo abierto», lo cierto es que en la medida en que la AP tiene «como base los acuerdos económicos, comerciales y de integración vigentes entre las Partes a nivel bilateral, regional y multilateral», dichos compromisos previos, si bien por un lado facilitan el comercio entre las partes y su proyección hacia otros mercados, también es verdad que generan una superposición de obligaciones que no queda del todo claro que puedan cumplirse simultáneamente. Máxime respecto de las obligaciones preferentes que por ejemplo Perú y Colombia tienen contraídas con los demás países de la Comunidad Andina de Naciones ⁽⁴⁶⁾.

Un tercer motivo de reflexión vendría dado por la vinculación – conceptualmente correcta – que en el Preámbulo del Acuerdo Marco se hace de la «integración económica regional» y la promoción de una «mejor calidad de vida para sus pueblos» que se traduzca en la erradicación de «la pobreza, la exclusión social y la desigualdad».

Lamentablemente dicha declaración – que por lo demás repite otras semejantes que encontramos en varios foros y esquemas de cooperación latinoamericanos – corre el riesgo de convertirse en una expresión hueca con escasa proyección en la realidad.

A pesar de que se pueda aquilatar la importancia específica de la apertura comercial, de la creación de un mercado bursátil común e inclusive, específicamente, de la promoción de la ciencia y la educación a través de becas y de la atención al medio ambiente, lo cierto es que las acciones hasta ahora emprendidas y la visión desarrollada hasta ahora por las partes de la Alianza, no contemplan la creación de fondos estructurales, ni de programas de cualquier tipo tendientes a reducir la desigualdad, la exclusión o la pobreza, o la mejora de servicios públicos que puedan incidir positivamente en la calidad de vida de los habitantes de la región.

En cuarto lugar vale la pena destacar, como algo positivo, la declaración que hace el Preámbulo del Acuerdo Marco y que repite su artículo 2, en el

⁽⁴⁶⁾ Cfr. E. TREMOLADA, *¿La Alianza*, cit., passim.

sentido de que los «requisitos esenciales para la participación en la Alianza del Pacífico la vigencia del Estado de Derecho y de los respectivos órdenes constitucionales, la separación de los Poderes del Estado, y la promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos y la libertades fundamentales».

Afortunadamente, después de muchos años de haber sesgado la importancia específica de la democracia, del estado de derecho y del respeto irrestricto a los derechos humanos como un piso indispensable para la cooperación y la integración en Latinoamérica, actualmente se aprecia cada vez su incorporación en este tipo de declaraciones.

Sin embargo, de poco – o nada – sirven las declaraciones, cuando son meras expresiones de buena voluntad que constituyen normas imperfectas carentes de sanción para el caso de su incumplimiento.

A efectos de contrastar la realidad latinoamericana con la experiencia europea, cabe observar que todos los países que deseen ingresar a la Unión Europea, deben en primer lugar cumplir con una serie de requisitos – políticos, económicos y jurídicos – que se conocen como los Criterios de Copenhague y que, en términos generales, son los siguientes: a) ser un estado europeo, b) tener instituciones estables que garanticen la democracia, el estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y de las minorías, c) contar con una economía de mercado viable y capaz para enfrentar la competencia dentro de la Unión y d) contar con la capacidad para cumplir las obligaciones relativas a la unión económica, monetaria y política, con el compromiso expreso de cumplir con el derecho de los Tratados, el derecho derivado y el acervo comunitario⁽⁴⁷⁾. Más aún, para el caso de que algún Estado deje de cumplir con los mismos, evidentemente puede ser sancionado con la suspensión de sus derechos como miembro de la Unión.

Y aquí conviene insistir en que cualquier integración profunda requiere de un piso económico, social, político y jurídico común y dicho bloque tiene que ser necesariamente obligatorio y exigible, sin que pueda pretextarse su

⁽⁴⁷⁾ Véase la bibliografía citada en la nota 8.

incumplimiento invocando los principios de soberanía y de no injerencia o vetarse mediante la exigencia de un consenso unánime.

La voluntad fundacional de una auténtica comunidad de estados, requiere de un *mínimum* de cesión de soberanía y de la creación de un orden jurídico supranacional obligatorio.

En quinto lugar, habría que revalorar el que la integración regional no se ha producido en otras latitudes por el sólo efecto de los buenos deseos.

La proliferación de las declaraciones y la flexibilización de los acuerdos sobre los cuales no existe un auténtico compromiso de cumplimiento, ha sido uno de los principales motivos por los que se ha frustrado la consolidación de un bloque regional en América Latina.

Esto no obedece precisamente a una falta endémica de sentido de compromiso, sino a que los compromisos demasiado ambiciosos—como lo muestra la experiencia europea— no son practicables si no se produce, previamente, una progresiva conformación de intereses comunes que les den viabilidad.

En Europa, antes de la conformación de las Comunidades de las décadas de los 50's, naufragaron también varios proyectos de integración política y sólo gracias a la visión de Robert Schuman fue posible anticipar objetivos de largo aliento, concretando proyectos específicos y sectorizados.

La integración económica, social y política requiere, previamente, ir acercando los intereses particulares de los estados parte hasta conformar intereses auténticamente comunes.

La integración americana debe aprovechar la lección europea: será necesario identificar bienes y recursos que puedan ir propiciando un acercamiento de intereses similar al que el carbón y el acero produjeron en Europa.

En ése sentido, la gran diversidad y riqueza del continente americano permitiría optar de entre un amplio menú de posibilidades, que irían desde aquéllos bienes y servicios propios del sector primario (materias primas, agricultura, pesca, extracción de metales), hasta los comprendidos por los —recientemente propuestos— sectores cuaternario (información y conocimiento) y quinario (cultura, entretenimiento, educación, arte),

pasando por los tradicionales sectores secundario (industria, por ejemplo petrolera) o terciario (servicios como el turismo).

En sexto lugar, por lo que hace a la estructura institucional y funcionamiento de la Alianza del Pacífico, conviene apuntar que sus órganos se encuentran desarrollados conforme a un diseño bastante pobre.

Hay que destacar que en la actualidad carece de una estructura propia y permanente, por cuanto que sus impulsos ejecutivos están confiados a las Cumbres y a una Presidencia Pro Tempore rotativa, sin dotación presupuestal, sin personal propio, ni sede institucional.

Asimismo, el resto de la estructura institucional – Consejo de Ministros, Grupo de Alto Nivel, Grupos Técnicos y Consejo Empresarial – es bastante incompleta en su organización – ni siquiera se prevén instancias adecuadas para la solución de controversias – y demasiado vertical por lo que hace a la representación de los intereses de los Estados parte, sin que exista algún órgano que represente a la propia Alianza, ni a su ciudadanía.

Por lo anterior, es de todo punto imposible que la actual estructura pueda superar la lógica intergubernamental, transitando a esquemas de integración más estrechos que implican un funcionamiento supranacional⁽⁴⁸⁾.

Si de verdad se pretendiera convertir a la AP en un área de integración profunda, sería indispensable que su Presidencia Pro Tempore fuera sustituida por una Secretaría General o, mejor aún, por una Autoridad Supranacional y Autónoma, similar a la Comisión Europea, que represente el interés de la Alianza en el progreso de la integración. Dicha institución pudiera tener, además de una función ejecutiva de seguimiento de los acuerdos tomados por las Cumbres y una función co-legislativa a efectos de ir conformando un auténtico marco jurídico de la AP.

Por su parte, el Consejo de Ministros de Relaciones y de Comercio Exterior pudiera tener una mucho mayor versatilidad, si como en Europa

⁽⁴⁸⁾ Como observan Oyarzún y Rojas «si bien en reiteradas ocasiones los líderes de la Alianza han recalcado el interés por promover un proceso de integración profunda, no se advierte en su estructura ninguna institucionalidad supranacional ni mecanismos de solución de controversias»: L. OYARZÚN SERRANO, F. ROJAS, *La Alianza del Pacífico en América Latina ¿Contrapeso regional?*, cit., p. 16.

desde la década de los 1950's, se conformara como un solo órgano con diversa integración – según el orden del día reuniría a los Ministros de Relaciones, Interior, Comercio, Justicia, etcétera – con competencia en una gran diversidad de materias.

Dicho órgano pudiera, junto con la Alta Autoridad, realizar una función co-legislativa y de control político, donde el interés autónomo y supranacional de aquélla, se viera compensado por la participación de los Estados parte en la conformación de esta Reunión de Ministros. De la anterior manera se procuraría una sana atemperación recíproca entre los intereses supranacionales de la AP y los nacionales de los Estados parte en la confección del nuevo derecho comunitario de nuestra región.

También sería deseable incluir en la estructura institucional de la AP una entidad de representación de la ciudadanía, pues el Consejo Empresarial únicamente reúne a un sector específico de la población y tampoco tiene auténticas competencias fuera de presentar propuestas.

Finalmente por lo que hace a la estructura institucional de la AP sería muy conveniente la creación de un Tribunal de Justicia para garantizar, interpretar y desarrollar el derecho de la Alianza, tanto el creado internacionalmente por los tratados y declaraciones fundacionales, como el que sea eventualmente sea establecido por su estructura institucional.

La creación de un Tribunal con jurisdicción contenciosa y también consultiva, por ejemplo, para la revisión de las propuestas normativas, sería un hito fundamental para consolidar una auténtica comunidad de derecho que promueva la integración regional.

Finalmente, vale la pena repetir que por disposición expresa del Acuerdo Marco (artículos 3 y 6) todas las determinaciones de la estructura institucional deben tomarse por consenso.

Debe insistirse en que la conformación y funcionamiento de una estructura regional de integración, así como la dinámica misma del derecho comunitario, revulsionan la lógica intergubernamental del consenso y se rigen por una dinámica supranacional que supone una auténtica cesión de soberanía y la diferenciación de las decisiones que deben tomarse por consenso de aquéllas otras que admitan la votación mayoritaria, así como

dentro de éstas últimas, las que requieran de una mayoría calificada o reforzada, de una mayoría absoluta o puedan adoptarse por una mayoría simple.

A este respecto, sería necesario que algunos países de la Alianza – por ejemplo México – modifiquen sus Constituciones a efectos de incorporar la “fórmula integrativa” por virtud de la cual se autorice expresamente la cesión de soberanía que implica el reconocimiento de competencias supranacionales, e incorporen en sus leyes fundamentales, como criterio orientador de su política exterior, la búsqueda y promoción de la integración regional americana⁽⁴⁹⁾.

Como puede apreciarse, tanto los aspectos políticos, económicos y sociales – que deben fluir a través de cauces jurídicos – como los propiamente normativos relativos al diseño y funcionamiento de una estructura supranacional, su misma regulación y sus relaciones con los estados parte de la misma, constituyen temas eminentemente jurídicos que deben ser objeto de reflexión por parte los juristas.

En éste último sentido es que consideramos que la integración americana, la conformación de su derecho comunitario y la armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales americanos mediante el desarrollo de un nuevo derecho común – público y privado – constituye uno de los grandes temas –quizás el más importante y ciertamente el más dilatado por lo que respecta a su extensión – de los que pueden y deben ocuparse los estudiosos y los practicantes del derecho en el hemisferio americano, a efectos de construir un orden más justo que garantice una paz sustentada en una vida más digna para todos los habitantes de la región.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. C. MONTAÑO GALARZA, *Problemas Constitucionales de la Integración*, Biblioteca Jurídica Americana. México: Editorial Porrúa y RIJIA, 2013; M.A.R. MIDÓN, *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998; R. DROMI, M.A. EKMEKDJIAN, J.C. RIVERA, *Derecho Comunitario. Sistemas de Integración. Régimen de MERCOSUR*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

SILVIO PIETRO CERRI (*)

PROFILI DELL'ACCETTAZIONE DELL'EREDITÀ NEL SISTEMA ITALIANO

ABSTRACT: The paper aims to describe the discipline of acceptance of inheritance in the Italian legal system, examining the most critical aspects: people involved, time limits, law hypothesis. The essay examines then the most important doctrinal and jurisprudential orientations, also in the light of the recent judgements.

SOMMARIO: 1. Modi di acquisto dell'eredità. — 2. Accettazione espressa e tacita. — 3. Ipotesi di accettazione tacita. — 4. Acquisto dell'eredità senza accettazione. — 5. Termini per l'accettazione. — 6. Pagamento delle obbligazioni naturali del *de cuius* e rinuncia all'eredità.

1. — *Modi di acquisto dell'eredità.*

Secondo quanto disposto *ex art.* 459 c.c. l'eredità si acquista a mezzo dell'accettazione, la quale spiega i suoi effetti *ex tunc*, cioè a dire dal momento di apertura della successione: tale retroattività è inderogabile sia dal testatore che dall'erede (artt. 637 e 475 c.c.), ed è conseguente necessario al concetto di successione *in locum et ius defuncti*, riguardo al quale non è ammessa soluzione di continuità⁽¹⁾. Il nostro ordinamento non ha accolto, quindi, il principio del passaggio automatico (noto come principio della *saisine*), in capo all'erede, del patrimonio del *de cuius*, a differenza di quanto si rinviene negli ordinamenti francese e tedesco⁽²⁾.

(*) Università degli Studi di Perugia.

(1) L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 3ª ed., Bologna-Roma, 1997, p. 122.

(2) La previsione dell'accettazione costituisce, del resto, una specificazione del principio generale in base al quale può aversi acquisto di diritti solo a fronte del consenso del soggetto

L'accettazione tuttavia non costituisce, necessariamente, condizione per l'acquisto della qualità di erede: come si vedrà meglio in seguito esistono, infatti, particolari ipotesi di acquisto dell'eredità effettuabili in assenza di accettazione (cfr. artt. 485, 527 e 586 c.c.)⁽³⁾.

Come è noto, l'accettazione del chiamato costituisce l'ultima fase del procedimento successorio, e permette di fare irrettrabilmente acquisire la qualità ereditaria: si ricorda, in proposito, il principio *semel heres semper heres*⁽⁴⁾ dall'applicazione del quale deriva l'onere, in capo al creditore del *de cuius* che intenda agire in giudizio per il pagamento, di provare l'esistenza, in capo al convenuto, della qualità di erede del debitore originario⁽⁵⁾.

L'eredità si accetta in maniera pura e semplice ovvero col beneficio d'inventario (cfr. art. 470, 1° comma c.c.): quest'ultima può essere solo espressa

interessato: cfr. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 142; G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, in R. CALVO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, p. 171 s.

⁽³⁾ Cfr. D. BARBERO, *Sulla c.d. accettazione presunta dell'eredità*, in *Foro pad.*, 1950, I, c. 924; A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLII, 2° ed., Milano, 1961, pp. 164 e 187; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima. Artt. 456-586*, in *Comm. cod. civ. Utet*, 2° ed., Torino, 1971, p. 35; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., pp. 122 e 341; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3° ed. agg. a cura di Ferrucci e Ferrentino, Milano, 2009, p. 230.

⁽⁴⁾ V. A. LISERRE, *L'apertura della successione, la delazione e l'acquisto dell'eredità*, in *Tratt. Rescigno*, 5, 2° ed., Torino, 1997, p. 43.

⁽⁵⁾ Cfr. Cass., 6 maggio 2002, n. 6479, in *Arch. civ.*, 2003, p. 340, secondo cui «La delazione che segue l'apertura della successione, pur rappresentandone un presupposto, non è di per sé sola sufficiente all'acquisto della qualità di erede, perché a tale effetto è necessaria anche, da parte del chiamato, l'accettazione mediante *aditio* oppure per effetto di *pro herede gestio* oppure per la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 485 c.c. Pertanto, in ipotesi di giudizio instaurato nei confronti del preteso erede per debiti del *de cuius*, incombe su chi agisce, in applicazione del principio generale contenuto nell'art. 2697 c.c., l'onere di provare l'assunzione da parte del convenuto della qualità di erede, qualità che non può desumersi dalla mera chiamata all'eredità, non essendo prevista alcuna presunzione in tal senso, ma consegue solo all'accettazione dell'eredità, espressa o tacita, la cui ricorrenza rappresenta un elemento costitutivo del diritto azionato nei confronti del soggetto evocato in giudizio nella sua qualità di erede»; conf. Cass., 12 marzo 2003, n. 3696, in *Gius.*, 2003, p. 1630, in *Guida al dir.*, 2003, 20, p. 94, in *Dir. e giust.*, 2003, 14, p. 95, in *Arch. civ.*, 2004, p. 136; Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, in *Mass. Giur. it.*, 1991.

ed è soggetta alle forme di cui all'art. 484 c.c. di talché, ove l'art. 474 c.c. prevede la possibilità di accettare in modo espresso o tacito, si riferisce esclusivamente all'ipotesi di accettazione pura e semplice.

Mentre a seguito di accettazione pura e semplice l'erede subentra nei debiti del *de cuius* rispondendone illimitatamente (quindi, anche con il proprio patrimonio personale), con la beneficiata l'erede risponde di debiti e pesi ereditari nei limiti del valore dell'eredità: parte della dottrina ha quindi ritenuto come detti tipi negoziali, pur appartenendo entrambi alla categoria generale dei negozi di accettazione o adesione⁽⁶⁾, debbano considerarsi tra loro distinti.

Effettuata in maniera espressa ovvero tacita, l'accettazione prescinde dalla specificazione dei singoli beni o rapporti, la cui sorte è regolata esclusivamente dalla legge o dalla volontà del testatore⁽⁷⁾.

L'accettazione può anche compiersi a mezzo di rappresentante legale o volontario: *a)* nel primo caso, la legittimazione è data *ex artt.* 320, 3° comma e 374, n. 3 c.c., rispettivamente, al genitore e al tutore, e in entrambe le ipotesi è necessaria, al fine di procedere in nome e per conto dell'incapace, l'autorizzazione del giudice tutelare⁽⁸⁾; *b)* nel secondo caso, l'accettazione

⁽⁶⁾ V. C. DONISI, *L'efficacia estensiva dell'accettazione di eredità con beneficio di inventario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 420; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 237, il quale sottolinea che l'erede, in caso di accettazione con beneficio d'inventario, non succede nei debiti.

⁽⁷⁾ V. Cass., 6 dicembre 1984, n. 6400, in *Arch. loc.*, 1985, p. 271, secondo la quale «Nelle successioni *mortis causa* il titolo di trasferimento dei beni va ricercato esclusivamente nella legge o nelle disposizioni testamentarie, sicché altri eventuali atti o documenti, anche se utilizzabili per finalità diverse, come quella della ricostruzione dell'asse ereditario, non valgono ai fini dell'attribuzione dei beni all'uno o all'altro dei successori».

⁽⁸⁾ L'art. 35 l. fall. (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) inoltre attribuisce al curatore fallimentare il potere di effettuare l'accettazione dell'eredità devoluta al fallito, e ciò previa autorizzazione del comitato dei creditori (1° comma) e informativa al giudice delegato, in presenza dei presupposti di cui al 3° comma di detta norma (rilevante entità ed assenza di previa autorizzazione *ex art.* 104-ter l. fall.): v. in proposito C. ROMEO, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. Bonilini*, I, Milano, 2009, p. 1218; in giurisprudenza v. Cass., 12 agosto 1963, n. 2314, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, c. 541, la quale ha ritenuto efficace anche un'accettazione tacita compiuta dal curatore fallimentare.

dev'essere effettuata – in quanto atto di straordinaria amministrazione – per il tramite di procura speciale⁽⁹⁾.

Si dibatte in dottrina se sia ravvisabile, in proposito, l'ipotesi di una *negotiorum gestio*.

Pur dovendosi riconoscere efficacia alla ratifica da parte dell'erede, pare corretto, in linea con la *ratio* dell'istituto e con la tutela degli interessi coinvolti, allinearsi con la soluzione negativa⁽¹⁰⁾, in quanto: *a*) nell'attività gestoria è solo con la ratifica che si producono *ex art.* 2032 c.c. gli effetti propri del negozio rappresentativo e, quindi, si affranca la predetta attività dal carattere di temporaneità/precarietà che la contraddistingue, caratteristiche che, pur risultando produttivo di determinati effetti giuridici (cfr. artt. 2028, 2030 e 2031 c.c.), è incompatibile con la natura delle attribuzioni successorie, tendenzialmente caratterizzate da stabilità e definitività delle attribuzioni; *b*) solo con la ratifica si concreta l'elemento volitivo richiesto *ex art.* 476 c.c. ai fini dell'accettazione dell'eredità con la conseguenza che, in assenza di questa, l'attività compiuta non può mai essere riferita al defunto in quanto erede⁽¹¹⁾.

L'acquisto dell'eredità deriva quindi dalla ratifica in quanto tale, al pari di ogni altra situazione in cui un soggetto agisce nell'interesse di un altro senza avere i necessari poteri⁽¹²⁾, e in nessun caso può derivare dalla gestione

⁽⁹⁾ G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, in *Comm. PEM*, Novara, 1981, p. 180; G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 184 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 243 s.; Id., *La sostituzione nell'attività giuridica del rappresentante legale*, in *Riv. not.*, 1968, p. 291 ss.

⁽¹⁰⁾ A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Tratt. Indica-Zatti*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 247; G. SAVORITO, *L'accettazione dell'eredità*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 187; Giu. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, in *Tratt. Rescigno*, 5, 2^a ed., Torino, 1997, p. 139.

⁽¹¹⁾ Ciò, in linea con quanto generalmente affermato in giurisprudenza: cfr. da ultimo Cass., 21 ottobre 2011, n. 21902, in *Ced Cassazione*, secondo la quale, potendosi conseguire la qualità di erede esclusivamente tramite accettazione (espressa o tacita), quest'ultima, per gli effetti che si determinano nella sfera del chiamato deve ricondursi, necessariamente, alla volontà di quest'ultimo.

⁽¹²⁾ Sia la giurisprudenza che parte della dottrina ammettono la gestione rappresentativa anche con riferimento a un negozio di disposizione. Quanto alla giurisprudenza, v. Cass.,

utilmente iniziata, la quale è essenzialmente finalizzata a tutela e conservazione temporanea e provvisoria di beni che già fanno parte del patrimonio dell'interessato.

Generalmente si esclude, viceversa, che il curatore dell'eredità giacente possa accettare l'eredità in nome e per conto del chiamato, non avendo la rappresentanza di quest'ultimo⁽¹³⁾: certamente, detto potere è in contrasto con la funzione precipua dell'istituto, il quale trova applicazione proprio in assenza di accettazione (cfr. art. 532 c.c.), a tutela della preservazione dei beni relitti e, quindi, degli interessi di determinati soggetti che, a fronte della loro dispersione, incorrerebbero in un pregiudizio (chiamati ulteriori, creditori ereditari, legatari, etc.); si ammette, tuttavia, che il curatore possa accettare le eredità devolute al *de cuius* e da questi non accettate: infatti, l'am-

1° dicembre 1977, n. 5227, in *Mass. Giur. it.*, 1977, la quale ha esplicitamente ammesso che l'accettazione dell'eredità possa avvenire anche attraverso una *negotiorum gestio* concernente i relativi beni purché, tuttavia, intervenga la ratifica del chiamato ex art. 2032 c.c.; ma v. anche Cass., 3 dicembre 1974, n. 3958, in *Foro it.*, 1974, I, c. 889 e Cass., 20 maggio 1969, n. 1773, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 886, e in *Foro it.*, 1969, I, c. 3172, in base a cui l'accettazione (espressa o tacita) di eredità può realizzarsi anche a mezzo di manifestazione di volontà del gestore non dotato di poteri rappresentativi, purché le sue iniziative vengano ratificate dall'erede: ciò in quanto l'atto del *falsus procurator*, pur non essendo autonomamente idoneo ad inserirsi nella sfera giuridica del rappresentato, non è tuttavia privo di rilevanza giuridica, in quanto fa cessare lo stato di inazione che sta a base della prescrizione e determina l'interruzione di questa, ponendo nel nulla il tempo già passato e dando inizio ad un nuovo corso del termine prescrizione, di talché il termine di prescrizione entro cui l'erede può efficacemente ratificare gli atti compiuti in suo nome ed interesse dal gestore, va calcolato dalla cessazione di tale attività; v. infine Cass., 10 giugno 1954, n. 1933, in *Mass. Giur. it.*, 1954, secondo cui possono ravvisarsi gli estremi dell'accettazione dell'eredità (espressa o *per facta concludentia*) anche in un atto compiuto, nell'interesse del chiamato, da chi non sia stato investito del potere di rappresentanza, e non trattandosi, in tal caso, di nozione tipica di *negotiorum gestio* quale fonte di obbligazione, l'accettazione non può considerarsi avvenuta sino all'intervento della ratifica del chiamato all'eredità.

In dottrina, in senso positivo, L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, Napoli, 1977, p. 436; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1977, p. 256; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 244.

⁽¹³⁾ Cfr. A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 151; U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, 2ª ed., Milano, 1968-1969, I, p. 267; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, II, Milano, 2003, p. 279; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 245.

ministrazione del curatore non si limita alla conservazione statica dei beni, estendendosi invece a quanto necessario ai fini della loro «gestione dinamica», compresi gli atti di straordinaria amministrazione, indipendentemente da ragioni di necessità e urgenza. In ogni caso, l'accettazione deve essere effettuata con beneficio d'inventario, e ciò al fine di non recare pregiudizio agli interessi dell'eredità: trattandosi di atto di straordinaria amministrazione, detta accettazione da parte del curatore necessita, *ex art.* 782 c.p.c., di previa autorizzazione da parte del giudice⁽¹⁴⁾.

Ove importi acquisto dei diritti di cui ai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 2643, ovvero liberazione dai medesimi, l'accettazione dell'eredità è soggetta a pubblicità *ex art.* 2648 c.c.⁽¹⁵⁾ la quale, a seconda se si accetti in modo espresso o tacito, viene effettuata: *a)* nel primo caso, mediante trascrizione dell'atto di accettazione contenente la dichiarazione del chiamato all'eredità avente la forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata od accertata giudizialmente (art. 2648, 2° comma c.c.); *b)* nel secondo caso, mediante trascrizione di sentenza, atto pubblico ovvero scrittura privata autenticata od accertata giudizialmente, ove da uno di essi risulti l'atto che importa accettazione tacita (art. 2648, 3° comma c.c.).

Si è sottolineato in dottrina⁽¹⁶⁾ come funzione ed effetti della trascrizione degli atti *mortis causa* siano differenti rispetto a quelli dei negozi tra vivi.

⁽¹⁴⁾ V. G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, III, Milano, 2006, p. 268 ss.; U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, cit., I, p. 266; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 213 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 245, nt. 506. Si tratta, in ogni caso, di principio non condiviso all'unanimità: cfr. A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 158 nonché, più di recente, A. JANNUZZI, P. LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, 11ª ed., Milano, 2006, p. 611.

⁽¹⁵⁾ Cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XIV, 2, Milano, ed. 1989 agg. da Giacobbe e La Torre, p. 329 ss.; di recente, Giu. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 151 s.; S. TONDO, *Sulla trascrizione di acquisti immobiliari a causa di morte*, in *Vita not.*, 2001, p. 1182 ss.; C. CACCAVALE, *La circolazione degli immobili con provenienza successoria e la trascrizione dell'accettazione dell'eredità*, in *Familia*, 2002, p. 1029 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 257 ss.; M. FERRARIO HERCOLANI, *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, in *Tratt. Bonilini*, I, Milano, 2009, p. 1365 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Torino, 1999, p. 68; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 257.

Infatti, la funzione della pubblicità: *a)* nei primi è solo quella di garantire la continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 c.c., dal momento che può esistere un'unica disposizione *mortis causa* attributiva, la quale acquista efficacia all'apertura della successione⁽¹⁷⁾; *b)* nei secondi è invece deputata, essenzialmente, a risolvere il conflitto d'interessi tra più aventi causa del medesimo diritto. La trascrizione dell'accettazione quindi non consolida, nel conflitto con altri eredi, la posizione del trascrivente, né spiega rilevanza nei rapporti tra erede apparente ed erede vero; tuttavia, l'art. 534 c.c. fa salvi i diritti dei terzi di buona fede acquisiti per effetto di convenzione a titolo oneroso con l'erede apparente, con conseguente rilevanza, solo verso l'acquisto di questi, della trascrizione compiuta dall'erede apparente in suo favore, in assenza della quale non può applicarsi il principio di cui alla norma ultima citata⁽¹⁸⁾.

Può aversi valida accettazione solo nell'ipotesi in cui la delazione sia attuale, e ciò non sempre si verifica all'apertura della successione: vi sono infatti ipotesi in cui la delazione assume caratteri di attualità esclusivamente a fronte di un determinato evento successivo (si pensi, ad esempio, all'avveramento della condizione sospensiva, alla nascita del delato od all'accertamento giudiziale della genitorialità successivo alla morte del *de cuius*) e si prevede, in applicazione di quanto disposto *ex art.* 480 c.c., una decorrenza del termine per l'accettazione diversa dall'apertura della successione.

Al contrario, in altri casi, in cui pure l'acquisto dell'eredità può verificarsi solo in presenza dei presupposti che consentono l'operare di determinati meccanismi legali (come in alcune ipotesi di trasmissione della vocazione⁽¹⁹⁾)

⁽¹⁷⁾ Infatti, anche se il testatore abbia disposto del medesimo diritto, prima a favore di un soggetto e, successivamente, a favore di un altro, è soltanto quest'ultima disposizione ad avere effetto, sussistendo una revoca, quantomeno tacita, della precedente disposizione.

⁽¹⁸⁾ V. in proposito POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, loc. cit.

⁽¹⁹⁾ Non vi rientra certamente l'esistenza di due testamenti non contestuali, i quali contengano la designazione di erede a favore di persone diverse: tale fattispecie rientra, infatti, nell'ambito della previsione di cui al 1° comma ed alla prima parte del 2° comma dell'art. 480 c.c.; il diritto di accettare l'eredità per il chiamato con il secondo testamento si prescrive, quindi, nel termine di dieci anni dal momento di apertura della successione: cfr. sul punto Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1472 e in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1412.

il delato deve, comunque, compiere l'accettazione entro il termine di dieci anni dall'apertura della successione, pena la perdita del diritto⁽²⁰⁾.

A tal proposito deve farsi riferimento alla distinzione operata in dottrina⁽²¹⁾ riguardo ai chiamati successivi, tra «posteriori» ed «ulteriori», in relazione ai quali si rileva che: *a)* per entrambi ha pienamente luogo la delazione solo ove si verificchino specifici eventi o situazioni giuridiche posteriori all'apertura della successione; *b)* i chiamati successivi «posteriori» rientrano nella fattispecie di cui al 2° comma dell'art. 480 c.c., di talché il termine prescrizione per accettare l'eredità decorre da quando la delazione diviene attuale; *c)* i chiamati successivi «ulteriori» sono esclusi da detta fattispecie, di modo che il termine prescrizione per accettare l'eredità decorre, in ogni caso, dal momento di apertura della successione.

Il trattamento riservato ai chiamati ulteriori rispetto a quelli posteriori si distingue soprattutto alla luce della lettera del 2° comma dell'art. 480 c.c., in base a cui solo in caso di istituzione condizionale la prescrizione del diritto di accettare decorre dal giorno in cui si verifica la condizione, e non da quello di apertura della successione⁽²²⁾. Dal 3° comma dello stesso articolo inoltre si evince come, *a contrario*, nelle altre ipotesi la prescrizione decennale del diritto di accettazione decorra dal momento di apertura della successione, in maniera analoga a quanto avviene per il primo chiamato⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr. G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 194 ss.; C. ROMEO, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 1204 ss.; U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995, spec. pp. 233 ss. e 370 ss., secondo il quale anche la semplice aspettativa è da intendersi in termini di situazione giuridica attiva soggetta a prescrizione.

⁽²¹⁾ A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 276 s.

⁽²²⁾ Tale norma costituisce diretta esplicitazione della regola generale espressa nell'art. 2935 c.c., dal momento che afferma come il diritto di accettare non possa essere fatto valere immediatamente, in assenza di attualità nella delazione: sul punto, G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 162 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 254 s.

⁽²³⁾ Da ciò, la giurisprudenza argomenta per la delazione attuale dei chiamati ulteriori, giacché appare poco comprensibile la prescrizione di un diritto che ancora non esiste: cfr. Cass., 1° settembre 1993, n. 9252, in *Riv. not.*, 1994, p. 1142; Cass., 22 giugno 1995, n. 7073, in *Foro it.*, 1997, I, c. 271, secondo cui, posto che il termine di prescrizione del diritto di accettare l'eredità decorre dal giorno dell'apertura della successione, ove sussista una pluralità di designati a succedere in ordine successivo si realizza una delazione simultanea

Alla luce di quanto riportato nella Relazione al codice civile, la dottrina sostiene come «la decorrenza del termine prescrizione anche per i chiamati ulteriori» sia giustificata «in vista della facoltà di richiesta di fissazione di un termine», *ex art.* 481 c.c., entro cui il precedente chiamato dichiara se accetta o rinuncia all'eredità, con la sanzione della perdita della delazione in suo favore qualora non si pronunzi (c.d. *actio interrogatoria*)⁽²⁴⁾. Detta facoltà, strumentale al diritto di accettazione, costituisce la ragione della deroga eccezionale, per i chiamati ulteriori, alla generale regola dell'art. 2935 c.c.⁽²⁵⁾: gli artt. 522 e 523 c.c. confermano, infatti, che i chiamati ulteriori sono delati (potendo in tal modo accettare) solo nell'ipotesi in cui venga a mancare la delazione del chiamato precedente⁽²⁶⁾.

Fino al momento in cui non vi sia attualità nella loro delazione, quindi, ai chiamati ulteriori non spettano i poteri previsti *ex art.* 460 c.c.: dunque, nelle more, i chiamati ulteriori non sono delati, né titolari delle inerenti situazioni giuridiche, ma il termine prescrizione del diritto di accettazione decorre anche per loro di talché debbono, in ogni caso, compiere l'accettazione entro dieci anni dall'apertura della successione.

Tuttavia, solo in relazione a determinate ipotesi viene in rilievo la questione della decorrenza del termine per l'accettazione. Detto principio si applica, infatti, solo ad ipotesi di trasmissione legale della vocazione, ove chiamati ulteriori sono i chiamati legittimi nel caso in cui i primi chiamati, legittimi o testamentari, non possono o non vogliono accettare l'eredità: ci si riferisce alla rappresentazione in cui, accanto ai casi di delazione immediata (premorienza e assenza) per i quali *nulla quaestio*, vi sono casi di delazione

a favore dei primi chiamati e dei chiamati in subordine, di talché questi ultimi, in pendenza del termine di accettazione dell'eredità per i primi chiamati, sono legittimati a manifestare un'accettazione (espressa o tacita) dell'eredità con effetti subordinati al venir meno, per rinuncia o prescrizione, del diritto dei designati di grado anteriore; conf. Cass., 13 luglio 2000, n. 9286, in *Riv. not.*, 2001, p. 479, e in *Corr. giur.*, 2000, p. 995.

⁽²⁴⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 168; GIU. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 149 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 254 s.

⁽²⁵⁾ G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 106.

⁽²⁶⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Le successioni*, cit., p. 252; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 105 s.

differita dovuti a indegnità, rinunzia e perdita del diritto del precedente chiamato⁽²⁷⁾. La decorrenza del termine prescrizionale dal momento di apertura della successione trova spiegazione, per dette ipotesi di delazione differita, nel principio di certezza dei rapporti giuridici, il quale impone una circoscrizione temporale quanto più definita a situazioni prive di certezza; per sua natura, detta esigenza si rivela estranea al meccanismo condizionale, legato ad un accadimento futuro ed incerto e di cui non si conoscono, pertanto, i tempi di avveramento o di mancata realizzazione.

Il decorso del termine per l'accettazione non pregiudica, comunque, gli interessi del chiamato ulteriore, infatti: *a)* quanto alla indegnità, il problema non sussiste, sia che la si configuri come incapacità a succedere *ipso iure* (il rappresentato subentra all'indegno sin dall'apertura della successione ed è, quindi, un «delato attuale», con i relativi poteri) sia che si ritenga necessario, per la sua operatività, un provvedimento giurisdizionale di esclusione dalla successione (in tal caso, il delato ulteriore dovrebbe manifestare il proprio interesse all'acquisto dell'eredità in luogo dell'indegno intentando la relativa azione o, comunque, ponendosi in condizione di partecipare al giudizio: come avviene per la riduzione per pretermissione, in assenza di detta manifestazione si presume assenza d'interesse, con conseguente perdita della situazione d'incertezza a proprio beneficio); *b)* la rinunzia deve avvenire, d'altra parte, anteriormente alla scadenza del termine prescrizionale decennale per l'accettazione, di talché il delato ulteriore può accettare entro quel termine (per abbreviare i tempi può richiedere, inoltre, la fissazione di un termine *ex* art. 481 c.c.); *c)* riguardo alla perdita del diritto di accettare, infine, ove questa venga a determinarsi a seguito del decorso del termine fissato *ex* art. 481 c.c., il chiamato ulteriore avrà tutto il tempo necessario per accettare, ma se l'accettazione risulti essere, invece, conseguenza del decorso del termine decennale, la legge non tutela il chiamato ulteriore che si sia mostrato,

⁽²⁷⁾ Al contrario, la sostituzione ordinaria realizza, in ogni caso, un'ipotesi d'istituzione condizionata alla circostanza che il primo chiamato non possa o non voglia accettare l'eredità, così ricadendo nell'ipotesi di cui al 2° comma dell'art. 480 c.c.; in quanto fondato sul precedente acquisto della qualità di successore, l'accrescimento opererà automaticamente, retrogendo al giorno di apertura della successione.

nelle more, privo d'interesse a divenire erede, in quanto si ritiene prevalente l'interesse, generale, alla certezza dei rapporti giuridici.

A questo punto, giova analizzare le ipotesi prospettabili di posteriorità della chiamata, in cui la delazione diviene attuale a seguito di un determinato accadimento futuro ed incerto.

La mancata attualità della delazione trova conferma, oltre che nella formulazione dell'art. 480 c.c., nelle disposizioni di cui agli artt. 475, 2° comma (nullità delle dichiarazioni di accettazione condizionate), 520 (nullità delle dichiarazioni di rinuncia condizionate) e, soprattutto, 642 c.c., nella parte in cui assegna l'amministrazione dei beni ereditari – nel caso d'istituzione sotto condizione sospensiva – ad altri soggetti coinvolti nella successione (sostituti ordinari, coeredi con diritto di accrescimento ed eredi legittimi), escludendo uno dei principali poteri che spettano ad ogni delato attuale, cioè a dire quello derivante *ex* artt. 460 e 486 c.c.⁽²⁸⁾.

Deve rilevarsi come altra parte della dottrina sostenga, tuttavia, la costante esistenza di una delazione immediata, ancorché condizionale, la quale permetterebbe di accettare l'eredità fin dal momento di apertura della successione⁽²⁹⁾; tale impostazione trova sostegno normativo soprattutto nell'art. 139 disp.trans. c.c., nella parte in cui si stabilisce che i diritti derivanti da una disposizione testamentaria sotto condizione si trasmettono, entro certi limiti, agli eredi dell'onorato: la trasmissione di tali diritti, tra i quali rientra quello di accettazione, ne presupporrebbe l'attuale titolarità del soggetto istituito sotto condizione sospensiva. In realtà: *a*) anzitutto la norma è stata prevista in considerazione della eliminazione dell'art. 853 c.c. del 1865, il quale dichiarava priva di ogni effetto ogni disposizione testamentaria fatta sotto condizione sospensiva che il beneficiario morisse prima del verificarsi della medesima; *b*) in secondo luogo, non si trasmette l'attuale diritto di accettare, bensì esclusivamente l'«aspettativa di delazione»⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 165; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., spec. pp. 27 s. e 102.

⁽²⁹⁾ A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., pp. 58 ss., 198; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 162 ss.

⁽³⁰⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 165.

Per «aspettativa di delazione» s'intende in sostanza come, in determinate ipotesi, il chiamato non sia titolare dei principali poteri che spettano al soggetto effettivamente ed attualmente delato (accettazione dell'eredità e compimento di atti conservativi del patrimonio ereditario: cfr. art. 460 c.c.), bensì esclusivamente di poteri minori, cioè a dire la richiesta di: *a*) apposizione di sigilli (art. 733, n. 2 c.p.c.) o rimozione dei medesimi (art. 763, 1° comma c.p.c.); *b*) formazione dell'inventario (art. 769 c.p.c.); *c*) fissazione di un termine (art. 481 c.c.); *d*) nomina di un curatore dell'eredità giacente (art. 528, 1° comma c.c.)⁽³¹⁾.

Ciò non avviene soltanto in caso di istituzione di erede sotto condizione sospensiva (viceversa, l'istituzione sottoposta a condizione risolutiva ha effetto immediato), ma anche nel caso in cui la disposizione risulti effettuata a favore di nascituro concepito o non concepito⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 72.

⁽³²⁾ *Contra*, G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 162, i quali ritengono attuale la delazione del nascituro concepito, ancorché gli effetti definitivi siano dilazionati al probabile evento della nascita.

La delazione attuale si avrà al momento della nascita, e prima di tale momento qualsiasi atto di accettazione o di rinuncia all'eredità sarà inefficace in quanto la legge assegna l'amministrazione dei beni ereditari ai soggetti di cui all'art. 642 c.c., e non ai rappresentanti dei nascituri; nonostante nel caso di nascituri concepiti l'amministrazione spetti ai genitori (art. 643, 2° comma c.c.), costoro amministrano secondo le regole che governano la curatela dell'eredità giacente (art. 644 c.c.), e non con i poteri di cui all'art. 460 c.c.: la prescrizione decorre quindi dal momento della nascita: cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 252 ss.

La delazione attuale parimenti si verifica a favore dei figli non matrimoniali, dichiarati tali giudizialmente dopo la morte del genitore, esclusivamente al passaggio in giudicato della sentenza di accertamento del relativo *status*. Pertanto la prescrizione decorre, anche in tal caso, da tale momento: sul punto Cass., 19 ottobre 1993, n. 10333, in *Vita not.*, 1994, p. 783, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1282, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 160, con nota di F. PADOVINI, *La natura del termine per accettare l'eredità*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 918, con nota di S.T. MASUCCI, *Non è ammessa la diseredazione occulta dei legittimari: brevi cenni sull'usucapione «a domino»*; ma v. anche, in precedenza, Cass., Sez. un., 16 luglio 1985, n. 4173, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2578, in *Arch. civ.*, 1985, p. 1233, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1516, con nota di C. MAGGIO, *Dichiarazione giudiziale posteriore all'entrata in vigore della legge n. 151 del 1975 e diritto alla successione del genitore naturale*, con la quale si è risolto un contrasto giurisprudenziale in materia; Cass., 12 marzo 1986, n. 1648, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1639 e in *Dir. fam.*, 1986, p. 535, in base alla quale la prescrizione decennale del diritto di accettare l'eredità, di cui all'art. 480 c.c., per il figlio na-

Ancora, *ex art.* 5, 2° comma della l. 11 agosto 1991, n. 266, le organizzazioni di volontariato prive di personalità giuridica, ove iscritte negli appositi registri regionali o provinciali possono accettare donazioni e, «con beneficio d'inventario, lasciti testamentari, destinando i beni ricevuti e le loro rendite esclusivamente al conseguimento delle finalità previste dagli accordi, dall'atto costitutivo e dallo statuto».

2. — *Accettazione espressa e tacita.*

Come si è già avuto modo di anticipare, al di là dell'ipotesi in cui sia beneficiata (quindi, espressa), l'accettazione può essere espressa o tacita (art. 474 c.c.), e vi è la questione se l'accettazione espressa e tacita costituiscano due

turale decorre, in caso di dichiarazione giudiziale del rapporto di filiazione, dalla data di tale dichiarazione, se successiva all'apertura della successione, e non dalla data di quest'ultima dal momento che, pur retroagendo gli effetti della dichiarazione giudiziale di paternità al momento dell'apertura della successione, il figlio nato fuori del matrimonio versa nell'impossibilità giuridica, e non di mero fatto, di accettare l'eredità del genitore fino a quando tale dichiarazione non sia pronunciata; Cass., 21 marzo 1990, n. 2326, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2182, con nota di F. CASO, *Limiti incostituzionali alla dichiarazione giudiziale di paternità e decorrenza del termine di prescrizione per l'accettazione dell'eredità*, in *Giust. civ.*, 1990, p. 1750, con nota di Giu. AZZARITI, *In tema di sentenza interpretativa della Corte costituzionale su decorrenza dei termini per l'accettazione ereditaria*, in *Giur. it.*, 1991, c. 82, con nota di P. RAPONE, *Dichiarazione giudiziale di paternità e prescrizione del diritto di accettare l'eredità (le riforme e il diritto transitorio)*. In dottrina, v. G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., p. 236.

In proposito si v. inoltre Corte cost., 29 giugno 1983, n. 191, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1749, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2074, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2226, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 987, la quale, riguardo all'art. 3 Cost., ha dichiarato priva di fondatezza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 480 c.c. quanto alla circostanza che il medesimo, dopo avere stabilito che il diritto di accettare l'eredità si prescrive in dieci anni dall'apertura della successione, prevede due sole eccezioni in cui il termine decorre in un momento successivo, non contemplando espressamente la posizione dei soggetti che siano stati dichiarati figli non matrimoniali del *de cuius* con sentenza passata in giudicato posteriormente al decorso della prescrizione decennale, in quanto il problema dell'individuazione del momento iniziale del decorso del termine deve essere per loro risolto coordinando l'art. 480 con l'art. 2935 c.c., in base a cui la prescrizione decorre dal momento in cui può farsi valere il diritto.

distinte fattispecie negoziali⁽³³⁾, ovvero appartengano all'unico *genus* dell'accettazione pura e semplice⁽³⁴⁾.

L'accettazione è espressa nel caso in cui, in un atto pubblico o in una scrittura privata, il chiamato all'eredità dichiara di accettare quest'ultima ovvero assume il titolo di erede⁽³⁵⁾; deve intendersi nulla la dichiarazione di accettazione: *a)* sotto condizione o a termine, ovvero *b)* parziale di credito (art. 475 c.c.)⁽³⁶⁾. La forma scritta richiesta per l'accettazione espressa è *ad substantiam*⁽³⁷⁾, e prescinde dalla individuazione dei singoli beni o rapporti⁽³⁸⁾; la dichiarazione di accettare l'eredità o l'assunzione del titolo di erede posso-

⁽³³⁾ V. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 262, secondo cui solo l'accettazione espressa è negozio dichiarativo e formale, contrapposto all'accettazione tacita quale negozio di attuazione.

⁽³⁴⁾ Così U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, cit., II, p. 193, il quale la considera come atto non formale realizzabile attraverso una manifestazione di volontà espressa o tacita.

⁽³⁵⁾ V. in proposito Cass., 24 febbraio 2009, n. 4426, in *Mass. Giur. it.*, 2009, secondo cui non comporta accettazione dell'eredità il semplice fatto che il chiamato all'eredità abbia sottoscritto, in qualità di erede, la relata di notifica di un atto giudiziario: l'atto in cui il chiamato assume il titolo di erede deve infatti consistere, in ogni caso, in un atto scritto personalmente promanante dal chiamato, ovvero nella cui formazione egli abbia avuto parte.

⁽³⁶⁾ La *ratio* di tale nullità è rinvenibile nel carattere di negozio di adesione, il quale comporta che l'accettazione risulti conforme alla delazione ereditaria: la difformità rende l'atto, quindi, nullo; quanto al termine, in particolare, se iniziale vi osta il principio della retroattività degli effetti mentre, se finale, il principio *semel heres semper heres* (art. 637 c.c.): cfr. C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 110; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 267; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 235.

⁽³⁷⁾ A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 166; GIU. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 196; secondo L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 243, una dichiarazione verbale, non potendo neppure qualificarsi in termini di accettazione tacita, è priva di effetti giuridici.

⁽³⁸⁾ Secondo Cass., 6 dicembre 1984, n. 6400, cit., l'accettazione espressa o tacita dell'eredità prescinde dalla specificazione di singoli beni o rapporti, dal momento che implica l'effettivo subingresso dell'erede nella totalità o in una parte frazionaria dell'*universum ius* che costituisce l'asse ereditario: la sorte di detti beni o rapporti non può che essere regolata, pertanto, dalla legge o dalla volontà eventualmente manifestata dall'autore della successione.

no essere contenute anche in atti aventi scopi diversi conservando, tuttavia, la loro autonomia e validità ove di tali atti venga dichiarata la nullità⁽³⁹⁾.

L'accettazione è negozio giuridico per adesione, unilaterale e non recettizio⁽⁴⁰⁾, in quanto è sufficiente che sia resa conoscibile nell'ambito sociale in cui deve spiegare i propri effetti⁽⁴¹⁾; può essere compiuta a mezzo di rappresentante⁽⁴²⁾, ed è irrevocabile⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ V. in dottrina, G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 226 ss. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 25 agosto 1969, n. 3021, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2815, secondo la quale ex art. 475 c.c. si ha accettazione espressa dell'eredità ogni qualvolta il chiamato assuma il titolo di erede in una scrittura privata, trattandosi, nella fattispecie, di autonomo negozio giuridico unilaterale e non recettizio pienamente valido ancorché sia stata colpita da nullità la distinta convenzione, eventualmente contenuta nello stesso documento, a causa della mancata registrazione di cui al r.d.l. 27 settembre 1941, n. 1015.

⁽⁴⁰⁾ V. almeno A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 164; G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., p. 178; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 192; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 233; C. ROMEO, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 1222; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Padova, 2012, p. 211.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Cass., 13 febbraio 1987, n. 1585, in *Mass. Giur. it.*, 1987, la quale sottolinea in proposito che «L'accettazione dell'eredità (che determina l'acquisto della qualità di erede, a norma dell'art. 459 c.c.), oltretché in forma espressa, con apposita dichiarazione contenuta in un atto pubblico o scrittura privata, può avvenire, e si perfeziona senza bisogno di essere portata a conoscenza di altri interessati, in forma tacita, ove il chiamato all'eredità compia un atto che necessariamente presupponga la volontà di accettare la medesima e che egli non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede»; inoltre, secondo Cass., 26 giugno 1987, n. 5633, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 85, la posizione del chiamato che accetta l'eredità si concreta in una situazione soggettiva avente carattere essenzialmente unitario ed inscindibile non potendo sussistere, l'operatività dell'accettazione, se non nei confronti della totalità degli interessati. In dottrina v., tra gli altri, C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 106; G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 218 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, loc. cit.

⁽⁴²⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 225.

⁽⁴³⁾ La dottrina dominante, pur riconoscendo come molti effetti dell'accettazione siano determinati dalla legge (così C. VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio di inventario*, Milano, 1942, p. 218), qualifica l'accettazione espressa in termini di negozio giuridico, unilaterale, di adesione o complementare, irrevocabile, non recettizio, ma pur sempre esternato in qualche direzione il quale, in quanto *actus legitimus*, non tollera l'apposizione di termini o condizioni: in tal senso L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1948, p. 124; G. BRANCA,

Di accettazione tacita si parla, invece, nel caso in cui il chiamato all'eredità compia un atto che: *a)* necessariamente presuppone la sua volontà di accettare; *b)* non avrebbe il diritto di compiere, se non rivestendo la qualità di erede (cfr. art. 476 c.c.). La facoltà di accettare tacitamente l'eredità spetta anche nell'ipotesi di trasmissione della delazione, cioè a dire agli eredi del chiamato che sia deceduto prima di avere accettato⁽⁴⁴⁾.

Parte della dottrina⁽⁴⁵⁾ nega che l'accettazione tacita rivesta carattere necessariamente negoziale; altra impostazione⁽⁴⁶⁾ afferma invece l'esistenza di suddetto carattere, e tuttavia si scinde tra due ipotesi qualificative, sostenen-

Istituzioni di diritto privato, Bologna, 1955, p. 673; Salv. ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 801 ss., il quale in esso rinviene, tuttavia, un atto esecutivo neutro, cioè a dire né gratuito, né oneroso; A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., spec. pp. 160-164, il quale sottolinea la possibilità, quando non sia ancora passata in giudicato, di rinunciare agli effetti della sentenza attributiva della qualità di erede; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 439; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 259 s.; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., pp. 237-244; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 233.

⁽⁴⁴⁾ V. Cass., 25 febbraio 1985, n. 1628, in *Mass. Giur. it.*, 1985, la quale sottolinea come la facoltà di accettare tacitamente l'eredità ex art. 476 c.c. spetti anche agli eredi del chiamato all'eredità che sia deceduto prima di averla accettata: ciò in quanto, secondo l'art. 479 c.c., la delazione resta identica nel passaggio dal chiamato al suo erede, con la conseguenza che quest'ultimo, oltre ad accettare l'eredità così come poteva accettarla il suo autore, può compiere, rispetto all'eredità (il cui diritto di accettare gli viene trasmesso) tutti gli atti spettanti al chiamato il quale, prima della sua morte, non abbia accettato l'eredità; conf., più di recente, Cass., 7 luglio 1999, n. 7075, in *Mass. Giur. it.*, 1999, secondo cui «La facoltà di accettazione tacita dell'eredità spetta anche agli eredi del chiamato all'eredità il quale sia deceduto prima di averla accettata; infatti, ai sensi dell'art. 479 c.c., la delazione resta identica nel passaggio dal chiamato al suo erede e pertanto questi, oltre ad accettare l'eredità così come poteva accettarla il suo autore, può compiere, rispetto all'eredità, il cui diritto di accettare gli viene trasmesso, tutti gli atti spettanti al primo chiamato».

⁽⁴⁵⁾ Parlano di semplice atto A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 178; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1965, p. 931; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 239; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 276; G. GALLI, *Il problema dell'erede apparente*, Milano, 1971, p. 55; C. VARRONE, *Ideologia e dottrina nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972, p. 276.

⁽⁴⁶⁾ V. C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 112; Giu. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 154.

done alternativamente i caratteri di: a) negozio di attuazione⁽⁴⁷⁾; b) comune negozio manifestato *per facta concludentia*⁽⁴⁸⁾.

Si sostiene da parte di alcuni autori (tra cui vi è anche chi ritiene l'accettazione tacita quale negozio in cui la volontà sia oggettivata nell'attuazione dello stesso), in linea con la giurisprudenza dominante, che un soggetto il quale abbia compiuto atti presupponenti l'obiettiva e necessaria volontà di accettare, compia un atto di accettazione tacita di eredità, e ciò anche nel caso in cui, nel concreto, la sua volontà manchi in tal senso, ovvero risulti essere persino contraria⁽⁴⁹⁾; altra parte della dottrina⁽⁵⁰⁾ sostiene, invece, come la volontà di accettare debba esistere ed essere concreta ed effettiva, attribuendosi rilevanza alla c.d. *protestatio contra factum*⁽⁵¹⁾. Sono necessari, in ogni caso, sia la consapevolezza che l'atto incida sulla eredità delata⁽⁵²⁾ sia

⁽⁴⁷⁾ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 263; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 373.

⁽⁴⁸⁾ L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, p. 243; G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 778.

⁽⁴⁹⁾ In dottrina v. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 270; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 674; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 276; A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 175; G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., p. 208; GIU. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 154; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 239. Quanto alla giurisprudenza, cfr. Cass., 6 agosto 1977, n. 3597, in *Rep. Giust. civ.*, 1977, voce «Successione in genere», n. 7; Cass., 14 luglio 1972, n. 2408, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 1387; Cass., 24 febbraio 1972, n. 552, in *Mass. Giur. it.*, 1972.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 112; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3^a ed., Milano, 1947, p. 102.

⁽⁵¹⁾ Secondo Cass., 19 ottobre 1988, n. 5688, in *Arch. civ.*, 1989, p. 172, secondo cui da una parte, in tema di accettazione tacita di eredità deve aversi riguardo più all'*animus* dell'agente ed alla sua volontà da cui l'atto procede, che all'atto medesimo, dal momento che si tratta d'interpretazione della volontà senza la quale, e contro la quale, non si diventa eredi; dall'altra, il relativo apprezzamento, risolvendosi in un'indagine di fatto, non è censurabile in sede di legittimità senza errore, di logica o di diritto, purché congruamente motivato. Per la dottrina sul principio v. R. GIAMPIETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet*, Napoli, 2000, spec. p. 106 ss.

⁽⁵²⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 277; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 230; V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 313.

che si abbia, almeno, la conoscenza della delazione ⁽⁵³⁾ ovvero della ereditarietà del bene ⁽⁵⁴⁾.

Dette impostazioni rinvergono il proprio fondamento nella diversa valutazione dei presupposti richiesti dalla norma perché si abbia accettazione tacita di eredità ⁽⁵⁵⁾: vi è la questione, infatti, se i due citati requisiti di cui all'art. 476 c.c. si riducano ad uno solo, oggettivo (consistendo, il secondo, in una specificazione ulteriore del primo ⁽⁵⁶⁾), ovvero si tratti di condizioni autonome (entrambe elementi obiettivi ovvero, rispettivamente, il primo soggettivo e l'altro oggettivo ⁽⁵⁷⁾). Pur qualificando l'art. 476 c.c. entrambi gli elementi come essenziali per il concretarsi della fattispecie, anche quello volitivo deve essere valutato in maniera oggettiva, in quanto diversamente ritenendo sarebbe sufficiente, per escludere l'operatività dell'accettazione tacita, dichiarare di non voler assumere la qualità di erede: di talché, nell'ipotesi in cui il chiamato ponga in essere scientemente atti che presuppongono o comportano l'utilizzo giuridico del diritto patrimoniale relitto, la volontà cui la citata norma fa riferimento deve intendersi – indipendentemente da eventuali dichiarazioni contrarie, che non assumono rilevanza – insita e presupposta all'atto ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵³⁾ P. SCHLESINGER, *Successioni (dir. civ.). Parte generale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 760; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 272.

⁽⁵⁴⁾ A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 171; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, p. 109.

⁽⁵⁵⁾ V. in proposito G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 235 ss.

⁽⁵⁶⁾ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 269; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 456.

⁽⁵⁷⁾ V. in generale, per l'individuazione di condizioni autonome, Giu. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 154. Più specificamente, per la qualificazione obiettiva di entrambe, v. A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 178 mentre, in senso sia soggettivo che oggettivo, C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 112.

⁽⁵⁸⁾ In tal senso G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 243 ss., spec. 249 ss. Ad esempio, in caso di atto di disposizione o distruzione di un bene ereditario, l'elemento rilevante sarà la volontà di disporre o distruggere nella consapevolezza che il bene sia di provenienza successoria: in dette ipotesi, quindi, non assume valore l'effettiva volontà del disponente di accettare o meno l'eredità; ciò, anche ove si abbia la ratifica di atto compiuto

È stato precisato, in giurisprudenza, come il comportamento debba essere valutato in maniera oggettiva, a fronte del comune modo di agire di una persona normale⁽⁵⁹⁾; in ogni caso, il giudice dovrà indicare gli atti da cui ha stabilito di evincere tale accettazione⁽⁶⁰⁾.

da rappresentante privo di poteri o da gestore d'affari: con essa, infatti, l'atto compiuto spiega i suoi effetti verso il delato e, per ciò solo, si concreta l'elemento volitivo richiesto dalla norma per accettare l'eredità.

⁽⁵⁹⁾ V. Cass., 5 novembre 1987, n. 8123, in *Mass. Giur. it.*, 1987; conf., più di recente, Cass., 27 giugno 2005, n. 13738, in *Guida al dir.*, 2005, 36, p. 78, la quale sottolinea come potendo l'accettazione tacita, ex art. 476 c.c., desumersi dall'esplicazione di un'attività personale del chiamato incompatibile con la volontà di rinunciare all'eredità (*i.e.* con un comportamento tale da presupporre la volontà di accettare l'eredità secondo una situazione obiettiva condotta alla stregua del comune modo di agire di una persona normale), l'accettazione deve ritenersi implicita nell'esperimento, da parte del chiamato all'eredità, di azioni giudiziarie non rientranti fra gli atti conservativi e di gestione dei beni ereditari consentiti dall'art. 460 c.c.: trattandosi, pertanto, di azioni che vanno oltre il semplice mantenimento dello stato di fatto esistente all'apertura della successione, il semplice chiamato non ha diritto di proporle e, proponendole, dimostra di aver accettato la qualità di erede.

⁽⁶⁰⁾ V. Cass., 9 agosto 1982, n. 4452, in *Mass. Giur. it.*, 1982, la quale evidenzia come il giudice del merito che affermi la ricorrenza di un'accettazione tacita dell'eredità abbia l'obbligo di specificare da quali atti, compiuti dal chiamato, evinca la suddetta accettazione, al fine di consentire il controllo sulla riconducibilità degli atti stessi tra quelli che presuppongono la volontà di accettare e che detto chiamato non avrebbe diritto di fare se non in veste di erede (art. 476 c.c.).

Vi è la questione riguardante la censurabilità o meno, in sede di legittimità, della valutazione di un comportamento al fine di stabilire se il medesimo concreti accettazione tacita. Cfr., per la tesi positiva L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 277; A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 175; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 282; V. POLACCO, *Delle successioni*, 2^a ed. a cura di Ascoli ed E. Polacco, Milano-Roma, 1937, I, p. 92. È di avviso contrario la giurisprudenza: Cass., 13 maggio 1977, n. 1906, in *Mass. Giur. it.*, 1977, secondo cui la verifica dell'effettiva sussistenza della volontà di accettare, da parte del dichiarante, è questione di fatto sottratta al sindacato di legittimità; viceversa, è questione di diritto (su cui il giudice di legittimità, se richiesto, può pronunciarsi) la determinazione del valore giuridico (e, quindi, della possibilità di considerarlo come accettazione) di un atto la cui veridicità e volontarietà risultino già accertate; conf. Cass., 14 novembre 1978, n. 4225, cit. In ogni caso, la prova del compimento, da parte del chiamato, di atti comportanti accettazione tacita dell'eredità non costituisce prova di una convenzione, soggetta alla limitazione prevista ex art. 2721 c.c.: conseguentemente, anche quando l'atto compiuto dal chiamato consista nella stipulazione di un contratto ovvero in uno degli atti

Il fatto che importi accettazione solo l'atto che si avrebbe il diritto di compiere esclusivamente nella qualità di erede (art. 476 c.c.)⁽⁶¹⁾ comporta il dover escludere, da tale novero, gli atti che possono essere compiuti dal chiamato *ex art.* 460 c.c.

Sotto altro profilo si è rilevato che, non essendo necessaria l'intenzione di accettare l'eredità, i vizi riguardanti tale volontà, compreso l'errore ostativo, debbono ritenersi privi di rilevanza, così come la simulazione⁽⁶²⁾; la volontà deve, d'altra parte, rimanere alla base del comportamento concludente, di talché i vizi della volontà che lo inficino e l'incapacità d'intendere e volere, nel far venir meno concludenza ed univocità del comportamento, determinano, in quanto cause d'imperfezione della fattispecie, la nullità dell'accettazione tacita⁽⁶³⁾.

Al contrario rescissione, risoluzione o nullità per difetto di forma del negozio⁽⁶⁴⁾ non sono suscettibili d'inficiare la validità dell'accettazione tacita.

Infine, nell'ipotesi in cui il chiamato all'eredità abbia assunto un comportamento qualificabile in termini di atto di accettazione tacita, ove l'atto risulti da sentenza, atto pubblico ovvero scrittura autenticata o accertata giudizialmente, sulla base del medesimo atto si potrà chiedere la trascrizione del relativo acquisto *ex art.* 2648 c.c.⁽⁶⁵⁾.

previsti dall'art. 2726 c.c., la prova di esso si risolve, per quanto attiene all'effetto dell'accettazione tacita dell'eredità, nella prova di un fatto semplice, la quale può essere data con testimoni senza alcun limite: sul punto, Cass., 18 ottobre 1955, n. 3281, in *Mass. Giur. it.*, 1955.

⁽⁶¹⁾ Cass., 13 febbraio 1987, n. 1585, cit.

⁽⁶²⁾ Cfr. G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, cit., p. 792; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 273; *contra* G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 278, secondo i quali debbono ritenersi applicabili a tale ipotesi gli artt. 428, 482 e 483 c.c.

⁽⁶³⁾ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 274; ma v. sul punto anche Cass., 3 dicembre 1974, n. 3958, in *Foro it.*, 1974, I, c. 889.

⁽⁶⁴⁾ *Contra*, per la donazione, G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 287.

⁽⁶⁵⁾ Sul punto ampiamente M. FERRARIO HERCOLANI, *La trascrizione degli acquisti mortis causa*, cit., p. 1377 ss.

Inoltre, in caso di contratto preliminare di vendita immobiliare il promissario acquirente, il quale abbia ottenuto la sentenza *ex art.* 2932 c.c. nei confronti degli eredi del promittente venditore può, in base ad essa, procedere alla trascrizione dell'acquisto *mortis causa* dei

3. — *Ipotesi di accettazione tacita.*

A fronte di svariate ipotesi nelle quali risulti configurabile, in astratto, un'accettazione tacita da parte del chiamato, la giurisprudenza ha avuto modo di dare varie interpretazioni, talvolta ritenendo sussistere casi di accettazione tacita, talaltra propendendo per la tesi negativa.

Si è ritenuto, pertanto, di ravvisare accettazione tacita nei seguenti casi: 1) ove il chiamato riscuota il rateo della pensione, ovvero lo stipendio, del *de cuius*⁽⁶⁶⁾; 2) nel caso in cui il chiamato domandi la divisione di eredità⁽⁶⁷⁾; 3) in presenza di richiesta stragiudiziale di divisione, avente i requisiti della proposta contrattuale⁽⁶⁸⁾; 4) ove il legittimario esperisca azione di riduzione di donazioni compiute dal *de cuius*⁽⁶⁹⁾; 5) ove vi sia la partecipazione al giu-

detti eredi con la conseguenza di non aver interesse a chiedere, ai fini della trascrizione *ex* art. 2648, 3° comma c.c., una pronunzia di accertamento del pregresso trasferimento del bene per successione *mortis causa*: si v., in proposito, Cass., 5 agosto 1987, n. 6724, in *Giur. agr. it.*, 1987, p. 670.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Corte Conti, 19 luglio 1971, n. 46, in *Ced Cassazione*, 1971, secondo la quale «La riscossione di un rateo di stipendio del defunto genitore dà luogo ad accettazione di eredità».

⁽⁶⁷⁾ V. Cass., 23 febbraio 1985, n. 1628, *cit.*, la quale sottolinea come sia ravvisabile *ex* art. 476 c.c. accettazione tacita dell'eredità quando il chiamato compia un atto necessariamente presupponente la volontà di accettare la medesima e che non avrebbe il diritto di compiere se non nella qualità di erede, tra tali atti dovendosi ritenere compresa la domanda giudiziale volta ad ottenere la divisione ereditaria; conf. Cass., 12 luglio 1974, n. 2091, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1558; Cass., 13 febbraio 1987, n. 1585, *cit.*

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Cass., 11 ottobre 1977, n. 4328, in *Mass. Giur. it.*, 1977, che ha affermato come al fine di configurare un'accettazione tacita dell'eredità, ai sensi dell'art. 476 c.c., assumono rilievo solo atti e comportamenti ad evidenza negoziale posti in essere dal successibile in ordine a beni ereditari, tra cui rientra una proposta di contratto: una richiesta di divisione da parte del singolo chiamato può assurgere ad accettazione tacita, quindi, ove costituisca proposta negoziale, cioè a dire abbia un contenuto di per sé sufficiente a che l'accettazione della controparte determini il sorgere del vincolo contrattuale, non anche ove sia rappresentata da generiche sollecitazioni e rimostranze, prive dell'indicato contenuto.

⁽⁶⁹⁾ Pare corretto ritenere, in linea con l'opinione dominante, come l'accettazione debba considerarsi non già tacita in senso tecnico quanto, piuttosto, implicita nella domanda di riduzione e, quindi, necessaria conseguenza di essa, poiché da questa presupposta al fine di realizzare l'interesse tutelato, di modo che il legittimario pretermesso, attraverso la proposizione della domanda giudiziale, manifesta la volontà di divenire erede e, soltanto in seguito,

dizio volto alla declaratoria di scioglimento di un contratto stipulato dal *de cuius*⁽⁷⁰⁾; 6) in caso di costituzione di parte civile, nel giudizio penale relativo a un delitto di frode processuale commesso in danno del *de cuius*⁽⁷¹⁾; 7) in caso di ricorso alla Commissione Tributaria contro l'avviso di accertamento del maggior valore notificato dall'Amministrazione Finanziaria, e successiva stipulazione di un concordato per la definizione della controversia⁽⁷²⁾; 8) in caso di effettuazione di voltura catastale⁽⁷³⁾; 9) in caso di ratifica, da parte

si verifica la delazione e l'acquisto, contrariamente a quanto avvenga nella generalità dei casi, ove la delazione precede l'accettazione. *Contra*, in giurisprudenza, Cass., 9 luglio 1971, n. 2200, in *Mass. Giur. it.*, 1971, secondo cui l'art. 476 c.c. richiede, ai fini dell'accettazione tacita dell'eredità, la ricorrenza di due condizioni, cioè a dire il compimento di un atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare e la qualificazione del medesimo atto nel senso che ad esso sia legittimato solo chi abbia la qualità di erede: condizioni non realizzate esclusivamente da atti dispositivi dell'eredità sussistendo, entrambe, nell'esercizio dell'azione di riduzione, in quanto l'esercizio di detta azione necessariamente presuppone la volontà di accettare e spetta, inoltre, solo ad un soggetto che, per definizione, riveste la qualità di erede.

⁽⁷⁰⁾ Secondo Cass., 8 giugno 2007, n. 13384, in *Mass. Giur. it.*, 2007, comporta accettazione tacita dell'eredità *ex* art. 476 c.c. anche il comportamento del chiamato che abbia partecipato, sia pure informalmente, ad un giudizio riguardante l'accertamento della legittimità del recesso in un contratto stipulato dal *de cuius*, anche al mero scopo di affermare il proprio disinteresse alla lite. V. anche, più risalente, App. Palermo, 23 novembre 1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 560.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Cass., 14 maggio 1977, n. 1938, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1339, e in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 497, la quale sottolinea come la costituzione di parte civile per ottenere il riconoscimento dei danni materiali e morali in un procedimento penale promosso da un soggetto poi deceduto, abbia valore di accettazione tacita anche nell'ipotesi in cui vi sia già stata rinuncia da parte dell'interessato.

⁽⁷²⁾ In proposito Cass., 21 maggio 1974, n. 1498, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3068, e in *Riv. not.*, 1975, p. 953, secondo la quale il ricorso avverso l'accertamento fiscale di maggior valore dell'attivo ereditario, presentato dal chiamato all'eredità ovvero da un suo procuratore unitamente all'istanza di voler definire, anche mediante concordato, la controversia con l'amministrazione finanziaria può considerarsi, a differenza della presentazione della denuncia di successione e del pagamento della relativa imposta, atto di accettazione tacita dell'eredità.

⁽⁷³⁾ Cfr. Cass., 12 aprile 2002, n. 5226, in *Arch. civ.*, 2003, p. 215; conf., Cass., 7 luglio 1999, n. 7075, cit., in base alla quale, inoltre, l'accettazione tacita di eredità può essere desunta anche dal comportamento del chiamato che abbia posto in essere una serie di atti incompatibili con la volontà di rinunciare, o siano concludenti e significativi della volontà di accettare, di talché detta accettazione può desumersi dal comportamento complessivo del

del chiamato, di un'attività compiuta in qualità di *negotiorum gestor* riguardante i beni ereditari ⁽⁷⁴⁾; 10) in caso di esperimento dell'azione di regolamento di confini da parte del chiamato, in quanto, a differenza della denuncia di successione e del pagamento della relativa imposta, eccede la mera gestione conservativa dei beni ereditari ⁽⁷⁵⁾; 11) ove sia proposta un'azione diretta a far valere un credito del defunto ⁽⁷⁶⁾; 12) in caso di riscossione di assegno

chiamato all'eredità che ponga in essere non solo atti di natura meramente fiscale (come, ad esempio, la denuncia di successione, inidonea di per sé a comprovare accettazione tacita), ma anche atti che siano al contempo fiscali e civili, come la voltura catastale, rilevante non solo sotto il profilo tributario, ma anche civile per l'accertamento – legale o semplicemente materiale – della proprietà immobiliare e dei relativi passaggi. Sul punto v. inoltre Cass., 18 febbraio 1999, n. 1370, in *Mass. Giur. it.*, 1999, e Cass., 29 marzo 2005, n. 6574, in *Guida al dir.*, 2005, 17, p. 52, in *Arch. loc.*, 2005, p. 533, in *Notariato*, 2005, p. 589, con nota di T. ROMOLI, *Adempimenti fiscali e accettazione tacita dell'eredità*, e in *Fam. pers. e succ.*, 2005, p. 428, con nota di N. DI MAURO, *L'accettazione tacita o per facta concludentia dell'eredità*.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Cass., 1° dicembre 1977, n. 5227, cit.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Cass., 12 novembre 1998, n. 11408, in *Mass. Giur. it.*, 1998. Ma v. anche Cass., 23 gennaio 2007, n. 1403, in *Mass. Giur. it.*, 2007, la quale ritiene sussistere la legittimazione ad agire o resistere nei gradi di un giudizio che abbia ad oggetto il regolamento di confini ovvero l'apposizione di termini di un bene ereditario da parte del chiamato che abbia rinunciato all'eredità, su due presupposti, in quanto: da una parte, la rinuncia all'eredità non fa venir meno la delazione del chiamato, bensì determina la coesistenza del diritto di accettare l'eredità a favore tanto del rinunziante quanto degli altri chiamati; dall'altra, la perdita della delazione consegue (sempre che l'eredità non sia già stata acquistata da un altro dei chiamati) alla prescrizione del diritto di cui all'art. 480 c.c., ovvero alla decadenza ex art. 481.

⁽⁷⁶⁾ V. Cass., 13 giugno 2008, n. 16002, in *Giur. it.*, 2008, p. 2434, per la quale non v'è difetto di legittimazione attiva del figlio che faccia valere giudizialmente un credito del genitore defunto per il solo fatto che egli non se ne affermi anche erede: ciò, dal momento che il chiamato all'eredità, qual è necessariamente il figlio del defunto ex art. 536 c.c., nell'agire giudizialmente nei confronti del debitore del *de cuius* per il pagamento di quanto dichiaratamente dovuto al medesimo, compie un atto che, nella consapevolezza della delazione dell'eredità, presuppone necessariamente la sua volontà di accettare, e che non avrebbe il diritto di compiere se non nella qualità di erede, realizzando in tal modo il paradigma normativo dell'accettazione tacita dell'eredità di cui all'art. 476 c.c. Al di là della correttezza della premessa – da verificarsi nel caso concreto, in quanto il legittimario pretermesso assume la qualifica di erede esclusivamente a seguito dell'esperimento favorevole dell'azione di riduzione – le conclusioni paiono corrette.

emesso a favore del *de cuius* in pagamento di un suo credito⁽⁷⁷⁾; 13) nel caso di pagamento dei debiti del *de cuius*, ove compiuto con danaro appartenente all'asse ereditario⁽⁷⁸⁾.

Viceversa, non si intende compiuta accettazione tacita: 1) ove il chiamato richieda la pubblicazione del testamento⁽⁷⁹⁾; 2) ove il coniuge superstite si riservi di decidere, in base a una normativa straniera, se diventare usufruttuario o erede, e di valersi di una clausola di continuazione della società con gli eredi del socio defunto⁽⁸⁰⁾; 3) ove il chiamato trascriva un acquisto fatto dal *de cuius*⁽⁸¹⁾; 4) ove il chiamato opponga l'improponibilità dell'azione diretta al rilascio degli immobili rientranti nell'asse ereditario, per essere stata a lui

⁽⁷⁷⁾ Cfr. Cass., 5 novembre 1999, n. 12327, in *Rin. not.*, 2000, p. 475, e in *Rass. locazioni*, 2000, p. 576, secondo la quale «L'accettazione da parte del chiamato di una somma di pertinenza ereditaria, anche se di modesta entità, offertagli in considerazione della sua qualità, comporta l'accettazione tacita dell'eredità. Pertanto, compie atto di accettazione tacita il delato che riscuote l'importo di un assegno rilasciato al *de cuius* in pagamento di un suo credito, non essendo la riscossione atto conservativo, bensì dispositivo del patrimonio ereditario».

⁽⁷⁸⁾ V. Cass., 9 novembre 1974, n. 3492, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce «Successione ereditaria», n. 28, secondo cui il pagamento di uno o più debiti del *de cuius*, se può importare accettazione tacita dell'eredità quando effettuato con beni o danaro prelevati dall'asse (di cui il successibile viene, in tal modo, a disporre) non costituisce, al contrario, contegno incompatibile con la veste di semplice chiamato quando fatto con danaro proprio, dal momento che la norma che legittima qualsiasi terzo all'adempimento del debito altrui (art. 1180 c.c.) esclude che si tratti di un atto che il chiamato non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede *ex art.* 476 c.c. In proposito v. anche, di recente, Cass., 27 gennaio 2014, n. 1634, con nota di S.P. CERRI, *Accordo divisorio, rinuncia all'eredità e pagamento dei debiti ereditari*.

⁽⁷⁹⁾ Cass., 28 agosto 1986, n. 5275, in *Mass. Giur. it.*, 1986, in base alla quale, in presenza di richiesta di registrazione del testamento e di sua trascrizione, dal momento che si tratta di adempimenti di contenuto prevalentemente fiscale e caratterizzati da scopi conservativi, può legittimamente escludersi, da parte del giudice di merito competente all'accertamento, il proposito di accettare l'eredità. Peraltro detto accertamento – prosegue la S.C. – non può limitarsi all'esecuzione di tali incombenze, ma deve estendersi al complessivo comportamento dell'erede potenziale ed all'eventuale possesso e gestione, anche solo parziale, dell'eredità. Cfr., per la giurisprudenza di merito, Trib. Venezia, 4 gennaio 1982, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2342.

⁽⁸⁰⁾ V. App. Milano, 30 aprile 1976, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, c. 608.

⁽⁸¹⁾ Cfr. Cass., 18 giugno 1975, n. 2432, in *Mass. Giur. it.*, 1975.

devoluta quell'eredità⁽⁸²⁾; 5) nel caso in cui il chiamato sia immesso, a scopo conservativo, nel possesso dei beni ereditari⁽⁸³⁾; 6) ove il chiamato presenti denuncia di successione e paghi la relativa imposta⁽⁸⁴⁾; 7) nel caso di pagamento dei debiti del *de cuius*, ove compiuto con denaro proprio del chiamato⁽⁸⁵⁾.

Tra le ipotesi specifiche di accettazione tacita previste dal legislatore vi sono: 1) la donazione, la vendita o la cessione che il chiamato all'eredità

⁽⁸²⁾ Cfr. Cass., 18 agosto 1981, n. 4943, in *Mass. Giur. it.*, 1981.

⁽⁸³⁾ Cfr. Cass., 16 dicembre 1986, n. 7552, in *Mass. Giur. it.*, 1986, la quale ha affermato come l'immissione nel possesso dei beni ereditati, potendo anche dipendere da tolleranza del coerede ovvero da un mero intento conservativo del chiamato, debba considerarsi in termini di atto non univoco che non equivale, di per sé, ad accettazione tacita, salvo le modalità concrete di detta occupazione possano implicare una tale accettazione; conf. Cass., 12 gennaio 1996, n. 178, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 521, con nota di DI MAURO, *In tema di accettazione di eredità*.

⁽⁸⁴⁾ V. Cass., 13 maggio 1999, n. 4756, in *Mass. Giur. it.*, 1999, la quale conferma Cass., 20 marzo 1976, n. 1021, *ivi*, 1976, secondo cui non solo gli atti dispositivi, ma anche gli atti di gestione possono dar luogo ad accettazione tacita dell'eredità, secondo l'accertamento compiuto caso per caso dal giudice di merito, in considerazione della peculiarità di ogni singola fattispecie e tenendo conto di molteplici fattori, tra cui quelli della natura ed importanza, nonché della finalità degli atti di gestione compiuti dal chiamato. In ogni caso – prosegue la S.C. – deve trattarsi di atti incompatibili con la volontà di rinunciare e non altrimenti giustificabili se non con la veste di erede, mentre, al contrario, debbono intendersi privi di rilevanza tutti quegli atti i quali non denotino, in maniera univoca, una effettiva assunzione della qualità di erede come, ad esempio, nell'ipotesi di pagamento dell'imposta di successione, il quale ha natura e finalità meramente fiscali. Sul punto v., inoltre, Cass., 28 aprile 1986, n. 5275, cit., secondo la quale, ai fini della accettazione tacita dell'eredità, sono privi di rilevanza tutti quegli atti che, attese la loro natura e finalità non sono idonei ad esprimere, in maniera certa, l'intenzione univoca di assunzione della qualità di erede, come ad esempio la denuncia di successione e il pagamento delle relative imposte; ma v. anche Cass., 21 maggio 1974, n. 1498, cit., Cass., 11 marzo 1988, n. 2403, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1121, Cass., 30 ottobre 1992, n. 11813, in *Mass. Giur. it.*, 1992, Cass., 12 gennaio 1996, n. 178, cit., Cass., 29 marzo 2005, n. 6574, cit., Cass., 28 febbraio 2007, n. 4783, in *Guida al dir.*, 2007, 36, p. 47, secondo la quale la denuncia di successione ed il pagamento della relativa imposta, costituendo adempimenti di contenuto prevalentemente fiscale, diretti ad evitare l'applicazione di sanzioni e, come tali, non implicanti univocamente la volontà di accettare l'eredità, non importano accettazione tacita dell'eredità.

⁽⁸⁵⁾ V. Cass., 9 novembre 1974, n. 3492, cit. e, di recente, Cass., 27 gennaio 2014, n. 1634, cit.

faccia dei propri diritti di successione a un estraneo o a tutti gli altri chiamati o ad alcuno di questi (art. 477 c.c.)⁽⁸⁶⁾; 2) la rinuncia ai diritti di successione, ove compiuta verso corrispettivo o a favore di alcuni soltanto dei chiamati (art. 478 c.c.).

Vi è la questione, in dottrina⁽⁸⁷⁾, se tali due ipotesi debbano qualificarsi come forme di accettazione presunta senza possibilità di prova contraria⁽⁸⁸⁾, ovvero come fattispecie tipicamente previste di accettazione tacita⁽⁸⁹⁾, determinate dal legislatore per evitare dubbi su univocità e concludenza dei comportamenti ivi previsti⁽⁹⁰⁾.

L'art. 477 c.c., utilizzando il generico lemma «cessione» contempla, oltre a vendita e donazione, qualsiasi atto di trasferimento di diritti di successione

⁽⁸⁶⁾ Anche in tale ipotesi è sufficiente che vi sia, in capo al chiamato, la volontà di compiere l'atto dispositivo, a nulla rilevando la sua effettiva volontà di accettare o meno l'eredità.

⁽⁸⁷⁾ Dottrina isolata considera le ipotesi di cui agli artt. 477 e 478 c.c. come forme di acquisto *ex lege* dell'eredità: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 374.

⁽⁸⁸⁾ V. C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 118, secondo il quale esse si differenzierebbero, per tale ragione, dalle ipotesi di accettazione tacita di eredità, a nulla rilevando l'*animus agentis*. V., in giurisprudenza, Cass., 14 febbraio 1973, n. 454, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 731, la quale ha affermato come la cessione dei diritti creditorî importi per il cedente accettazione dell'eredità, sia che si faccia riferimento alla disciplina di cui all'art. 477 c.c. vigente, sia che si abbia riguardo all'art. 936 del codice abrogato. Si tratta – prosegue la S.C. – d'ipotesi di accettazione presunta, la quale si affianca all'accettazione tacita, ma anche dalla stessa si distingue in quanto non impone, al giudicante, l'indagine richiesta dall'art. 476 c.c.; ciascuno dei contratti menzionati nel citato art. 477, se in rapporto all'efficacia traslativa dei diritti di successione, viene in rilievo in quanto atto negoziale, considerato invece per il valore sintomatico (qual è presunto *iuris et de iure*) che esso presenta, in relazione all'acquisto dell'eredità, si colloca sul terreno dei fatti. Conseguentemente la prova dell'accettazione presunta, al pari di quella dell'accettazione tacita, non soggiace ai limiti concernenti la prova del contratto, anche sotto il profilo della sua collocazione nel tempo: quindi ai fini della certezza, nei confronti dei terzi, della data dell'atto da cui deriva l'accettazione presunta, non è necessaria la trascrizione o la registrazione dell'atto medesimo.

⁽⁸⁹⁾ A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 179; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 284; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 274.

⁽⁹⁰⁾ Giu. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 154; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 286.

attuato per mezzo contrattuale come ad esempio permuta, *datio in solutum* e transazione.

Come correttamente osservato, tali atti debbono rivestire i requisiti di forma prescritti dalla legge⁽⁹¹⁾, tuttavia la mancanza di forma richiesta *ad substantiam* non vale ad eliminare la concluzenza del contegno ai fini dell'accettazione tacita⁽⁹²⁾, in quanto l'atto rileva in termini di fatto storico, a prescindere dalla propria validità ed opponibilità⁽⁹³⁾; in maniera analoga l'eventuale apposizione, a tali negozi, di condizione o termine non elimina la concluzenza del contegno⁽⁹⁴⁾. A fronte della possibilità di applicare l'art. 2932 c.c., si ritiene produttiva di effetti anche la promessa di cessione dei beni ereditari⁽⁹⁵⁾.

Giova fare menzione, infine, di altre due questioni affrontate in dottrina in tema di accettazione tacita.

Anzitutto, si è dibattuto in ordine alla distinzione tra la donazione dei diritti di successione a favore di tutti gli altri chiamati – la quale importa accettazione –, e la rinunzia fatta gratuitamente a favore di tutti coloro ai quali si sarebbe devoluta la quota del rinunziante (art. 519, 2° comma c.c.). Mentre secondo alcuni⁽⁹⁶⁾ la differenza tra le due ipotesi prescinderebbe da valutazioni concernenti l'intento del chiamato, attenendo esclusivamente alla qualifica formale data al negozio, altri sostengono che, viceversa, dovrebbe indagarsi se il chiamato abbia voluto, in concreto, compiere un atto

⁽⁹¹⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 287.

⁽⁹²⁾ Con riferimento alla donazione, v. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 286; G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., p. 219.

⁽⁹³⁾ V. Cass., 14 febbraio 1973, n. 454, cit.

⁽⁹⁴⁾ G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, cit., p. 798. In giurisprudenza, v. Cass., 9 luglio 1971, n. 2200, cit., secondo la quale, poiché nell'esperimento contestuale dell'azione di simulazione di una compravendita e dell'azione di riduzione della sottostante donazione dissimulata, il rapporto di condizionamento esistente tra le due domande attiene all'accoglimento, e non anche alla proposizione della domanda di riduzione, deve escludersi che l'accettazione tacita dell'eredità, insita nel mero fatto di detta proposizione, sia nulla ex art. 475 c.c., in quanto condizionata all'accoglimento dell'azione di simulazione.

⁽⁹⁵⁾ C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 120.

⁽⁹⁶⁾ A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 210.

di trasferimento (donazione) a struttura bilaterale, ovvero un mero atto abdicativo unilaterale, sia pure con l'intento di beneficiare indirettamente coloro ai quali si sarebbe devoluta la quota (donazione indiretta)⁽⁹⁷⁾: l'eventuale accettazione di questi ultimi costituirà, ove ne ricorrano i requisiti di forma, accettazione di eredità⁽⁹⁸⁾.

Altra questione riguarda i punti di distinzione tra le ipotesi di rinuncia di cui all'art. 478 c.c., e vendita e donazione dei diritti di successione di cui all'art. 477 c.c. Da una parte si osserva come: *a)* la rinuncia dietro corrispettivo o ad esclusivo favore di alcuni chiamati assuma in tali ipotesi struttura di negozio bilaterale, dal momento che la rinuncia viene utilizzata – in deroga ai principi della devoluzione di eredità in caso di rinuncia – per conseguire un vantaggio ovvero beneficiare determinati soggetti; *b)* in tal modo il chiamato non si limiti a dismettere, ma in realtà disponga della delazione e, quindi, dell'eredità⁽⁹⁹⁾: elemento di differenziazione tra le ipotesi previste dalle due norme sarebbe quindi solo il fatto che, nei casi di rinuncia traslativa, beneficiari sono altri chiamati (tutti o alcuni), mentre nei casi di cui all'art. 477 c.c. si tratta anche di terzi estranei alla successione. Altra parte della dottrina ravvisa il criterio discretivo nella riferibilità, delle conseguenze di cui all'art. 478 c.c., anche al negozio unilaterale di rinuncia – idoneo a costituire semplice proposta contrattuale suscettibile di accettazione⁽¹⁰⁰⁾ –, ovvero quale atto di adempimento di precedente obbligo contrattuale⁽¹⁰¹⁾: la natura contrattuale della rinuncia dà adito all'applicabilità, alla stessa, dei principi relativi ai contratti, e all'inapplicabilità dell'art. 526 c.c.⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁷⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 287.

⁽⁹⁸⁾ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 287.

⁽⁹⁹⁾ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 288 s.

⁽¹⁰⁰⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 289.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. A. AURICCHIO, *La rinuncia verso corrispettivo nell'art. 478 c.c.*, in *Temi*, 1956, p. 176; *contra*, G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 289; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 417.

⁽¹⁰²⁾ *Contra*, Cass., 23 giugno 1947, n. 933, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, c. 164.

4. — *Acquisto dell'eredità senza accettazione.*

Il principio generale secondo cui l'eredità si acquista a mezzo di atto di accettazione (art. 459 c.c.) subisce deroga nelle ipotesi di seguito indicate: 1) possesso dei beni ereditari (art. 485 c.c.); 2) sottrazione dei beni ereditari (art. 527 c.c.); 3) acquisto da parte dello Stato (art. 586 c.c.)⁽¹⁰³⁾.

1) ove sia, a qualsiasi titolo, nel possesso di beni ereditari, il chiamato all'eredità deve fare l'inventario entro tre mesi dal momento dell'apertura della successione ovvero dalla notizia della devoluta eredità, e se entro detto termine non sia riuscito a completarlo può ottenere dal giudice del luogo in cui si è aperta la successione una proroga che, salvo gravi circostanze, non deve eccedere i tre mesi (art. 485, 1° comma c.c.), oltre i quali diverrebbe erede puro e semplice (art. 485, 2° comma c.c.). Una volta compiuto l'inventario, il chiamato, ove non abbia ancora fatto la dichiarazione *ex* art. 484 c.c., al fine di deliberare per l'accettazione o la rinuncia all'eredità ha quaranta giorni dal termine di compimento dell'inventario medesimo, trascorsi invano i quali assume la qualità di erede puro e semplice (art. 485, 3° comma c.c.)⁽¹⁰⁴⁾. Per l'applicazione di detta norma è necessario il possesso materiale o di fatto,

⁽¹⁰³⁾ G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*, cit., p. 306 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 250 s.

⁽¹⁰⁴⁾ La norma si riferisce al chiamato di primo grado e non al chiamato in subordine, inoltre, pare riferirsi ai chiamati nei confronti dei quali sussiste una delazione attuale, restando pertanto esclusi i chiamati posteriori, cioè sotto condizione sospensiva, ma anche quelli ulteriori, per i quali decorre il termine di prescrizione, ma la cui delazione non è ancora attuale, non spettandogli i poteri previsti dall'art. 460 c.c.: la dottrina (cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 273) ha infatti individuato il presupposto della fattispecie in esame proprio nella tutela dei terzi, dei chiamati successivi e dei creditori, in quanto si garantisce l'integrità del patrimonio ereditario, si consente di raggiungere in tempi brevi certezza in ordine alla destinazione dell'eredità, e si dà valore giuridico al convincimento dei terzi, che, a seguito del prolungarsi del possesso, hanno fondato motivo di ritenere verificata l'attribuzione dei beni e, quindi, l'avvenuta accettazione da parte del chiamato.

Per la giurisprudenza cfr., infine, Cass., 19 marzo 1998, n. 2911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2170, secondo cui l'art. 485 c.c. deve considerarsi applicabile non solo all'ipotesi di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, bensì in tutte le ipotesi in cui il chiamato sia nel possesso dei beni ereditari al momento dell'apertura della successione.

intendendo per tale ogni specie di possesso, quale ne sia il titolo giustificativo, rimanendo inclusa anche l'ipotesi di detenzione a titolo di custodia o di affidamento temporaneo⁽¹⁰⁵⁾; occorre, in ogni caso, una situazione di fatto tale da consentire al chiamato la concreta e piena disponibilità dei beni ereditari⁽¹⁰⁶⁾ non essendo necessario, d'altra parte, il possesso di tutta l'eredità, e potendo rilevare l'eventuale minima entità dei beni posseduti esclusivamente ai fini della consapevolezza della delazione ereditaria⁽¹⁰⁷⁾.

Vi è la questione, inoltre, se il possesso debba perdurare per tutto il periodo concesso per redigere l'inventario (l'abbandono del possesso da parte del chiamato prima del decorso del termine per redigere l'inventario impedirebbe, quindi, l'acquisto *ex art. 485 c.c.*) ovvero sia sufficiente anche un solo giorno (l'abbandono rimarrebbe irrilevante e il chiamato, per evitare l'acquisto, dovrebbe compiere un atto di rinuncia all'eredità). Mentre la dottrina propende per la necessità del perdurare del possesso per tutta la durata del

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. Cass., 22 giugno 1995, n. 7076, in *Mass. Giur. it.*, 1995, in base alla quale la situazione di possesso, a qualsiasi titolo, di beni ereditari da parte del chiamato, quale prevista *ex art. 485 c.c.*, richiede una mera relazione materiale tra i beni e il chiamato all'eredità, cioè a dire una situazione di fatto la quale consenta il concreto esercizio di poteri sui beni medesimi, accertata la quale incombe sul chiamato, nel caso in cui voglia sottrarsi alle conseguenze del citato art. 485, l'onere di provare che, per un qualsiasi eccezionale evento, vi sia stata la materiale impossibilità di esercitare il possesso dei beni riguardo ai quali si configuri la situazione anzidetta; conf. Cass., 14 maggio 1994, n. 4707, *ivi*, 1994; v. infine, più di recente, Cass., 5 maggio 2008, n. 11018, in *Vita not.*, 2008, p. 959, la quale sottolinea che «In tema di successione legittima, nella quota intestata a favore del coniuge superstite *ex art. 581 c.c.* non sono compresi i diritti di abitazione e di uso, per cui in caso di prosecuzione, dopo il decesso del marito, della abitazione della casa coniugale e dell'utilizzo dei mobili di arredo *ivi* esistenti da parte della moglie si configura, ai sensi e per gli effetti dell'art. 485 c.c., il possesso dei beni ereditari in capo al chiamato all'eredità, essendo sufficiente a questo scopo l'instaurazione di una relazione materiale intesa come situazione di fatto, anche circoscritta ad uno solo dei beni ereditari, che consenta l'esercizio di concreti poteri su di essi; ne consegue, in difetto di omessa redazione dell'inventario entro tre mesi dall'apertura della successione, l'accettazione *ex lege* dell'eredità».

⁽¹⁰⁶⁾ V. App. Venezia, 26 agosto 1981, in *Foro it.*, 1982, I, c. 540.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Cass., 14 maggio 1994, n. 4707, cit. (conf. Cass., 5 giugno 1979, n. 3175, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 510). In dottrina v., in tal senso, L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 337, il quale sottolinea come il legislatore parli in termini di possesso «di» beni ereditari e non «dei» beni ereditari.

termine previsto dall'art. 485 c.c.⁽¹⁰⁸⁾, in giurisprudenza è stato affermato⁽¹⁰⁹⁾, più correttamente, come detta norma (in linea, del resto, con gli artt. 959 e 960 cod. civ. 1865) conferisca rilevanza non alla durata del possesso bensì, esclusivamente, alla sua sussistenza: *ratio* di tale normativa è, infatti, quella di eliminare uno stato di incertezza, e rapidamente risolvere la situazione giuridica venutasi a creare con la morte del titolare dei beni imponendo, al chiamato che ne ha il possesso, di definire la propria posizione in un termine breve.

I tre mesi per la redazione dell'inventario decorrono dal momento della conoscenza della delazione ereditaria, che coincide con il momento: *a*) di apertura della successione, se il chiamato è già in possesso dei beni ereditari; *b*) di acquisizione del possesso dei beni ereditari; *c*) in cui il chiamato diviene consapevole della natura ereditaria dei beni⁽¹¹⁰⁾.

Si dibatte se, nel caso del possesso dei beni ereditari, l'acquisto dell'eredità si realizzi in forza di atto di accettazione (tacita, presunta o *ex lege*⁽¹¹¹⁾),

⁽¹⁰⁸⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 306 s.

⁽¹⁰⁹⁾ V. Cass., 24 febbraio 1984, n. 1317, in *Mass. Giur. it.*, 1984.

⁽¹¹⁰⁾ Il possesso di fatto o reale deve essere, infatti, accompagnato dall'elemento soggettivo della consapevolezza dell'appartenenza dei beni al compendio ereditario: cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 274; e, in precedenza, G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 308; in giurisprudenza, v. Cass., 5 aprile 1977, n. 1301, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce «Successione ereditaria», n. 38, e Cass., 12 marzo 1973, n. 683, *ivi*, 1973, voce «Successione (imposta)», nn. 53-55.

Come rilevato in giurisprudenza, inoltre, l'onere della prova dell'esistenza in capo al chiamato del possesso di uno o più beni ereditari incombe, in ogni caso, su colui che lo deduce: Cass., 22 marzo 1999, n. 2663, in *Riv. notariato*, 1999, 1538, con nota di S. BARBAGALLO e L. BASSO, *Gli atti che importano accettazione dell'eredità*.

⁽¹¹¹⁾ Cfr., nel senso dell'accettazione tacita, U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, cit., II, p. 142 e, per quella *ex lege*, GIU. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, p. 105; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, 4ª ed., Milano, 2005, p. 537. In giurisprudenza v., per l'accettazione presunta, Cass., 15 maggio 1978, n. 2359, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce «Successione ereditaria», n. 27, e Cass., 3 febbraio 1993, n. 1325, in *Mass. Giur. it.*, 1993; quanto all'accettazione *ex lege*, Cass., 12 marzo 2003, n. 3696, cit., in base a cui questa si determina a seguito dell'apertura della successione, della delazione, del possesso dei beni e della mancata tempestiva redazione dell'inventario (conf. Cass., 13 maggio 1976, n. 1692, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce «Successione ereditaria», n. 42, nonché Cass., 30 luglio 1984, n. 4520, in *Inform. e prev.*, 1985, p. 838).

ovvero a prescindere dall'accettazione (quindi, in maniera automatica ⁽¹¹²⁾): chi scrive propende per la seconda impostazione in quanto, come già correttamente osservato da parte della dottrina ⁽¹¹³⁾, la norma prescinde non solo dall'elemento volitivo (salva la consapevolezza che si tratti di bene ereditario), bensì anche dal compimento di attività presupponenti la qualità di erede; mancando quindi gli elementi costitutivi dell'accettazione (espressa o tacita), l'acquisto deve intendersi come conseguenza di un mancato comportamento *ex lege* imposto a tutela di terzi, chiamati successivi e creditori.

In caso di domanda volta a far valere un proprio diritto di credito sul patrimonio del *de cuius*, il soggetto che deduce l'avvenuto acquisto dell'eredità da parte di un chiamato, quale erede *ope legis* in base all'art. 485 c.c., ha l'onere di provare il possesso dell'eredità da parte del chiamato medesimo ⁽¹¹⁴⁾, cioè a dire l'esistenza, in capo al convenuto, della qualità di erede del debitore originario.

2) ai sensi dell'art. 527 c.c., i chiamati all'eredità che hanno sottratto o nascosto beni spettanti all'eredità medesima decadono dalla facoltà di rinunziarvi e, nonostante la loro rinunzia, si considerano eredi puri e semplici: anche in questo caso si realizza, quindi, un acquisto automatico della qualità di erede.

In proposito, è stato posto in dubbio se: *a*) detta norma costituisca sanzione per un comportamento illecito ⁽¹¹⁵⁾; *b*) sia ravvisabile, nel comporta-

⁽¹¹²⁾ Sul punto, A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 182; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 341; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 251; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., pp. 239 e 265. In giurisprudenza, v. Cass., 17 giugno 1971, n. 1850, in *Foro it.*, 1971, I, c. 548.

⁽¹¹³⁾ V. G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 303 s.; G. SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 224; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 273; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 265; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 730.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Cass., 30 luglio 1984, n. 4520, cit., ma anche Cass., 30 ottobre 1991, n. 11634, cit., la quale ha inoltre escluso la possibilità d'invocare, al riguardo, presunzioni di sorta.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 456; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, Giu. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, 7^a ed., Padova, 1979, p. 82; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 245.

mento del chiamato, un'ipotesi di accettazione tacita dell'eredità⁽¹¹⁶⁾; c) l'acquisto automatico sia posto a garanzia dei creditori del *de cuius*, ai quali non si potrebbe opporre un esonero da responsabilità attraverso il beneficio d'inventario o la rinuncia⁽¹¹⁷⁾. In realtà, il principio alla base di tale fattispecie è analogo a quello sotteso all'art. 485 c.c., cioè a dire la tutela degli interessi di tutti i soggetti – anche solo potenzialmente – coinvolti nella successione, cioè a dire terzi, chiamati successivi e creditori.

In giurisprudenza è stato affermato come l'art. 527 debba intendersi applicabile non solo nei confronti del chiamato che abbia commesso sottrazione od occultamento anteriormente alla eventuale rinuncia all'eredità, ma anche nei confronti del chiamato che abbia posto in essere tali atti in un momento successivo, purché il diritto di accettare l'eredità non sia prescritto, e questa non sia stata accettata da altri chiamati⁽¹¹⁸⁾. D'altra parte non rileva che, al momento della sottrazione o dell'occultamento, il chiamato si trovi o meno in possesso dei beni ereditari⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ V. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 137; *contra*, A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 187.

⁽¹¹⁷⁾ L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 239.

⁽¹¹⁸⁾ In base a Cass., 6 dicembre 1984, n. 6412, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1974, con nota di E. PEREGO, *Rinuncia all'eredità e sottrazione di beni da parte del chiamato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 458, con nota di S. SELVAGGI, *Rinuncia all'eredità*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 290, con nota di V. CUFFARO, *Rinuncia e accettazione dell'eredità: considerazioni sul disposto dell'art. 527 c.c.*, l'art. 527 c.c. (secondo cui i chiamati all'eredità, che hanno sottratto o nascosto i beni a questa spettanti, decadono dalla facoltà di rinunziarvi e si considerano eredi puri e semplici, nonostante la loro rinuncia) è applicabile non solo nei confronti del chiamato il quale abbia commesso gli atti di sottrazione o di nascondimento prima della rinuncia all'eredità, bensì anche nei confronti del chiamato che abbia posto in essere detti atti in un momento successivo, purché il diritto di accettare l'eredità non risulti prescritto, e questa non sia stata accettata da altri chiamati.

V., in dottrina, L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., p. 135, il quale invece sostiene, esclusivamente, come sottrazione od occultamento debbano avvenire dopo l'apertura della successione e prima dell'eventuale rinuncia.

⁽¹¹⁹⁾ L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, loc. cit.; A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, loc. cit.; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 245.

La fattispecie in esame presuppone: *a)* la volontarietà dell'atto, cioè a dire il compimento della descritta attività di sottrazione od occultamento dei beni ereditari al fine di rendere impossibile il soddisfacimento di coloro che possono vantare diritti sui beni ereditari ⁽¹²⁰⁾; *b)* la consapevolezza in capo al chiamato dell'appartenenza, dei beni sottratti o nascosti, all'eredità a sé delata ⁽¹²¹⁾.

3) l'art. 586 c.c. stabilisce infine che, in mancanza di altri successibili, l'eredità debba essere devoluta allo Stato (indicato quale successibile *ex* art. 565 c.c.), di talché si avrà: *a)* acquisto del diritto senza bisogno di accettazione; *b)* impossibilità di farsi luogo a rinuncia; *c)* pagamento di debiti ereditari e legati non oltre il valore dei beni acquistati.

5. — *Termini per l'accettazione.*

Al fine di esercitare il diritto di accettazione sono previsti due termini, uno di prescrizione decennale (cfr. art. 480 c.c.) e uno di decadenza (cfr. art. 481 c.c.) ⁽¹²²⁾, nel qual caso è prevista la c.d. *actio interrogatoria* in base a cui chiunque abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria di fissare un termine entro cui il chiamato possa effettuare la dichiarazione di accettazione o rinuncia.

⁽¹²⁰⁾ V. Cass., 28 novembre 1958, n. 3811, in *Mass. Giur. it.*, 1958; per la giurisprudenza di merito, App. Roma, 16 ottobre 1956, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, voce «Successioni in genere», n. 40.

⁽¹²¹⁾ Cfr. L. COVIELLO jr., *Diritto successorio. Corso di lezioni*, Bari, 1962, p. 494; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 512-535*, cit., p. 135; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 313.

⁽¹²²⁾ Tale distinzione è chiara già nella giurisprudenza di legittimità più risalente: cfr. Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, cit., secondo la quale, a differenza del termine decadenziale che il giudice fissa per l'accettazione dell'eredità nell'ipotesi dell'art. 481 c.c., quello entro cui il diritto di accettare l'eredità si estingue per mancato esercizio deve ritenersi un termine di prescrizione, come, del resto, espressamente dichiarato *ex lege*. Sul punto anche Cass., 12 giugno 1974, n. 2091, cit.

Nonostante parte della dottrina vi ravvisi una decadenza⁽¹²³⁾, quello di cui all'art. 480 c.c. è generalmente considerato termine prescrizione, e ciò sia in base al dato letterale, sia in quanto esso comporta la perdita di un diritto, ancorché potestativo, a fronte della inerzia del titolare⁽¹²⁴⁾. Anche se la giurisprudenza generalmente ammette l'applicabilità delle norme in tema d'interruzione della prescrizione (cfr. artt. 2943 ss. c.c.)⁽¹²⁵⁾, l'orientamento

⁽¹²³⁾ Cfr. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 304 e A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 168, i quali sostengono come il mancato acquisto dell'eredità sia conseguenza del mancato esercizio del potere di accettarla entro il termine prescritto.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. L. COVIELLO jr., *Il termine «ex voluntate testatoris» per l'accettazione dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 384 s.; ID., *Diritto successorio*, cit., p. 459; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 381; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., p. 938; S. PIRAS, *La successione per causa di morte. Parte generale. Successione necessaria*, in *Tratt. Grosso-Santoro-Passarelli*, Milano, 1965, p. 105; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 125; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 143; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, Giu. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., p. 84; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 252 s.; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 240 s.

In giurisprudenza, Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, cit.; Cass., 12 luglio 1974, n. 2091, cit.; Cass., 17 febbraio 1976, n. 522, in *Mass. Giur. it.*, 1976; Cass., 14 marzo 1977, n. 1017, in *Arch. civ.*, 1977, p. 679; Cass., 9 aprile 1980, n. 2290, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1329; Cass., 15 gennaio 1996, n. 263, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1667, con nota di N. DI MAURO, *Effetti della rinuncia tacita alla prescrizione del diritto di accettare l'eredità*, la quale evidenzia che «Intervenuta la prescrizione decennale del diritto di taluno dei chiamati ad accettare l'eredità ai sensi dell'art. 480 c.c. (il quale richiama la causa di estinzione dei diritti prevista dall'art. 2934 c.c.) il soggetto al quale la suddetta prescrizione giovi può rinunziarvi manifestando – in forma espressa o tacita – l'inequivoca volontà di non avvalersene e perdendo di conseguenza sul piano processuale il potere di opporre la relativa eccezione, cosicché, non operando la prescrizione *ipso iure*, il diritto da essa colpito, non più indebolito nella sua tutela dalla possibilità dell'eccezione, riacquista il suo vigore come se il termine di prescrizione non fosse ancora interamente decorso».

⁽¹²⁵⁾ Sul punto, Cass., 1° giugno 1993, n. 6099, in *Mass. Giur. it.*, 1993. Sotto il profilo probatorio cfr., inoltre, Cass., 6 maggio 1968, n. 1392, *ivi*, 1968, secondo cui, nel caso in cui il rilascio di una procura per procedere a divisione di eredità comprendente anche beni immobili sia dedotto come atto interruttivo della prescrizione del diritto di accettare l'eredità, la prova di tale rilascio, risolvendosi (per quanto attiene all'effetto dell'accettazione tacita dell'eredità) nella prova di un fatto semplice, può, senza alcuna limitazione, essere data con ogni mezzo.

prevalente in dottrina propende per l'inapplicabilità delle citate disposizioni, tenuto conto che l'esercizio del diritto determina in tale fattispecie la consumazione del diritto medesimo e, pertanto, l'accettazione dell'eredità⁽¹²⁶⁾. Dal momento che l'accettazione si ritiene tardiva nella sua totalità, ove uno degli interessati sollevi valida eccezione di prescrizione dell'accettazione, questa deve considerarsi operante anche con riferimento ad altri interessati, anche ove questi abbiano rinunciato⁽¹²⁷⁾.

La prescrizione decennale decorre generalmente dal momento di apertura della successione (cfr. art. 480, 2° comma c.c.).

È controverso se il testatore possa o meno prevedere un termine diverso entro il quale sia consentito accettare: mentre taluni propendono per la possibilità di apporre un termine di decadenza più breve⁽¹²⁸⁾, chi scrive ritiene maggiormente corretta quella impostazione che, a fronte del presupposto della indisponibilità della delazione ovvero della immodificabilità del regime legale della prescrizione, propende per negare detta possibilità⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁶⁾ V. A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 169; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 127; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 143; G. SAPORITO, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 249; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 306; *contra*, Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 382.

⁽¹²⁷⁾ V. in proposito Cass., 26 giugno 1987, n. 5633, cit., secondo cui la posizione del chiamato che accetta l'eredità si concreta in una situazione soggettiva avente carattere essenzialmente unitario ed inscindibile, non potendo l'accettazione essere operativa se non nei confronti di tutti gli interessati, di talché, sollevata validamente l'eccezione di prescrizione dell'accettazione dell'eredità da parte di uno degli interessati, tale eccezione non potrà considerarsi operante solo riguardo a quest'ultimo ed inoperante riguardo ad altri interessati, e ciò ancorché vi abbiano rinunciato. L'accettazione, tardiva nella sua totalità, sarà pertanto inidonea a fare acquistare l'eredità al chiamato.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. L. COVIELLO jr., *Il termine ex voluntate testatoris per l'accettazione dell'eredità*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 383; B. FRANCESCHELLI, *Autonomia privata e termine ex voluntate testatoris per l'accettazione dell'eredità*, in *Giur. it.*, 1960, IV, c. 155 ss. V. inoltre, più di recente, M. IEVA, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, p. 169 s.; M. FERRARIO HERCOLANI, *I termini di decadenza di previsione testamentaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 346 ss.

⁽¹²⁹⁾ V. D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., p. 937; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 143; Giu. AZZARITI, *L'accettazione dell'eredità*, cit., p. 151, nt. 12; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 315; A.

Come si è già avuto modo di sottolineare riguardo alla distinzione tra chiamati posteriori ed ulteriori, è invece rinvenibile un diverso termine di decorrenza nel caso in cui la delazione risulti essere sottoposta a condizione sospensiva: il *dies a quo* viene computato, quindi, dal momento in cui la condizione risulti verificata, e in caso di mancato avveramento della medesima il termine decorre, per i soggetti chiamati in luogo dell'istituito, dal momento in cui la condizione è mancata⁽¹³⁰⁾; la norma è inoltre applicabile, per via analogica, a coloro che sono chiamati all'avveramento della condizione risolutiva apposta alla prima delazione⁽¹³¹⁾.

Nel caso in cui vi sia stata accettazione da parte di precedenti chiamati e il loro acquisto ereditario sia successivamente venuto meno il termine non corre, in ogni caso, per i chiamati ulteriori (cfr. art. 480, 3° comma c.c.): ciò, sia a fronte del principio di certezza delle situazioni giuridiche, sia del fatto che ai chiamati ulteriori – i quali vengono alla successione quando i primi delati non possono o non vogliono accettare – è accordata la possibilità di esperire l'*actio interrogatoria* di cui all'art. 481 c.c. Come già accennato, infatti, ex art. 481 c.c. chiunque vi abbia interesse può domandare all'autorità giudiziaria di fissare un termine di decadenza⁽¹³²⁾ entro cui il chiamato può accettare o meno l'eredità

PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, cit., p. 751. In giurisprudenza, cfr. Cass., 9 aprile 1980, n. 2290, cit.

⁽¹³⁰⁾ G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 166; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 311; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 247.

⁽¹³¹⁾ Cfr. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 311; A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 55; in senso contrario, G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 163, i quali ritengono che l'ipotesi *de quo* ricada nella previsione del 3° comma dell'art. 480 c.c.

⁽¹³²⁾ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, 2ª ed., Torino, 1950, p. 143; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 144; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 316; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 256 s.; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 243 ss. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, cit.

Inoltre, come sottolineato da C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., 130, costituendo il difetto di accettazione nel termine un'ipotesi di decadenza e non di rinuncia non è suscettibile, in quanto tale, di revoca o annullamento.

(c.d. *actio interrogatoria*), trascorso invano il quale il chiamato perde il diritto di accettare: la *ratio* della norma è rinvenibile sia nel principio di certezza delle situazioni giuridiche, che nell'esigenza di tutelare i chiamati in subordine dal pregiudizio che possono subire a causa dell'inerzia del primo chiamato.

Quanto alla proposizione dell'azione: *a*) la legittimazione attiva è rinvenibile in capo ai chiamati ulteriori ovvero, in subordine, ai legatari, ai creditori del chiamato, ai creditori ereditari, all'esecutore testamentario, al curatore dell'eredità giacente, all'ufficio del registro competente a ricevere la dichiarazione di successione⁽¹³³⁾, ma non al giudice d'ufficio⁽¹³⁴⁾; *b*) la legittimazione passiva è rinvenibile in capo a qualsiasi chiamato⁽¹³⁵⁾ – sia pure persona giuridica ovvero incapace⁽¹³⁶⁾ –, ma anche a chi abbia effettuato una dichiarazione di rinuncia all'eredità che sia risultata nulla⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³³⁾ Cfr. art. 36, 4° comma del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

⁽¹³⁴⁾ In ordine a tali aspetti v. G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 145; G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., p. 240; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 317 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., p. 256; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 243. In giurisprudenza, v. Cass., 5 maggio 1967, n. 880, in *Mass. Giur. it.*, 1967, secondo la quale il giudice, in mancanza d'iniziativa di parte interessata, non può disporre d'ufficio l'integrazione del contraddittorio, con la chiamata in causa dei prossimi parenti del *de cuius*, al fine di consentire alla parte medesima di avvalersi della facoltà di chiedere la fissazione di un termine entro cui essi dovrebbero accettare, ovvero rinunciare, all'eredità.

⁽¹³⁵⁾ Si ritiene che non può proporsi l'*actio interrogatoria* nei confronti dei chiamati in possesso, in considerazione della operatività dell'art. 485 c.c., a meno che non siano minori od incapaci per i quali il possesso non può determinare l'acquisto dell'eredità: cfr., in questi termini, A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 199; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 319; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, loc. cit.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. G. PRESTIPINO, *Delle successioni in generale. Artt. 456-534*, cit., p. 241; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, loc. cit.; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 244; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., p. 144, sostengono la necessità che l'incapace sia dotato di rappresentante legale. In giurisprudenza, v. Cass., 6 luglio 1973, n. 1922, cit., ma anche Cass., 25 giugno 1985, n. 3828, in *Mass. Giur. it.*, 1985, in base alla quale la fissazione di un termine per accettare o rinunciare all'eredità deve ritenersi possibile anche quando il chiamato sia incapace.

⁽¹³⁷⁾ V. C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successione legittima*, cit., p. 128.

Ancora, ove il chiamato non possessore abbia effettuato l'inventario non preceduto da dichiarazione di accettazione, quest'ultima deve essere fatta, *ex art. 487, 3° comma c.c.*, nei quaranta giorni successivi al compimento dell'inventario, altrimenti il chiamato perde il diritto di accettare l'eredità: si tratta, pertanto, di un'altra ipotesi di decadenza in base a cui, ove sia omessa la dichiarazione, si ha la perdita del diritto di accettare l'eredità molto prima della scadenza del termine prescrizione⁽¹³⁸⁾.

6. — *Pagamento delle obbligazioni naturali del de cuius e rinunzia all'eredità.*

Quanto sopra descritto risulta utile al fine della disamina di un interessante caso oggetto di una recente decisione della S.C. in tema di accettazione tacita ed effettuazione di pagamento⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 347. Solo il definitivo compimento dell'inventario determina, in capo al chiamato, l'onere di pronunciarsi nei termini previsti: pertanto, ove egli abbia solo iniziato – senza avere portato a termine – l'inventario potrà, in ogni caso, accettare nel termine di prescrizione: cfr. A. CICU, *Successione per causa di morte. Parte generale*, cit., p. 195.

La mera assistenza alla formazione dell'inventario richiesto da altri, inoltre, non fa sorgere l'onere di pronunciarsi: così L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni. Artt. 456-511*, cit., p. 348; ma v. anche, in giurisprudenza, Cass., 12 giugno 1964, n. 1482, in *Mass. Giur. it.*, 1964, secondo la quale il termine di decadenza di 40 giorni stabilito dall'ultimo comma dell'art. 487 c.c., per l'accettazione dell'eredità, e decorrente dal compimento dell'inventario, riguarda il chiamato all'eredità non in possesso dei beni ereditari, soltanto nell'ipotesi in cui egli abbia provocato la formulazione dell'inventario medesimo, e non già anche negli altri casi in cui la redazione dell'inventario sia stata compiuta ad istanza di terzi (nella specie, curatore dell'eredità giacente).

Tale decadenza è inapplicabile, infine, nei confronti del legittimario pretermesso, in quanto non chiamato alla successione: cfr. Cass., 28 ottobre 1974, n. 3220, in *Mass. Giur. it.*, 1974; conf. Cass., 28 gennaio 1964, n. 204, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 534, secondo la quale titolo primario della delazione ereditaria è il testamento, rispetto a cui la successione legittima opera solo in via suppletiva e quella c.d. necessaria in via correttiva, subordinata all'iniziativa del riservatario preterito: quest'ultimo, finché non si avvalga dell'azione di riduzione, non è chiamato all'eredità, e nei suoi confronti non può verificarsi la decadenza prevista dall'art. 487, 3° comma c.c.

⁽¹³⁹⁾ Cass., 27 gennaio 2014, n. 1634, cit.

Il ricorrente propone al Tribunale domanda volta ad ottenere, previa declaratoria di nullità e/o inefficacia della propria rinuncia all'eredità del padre, deceduto circa quattordici anni prima, la qualità di coerede legittimo di quest'ultimo e, quindi, chiede si proceda alla divisione dell'eredità medesima, nonché si ordini alle coeredi convenute di rendere il conto della gestione dei beni ereditari. A sostegno della domanda viene dichiarato che: *a)* la rinuncia all'eredità deve considerarsi nulla o comunque inefficace, in quanto compiuta non puramente e semplicemente, bensì realizzata nell'ambito di un accordo divisionale transattivo con altri eredi legittimi a fronte di una controprestazione rappresentata dall'attribuzione, in capo al rinunziante, di beni mobili ereditari, e tale da configurare tecnicamente una rinuncia dietro corrispettivo implicante, *ex art.* 478 c.c., accettazione tacita; *b)* l'attore avrebbe provveduto, anteriormente alla rinuncia, al pagamento di un "debito" ereditario con danaro del *de cuius*, tale adempimento qualificandosi non come mero adempimento del terzo *ex art.* 1180 c.c.; *c)* i giudici di prime e seconde cure avrebbero dovuto considerare anche il comportamento successivo alla rinuncia all'eredità, in un'ottica di interpretazione del contenuto contrattuale di cui al 2° comma dell'art. 1362 c.c. («proprio la circostanza che nella specie l'O. [ricorrente, *n.d.r.*] abbia adempiuto ad "un *modus*/obbligazione naturale gravante sul padre in virtù del testamento del nonno paterno", dimostra al di là di ogni possibile dubbio che l'odierno ricorrente si sia comportato proprio come il continuatore della personalità (anche e soprattutto morale) del padre e quindi appunto nella qualità di erede»). Le convenute eccepiscono come il diritto dell'attore di accettare l'eredità sia ormai prescritto e, in ogni caso, l'infondatezza delle domande dell'attore, da considerarsi strumentalmente esperite al mero fine di contrastare l'azione da loro proposta per ottenere il rilascio di un immobile da parte dell'attore.

Nella fattispecie che ci occupa, quindi, le questioni di maggiore rilevanza risultano essere, per ciò che qui interessa, tre.

Vi è, anzitutto, il motivo di ricorso con il quale il ricorrente ritiene come la rinuncia all'eredità, da lui medesimo effettuata sei giorni dopo l'apertura della successione del padre, debba intendersi connotata da funzione traslativa, in relazione ad assunti accordi divisori sottoscritti tra gli eredi. In rela-

zione a tale questione, correttamente la S.C. ritiene dimostrata – in linea con quanto statuito anche dai giudici di seconde cure – la mera funzione (tipicamente) abdicativa della rinunzia operata dal ricorrente in data 27 novembre 1986. Sotto il profilo probatorio, infatti, detti accordi risultano conferenti solo in parte: nello specifico sarebbe intervenuto, tra tutti gli eredi, un accordo divisorio anteriormente alla citata rinunzia; circa otto anni dopo, in data 10 settembre 1994 è intervenuto, tra i soli germani, un secondo accordo, di parziale attuazione del primo. Solo del secondo accordo, tuttavia, è data prova certa in giudizio, di talché, in assenza di certezza in merito al primo, viene a cadere l'ascrivibilità, di detto accordo divisorio “primigenio”, ad atti certamente presupponenti la volontà di accettare, e che non si avrebbe altrimenti il diritto di compiere «se non nella qualità di erede» *ex* art. 476 c.c.

La Corte d'Appello aveva poi espresso un giudizio in fatto da ritenersi, quantomeno, opportuno: «in relazione alla pretesa valenza traslativa della rinunzia, in quanto tale rilevante – a dire del ricorrente – a norma dell'art. 478 c.c. [...] le risultanze istruttorie non deponevano chiaramente nel senso dell'attribuzione al rinunziante [...] a titolo di corrispettivo della rinunzia, della divisione di alcuni ordinari beni mobili», né in quello dell'«attribuzione di alcuni ordinari beni mobili» in termini di «corrispettivo della rinunzia ad eredità comprendente alcuni immobili». Correttamente quindi la corte territoriale aveva escluso, alla luce degli elementi istruttori, l'applicabilità dell'art. 478 c.c. alla fattispecie.

Con il terzo motivo di ricorso, inoltre, il ricorrente lamenta come i giudici di merito non abbiano tenuto in considerazione il comportamento, da egli medesimo tenuto, in epoca sia anteriore che, soprattutto, posteriore alla rinunzia all'eredità. La corte di legittimità tuttavia ritiene, confermando quanto statuito in appello, come non possano ritenersi provati, ovvero confermati, atti valevoli in termini di accettazione, da parte del ricorrente, dell'eredità a quest'ultimo delata. Quanto risulta provato, in ordine agli atti dal ricorrente dichiarati come di accettazione tacita dell'eredità, riguarda un arco temporale che prende inizio solo successivamente alla data della rinunzia, quindi da considerarsi valida ed efficace.

Con l'ultimo motivo, infine, il ricorrente lamenta l'operato della Corte

d'Appello: *a)* sia per l'attestazione della mancata dimostrazione, sul piano probatorio, del compimento di atti di sottrazione od occultamento, «da parte dell'attore, di beni mobili ereditari», idonei, in quanto tali, a far decadere il ricorrente dalla facoltà di rinunciare all'eredità ovvero, nel caso – come nella fattispecie – di rinuncia già regolarmente effettuata, a rendere il ricorrente erede puro e semplice; *b)* sia per la mancata qualificazione, del pagamento di Lire 6.000.000 in favore dello zio paterno, in termini di accettazione tacita di eredità *ex art.* 476 c.c. Anche in questo caso i giudici di seconde cure, seppure esprimendo giudizi di fatto, non hanno potuto che constatare ciò che era oggettivo, cioè a dire la totale assenza, sotto il profilo istruttorio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 527 c.c., sia della «prova della sottrazione o dell'occultamento da parte dell'attore di beni mobili ereditari», sia del «probatorio riscontro dell'esecuzione del pagamento con danaro prelevato dall'asse ereditario», e ciò ancorché «il pagamento inerisse ad una situazione giuridica non trasmissibile agli eredi».

Non può che concordarsi con il percorso intrapreso – nonché seguito in sede di giudizio di legittimità – dalla corte di merito, e ciò, nonostante il secondo giudizio di fatto sia stato oggetto di censura da parte del ricorrente (violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 116 c.p.c.).

Non risulta dimostrato, anzitutto, che il ricorrente abbia fatto uso di danaro appartenente all'asse ereditario: infatti, come testualmente rinvenibile nella decisione di legittimità, «in relazione alle deposizioni rese dai testimoni [...], la corte di merito ha affermato che i medesimi testimoni “hanno confermato solo il versamento da parte dell'attore allo zio [...] della somma di L. 6.000.000” [...]; che, nondimeno, in considerazione di quanto esplicitamente riferito dagli stessi testimoni, “non può dirsi affatto (come argomentava già il giudice di primo grado) che le testi abbiano negato la circostanza che il denaro con il quale è stato effettuato il pagamento di L. 6.000.000 [...] allo zio [...] non sia stato prelevato dall'asse ereditario. In realtà le sigg.re T. ed O. non hanno puntualizzato tale circostanza».

La S.C. ha quindi correttamente rilevato come, nei fatti, non sia stato acquisito probatorio riscontro dell'esecuzione, da parte di Tizio, del pagamento di un debito del *de cuius* con danaro prelevato dall'asse ereditario: in

sostanza, non può ritenersi essersi verificata accettazione tacita di eredità nell'ipotesi in cui il chiamato all'eredità paghi un debito dalla stessa derivante senza, tuttavia, avere prelevato danaro dall'asse ereditario.

Infatti, in tema di successioni *mortis causa*, un pagamento del debito del *de cuius* ad opera del chiamato all'eredità e con danaro ereditario, a differenza di un mero adempimento *ex art.* 1180 c.c. dal medesimo eseguito con danaro proprio, deve ritenersi configurare un'accettazione tacita dell'eredità, e ciò – come si è ampiamente accennato nel corso del presente contributo – in quanto non si può estinguere un debito ereditario se non da colui che agisce quale erede. D'altra parte, nell'ipotesi in cui il chiamato adempia al debito ereditario con danaro proprio non esclude automaticamente che quest'ultimo possa, comunque, accettare l'eredità.

Vi è poi la questione se, quanto pagato dal ricorrente allo zio paterno, corrisponda all'adempimento di un debito del *de cuius*, ovvero al mero adempimento di obbligazione naturale, come tale non tramissibile *mortis causa*; in ogni caso, il ricorrente medesimo non ha provato in alcun modo di avere pagato con danaro appartenente all'asse ereditario. Con riferimento ai possibili profili d'interconnessione realizzabili tra i poteri del chiamato all'eredità di cui all'art. 460 c.c. e l'eventuale pagamento, da parte del chiamato, dell'obbligazione naturale del *de cuius* giova precisare, quindi, come l'obbligazione naturale non sia trasmissibile a causa di morte, in quanto rinviene la propria fonte in obblighi di tipo morale e sociale⁽¹⁴⁰⁾: pertanto i giudici di legittimità, confermando quanto già deciso nei precedenti gradi di giudizio, nel precisare come il pagamento

⁽¹⁴⁰⁾ Con riferimento all'obbligazione naturale, cfr. Cass., 18 maggio 2011, n. 15301, in *Riv. notariato*, 2012, p. 106, con nota di G. MANIGLIO, *L'intramissibilità mortis causa dell'obbligazione naturale*, secondo la quale l'obbligazione naturale non è trasmissibile per via di successione *mortis causa* in quanto, non avendo giuridicità prima e fuori dell'adempimento, non ha carattere patrimoniale, né fa parte del coacervo di diritti e obblighi nei quali subentra l'erede, senza che possa rilevare in contrario un'eventuale promessa di pagamento, non essendo quest'ultima, in ogni caso, idonea a trasformare un'obbligazione naturale in un debito giuridicamente vincolante; conf. Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1828, la quale ribadisce i medesimi concetti riguardo al mantenimento del convivente *more uxorio*, aggiungendo come l'erede possa comunque assolvere, a fronte dei principi etici e sociali, in via originaria ad una sua propria obbligazione naturale sorta di riflesso, in dipendenza di quella del *de cuius* e del rapporto di successione.

effettuato dall'attore sia riferibile ad una situazione giuridica non trasmissibile agli eredi, lasciano comunque intendere come, anche ove fosse stata pagata con danaro ereditario, avrebbe comunque dato adito a dubbi in merito alla configurabilità di una accettazione di eredità, e rigettano il ricorso a fronte della carenza probatoria in sede di escussione testi, non avendo questi ultimi fornito chiari e univoci elementi riguardo all'ascrivibilità del danaro dall'attore usato per pagare detta obbligazione naturale e rimanendo l'incertezza, quindi, in ordine alla natura personale ovvero ereditaria del danaro medesimo. Secondo la S.C. correttamente la Corte d'Appello ha, in particolare, ritenuto del tutto assente «ai sensi e per gli effetti dell'art. 527 c.c., la prova della sottrazione o dell'occultamento da parte dell'attore di beni mobili ereditari», in modo tale che potesse ingenerarsi, in capo al chiamato, l'accettazione dell'eredità. Infatti, il pagamento di debiti ereditari costituisce atto di accettazione tacita nella sola ipotesi in cui avvenga con danaro prelevato dall'asse ereditario; ove, al contrario, il danaro risulti essere proprio dell'erede, detta automaticità non sussiste considerato che è consentito, nel nostro ordinamento, che un soggetto terzo effettui, con danaro proprio, il pagamento di un debito *ex art. 1180 c.c.* Tale adempimento del terzo *ex art. 1180 c.c.*, quindi, lungi dal costituire indice rilevatore di volontà certa di accettare l'eredità, non può determinare l'assunzione della qualità di erede in capo al chiamato *ex art. 476 c.c.*

Altro profilo che correttamente sottolinea la corte di legittimità è quello del mancato rinvenimento, tra gli atti compiuti dal ricorrente nel lasso temporale compreso tra l'apertura della successione del padre e la rinuncia, di elementi tali da rendere applicabili, nella fattispecie, gli artt. 478 e 527 c.c.: infatti, «vi sarebbe stato margine perché la rinuncia all'eredità che in data 27.11.1986 ebbe ad effettuare, potesse esser riconosciuta inefficace e *tamquam non esset*, solo se ed in quanto si fosse, in primo luogo, acquisita conferma del compimento da parte dello stesso ricorrente, ovviamente nell'esiguo lasso temporale» citato, «di atti valevoli come accettazione dell'eredità a lui delata [...] solo se ed in quanto, in secondo luogo, fosse stato possibile ascrivere la rinuncia del ricorrente nel solco delle astratte prefigurazioni di cui all'art. 478 c.c., solo se ed in quanto, infine, fosse stata acquisita conferma del compimento di atti rilevanti *ex art. 527 c.c.* In questi termini, [...] correttamente il giudice di secondo

grado ha provveduto a verificare il riferimento cronologico delle risultanze istruttorie e ad acclararne puntualmente la posteriorità rispetto alla data del 27.11.1986». Infatti, può dirsi inefficace la rinuncia all'eredità solo nell'ipotesi in cui, tra l'apertura della successione del *de cuius* e la sottoscrizione della rinuncia il rinunziante compia atti che, secondo il legislatore, possano definirsi come indicativi ovvero impositivi di accettazione tacita; non possono, al contrario, considerarsi rilevanti gli atti successivi alla rinuncia, la cui rilevanza è circoscritta al caso in cui siano suscettibili di determinare, in presenza dei relativi requisiti, la revoca della rinuncia di cui all'art. 525 c.c.

In sintesi, si è verificato il pagamento di un'obbligazione naturale del *de cuius*, e tuttavia la S.C. accosta, alla natura dell'atto e all'intensità del comportamento tenuto dal chiamato all'eredità quale ulteriore indice rilevatore dell'avvenuta accettazione tacita, l'elemento temporale relativo all'unico accordo divisorio concretamente provato in giudizio, nonché la provenienza dei beni che hanno formato oggetto di pagamento della citata obbligazione naturale del defunto.

I giudici di legittimità, quindi, esprimono in proposito alcuni principi: *a)* la mancata applicabilità del 2° comma dell'art. 1362 c.c., norma di precipua applicazione all'ambito contrattuale che impone, all'interprete, una valutazione del negozio giuridico in relazione al comportamento tenuto dalle parti in epoca successiva alla conclusione del medesimo, e ciò in quanto, in tema d'inefficacia della rinuncia all'eredità, deve necessariamente tenersi in considerazione la priorità temporale di eventuali atti importanti accettazione implicita, rispetto alla rinuncia; *b)* la mancata riferibilità ad atti dispositivi, pregressi rispetto alla rinuncia, che risultino contrastare con la rinuncia all'eredità, non essendo stata provata in alcun modo, in giudizio, l'esistenza dell'accordo divisorio intervenuto tra gli eredi prima della rinuncia del ricorrente, nessun valore potendo assumere, del resto, l'altro accordo divisorio che, pur provato, risulta di molto posteriore alla rinuncia; *c)* la mancata ascrivibilità, del pagamento transattivo dell'obbligazione naturale del *de cuius*, ad un atto incompatibile con la volontà di rinunciare all'eredità, non essendo mai stato provato in giudizio che il ricorrente si sia avvalso, nell'esecuzione della prestazione, di beni appartenenti all'asse ereditario.

La sentenza del 2014 si conferma, pertanto, un importante spunto per affrontare alcuni aspetti fondamentali concernenti l'accettazione tacita di eredità.

La rinuncia all'eredità costituisce negozio giuridico il cui effetto è quello di valere sempre, indipendentemente dal titolo con cui risulti devoluta l'eredità: come ogni negozio giuridico, anch'essa può essere annullata o dichiarata nulla per incapacità del rinunciante e/o per violazione di norme imperative di ordine pubblico e buon costume. Come si è visto, il legislatore prevede anche una accettazione non formale – quindi tacita – ove si sia in presenza del compimento di determinati atti dai quali possa desumersi l'accettazione o, quanto meno, dai quali derivi l'accettazione; così come esistono d'altra parte atti che, anche se denominati in termini di «rinuncia», sono considerati come di «accettazione».

Il riferimento va, nella fattispecie in commento, agli atti previsti dagli artt. 527 e 478 c.c.

L'art. 527 c.c. dispone che «I chiamati all'eredità, che hanno sottratto o nascosto beni spettanti all'eredità stessa, decadono dalla facoltà di rinunziarvi e si considerano eredi puri e semplici nonostante la loro rinuncia»: sottrazione od occultamento di beni ereditari possono essere interpretati, infatti, quali atti rientranti nell'ambito dei poteri di gestione dei beni da parte del proprietario, proprio come nel caso in cui l'erede, al fine di pagare i debiti del *de cuius*, prelevi delle somme dal patrimonio ereditario.

D'altra parte, nel caso di cui all'art. 478 c.c. il legislatore determina che, in presenza di rinuncia a favore solo di alcuni dei chiamati (gratuite od onerose) e/o di rinuncia dietro corrispettivo verso tutti o parte dei chiamati, la rinuncia ai diritti di successione debba considerarsi, in ogni caso, quale accettazione dell'eredità.

A fronte della evidente incompatibilità tra accettazione e rinuncia, tuttavia, una volta intervenuta l'accettazione (in qualsiasi modo effettuata, quindi anche per sottrazione dei beni ereditari, o anche per rinuncia dietro corrispettivo) non può esserci più rinuncia vera e propria e, se effettuata, è da ritenersi priva di effetto; al contrario – come nel caso di specie – una volta intervenuta la rinuncia vera e propria non può esservi accettazione, sia in maniera espressa, sia per sottrazione dei beni ereditari ovvero per rinuncia dietro corrispettivo.

VITTORIA IMMACOLATA ARCOVIO ^(*)

HOMOSEXUALITE ET NON-DISCRIMINATION: L'EXHORTATION DE L'UE

«Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.
Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir
les uns envers les autres dans un esprit de fraternité».
- Article 1 Déclaration universelle des droits de l'homme, Paris 10 décembre 1948 -

ABSTRACT: The European Union during the developing of its legal framework realised a new analysis of the juridical concept of *status*, because to be EU citizens means free circulation of individual legal condition. This paper aims to analysis the condition existent for homosexual, finally now under the EU legal system no more individual *status* that recall in its name historical discrimination.

SOMMAIRE: 1. Citoyenneté européenne et *status* du citoyen homosexuel. — 2. Famille et homosexualité: le contexte français et le contexte italien. — 3. Homoparentalité et libre circulation dans l'UE. — 4. Premières conclusions.

1. — *Citoyenneté européenne et status du citoyen homosexuel.*

L'une des originalités de la construction européenne est le rôle important qu'elle confère aux citoyens. Normalement, dans les organisations internationales classiques, seuls les Etats sont directement concernés par les décisions adoptées (comme par exemple aux Nations Unies). Dans l'Union européenne, les citoyens ont une reconnaissance juridique propre, à côté des Etats. La notion de citoyenneté européenne a été introduite par le traité de Maastricht en 1992. La citoyenneté européenne complète la citoyenneté nationale sans la remplacer. Ainsi, toute personne ayant la nationalité d'un

^(*) Università degli Studi di Perugia.

Etat membre est automatiquement reconnue citoyenne de l'Union. C'est une citoyenneté dite "de superposition".

Les droits liés à la citoyenneté européenne s'insèrent dans le cadre de la politique européenne de liberté, de sécurité et de justice. Cet ensemble de mesures vise à instaurer un espace au sein duquel est garantie la libre circulation des personnes, avec toutes les mesures appropriées pour leur assurer sécurité et justice.

Mais, il est difficile d'identifier précisément qui est l'*homo europeus* pour plusieurs raisons.

La première tient à ce que l'identité européenne de l'individu n'est perçue comme subsidiaire. L'individu se sent en priorité révéler d'une appartenance nationale qui continue de façonner principalement ses attaches, ses préférences, son mode de vie, sa culture, sa vision du monde et sa conception de ce qui est bon. Ce n'est en général que de façon secondaire qu'un sentiment de relevance à l'égard de l'Union européenne peut être éprouvé qui, en tout état de cause, et pour reprendre la formule bien connue de la citoyenneté européenne, s'ajoute à l'identité nationale et ne la remplace pas⁽¹⁾. La deuxième raison tient à ce que la formation d'une identité européenne est souvent considérée comme le fruit d'un processus autoritaire, et non volontaire. Pour beaucoup, l'intégration européenne est plus considérée comme subie que véritablement choisie. Les conséquences qui découlent de la construction européenne sur les modes de vie sont fréquemment vécues comme intrusives, négatrices des éléments qui font l'identité. La troisième raison, et il en a sûrement d'autres, tient à ce que l'identité européenne ne peut être que fragmentaire. Projet d'intégration partielle, l'Union Européenne n'a pas pour ambition de pénétrer l'ensemble des sphères d'intervention dont la répartition est désormais figée dans une logique fédérale⁽²⁾. En demeure notamment exclue la redistribution sociale⁽³⁾, maintenant au niveau national

⁽¹⁾ J.M. FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Ed. Di Cerf, 2006, p. 215.

⁽²⁾ Articles 2 et s. TFUE.

⁽³⁾ Article 153 §4 TFUE.

la définition d'un modèle de justice sociale qui détermine très largement le cadre du sentiment d'appartenance à une collectivité. Bien souvent incapable de forger son propre modèle de vie commun autrement que par démantèlement des cadres étatiques d'intervention, l'Union Européenne demeure vouée à n'être qu'un projet incomplet dans lequel l'individu ne saurait s'identifier totalement. Perçue comme subsidiaire, autoritaire et fragmentaire, l'identité individuelle est difficile à saisir au point qu'il est autorisé de douter qu'elle en soit vraiment une⁽⁴⁾.

L'année 2013 a été déclarée dans l'Union européenne «année du citoyen européen», au moment même où la citoyenneté de l'Union atteint symboliquement l'âge de vingt ans. À vingt ans, on sort de l'adolescence, sans être encore un adulte. Peut-être est-ce là la caractéristique actuelle de la citoyenneté européenne: un manque de maturité, et encore tout à prouver.

Il y a vingt ans quand la citoyenneté européenne fut instituée dans le Traité de Maastricht, il s'agissait de répondre à l'objectif fixé à l'article B (devenu article 2 dans les traités ultérieurs): «*renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de ses États membres par l'instauration d'une citoyenneté européenne*». Depuis, les ambitions se sont réduites. La citoyenneté n'est plus mentionnée en tant que telle dans le Traité de Lisbonne. Elle est là, certes, mais en creux, dans une formule qui promet aux «*citoyens*» «*un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène*». On a renoncé à la formule large et généreuse «*protection des droits et des intérêts des ressortissants de ses États membres*».

La notion de citoyenneté est polysémique, a fortiori, quand elle est européenne; elle peut être appréhendée largement ou restrictivement. Selon S. Strudel, dans une acception large «*la citoyenneté européenne, mais aussi la citoyenneté de l'Union, désignent les ressorts et potentialités de l'engagement civique de tous les ressortissants communautaires, ainsi que leurs identifications en tant que sujets politiques*

⁽⁴⁾ E. DUBOUT, *L'identité individuelle dans l'Union européenne: à la recherche de l'homo europæus*.

de l'Union européenne»⁽⁵⁾. En 2001 dans l'arrêt *Grzeleczyk*, la Cour de justice énonçait, dans une formule – incantatoire – continuellement reprise depuis, que «le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres».

L'évidente nécessité de consacrer un tel statut aux ressortissants communautaires s'était imposée lors de la Conférence intergouvernementale de 1991: l'ambitieux projet de la nouvelle Europe, de la création d'une Union européenne, plus politique qu'économique, ne pourrait se réaliser sans une forte adhésion populaire. On peut à cet égard se demander si la citoyenneté est un enjeu autonome ou bien si elle n'a été qu'un instrument permettant de servir les intérêts de l'Union politique, en lui conférant l'onction démocratique⁽⁶⁾. Quoiqu'il en soit, il fallait rechercher un instrument efficace d'accroissement du sentiment d'appartenance à l'Union et, en même temps, de renforcement de sa légitimité. L'instauration d'une citoyenneté créant un lien direct entre l'Union et l'individu, apparaissait comme apte à répondre à ces deux objectifs. «*Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes*» avait dit J. Monnet dans une formule restée célèbre.

L'institutionnalisation de ce nouveau statut juridique visait ainsi à renforcer et à développer l'identité européenne et à permettre aux citoyens de l'Union de participer davantage au processus d'intégration. Présentée par le Traité de Maastricht comme un des objectifs de l'Union, la citoyenneté européenne a été comprise, par la doctrine, comme une réponse à la critique du déficit démocratique⁽⁷⁾. Désormais, les nationaux des États membres n'étaient plus de simples ressortissants communautaires, mais devenaient des citoyens, reconnus comme tels par les traités et surtout par le juge de l'Union. Pour les observateurs, cette novation essentielle est

⁽⁵⁾ S. STRUDEL, *Citoyennetés*, en C. BELOT, P. MAGNETTE, P. SAURUGGER, *Science politique de l'Union européenne*, Economica, 2008, pp. 175-195.

⁽⁶⁾ H. LABAYLE, *Vers une citoyenneté européenne? Le point de vue du droit communautaire*, P.A., n. 76, 24 juin 1992, p. 26.

⁽⁷⁾ P. MAGNETTE, *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, Bruxelles, De Boeck, 1997, pp. 145-165.

apparue comme l'un des indices majeurs de la constitutionnalisation du système communautaire⁽⁸⁾.

Mais cette vision théorique, globale et idéaliste doit être mise en perspective avec la vision plus restreinte, mais plus concrète de la citoyenneté européenne. Dans ce sens étroit, elle désigne et concerne les ressortissants communautaires migrants, installés dans un autre État membre. Ceux-là deviennent bénéficiaires de droits civils, politiques, sociaux, en plus de leur droit de circuler et de s'établir librement sur le territoire de l'Union européenne. Ce sont ces ressortissants communautaires qui vont revendiquer et exercer les droits attachés à cette citoyenneté d'un nouveau type⁽⁹⁾. Il faut avoir à l'esprit ces deux acceptions pour s'attacher à l'étude de la citoyenneté européenne.

Si, ensuite, est conçue la citoyenneté européenne comme «appartenant» à une communauté organisée (Union européenne) qui apporte avec elle une série de droits et de devoirs, il convient de se référer à d'autres types de «sous-statut» qui dérivent de la même nationalité européenne, mais ne bénéficient pas de la même protection et la même reconnaissance des droits⁽¹⁰⁾, non pas tant en référence à la famille, quel environnement le mieux adapté à la formation de la personnalité individuelle (concept toutefois ouvert à la critique pourquoi la fonctionnalisation de la famille à la protection de la personne est la démonstration la plus claire de la façon dont l'intérêt à la stabilité, à la cohésion et à l'unité familiale émotionnelle et sentimentale va attribuer directement et individuellement à ses membres), mais parce que ses membres qu'elle (la famille) définissent inévitablement *status* en termes de simples «qualités personnelles» et, par conséquent, la «manière d'être» du sujet suite à la situation juridique complexe qui normativement lui concerne⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ D. SIMON, *Les droits du citoyen dans l'Union européenne*, RUDH, 2000, vol. 12, p. 22.

⁽⁹⁾ N. FONTAINE, *La Charte des droits fondamentaux, un nouveau pas vers la reconnaissance et la défense des droits des citoyens de l'Union européenne*, en *Droit et patrimoine*, 1^{er} avril 2001, n. 92, pp. 28-32.

⁽¹⁰⁾ G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993.

⁽¹¹⁾ G. CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, en *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 204, selon lequel, en outre (p. 206), le *status* «comme l'expression d'une situation 'statique' ou 'd'être'».

On pourrait, par conséquent, assumer un nouveau statut, celui de «citoyen homosexuel».

Il est, cependant, l'opinion assez répandue que seulement à l'égard de la citoyenneté et de la discipline des relations familiales le terme «*status*» est utilisé de manière positive d'une manière compatible avec le signifié de la moderne doctrine romaine⁽¹²⁾, selon laquelle, comme on le sait, le statut dans le droit romain a défini la position juridique attribuée à la personne donnée la liberté des contraintes du personnel de la crainte (*status libertatis*), l'appartenance à la communauté politique (*status civitatis*) et, en fait, du rôle joué par la sphère de sa propre famille (*status familiae*).

ne est pas une relation, ni 'essentiel' ni 'spécial', bien que cette situation est exactement ce qui lie le détenteur au groupe organisé sa fondation. Ni est un droit individuel, ni le sexe, ni le genre absolu simple pour son (préssumé) appartenant à la personnalité: et cela parce que le statut ne est pas une situation de 'pouvoir', ce est plutôt tout le contraire de celui-ci, de ne pas confondre ni avec le droit de l'acheter ni, une fois qu'il a acquis, avec les droits (et devoirs) intégrer, en commençant par celle relative à sa protection, la position qu'il exprime et représente».

⁽¹²⁾ Dans cette théorie conduit en intégrant les trois cas *capitis deminutio* décrit par Gaius (Gai, 1, 159-162) avec la déclaration de Paul, selon lequel *tria enim sunt quae Habemus, libertatem civitatem familiam* (D. 4, 5, 11). On est, cependant, doute que le terme *status* a pris un valeur technique dans le droit romain, comme ils ne ont pratiquement aucune documentation dans les sources expressions concernant le *status libertatis, civitatis* et *familiae* (ainsi, R. ORESTANO, *Status libertatis, civitatis, familiae*, en *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 384). Au contraire, cependant, tout en reconnaissant que le terme *status* était dans le droit romain utilisé pour décrire une situation dans laquelle l'individu pourrait être, on est souligné que la conformité substantielle de la théorie sur les *status* de la réalité juridique de l'époque semble décrit par l'utilisation des concepts qui ont déjà été faites par Quintus Mucius Scaevola et par des juristes républicains (v. M. BALESTRI FUMAGALLI, *Persone e famiglia nel diritto romano*, en *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino, 1995, p. 445, qui rappelle Cic., *Top.* 4, 18 e 6, 29). Pour souligner «la théorie moderne des trois *status* ne trouve pas exacte reflète dans les sources romaines, mais dans le sens «que les Romains ne ont pas concevoir un *status libertatis*, distincte et séparée par le *status civitatis*», v. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1988, p. 51, qui croit que «la notion de *status* dans le droit romain doit être comprise comme la position juridique que l'individu prend en face de la communauté organisée dans l'État romain, c'est à dire l'ensemble des droits et des devoirs, dont le système juridique de l'État du reconnaît la capacité d'être un actif et passif, respectivement».

Aujourd'hui, l'orientation qui semble être apparaît plus répandue, cependant, enclin à penser que la notion de "status" se prête bien à désigner une qualité de l'objet qui découlent de l'appartenance à une communauté avec une certaine organisation, sans montrer une préoccupation excessive à la nécessité d'expliquer le fondement de cette croyance, et surtout son utilité en termes opérationnels⁽¹³⁾. Donc, il s'agit du statut de partenaire associé, statut professionnel, statut du patient et statut des consommateurs⁽¹⁴⁾.

Longue et fatigante était le chemin de l'évolution qui a progressivement pris des mesures pour libérer la reconnaissance des droits fondamentaux par la subordination du status⁽¹⁵⁾. Cependant, leur traitement n'a jamais cessé de remplir sa fonction originelle de «travail dans la classification du système juridique de la société, «on ressent utilise le concept de status comme» un expédient logique et un outil pratique disponible pour créer ou maintenir l'inégalité et les zones uniques de loi, mais pour diverses raisons, le plus différentes.

La pensée juridique contemporaine organise ainsi les droits des individus selon leur identité. L'identité représente, dans le même temps, une extension et une transformation totale des catégories ou des classes sociales et des minorités nationales à travers lesquelles la pensée sociale avait dissocié ce qui, dans la pensée classique, était un peuple homogène. Le concept d'identité et la série de concepts et de techniques à travers lesquels les identités pénètrent le droit, comme par exemple le concept de discrimination, ont été généralisés. L'identité est le fondement de la protection des droits à travers

(13) F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, en *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810 ss.

(14) G. CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, cit., p. 185 ss.

(15) P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, p. 26 ss. Qui mérite d'avoir jeté les bases d'un tel développement à la critique kantienne et, en particulier, l'affirmation selon laquelle «Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind [Personne est le sujet dont les actions sont susceptibles d'acte d'accusation]» (I. KANT, *Metaphysik der Sitten, Einleitung*, Königsberg, 1798, p. XXII). L'émergence progressive des idéaux de liberté au-delà des frontières de l'activité juridique de l'individu par le status qu'il a, est largement décrit par H.S. MAINE, *Ancient Law: its Connections with Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, 10^{me} ed., London, 1906, p. 172 ss.

la transformation de traits particuliers, qui distinguent les sujets qui les possèdent des autres, en autant de caractères essentiels, de manière à concilier les différences quand elles sont en conflit. L'identité est reconnue à travers des normes juridiques formelles qui tournent autour du principe d'égalité et de l'interdiction de la discrimination et qui sont liées à des critères par lesquels on détermine ce qu'il faut entendre par tolérance et dans quelle mesure elle peut être imposée.

Le second niveau d'interférence entre la question identitaire et le droit de la famille concerne le thème – aujourd'hui primordial et même prioritaire dans l'attention que lui accordent les tribunaux et le législateur – de la pluralité des modèles familiaux et de leur reconnaissance par le droit. Cohabitations non fondées sur le mariage, unions homosexuelles, familles monoparentales et célibat sont des sujets minutieusement examinés par les instances de décision qui en déterminent l'inclusion ou l'exclusion par rapport à ce que le droit définit comme famille. Le fait d'être à l'intérieur ou à l'extérieur de la famille détermine non seulement l'étendue des droits accordés aux personnes unies par une relation affective, mais aussi le degré d'acceptation sociale de ce type de relation et contribue à construire l'identité personnelle de celui qui vit la relation. Ne pas faire partie de l'une des familles reconnues par le droit dans un État est intrinsèquement discriminatoire, quel que soit le champ consenti par l'ordre juridique de cet État au principe de non-discrimination⁽¹⁶⁾.

Il est nécessaire, ici, de faire une référence explicite à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont les États ratifiant se sont engagés à reconnaître et garantir, à toute personne relevant de leur juridiction – pas seulement à ses citoyens – le respect des droits civils et politiques fondamentales tel que défini dans la Convention.

La Convention européenne des droits de l'homme, sous la forme de droits individuels, contient en elle les règles qui consacrent les «valeurs

⁽¹⁶⁾ M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, p. 52 ss.

fondamentales de la communauté des Etats contractants»⁽¹⁷⁾. Le C.E.D.H. apporte aux systèmes juridiques les normes juridiques *standards* pour la protection des droits dans ce garantis⁽¹⁸⁾. On reconnaît le caractère de subsidiarité⁽¹⁹⁾ de la Convention par rapport au système de la réglementation des États membres. La Convention sur les droits de l'homme et des libertés fondamentales, en fait, n'est pas née pour avoir une application uniforme dans les lois de plusieurs Etats qui ont signé le Traité⁽²⁰⁾. Le C.E.D.H. n'impose pas une solution commune à tous les pays membres. Indépendamment de leur citoyenneté, chaque individu en plus que d'être le bénéficiaire du système des droits et des libertés garantis par la Convention, est également autorisé à activer le mécanisme des garanties en règle⁽²¹⁾. Le choix a été de reconnaître aux individus le droit d'engager un pouvoir supranational afin de faire respecter le non-respect des obligations assumées par l'État souscripteur du traité, pour obtenir dans le même lieu la réparation du préjudice subi, la possibilité de recours à une procédure judiciaire internationale est certainement donné pleine valeur en termes de

⁽¹⁷⁾ Cfr. F.G. JACOBS, R.C. WHITE, *The European Convention on human rights*, Oxford, 1996, p. 20, que le but et la raison constitutive de la CEDH se trouve dans le désir de créer: «*an independent legal order for the protection of individuals*».

⁽¹⁸⁾ H. PETZOLD, *The convention and the principle of subsidiarity*, en R.ST.J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (cur.), *The european system for the protection human rights*, Dordrecht, 1993, p. 60 ss.

⁽¹⁹⁾ Le mécanisme prévu par la Convention qui permet à l'individu de faire appel directement à la Cour européenne a pour effet de créer un système de mise en œuvre des mêmes droits qu'il fournit. Cfr. M. DE SALVIA, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, dans J.F. FLAUSS, M. DE SALVIA, *La Convention européenne des droits de l'homme: développement récente et nouveaux défis*, Bruxelles, 1997, p. 69, pour le quel le C.E.D.H.: «*n'est pas, d'un point de vue technique, vraiment assimilable à une cour constitutionnelle. Mais il n'est pas totalement inconcevable qu'à l'avenir elle puisse encore se rapprocher davantage de cette variété de juridiction constitutionnelles*».

⁽²⁰⁾ S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia ed Inghilterra*, Napoli, 2007, p. 9.

⁽²¹⁾ L'art. 34 CEDH fournit le recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme; l'article 33 CEDH, prévoit, toutefois, la forme classique du point de vue de *interstatutale* d'appel international, où l'individu est seulement indirectement concernés.

diffusion et de socialisation des droits dont il se plaint des blessures. On préfère, donc, un concept de protection globale des droits garantis contre chaque Etat démocratique qui les viole.

Les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, dans leur quasi-totalité, sont caractérisés pour être conçu de telle manière à échapper à une définition trop précise de leur contenu. Son choix éditorial qui lui donne la tâche de circonscrire l'interprétation judiciaire, qui sera appelé à le faire à la lumière de l'affaire spécifique. La fonction des règles sur les droits fondamentaux, en fait, est de traduire les données relatives à la dignité de la personne humaine dans les états que, par leur nature même, ne peut être abstraite et générale. Cette abstraction inhérente à la définition des droits et des libertés fondamentales ne sont pas, cependant, synonyme de l'inexactitude supposée des règles qui stipulent. Les droits et libertés garantis par la C.E.D.H. sont préparés et pensés si pour constituer des paramètres réels de l'évaluation, qui permettent de mesurer les valeurs dont le Traité est porteur⁽²²⁾.

L'expression *droit fondamentale* exprime la richesse sémantique qui le distingue, aussi bien des fondements éthiques que des aspects juridiques d'une société⁽²³⁾. Les Constitutions sont annonciatrices de positions individuelles, les droits de la liberté, des droits absolus, des situations subjectives juridiques de avantage qui régulent de manière significative les relations entre mêmes filiales⁽²⁴⁾. Entre ceux-ci, les droits fondamentaux⁽²⁵⁾ appartiennent

⁽²²⁾ V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Roma-Perugia, 2010, p. 21.

⁽²³⁾ G. PECES BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, pp. 23-24.

⁽²⁴⁾ Cfr. F.S. MARINI, *I diritti fondamentali della C.E.D.U. e della Carta dell'Unione Europea come diritti pubblici soggettivi*, en A. D'ANTENA, P. GROSSI (a cura di) *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, pp. 51-69.

⁽²⁵⁾ A' partir de la Révolution française sur la valeur et la dignité de l'individu sont le point de départ pour l'élaboration d'instruments pour la protection des droits et libertés au sein de l'Etat de droit. La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 proclame le caractère universel et absolue des droits de l'homme et du citoyen, en tant que tel est le détenteur des droits de la liberté, égalité et de la propriété.

à tout être humain parce que “personne”, et pas nécessairement un citoyen ou un sujet qui a la capacité d’agir⁽²⁶⁾.

Dans la définition actuelle des droits fondamentaux on ignore la nature des intérêts et des besoins protégées. La référence est le caractère absolument universel dans leur acte d’accusation. La catégorie de personnes qui sont propriétaires, selon la reconnaissance juridique de leur même propriété, est classée comme général et “cosmopolite”. Les droits fondamentaux sont tels qu’ils réalisent leurs reconnaissance dans le système juridique des normes fondamentales. Les droits subjectifs qui ont ce *status* ont une force juridique qui ne peut pas être acquis autrement⁽²⁷⁾. La particularité des droits fondamentaux est dans leur capacité à introduire de nouvelles exigences dans le système qui les intègre et qui les transforme⁽²⁸⁾.

2. — *Famille et homosexualité: le contexte français et le contexte italien.*

Le droit de se marier et de fonder une famille, le respect de la vie familiale et la protection de la vie privée représentent en effet des manifestations de la liberté individuelle et ont toutes trouvé une grande place dans les constitutions les plus récentes.

Cette perspective qui est désormais amplement partagée – dans le modèle allemand, le mariage et la famille ont été distingués par l’article 6 – reflète surtout l’évolution de la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour, dans laquelle le mariage perd de plus en plus son rôle exclusif pour la fondation d’une famille. Les cours ont maintenu un lien direct ou indirect avec le cadre européen, en donnant lieu à un paramètre constitutionnel «élargi» – construit à travers la synthèse et l’intégration entre différentes sphères normatives (étatiques et supranationales) qui peuvent être super-

⁽²⁶⁾ G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., 1993.

⁽²⁷⁾ G. PALOMBELLA, *L’autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma, 2002, p. 23.

⁽²⁸⁾ V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, cit., p. 37.

posées partiellement sans pour autant coïncider –, sans toutefois exclure la possibilité de tenir compte des exigences nationales spécifiques.

La référence est faite au droit de fonder une famille qui, en combinaison avec une telle protection, peut aller bien au-delà du droit d'être libre ; elle peut se référer à une pluralité et à une diversité des relations familiales. Dans la perspective des droits sociaux dont la réalisation est demandée à l'État, la famille placée sous la protection de l'État n'est pas seulement la famille légitime; au contraire, la protection est parfois reconnue aux individus en fonction de leurs rôles et de leurs identités. Plusieurs constitutions contemporaines ont transformé en exigence de niveau constitutionnel la protection de la maternité et de l'enfance, de la maternité et de la paternité ou de la qualité de parent, mère, père et enfant. Le cadre qui en ressort forme ainsi un ensemble cohérent avec celui de la Charte des droits qui constitue, à ce titre, une nouvelle étape vers l'émergence d'un modèle européen. En effet, la formulation de l'article 9 de la Charte de Nice, selon lequel *«le droit de se marier et le droit de constituer une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice»*, ne contient pas seulement une confirmation ultérieure de l'autonomie des législateurs nationaux, mais il est possible d'y voir aussi une évolution plus significative par rapport au modèle de la Convention européenne⁽²⁹⁾.

Dans cet article, il s'agit de rendre compte de l'étude comparée du mariage homosexuel et ses configurations normatives, en particulier la présence d'une loi sur le «mariage pour tous» en France et l'absence d'une loi en Italie.

Après un sinueux et périlleux parcours devant les juridictions et institutions de la République française, le droit français ouvre désormais le mariage aux couples de personnes de même sexe. Les vifs et riches débats soulevés par une telle évolution ont mis en lumière nombre de questions complexes, dont les implications législatives, constitutionnelles et conventionnelles sont multiples. C'est au nom de l'égalité des droits que ce projet pour que le mariage – jusqu'alors réservé aux couples de personnes de sexes différents – soit ouvert aux couples de personnes de même sexe. Une proposition de loi

⁽²⁹⁾ M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 97 ss.

enregistrée le 24 juillet 2012, «*visant à ouvrir le droit au mariage à tous les couples, sans distinction de sexe ni de genre*», avait déjà été présentée à l'Assemblée nationale par Marie Georges Buffet. C'est cependant le projet de loi présenté à l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012 par Christiane Taubira, au nom du Premier Ministre, qui a été soumis à la procédure législative. Adopté à 329 voix contre 299, le 12 février 2013 à l'Assemblée nationale, après des auditions en commission des lois et deux semaines de débats (du 29 janvier au 12 février 2013), le projet de loi a ensuite été adopté par le Sénat le 12 avril, à la suite d'une série d'auditions et d'une semaine de débat (du 5 au 21 février). Après une seconde lecture à l'Assemblée nationale, le projet de loi dit «*Taubira*» a définitivement été adopté par 331 voix contre 225 le 23 avril 2013 et validé par le Conseil constitutionnel le 17 mai 2013, journée internationale de lutte contre l'homophobie⁽³⁰⁾.

Alors que les juges constitutionnels avaient déjà été confrontés à la question de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur ne s'était encore jamais prononcé sur la question. Mais, bien que ce projet de loi ait été attendu, notamment au regard des positions jurisprudentielles sur la question, le processus législatif n'a pas été sans difficultés. Après un contrôle précis de la constitutionnalité de la loi, examinant les nombreux griefs invoqués par l'opposition, le Conseil constitutionnel a validé l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe, avec une réserve rappelant la nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'enfant lors des procédures d'agrément des couples adoptants, qu'ils soient ou non de même sexe⁽³¹⁾.

Jusqu' à ce jour, aucune juridiction française n'avait étendu les dispositions juridiques relatives au mariage aux couples de même sexe. S'agissant des juridictions judiciaires, l'affaire du mariage célébré le 5 juin 2004 entre deux hommes par le maire de Bègles, Noël Mamère, a été l'occasion pour la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13

⁽³⁰⁾ CC, Décision n. 2013-669, en DC du 17 mai 2013.

⁽³¹⁾ E. FONDIMARE, L. MARGUET, *La longue épopée juridique vers l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe*, en *Lettre «Actualités DroitsLibertés»* du CREDOF, 21 mai 2013.

mars 2007, d'interpréter les dispositions du Code civil relatives au mariage comme interdisant ce type d'union à deux personnes de même sexe. Ainsi, les juges de la première Chambre civile ont retenu une conception hétérosexuelle du mariage, en affirmant que «selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme»⁽³²⁾, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 19 avril 2005.

Les juges de la Cour d'appel avaient en effet associé la notion de mariage à celle de famille, l'institution matrimoniale visant selon leur interprétation à la procréation et à la filiation: «le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, afin de fonder une famille appelée légitime, la notion sexuée de mari et femme étant l'écho de la notion sexuée de père et mère. Cette différence de sexe constitue une condition de l'existence du mariage»⁽³³⁾. Les requérants avaient invoqué qu'il n'existait dans le Code civil aucune définition du mariage explicitement articulée autour de la différence de sexe. On peut en effet admettre que les termes «mari» et «femme» de l'article 75 du Code civil pourraient être interprétés comme renvoyant non pas à un homme et une femme définis biologiquement, mais à des rôles sociaux dont sont investis les époux lorsqu'ils se marient. De même, quand l'article 144 du Code civil mentionne la condition d'âge de l'homme et de la femme pour contracter mariage, cela ne signifie pas forcément que ce mariage est célébré entre eux. Mais cette interprétation des articles du Code civil n'a pas été retenue par les juges civils.

Par ailleurs, ces derniers n'ont pas estimé, comme le soutenaient les requérants, que cette exclusion des couples de personnes de même sexe méconnaissait le droit de se marier et le droit à une vie familiale normale, garantis notamment par les articles 12 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, interdite par l'article 14 de la même Convention. Selon les juges, la différence de traitement juridique est justifiée par la différence de situation qui existe entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, en ce que «la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent [...]

⁽³²⁾ Cass. 1^{ère} civ. ,13 mars 2007, n. 516.627.

⁽³³⁾ CA Bordeaux, 19 avril 2005, n. 04/04683, en *Recueil Dalloz* 2005, n. 25, p. 1687.

la distinction résultant de cette spécificité est objectivement fondée, justifiée par un but légitime, et respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé». L'interprétation du Code civil selon laquelle le mariage est uniquement l'union d'un homme et d'une femme ne contredit donc pas, d'après les juges civils, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. S'agissant de la conformité de cette interprétation des articles 75 et 144 du Code civil à la Constitution française, la première Chambre civile de la Cour de cassation a saisi le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité par un arrêt du 16 novembre 2010. Il était alors question de déterminer si la conception hétérosexuelle du mariage méconnaissait le principe d'égalité, prévu notamment à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la liberté du mariage, reconnue par le Conseil comme liberté fondamentale composante de la liberté individuelle par la décision du 13 août 1993 et le droit de mener une vie familiale normale qui résulte du dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946. Dans sa décision du 28 janvier 2011, le juge constitutionnel a estimé que l'impossibilité actuelle pour deux personnes du même sexe de se marier n'était pas contraire aux principes invoqués, en retenant une conception limitée du principe d'égalité⁽³⁴⁾.

En effet, selon une interprétation du principe désormais traditionnelle: *«le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général*». Ainsi, le principe d'égalité impose que les personnes placées dans des situations similaires bénéficient d'un traitement juridique identique, mais cette obligation de traitement identique ne s'impose pas dès lors que le législateur estime que les personnes sont placées dans des situations différentes. Dans sa décision du 28 janvier 2011, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si le traitement juridique différencié des couples homosexuels et des couples hétérosexuels, s'agissant de leur droit de se marier, constituait ou non une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, c'est

⁽³⁴⁾ Cons. Const., 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre*, n. 201092 QPC, considérant 5, en *ADL* du 28 janvier 2011.

à dire, une différence de traitement illégitime. Le Conseil n'a pas appliqué le principe d'égalité, car il a jugé que le législateur (ou plutôt l'interprétation de l'intention du législateur par les juridictions civiles) était compétent pour apprécier la différence de situation entre les couples.

Le Conseil constitutionnel avait néanmoins la possibilité d'appliquer le principe d'égalité au moins de deux autres façons, qui auraient conduit à un contrôle accru de la légitimité de la différence de traitement. D'une part, les membres du Conseil auraient pu considérer qu'il n'y avait aucune différence de situation appréciable entre les couples de personnes de même sexe et les couples de personnes de sexes différents, mais que le législateur pouvait déroger au principe d'égalité, pour des motifs d'intérêt général. Les juges auraient dans ce cas procédé à un contrôle de proportionnalité entre d'une part, l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe pour des motifs d'intérêt général, et d'autre part, l'interdiction de traiter différemment des personnes placées dans une situation similaire. D'autre part, ils auraient pu estimer qu'il n'y avait aucune différence de situation appréciable entre les couples hétérosexuels et homosexuels, et que le principe d'égalité imposait la reconnaissance du droit de se marier aux seconds. Mais dans sa décision du 28 janvier, le Conseil constitutionnel n'a pas procédé à un contrôle aussi approfondi au regard du principe d'égalité, et a simplement renvoyé au législateur la question de la légitimité de la différence de traitement entre les couples⁽³⁵⁾.

De la même façon, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'au regard de l'absence de consensus sur cette question, l'autorisation ou l'interdiction du mariage entre les personnes de même sexe relevait de la marge d'appréciation des États parties à la Convention⁽³⁶⁾. Sur la question de l'application de l'article 12 de la Convention aux couples de personnes de même sexe, la Cour a considéré que «*le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme*

⁽³⁵⁾ Sur l'adoption au sein d'un couple homosexuel, v. aussi Cons. Const., 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, n. 201039 QPC, considérant 5, en *ADL* du 10 octobre 2010.

⁽³⁶⁾ Cour E.D.H., 1e Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. N. 30141/04, en *ADL* du 24 juin 2010.

n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes», mais n'impose pas l'obligation de garantir ce droit aux couples de personnes de même sexe. En effet, *«la Cour observe que le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre»*. La Cour a ici clairement renvoyé la question de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe aux autorités nationales. Concernant l'appréciation de la violation du principe de non-discrimination de l'article 14 de la Convention, combiné avec le droit à une vie familiale normale prévu à l'article 8, la Cour a estimé que si le traitement différencié fondé sur l'orientation sexuelle est en principe interdit, il peut être néanmoins justifié de façon objective et raisonnable, s'il poursuit un but légitime ou s'il conduit à un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Mais cette possibilité de déroger au principe de non-discrimination n'a pas vocation à jouer dans la mesure où elle s'applique aux personnes ou aux couples qui sont dans une situation similaire. Or, la Cour énonce que *«les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitements»*. En somme, le principe de non-discrimination ne s'applique qu'à des situations similaires, et c'est au législateur national et non pas au juge européen, de déterminer si les couples homosexuels et hétérosexuels se trouvent ou non dans une situation similaire⁽³⁷⁾. Mais au delà de la question de l'existence d'une différence de situation entre les couples, la Cour affirme qu'il n'y avait de toute façon pas de différence de traitement substantielle entre les couples homosexuels et hétérosexuels s'agissant du droit de mener une vie familiale normale, car *«la loi sur le partenariat enregistré donne aux requérants la possibilité d'obtenir un statut juridique équivalent ou similaire au mariage à de nombreux égards»*. Il aurait fallu invoquer la violation du principe de non-discrimination au regard du droit de se marier prévu à l'article 12

⁽³⁷⁾ *Comp.* à Cour E.D.H., G.C. 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n. 19010/07, en *ADL* du 26 février 2013: à propos de l'adoption, la Cour a récemment jugé que les couples hétérosexuels et homosexuels non mariés se trouvaient dans une situation similaire.

de la Convention pour arguer d'une différence de traitement substantielle entre les couples homosexuels et hétérosexuels. Mais ce moyen n'aurait pas pu aboutir, puisque la Cour avait déjà conclu à la non violation de l'article 12 de la Convention. Ces exemples jurisprudentiels attestent d'une réticence des juridictions françaises et européennes quant à l'ouverture du droit de se marier aux couples de personnes de même sexe. Les juges constitutionnels et européens ont ainsi considéré que la question relevait d'un choix de société et devait par conséquent être tranchée par le législateur, sur la scène politique, et non devant les juridictions. Dès l'instant où les juges ont estimé que la question de savoir si les couples de personnes de même sexe et les couples de personnes de sexes différents se trouvent ou non placés dans une situation similaire revenait non pas au juge mais au législateur, seul ce dernier est dans la mesure de faire évoluer le traitement juridique des couples de même sexe concernant le droit de se marier. Ces prémisses jurisprudentielles ont dès lors abouti à l'élaboration du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, présenté par la Garde des Sceaux, Christine Taubira, Ministre de la justice, le 7 novembre 2012 et devenu la loi n. 2013/404 le 17 mai 2013, jour de sa promulgation. Celle-ci a abandonné la conception hétérosexuelle du mariage proposée par la Cour de cassation en 2007 comme interprétation du Code civil. Désormais, aucune différence de situation entre ces couples ne saurait justifier une différence de traitement juridique concernant le droit de se marier ou de ne pas se marier.

En Italie, la situation du mariage homosexuel c'est très différente ...

Le système du droit de famille du Code civil italien de 1942 italien, qui est restée en vigueur jusqu'en 1975, a été sans aucun doute caractérisé par des relations autoritaires et hiérarchiques entre les conjoints, dont les positions subjectives étaient la protections inégale en raison de règles juridiques, d'égalité juridique et morale des conjoints, déclarées, cependant, dans la Constitution⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nella Costituzione*, en *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, 4^a ed., Bologna, 1999, p. 15 ss.; M. SESTA *Il diritto di famiglia nella Costituzione*, en *Manuale di famiglia*, 3^a ed., Padova, 2009, p. 7 ss.

La lecture contextuelle des articles 29, 30 et 31 et des articles 2 et 3 définit le cadre de références normatives, il faut comprendre les sociétés naturelles comme une garantie constitutionnelle de respect pour l'autonomie de la famille, dans l'intérêt véritable de l'individu à commander avec un moyen original gratuit et libre, leurs relations familiales.

Pour ce qui concerne le contenu du principe d'interprétation de l'art. 29, celui-ci explique le principe selon lequel toute la loi dérive: sur le mariage de manière contraignante et exclusive de la famille, à la fois le mariage religieux transcrit et à la fois le mariage civil⁽³⁹⁾. C'est une loi contraignante, c'est à dire qu'il y a pas de famille sans mariage, droits et devoirs, pouvoirs et prérogatives, une société, par conséquent, n'est pas seulement naturelle mais aussi formelle et sacrée, sanctionnée par un ordre normatif dans lequel l'État, soit directement ou indirectement, a attribué des formes instituantes et fondantes.

Cette lecture de l'article 29, alinéa 1 de la Constitution semble, donc, exclure toutes autres configurations sociales, également fondées sur les relations de coexistence et de liens affectifs et durable entre l'homme et la femme et semble exclure toute forme de réglementation et la reconnaissance des égalités juridiques aux formes de cohabitation *more uxorio*.

Selon une orientation constante de la Cour constitutionnelle italienne, la famille fondée sur la cohabitation n'avait pas la même importance constitutionnelle que la famille fondée sur le mariage, c'est une réalité très différente et c'est seulement en partie comparable au schéma décrit par l'art. 29 de la Constitution⁽⁴⁰⁾.

Spécifiant la portée du significat de la formation sociale dans l'art. 2 de la Constitution, qui a été formé, au fil du temps, une ligne de pensée visant à atténuer les différences entre les modèles juridiques- normatifs de la famille traditionnelle et de la famille fondée sur la cohabitation. Depuis de la conférence de Pontremoli en 1975, il a commencé à se répandre l'opinion que la

⁽³⁹⁾ S. APREA, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, Milano, 2003, p. 7 ss.

⁽⁴⁰⁾ Corte cost. it., 14 avril 1980, n. 45, en *Foro it.*, 1980, I, c. 1565; Corte cost. it., 20 décembre 1988, n. 559, en *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 88 ss.; Corte cost. it., 26 mai 1989, n. 310, en *Foro it.*, 1991, I, c. 446; Corte cost. it., 18 janvier 1996, n. 8, en *Fam. e dir.*, 1996, p. 107.

protection constitutionnelle devrait reconnaître également la cohabitation *more uxorio*. En effet ce n' étaient pas dans le texte de la Constitution des règles de condamnation contre les sujets qui cohabitait, on pourrait trouver des raisons pour légitimer la famille mais de différentes manières.

Cette légitimité indirecte se réalise avec le travail sur l'article 2 de la Constitution, en référence aux formations sociales qui regroupent le pluralisme des structures de type familial, qui ignorent le mariage: «puis, si on analyse la doctrine qui interprète le concept de société naturel comme une organisation sociale, tel que la famille-société naturelle prévu par l'art. 29 de la Constitution. Cela rentre pleinement dans la formation décrite par l'article 2 de la Constitution»; il s'ensuit que le même article 29 de la Constitution serait une spécification du contenu principal de concept contenu par l'article 2 de la Constitution. Parce que l'élément qui unit et réunit la famille et les formations familiales et sociales est celui de la solidarité.

Aujourd'hui, la question se trouve dans un mouvement révolutionnaire qui, en raison de la réforme de 1975 et à travers les réformes dans le domaine de l'égalité des sexes, l'égalité des enfants légitimes et naturels⁽⁴¹⁾, égale distribution du pouvoir entre époux, le divorce et la séparation, l'avortement et la fécondation hétérologue⁽⁴²⁾ – avec exaltation de la liberté de choix de la

(41) Après l'entrée en vigueur de la loi n. 219 de 2012, visant à surmonter toute distinction restant entre enfants légitimes et naturels, a été publié le décret législatif n. 154 de 2013 qui, se produisant à la fois sur le Code civil que sur les lois spéciales, met en œuvre dans le principe de l'unicité du *status* de l'enfant. Le *principe directeur qui caractérise toute la nouvelle loi n. 219/2012 sur la filiation est la prévalence de l'enfant, en particulier si elle est inférieure, sur tout autre intérêt juridique pertinent qui est en conflit*. Même à une première lecture du texte et des amendements du Code civil, à les dispositions pour la mise en œuvre à les normes transitoires, émerge clairement l'intention du législateur de faire (enfin) l'égalité juridique efficace entre les enfants, qu'ils soient légitimes, naturels ou adoptifs: à cet égard - l'art nouveau 315 c.c. «*tous les enfants ont le même statut juridique*», quelle que soit la situation juridique à partir de laquelle ils sont nés.

(42) La Cour Const., arrêt du 10 juin 2014, n. 162 a déclaré que «la détermination d'avoir ou non un enfant, même pour le couple absolument stérile ou infertile, en ce qui concerne la sphère la plus intime de la personne humaine, ne peut être irrésistible, si d'autres valeurs constitutionnelles ne sont blessées» et à déclaré l'interdiction illégale sur les dispositions de fécondation hétérologues de loi n. 19 Février 2004, n. 40.

femme – voit un abandon de vieilles contraintes et dépendances, décrivant un modèle de famille plus proche et plus sensible à la famille non-matrimoniale; cette révolution doit, aujourd'hui, continuer en référence à la famille fondée sur la cohabitation, ce que la formation fondée par la solidarité, la continuité des liens affectifs et les relations de filiation, qui projection d'un phénomène social très répandu, qui se pose en ce qui concerne la libre expression du consentement et, donc, fondée sur un pacte de coexistence qui doit être reconnu et réglementé.

En outre, dans ce contexte, le principe de non-discrimination⁽⁴³⁾ devrait prévoir l'égalité des chances d'accès à la formalisation de la relation, indépendamment de l'orientation sexuelle des partenaires, avec le mariage ou autre forme similaire, comme, déjà, demandé par le Parlement européen, en Février 1994, avec la résolution sur l'égalité des droits pour les homosexuels⁽⁴⁴⁾. Les considérations générales «réitérent sa conviction que tous les citoyens doivent être traités de manière égale, indépendamment de leur orientation sexuelle»⁽⁴⁵⁾ qui s'adressent aux Etats membres qui demandent

⁽⁴³⁾ Le principe de non-discrimination est largement reconnu comme une manifestation du principe plus général de l'égalité: il se ensuit que, de façon substantielle, des situations similaires doivent être traités de manière égale, par contre, différentes situations méritent un traitement juridique différent; sinon, et en l'absence d'excuses raisonnables, le même traitement doit être considérée comme discriminatoire. Ces principes sont des éléments clés de la législation internationale sur les droits humains: en particulier, le principe de non-discrimination se trouve dans l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et dans l'art. 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et est régulièrement réaffirmé et précisé dans tous les instruments universels et régionaux de protection. En Europe, il est inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 stipule que «*la jouissance des droits et libertés énoncés dans la présente Convention doit être assurée, sans discrimination, notamment celles fondées sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou ceux d'un autre genre, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation*».

⁽⁴⁴⁾ Résolution sur l'égalité des droits pour les homosexuels dans la Communauté – (A3-0028/94).

⁽⁴⁵⁾ En particulier, «*estime que la Communauté européenne a le devoir, dans toutes les normes juridiques déjà adoptés et à adopter à l'avenir, de donner la réalisation du principe de l'égalité de traitement des personnes, indépendamment de leur orientation sexuelle; est également convaincu que la protection des droits de l'homme doit trouver une expression plus efficace dans les traités communautaires et invite par*

des interventions directes pour éliminer toutes les lois qui criminalisent et discriminent les relations sexuelles entre personnes du même sexe et de prendre des mesures positives visant à atteindre un résultat.

La condition pour la protection des couples homosexuels est alors double: d'une part, le concept de l'identité et de la communion de vie entre les personnes, fondée sur l'existence d'une relation amoureuse, d'assistance et de solidarité implique que ces unions doivent être inclus, en application de l'art. 2 de la Constitution, entre les formations sociales garantis par le système juridique italien; et d'autre part, l'absence de protection de ces rapports se traduit sous une forme illégale de discrimination qui viole les dispositions de l'art 21 de la Constitution et de l'art. 13 TEC.

Inconstitutionnellement c'est l'annulation automatique du lien du mariage, après la rectification du sexe de l'un des époux: elle a été établie par la Cour Constitutionnelle et l'arrêt du 11 Juin 2014 n. 170, prononcé à la suite de la référence faite par la Cour Suprême de Cassation dans le cadre d'un procès intenté par un couple marié, pour obtenir l'annulation de l'annotation de cessation des effets de l'obligation civile de mariage, que la maire avait apposée sur l'acte de mariage, et aussi l'annotation, sur ordre du Tribunal civil, de la rectification (du «masculin» à «féminin») du sexe de son mari, conformément à l'art. 4 de la loi n. 164 du 1982⁽⁴⁶⁾.

La Cour Suprême de Cassation, doutait de la solution de renouer avec l'arrêté de rectification du sexe du conjoint de de l'effet automatique de la dissolution du mariage peut atteindre un équilibre approprié entre l'intérêt

conséquent les institutions communautaires pour préparer dans le cadre de la réforme institutionnelle prévue pour 1996, la création d'un organisme européen qui peut assurer la mise en œuvre de l'égalité de traitement sans distinction de nationalité, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle ou d'autres caractéristiques».

⁽⁴⁶⁾ En particulier, la Cour Const. a été confronté à l'illégalité de «l'art. 4 de la loi n. 164 de 1982, en référant au principe constitutionnel de l'art. 3 de la Constitution, pour le régime juridique inégal injustifiée entre l'hypothèse de dissolution automatique, qui fonctionne ex lege, des dispositions des obligations du mariage prévus de cette norme par rapport à l'art. 3, quatrième alinéa, lettre g) de la loi 898 de 1970 et modifications ultérieures et les autres hypothèses énoncées dans cet article 3, sub. 1, lettre a, b, c) et sub 2», M. TOSETTI, dans http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche_asp/news_giuridica_15959.asp.

de l'Etat pour maintenir le modèle hétérosexuel du mariage et les droits acquis par les deux conjoints dans le contexte de la vie antérieure de couple, consistant dans le droit à l'autodétermination dans les choix relatifs à l'identité personnelle, y compris la sphère sexuelle qui ne constituait pas un caractère constitutif; le droit à la conservation de la dimension relationnelle existant, quand il prend le caractère de stabilité et de continuité propre du lien du mariage; dans le droit de ne pas être injustement victime de discrimination par rapport à tous les autres couples mariés, qui est reconnue la possibilité de choix pour le divorce; le droit de l'autre conjoint de choisir de continuer la relation conjugale.

La Cour Constitutionnelle a estimé qu'une telle situation «se pose, bien sûr, hors le modèle du mariage qui avec l'élimination de l'exige de l'hétérosexualité (essentielle pour le système italien), n'est pas simplement assimilée à une union de personnes du même sexe, parce que cela signifierait éliminer, dans le contexte juridique, des droits légalement clairs. Une expérience précédente, dans le contexte dans lequel le couple a gagné des droits et obligations réciproques, même de portée constitutionnelle qui sont liées au modèle du mariage mais qui ne sont pas, pour cette seule raison, tous nécessairement durables»⁽⁴⁷⁾.

Rappelant le précédent arrêt n. 138 de 2010, La Cour Constitutionnelle italienne constate que ce n'est pas pertinente de faire référent à les articles 8 et 12 de la C.E.D.H., tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. En vertu de la violation des articles 10, premier alinéa, et 117, premier alinéa de la Constitution, «[...] parce qu'en l'absence d'un consensus entre les différents Etats-nations sur la question des unions de même sexe, la Cour des droits de l'homme, sur l'hypothèse d'une marge d'appréciation reconnue entre eux, affirme la discrétion des Etats des formes nationales de protection pour les couples de personnes appartenant au même sexe».

⁽⁴⁷⁾ Le principe constitutionnel de référence identifiée par la Cour pour une évaluation correcte de l'affaire en question, ne est donc pas à l'art. 29 Const. appelé principalement en se référant tribunal - parce que la notion du mariage présumée par l'Assemblée constituante est lui-même visé au Code civil et qui se réfère expressément à la différence de sexe des fiancés.

La Cour a décidé, par conséquent, que la question préjudicielle à travers le recours à la notion de «formation sociale», art. 2 de la Constitution, au sein duquel «doit être contemplée même l'union homosexuelle, comprise comme une coexistence stable entre deux personnes du même sexe, qui a le droit fondamental de vivre librement dans un état de couple, qui ont réussi à obtenir - dans le temps, dans les moyens et dans les limites fixées par la loi - la reconnaissance juridique des droits et devoirs liés». La Cour a déclaré ainsi l'inconstitutionnalité des articles 2 et 4 de la Loi 14 du 14 Avril, 1982 n. 164 dans la partie où elle explique la non-nécessité de l'arrêt de rectification pour l'attribution du sexe de l'un des conjoints pour leur permettre de maintenir en vie un rapport juridique réglé avec une autre forme de partenariat enregistré⁽⁴⁸⁾.

Quelle soit jugée souhaitable, également sur la base des jugements des tribunaux européens et la Cour Suprême citée ici, c'est que le sentiment social est en constante évolution et vise à une ouverture toujours plus grande à l'égard de la nécessité d'une protection juridique d'être reconnu dans la vie de famille en dehors du mariage homosexuel, atteint la force nécessaire pour pousser le législateur italien pour répondre à combler le fossé dans le système de droit national.

3. — *Homoparentalité et libre circulation dans l'UE.*

Aux côtés de la vie en couple, la constitution d'une famille par la création d'un lien de filiation constitue l'autre domaine du droit dans lequel la question de la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement apparaît devoir être posée. Le terme homoparentalité recouvre des réalités très diverses: il peut s'agir tantôt de la situation du parent homosexuel qui a un enfant issu d'une précédente vie en couple hétérosexuel, tantôt de la vie d'un enfant dans une famille recomposée avec une personne de même sexe, tantôt d'un projet d'adoption par un individu ou par un couple homosexuel, ou bien

⁽⁴⁸⁾ En conclusion, donc, selon la Cour, il appartient au législateur d'intervenir «à la première occasion de surmonter l'état détecté de l'illégalité de la matière pour le profil du déficit actuel de protection des droits des personnes impliquées».

encore, par exemple, du souhait d'un couple de lesbiennes de bénéficier d'une insémination artificielle ou, pour un couple gay, de recourir à une mère de substitution, afin de créer une famille. Du point de vue du droit, ces différentes situations peuvent être regroupées sous deux interrogations: d'une part celle de la création d'un lien de filiation à l'égard d'un individu ou d'un couple (filiation proprement dite) et, d'autre part, celle du respect des droits de l'individu (ou des individus) titulaire de la qualité juridique de parent (autorité parentale).

L'homoparentalité est un mot-valise formé à partir de "homosexuel" et "parentalité". Elle désigne le fait, pour des personnes homosexuelles, d'être ou de devenir parent, d'une manière ou d'une autre. Légalement, l'homoparentalité est reconnue dans 7 des 28 pays de l'Union européenne (Allemagne, Belgique, Pays-Bas, Danemark, Espagne, Royaume-Uni et Suède) qui admettent dans leur législation l'adoption d'enfants par des couples homosexuels, sous des formes plus ou moins étendues. Trois pays de l'Europe du nord (Danemark, Pays-Bas, Suède) restent promoteurs pour l'ensemble des questions concernant l'homoparentalité et les familles LGBT (Lesbiens, Gays, Bisexuels et Transgenres), y compris pour la GPA (gestation pour autrui) aux Pays-Bas, même si dans ce cas de figure, elle est extrêmement encadrée et limitée aux nationaux ou aux résidents⁽⁴⁹⁾.

De manière générale, la famille évolue, laissant plus de place à l'individu et son épanouissement. Formant autrefois un cadre avec des valeurs sûres et des règles de socialisation et d'éducation à suivre, elle est régulièrement accusée d'être une institution répressive⁽⁵⁰⁾ dans le courant du XXème siècle;

⁽⁴⁹⁾ [Http://www.apgl.fr/homoparentalites/homoparentalite-dans-le-monde/homoparentalite-europe-payspionners](http://www.apgl.fr/homoparentalites/homoparentalite-dans-le-monde/homoparentalite-europe-payspionners).

⁽⁵⁰⁾ F. DE SINGLY, *Le Soi, le couple et la famille*, éd. Nathan, Paris, 1996; ID., *Sociologie de la famille contemporaine*, éd. Nathan, Paris, 1993. Réflexions du sociologue François De Singly à propos de la famille: «Plus de trente ans après le cri de l'écrivain André Gide: «Famille, je vous hais!», le mouvement de mai 1968 rejetait la famille comme nuisible car réprimant la vraie identité des enfants et des adultes en les transformant en individus conformistes. La période qui a suivi – les années 70 – a pu faire croire que la fin de la famille était arrivée. En effet, les jeunes se sont mis à vivre en couple sans être mariés; les adultes ont divorcé de plus en plus; les hommes ont été contraints de partager avec les femmes et le travail salarié

ce qu'on appelle «la famille traditionnelle» subit dès lors une déstabilisation. Une nouvelle famille apparaît, davantage centrée sur les individus et sur la qualité des relations interpersonnelles.

La notion même d'homoparentalité est récente; elle est apparue en France en 1997 afin de définir les relations parentales des couples homosexuels avec leurs enfants, sous l'impulsion d'une association militante de parents et futurs parents gays et lesbiens (APGL), et plus largement du mouvement de reconnaissance du couple de même sexe et des familles homoparentales par certains pays d'Europe. Une famille homoparentale pourrait se définir comme réunissant et liant juridiquement un ou plusieurs enfants avec au moins un parent s'affirmant comme homosexuel ou lesbien.

En Italie, on vu une évolution de la jurisprudence sur le sujet de la filiation sur droit de former leur propre famille et, par conséquent, d'adopter des enfants mineurs, il est utile de noter l'arrêt de la Cour Suprême de Cassation Civ., sez. I, n. 601 du 11.01.2013⁽⁵¹⁾, avec lequel il a établi le principe que la garde de l'enfant à un couple homosexuel ne est pas nocif *ex se* à le développement équilibré des enfants, ayant d'être jugé le dommage sur la base de la sécurité ou de l'expérience clinique maximale⁽⁵²⁾. La Cour Suprême de

et l'autorité dans la famille. Les indicateurs démographiques se sont affolés, le désordre était entré dans l'institution».

⁽⁵¹⁾ Cfr. <http://www.articolo29.it/2013/famiglia-e-prejudizio>.

⁽⁵²⁾ L'affaire a trait à l'attribution d'un bébé fils d'un père musulman et une mère toxico-mane qui a entamé une relation amoureuse et cohabitation avec une opératrice de la communauté de récupération; le tribunal pour mineurs a été établis, par une décision confirmée en appel, le recours exclusivement à la mère, en tenant compte du comportement violent du père qui avait attaqué le partenaire de la mère et de l'interruption de la relation avec son fils, en plus d'être délégué aux services sociaux de réunions réglementaires avec le père de l'enfant (une fois une fois toutes les deux semaines dans un environnement neutre et initialement protégée). La décision confirme l'orientation bien établie de la S.C., des tribunaux et de la Cour de Strasbourg pour laquelle le but de la confiance des enfants n'est pas l'orientation sexuelle pertinente des parents. La Cour, cependant, trouve l'occasion pour quelques déclarations importantes, puisque les juges de la légitimité soulignent que croient qu'il peut nuire à l'inclusion d'un mineur dans une «famille «composé de deux femmes liées par une relation homosexuelle» apparaît le résultat d'un «simple préjugé». Là est la partie la plus importante de la décision.

Cassation, en réponse à l'affirmation contenue dans le jugement n. 4184 de 2012⁽⁵³⁾ – dans laquelle il a fait observer que la durée de la relation entre deux personnes du même sexe fait partie aujourd'hui de la notion classique de «vie familiale» –, maintenant constamment appelé «famille» qui se compose de l'âme par l'enfant et le couple homosexuel.

En outre, les couples de même sexe ont le droit d'adopter les enfants des copains, comme les couples hétérosexuels non mariés : ce est ce que a établi la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 19 Février 2013, sur le pourvoi formé par une couple des femmes autrichiennes et le fils de l'un d'eux, les deux femmes qui ont eu une relation stable pendant des années avait vu refuser l'adoption par le tribunal local, qui ont affirmé que les partenaires étaient de sexe différent. La CEDH a considéré le refus injustifié à adoption co-parentale pour un couple gay: la différence de traitement en question, c'est à dire de ne pas autoriser les couples homosexuels à adopter le fils des copains, est discriminatoire et constitue une violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) et l'article 8 (respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme.

La directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres régit l'exercice, par les citoyens de l'Union et leur famille, du droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Dans le projet de directive 2004/38/CE, le Parlement européen avait proposé d'associer à la notion de conjoint l'expression «quel que soit son

⁽⁵³⁾ Voy, <http://www.articolo29.it/decisioni/corte-di-cassazione-sentenza-del-15-marzo-2012-n-4184>, arrêt dans lequel on avait affirmé le principe que «la protection constitutionnelle invoquée par les requérants», «la référence à l'art. 29 Const., Pour la famille comme «société naturelle fondée sur le mariage 'de suggérer que' Le critère de la relation entre le législateur et la réalité sociale indiquée par la Constitution, [...] tout constitue pas en soi un obstacle à la réception dans le domaine juridique de nouveaux chiffres qui est maintenant attribuée à la signification et la valeur de l'expérience de la famille, mène au lieu de considérer illégitime poursuivre cet objectif par le biais d'un tronçon à travers l'interprétation de l'institution du mariage, étant les aspects essentiels du présent fermement ancrée dans le droit positif et la conception sociale dont ce qui constitue encore l'expression sans équivoques».

sexe», reconnaissant ainsi les couples homosexuels⁽⁵⁴⁾. Cet amendement fut repoussé par la Commission et le Conseil⁽⁵⁵⁾. La Commission a préféré exclure les partenaires mariés de même sexe de la notion de conjoint et les traiter dans la catégorie des relations durables (art. 3, 2, b de la directive)⁽⁵⁶⁾. Cette position s'explique sans doute par la volonté de ne pas heurter les sensibilités des Etats membres qui ne connaissent pas dans leur droit un tel régime marital.

Si politiquement cela se conçoit, il existe bon nombre d'arguments en droit pour soutenir la thèse opposée. En effet, bien que la Commission estime que «l'harmonisation des conditions de séjour des citoyens de l'Union dans les Etats membres dont ils n'ont pas la nationalité, ne peut avoir pour résultat d'imposer à certains Etats membres des modifications législatives touchant au droit de la famille, domaine pour lequel la Communauté n'a pas de compétence législative»⁽⁵⁷⁾, il n'est pas certain que cette seule constatation – au demeurant tout à fait exacte – suffit à exclure les mariages entre personnes de même sexe de la catégorie des «conjointes».

En premier lieu, la directive ne règle que les questions d'accès et de séjour sur le territoire d'autres Etats membres et non les conditions du mariage

⁽⁵⁴⁾ Amendement n. 14 présenté dans le rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, 23 janvier 2003, Final A5-0009/2003.

⁽⁵⁵⁾ Voy. la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, présentée par la Commission le 15 avril 2003 (COM(2003) 199 final), p. 11, point 3.2.; voy. également la communication de la Commission au Parlement européen concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, 30 décembre 2003 (SEC(2003) 1293 final), p. 9, point 3.3.2.

⁽⁵⁶⁾ Proposition modifiée de directive (COM(2003) 199 final), cit., p. 11, point 3.2.; Communication de la Commission au Parlement européen (SEC(2003) 1293 final), cit., p. 9, point 3.3.2.

⁽⁵⁷⁾ Proposition modifiée de directive (COM(2003) 199 final), cit., p. 3, point 3.

dans l'Etat d'accueil. Seule la conception du mariage que se fait ce dernier Etat serait altérée et uniquement de manière ponctuelle (à l'égard d'un couple provenant des Pays-Bas, de Belgique ou d'Espagne)⁽⁵⁸⁾. En d'autres termes, il n'y a pas de remise en cause générale et le texte de la directive ne commande nullement aux Etats de consacrer dans leur législation un droit au mariage pour les personnes de même sexe. L'on peut établir un parallèle entre cette question et l'arrêt *García Avelló*. Dans cette affaire, l'Etat belge refusait que la pratique espagnole relative au patronyme d'un enfant (c'est-à-dire l'adjonction du nom de la mère au nom du père) soit appliquée à des enfants belgo-espagnols nés en Belgique. Cet Etat estimait que «toute demande en vue d'adjoindre le nom de la mère à celui du père, pour un enfant, est habituellement rejetée au motif qu'en Belgique les enfants portent le nom de leur père»⁽⁵⁹⁾. La Cour de justice condamna la Belgique pour violation des articles 12 et 18 du traité CE. Elle déclara que «[s]i en l'état actuel du droit communautaire, les règles régissant le nom d'une personne relèvent de la compétence des Etats membres, ces derniers doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire [...] et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres»⁽⁶⁰⁾. En résumé, si les Etats membres préservent certaines compétences, l'exercice de ces dernières ne peut contrevenir à la libre circulation du citoyen européen. Pour en revenir à la directive 2004/38/CE, il est évident que les normes matérielles concernant le mariage relèvent des droits nationaux des Etats membres. Cependant, la directive garantit, d'un autre côté, au citoyen européen l'accompagnement de son conjoint. Compte tenu d'une part, du fait que la directive consacre la mobilité des couples – sans poser la moindre condition d'hétérosexualité – et d'autre part, du fait que la jurisprudence *García Avelló* enjoint les Etats à respecter le droit communautaire

⁽⁵⁸⁾ Pour l'heure, ce sont les trois seuls Etats membres de l'Union européenne qui ont légalisé le mariage homosexuel.

⁽⁵⁹⁾ C.J.C.E., 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *García Avelló*, point 18.

⁽⁶⁰⁾ Point 25 de l'arrêt *García Avelló*.

même dans l'exercice de leurs compétences nationales, nous estimons qu'un Etat membre pourrait difficilement refuser l'accès et le séjour d'un conjoint homosexuel au motif que son droit national n'autorise pas les mariages entre personnes de même sexe. A dire vrai, il s'agit de deux débats distincts: d'un côté, l'ouverture ou non du mariage aux homosexuels, de l'autre, la mobilité des couples en Europe.

En deuxième lieu, refuser cette incorporation des mariés homosexuels dans la catégorie des «conjoints» revient, au contraire, à battre en brèche les législations néerlandaise, belge et espagnole autorisant ces unions. En effet, une telle approche dégrade au rang de simple relation durable (qui est le niveau le plus bas) le mariage légalement prononcé aux Pays-Bas, en Belgique ou en Espagne de citoyens homosexuels migrants. Si la position de la Commission devait se confirmer à l'avenir, la Communauté interférerait dans ces trois droits nationaux relatifs au mariage alors qu'elle affirme ne pas disposer de compétence en la matière. On pourrait rétorquer que cette remise en cause ne concernerait que les couples migrants et que, dès lors, ses effets attentatoires seraient limités. La relativité de ces effets négatifs est douteuse puisque la Commission considère au contraire que l'obligation des Etats d'accueil d'accorder le statut de conjoint à l'époux homosexuel contreviendrait à la totalité du droit de ces Etats. La relativité des effets négatifs ne peut être à sens unique.

Enfin, il est difficile de faire abstraction du considérant 31 de la directive qui interdit tant aux institutions communautaires ⁽⁶¹⁾ qu'aux Etats membres de braver l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et qui impose, entre autres, le respect de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux (ci-après: la «Charte») établissant que «de droit de se

⁽⁶¹⁾ Le Président Barroso a annoncé que la Commission européenne entendait dorénavant «garantir que toutes ses propositions législatives fassent systématiquement l'objet d'un contrôle rigoureux de compatibilité avec la Charte des droits fondamentaux» (communiqué de presse du 27 avril 2005, IP/05/494). Si ces contrôles de compatibilité ne concernent que les mesures futures, il n'en demeure pas moins qu'une telle prise de position dénote l'engagement de la Commission à respecter, dès à présent, les dispositions de la Charte dans son oeuvre législative. Il serait étonnant qu'elle adopte une autre posture envers les règlements et directives plus anciens.

marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice»⁽⁶²⁾.

Cet article ne réserve pas le droit de se marier aux seuls couples réunissant un homme et une femme. La Cour européenne des droits de l'homme a, dans l'arrêt Goodwin, constaté la différence de rédaction entre l'article 12 de la Convention de sauvegarde qui se réfère explicitement à «l'homme et la femme» et l'article 9 de la Charte qui reste délibérément muet à ce sujet. Plusieurs commentateurs – qu'ils soient partisans d'une vision traditionnelle ou au contraire évolutive du mariage – considèrent que cet *obiter dictum*⁽⁶³⁾ constitue le prélude à la reconnaissance d'un droit subjectif au mariage dans le chef des partenaires de même sexe⁽⁶⁴⁾.

Certes, la Cour de justice a tranché, dans l'arrêt D. et Suède c. Conseil, que la notion de mariage supposait deux conjoints de sexe différent. Toutefois, la Cour de justice n'a pas apprécié cette affaire à l'aune de la Charte et de surcroît, cet arrêt fut rendu à une époque où aucun Etat membre n'avait ouvert l'institution du mariage aux couples homosexuels. Or, la directive se réfère explicitement à la Charte. La Cour de justice pourrait elle mainte-

⁽⁶²⁾ «La présente directive respecte les droits et libertés fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne; en vertu du principe de l'interdiction des discriminations qui y figure, les Etats membres devraient mettre en oeuvre la présente directive sans faire, entre les bénéficiaires de cette dernière, de discrimination fondée notamment sur [...] l'orientation sexuelle» (considérant 31 de la directive 2004/38/CE).

⁽⁶³⁾ Arrêt Goodwin précité, «Certes, la première partie de la phrase vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier. [...] Depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société [...]. La Cour note également que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme»

⁽⁶⁴⁾ K. BERTHOU, A. MASSELOT, *Le mariage, les partenariats et la C.J.C.E.: Ménage à trois*, Cah. de droit eur., 2002, vol. 5-6, pp. 692 et 693. Voy. Aussi M. Leviet qui estime que les juges de Strasbourg abandonneront sans doute à l'avenir l'approche traditionnelle du mariage indépendamment de la lettre de la Convention européenne («Couple et vie familiale», Fr. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant (Coll. «Droit et justice», n. 38), 2002, pp. 107 à 160, sp. p. 141).

nir cette jurisprudence alors que volontairement la Charte ne limite pas le droit de se marier à un couple réunissant un homme et une femme? Bien que pour l'heure la Charte n'ait pas encore force juridique contraignante en tant qu'instrument indépendant⁽⁶⁵⁾, le considérant 31 invite à interpréter la directive à la lumière de la Charte. Même si la notion de conjoint devait recouvrir le partenaire marié de même sexe, il resterait un écueil sur le plan du droit international privé. En effet, l'Etat d'accueil pourrait opposer l'exception d'ordre public international à la reconnaissance de ce type de mariage. Il est évident que les Pays-Bas, la Belgique et l'Espagne ne peuvent

⁽⁶⁵⁾ Si le traité établissant une Constitution pour l'Europe devait entrer en vigueur, la Charte acquerrait force obligatoire. Malgré tout, le Tribunal de première instance s'en inspire dès à présent même s'il se refuse à lui octroyer explicitement force contraignante: «s'il est vrai qu'elle a été invoquée à plusieurs reprises par le juge communautaire comme source d'inspiration pour la reconnaissance et la protection des droits des citoyens et comme critère de référence des droits garantis par l'ordre juridique communautaire, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit, à l'heure actuelle, d'une déclaration qui n'est pas dotée de force juridique contraignante» (T.P.I.C.E., 15 février 2005, aff. T-256/01, Pyres, Rec., non encore publié, point 66). La Cour de justice, quant à elle, n'a jamais fait référence à la Charte excepté dans une ordonnance de son Président du 18 octobre 2002 dans l'affaire C-232/02, Commission c. Technische Glaswerke Ilmenau. En revanche, les avocats généraux près la Cour de justice s'en sont inspirés dans de nombreuses affaires, notamment en matière de libre circulation des personnes: conclusions de M. Geelhoed du 5 juillet 2001 (aff. C-413/99, Baumbast et R), du 21 février 2002 (aff. C-224/98, D'Hoop), du 19 février 2004 (aff. C-456/02, Trojani); conclusions de Mme Stix-Hackl du 13 septembre 2001 (aff. C-459/99, MRAX), du 11 septembre 2003 (aff. jointes C-482/01 et C-493/01, Orfanopoulos); conclusions de M. Ruiz-Jarabo Colomer du 11 juillet 2002 (aff. C-466/00, Kaba), du 16 septembre 2003 (aff. C-102/02, Beuttenmüller), du 11 décembre 2003 (aff. C-386/02, Baldinger); conclusions de M. Leger du 8 avril 2003 (aff. C-224/01, Kóbler); conclusions de M. Tizzano du 18 mai 2004 (aff. C-200/02, Chen); et conclusions de Mme Kokott du 10 mars 2005 (aff. C-503/03, Commission c. Espagne). Notons enfin que, dans plusieurs affaires, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas manqué de mettre en parallèle la Convention de sauvegarde et la Charte des droits fondamentaux : voy. le point 2 de l'opinion partiellement dissidente commune à Sir Nicolas Bratza, M. Fuhrmann et Mme Tulkens suivant l'arrêt du 26 février 2002, Fretté c. France; l'arrêt du 11 juillet 2002, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, points 58 et 100; l'arrêt du 11 juillet 2002, I. c. Royaume-Uni, points 41 et 80; l'opinion dissidente commune à M. Costa, M. Ress, M. Türmen, M. Zupancic et Mme Steiner suivant l'arrêt du 8 juillet 2003, Hatton e.a. c. Royaume-Uni; et les points 5 et 9 de l'opinion de M. Ress suivant l'arrêt du 8 juillet 2004, Vo c. France.

pas exciper de cette exception à l'égard de mariages prononcés dans un autre Etat. En revanche, pour les autres Etats membres, il n'y a pas de solution unique⁽⁶⁶⁾. Notons cependant que si l'Etat d'accueil connaît une forme d'union (non maritale) entre partenaires de même sexe, le recours à l'ordre public international devrait, à notre estime, être exclu. On ne pourrait en même temps consacrer dans son droit une telle union et affirmer que le mariage homosexuel heurterait ses conceptions fondamentales. A fortiori, si l'Etat d'accueil fait bénéficier le partenaire ou le cohabitant (étranger et de même sexe) de l'un de ses ressortissants nationaux du regroupement familial, il devra étendre cet avantage aux couples homosexuels unis dans les liens du mariage⁽⁶⁷⁾.

Ces problèmes de reconnaissance peuvent être résolus par trois moyens. Premièrement, par l'harmonisation des règles du droit international privé au niveau communautaire. Toutefois, dans ce dernier cas il faudrait obte-

⁽⁶⁶⁾ Il serait difficile d'entreprendre ici une analyse des vingt-cinq régimes juridiques dans l'Union européenne. Nous renvoyons dès lors à l'«avis sur la possibilité de la reconnaissance, par chaque Etat membre, du mariage homosexuel ouvert aux Pays-Bas et en Belgique et le rôle de l'exception d'ordre public international du droit international privé de chaque Etat membre», rendu par le Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux le 30 juin 2003 (http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/list_opinions_fr.htm). Voy. également, M. Schmitt, «L'incidence en France des lois belges et néerlandaise introduisant le mariage homosexuel», *La semaine juridique notariale et immobilière*, nos 1-2, 9 janvier 2004, pp. 15-19.

⁽⁶⁷⁾ «[U]n Etat qui, soucieux sans doute de défendre une conception traditionnelle du mariage comme institution réservée aux couples hétérosexuels, tout en admettant que les couples de facto – hétérosexuels ou homosexuels – puissent bénéficier pour le partenaire du migrant communautaire du droit de séjour, refuserait que les couples homosexuels mariés puissent se voir accorder ce même avantage [violerait le principe de non discrimination contenu dans l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux]» («Appréciation, au regard des droits fondamentaux, portant sur la prise en compte des formes d'unions entre partenaires non mariés ainsi que des mariages entre personnes de même sexe dans la proposition modifiée de directive du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres», rendue par le Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux le 10 avril 2003 (http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/list_opinions_fr.htm).

nir l'unanimité des Etats membres (art. 67, 5 du traité CE)⁽⁶⁸⁾, ce qui nous semble peu vraisemblable. De plus, le Danemark ne serait pas lié par cette mesure d'harmonisation (clause d'opting out) et le Royaume-Uni et l'Irlande auraient le choix d'y adhérer ou non (clause d'opting in)⁽⁶⁹⁾. Une deuxième voie serait la reconnaissance mutuelle des mariages qui pourrait être développée par la Cour de justice dans son œuvre prétorienne à l'instar de l'arrêt *Cassis de Dijon* dans le cadre de la libre circulation des marchandises. Enfin, il est toujours possible que la Cour de justice ou la Cour européenne des droits de l'homme alignent à l'avenir le régime des homosexuels sur celui des hétérosexuels (en ce compris les transsexuels) et leur accorde le droit de se marier.

4. — *Premières conclusions.*

De nos jours, la convergence des conceptions et des systèmes de droit de la famille est propice à la création de projets d'harmonisation de plusieurs types au niveau européen. La méthode comparative choisie pour réaliser une telle entreprise correspond clairement à une approche fonctionnaliste: elle consiste à choisir la *meilleure* solution, c'est-à-dire la plus progressiste, parmi celles offertes par les droits des États membres, mais dans le cadre d'un noyau commun, d'une convergence spontanée entre les régimes nationaux. Aussi, le travail d'harmonisation consiste-il à rédiger des règles qui accentuent la vocation *progressiste* de solutions législatives que l'on considère comme étant globalement semblables.

La perspective à travers laquelle on peut examiner les effets des normes juridiques prises une par une (ou, si l'on veut en juger la «modernité», le ca-

⁽⁶⁸⁾ Le traité établissant une Constitution pour l'Europe maintient cette règle de l'unanimité (art. III-269, 3).

⁽⁶⁹⁾ Sur l'analyse de ces deux clauses, voyez entre autres C. CHENEVIÈRE, «L'article 68 CE – Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris», *Cah. de droit eur.*, 2004, vol. 5-6, pp. 572-574.

ractère «progressiste» aux fins de l'harmonisation) doit nécessairement être plus ample.

Il existe de nombreuses normes en dehors du droit de la famille, qui reconnaissent le statut de conjoint, de géniteur, de fils ou fille, et en étendent ainsi la portée de même qu'ils accroissent l'importance globale de la famille légitime dans le système juridique et social. Certaines de ces normes assimilent la situation du concubin à celle des personnes bénéficiant du statut familial afin de leur appliquer les règles qui en dérivent, ce qui a pour conséquence générale une meilleure acceptation sociale des unions non fondées sur le mariage dans les pays qui ne prévoient pas pour elles des formes juridiques alternatives au mariage et où elles sont méprisées. Cela vaut aussi dans le cas opposé: les normes extérieures au droit de la famille qui donnent une valeur juridique exclusive aux situations familiales affaiblissent ensuite la situation de ceux qui vivent dans une position familiale différente du mariage.

Globalement, les normes qui font référence aux situations familiales propres à la famille légitime conduisent les couples à choisir le mariage pour bénéficier d'un statut social plus désirable et pouvoir jouir de ressources ou de positions, refusées à ceux qui vivent en couple sans être mariés, dans leurs relations avec des acteurs publics (administration publique, fiscale...) ou privés (employeurs, assurances, etc.).

Finalement, des projets qui voudraient tenter une harmonisation de portée plus générale ne semblent pas à l'ordre du jour, au moins pour le moment; ces projets viseraient à affronter ce qui reste un problème épineux au niveau des principes généraux (constitutionnels) de l'Union européenne: celui des modèles de famille qui accèdent au statut d'institution reconnue par le droit, problème rendu aigu du fait que certains États, comme l'Italie, continuent à ne reconnaître que la famille fondée sur le mariage, tandis que beaucoup d'autres États accordent un statut à d'autres formes d'unions reconnues ou régissent le mariage en s'écartant du paradigme de l'hétérosexualité.

L'Italie fait figure d'anomalie en Europe de l'Ouest: elle est le seul pays où la reconnaissance des droits des homosexuels est, à peu de chose près, inexistante.

Les homosexuels en Italie ne sont pas seulement digne d'un syndicat qui «hors les murs» est considéré comme «famille», mais ni sont-ils protégés adéquatement contre les diverses formes de discrimination et d'intolérance qui les touchent dans la multiplicité des relations sociales (le projet de loi «Scalfarotto» qui prévoit le crime de l'homophobie est toujours en attente d'être approuvé par le Sénat). La raison de cette blessure ne peut être trouvée dans le rôle prédominant qui couvre l'éthique de l'hétérosexualité (soi-disant «Eterocentrismo») dans le concept traditionnel de la famille, et la désapprobation socio-culturelle vers l'homosexualité⁽⁷⁰⁾. Mais ne soyez pas surpris de la réticence des majorités parlementaires du «Bel Paese», fortement influencée par les éléments catholiques. La non-probabilité de ces critiques, découlant de la loi (supposée) de la nature est évidente dans la revendication à légitimer la contre-naturalité de l'homosexualité avec des références tirées des écrits classiques, médiévaux, bibliques et patristiques, ignorant le développement spéculatif de l'anthropologie, de la psychologie, psychiatrique, sociologique et juridique au cours des dernières années⁽⁷¹⁾.

En fait en Italie, certains droits ne sont pas encore accessibles à tous, est précisément le manque de liberté et d'égalité. En Italie, malgré les grandes déclarations de principe, les citoyens continuent d'être *de facto* divisée en deux catégories: d'une partie ceux de la série A, donc les hétérosexuels qui, en tant qu'ils respectent les règles en vigueur, sont considérés et traités comme «normal», «adéquat» et «digne»; d'autre partie ceux de la série B, les homosexuels, parce que non conforme aux normes, sont considérés et traités comme «anormal», «déviant», «indigne»⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ F. CAGGIA, *Convivenze omosessuali e genitorialità: tendenze, conflitti e soluzioni nell'esperienza statunitense*, en AA.VV., *I contratti di convivenza*, a cura di Moscati e Zoppini, Torino, 2002, p. 243 ss.

⁽⁷¹⁾ M. DI MASI, *Il riconoscimento delle unioni «same sex» al vaglio della Corte Costituzionale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 336.

⁽⁷²⁾ M. MARZANO, *Diritti dei gay, la nostra vergogna*, en *La Repubblica*, 27 jeune 2013, http://www.repubblica.it/la-repubblica-delle-idee/societa/2013/06/27/news/diritti_dei_gay_la_nostra_vergogna.

Dans le reste du monde, les droits civils des gays ont enregistré de nettes avancées: en France, le Conseil des ministres adoptait son projet de loi sur le mariage homosexuel. Aux Etats-Unis, celui-ci était légalisé dans le Maine, le Maryland et l'Etat de Washington. Et en Suisse, où le partenariat enregistré a été avalisé en 2005, rien n'est encore décidé, mais le parlement s'apprête à débattre du droit d'adoption pour les homosexuels lors de sa session d'hiver, du 26 novembre au 14 décembre.

Mais la question est : Comment expliquer le blocage italien, alors que d'autres pays à la forte tradition catholique, comme l'Espagne, le Portugal, l'Argentine et, enfin, l'Irlande autorisent le mariage homosexuel?

Il est vrai que, juste après la reconnaissance du mariage homosexuel en Irlande le sujet revient à l'avant-garde dans le débat médiatique en Italie. Actuellement, le Parlement est en cours de discussion sur un projet de loi (projet de loi Cirinnà), qui vise à reconnaître et réglementer les unions civiles, même entre les personnes du même sexe. Le texte prévoit, à ce jour, 19 articles dans lesquels à les unions civiles seront reconnues comme une série de droits et devoirs qui étaient, jusqu'à présent, seulement accordés aux couples mariés de mariage hétérosexuel. L'intention est de respecter les principes énoncés dans l'art. 2 de la Constitution italienne qui «reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, en tant qu'individu et dans les groupes sociaux où il exprime sa personnalité». Malheureusement, on parle d'une bataille longue et difficile également envers contre les intentions des milieux catholiques conservateurs, qui s'opposent au projet de loi Cirinnà, bien que conscients de la majorité de l'opinion publique soit en faveur de la reconnaissance juridique des unions civiles et que ni le gouvernement ni le Parlement ne peuvent se permettre d'ignorer un fait politique d'une telle importance.

Le refus du droit au mariage, à la filiation et à la pleine autorité parentale pour les couples de même sexe constitue le principal obstacle à l'égalité non seulement des adultes mais également des enfants issus des familles homoparentales. Cette différence de traitement n'est pas aujourd'hui justifiable: la capacité reproductive des couples n'est plus une condition *sine qua non* pour l'accès au mariage ou aux différentes formes de filiation. Le

débat n'est pas uniquement juridique. Seule l'évolution sociale en la matière, accompagnée de la volonté politique des pouvoirs publics, permettra de mettre fin aux discriminations dont les homosexuels, hommes et femmes, sont encore victimes.

AURORA VESTO (*)

RENT TO BUY: UN NUOVO CONTRATTO O UN SEMPLICE DÉJÀ VU?

ABSTRACT: The essay analyses the new discipline, introduced from the legislator of 2014, of «contracts of enjoyment according to the successive alienation of real estate» (c.d. *rent to buy*), with particular reference to the nature, to the “ratio”, to the contractual operation and to the transcription of the institute. Moreover, the article shows points of reflection both with reference to the fiscal profiles that to the possible application of the rent to buy for aims prohibits from the law.

SOMMARIO: 1. Genesi del nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. — 1.1. Pubblicità e natura della fattispecie contrattuale. — 2. L'inadempimento e il fallimento del concedente e del conduttore. — 3. Problematiche inerenti alla tassazione del nuovo contratto. — 4. Notazioni critiche e possibili soluzioni.

1. — *Genesi del nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili.*

Con la locuzione “*rent to buy*”⁽¹⁾ si designa una fattispecie negoziale che è

(*) Università per Stranieri “Dante Alighieri”.

(1) La figura del *rent to buy*, al di là di essere concepita in chiave monolitica, ricomprende al suo interno – secondo autorevole dottrina (A. FUSARO, *Rent to buy, Help to Buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. e impr.*, 2014, pp. 419-441) – tre distinte figure: il *rent to buy*, propriamente detto; l'*help to buy*; ed il *buy to rent*. Nello specifico, con il “*rent to buy*” si stipula un contratto di locazione teleologicamente destinato a trasformarsi in compravendita, a seguito del pagamento di un doppio canone che “copra” i costi della locazione e di parte del prezzo di acquisto. Con l'*help to buy* si ha, invece, un “contratto preliminare” con contestuale pagamento a favore del concedente sia di caparre che di acconti sul prezzo finale di acquisto. Con il *buy to rent* si ha, infine, un contratto di compravendita ad effetti immediatamente traslativi, con la precisazione che il prezzo verrà pagato a rate in un tempo determinato e con l'ulteriore previsione che l'eventuale inadempimento

stata disciplinata, per la prima volta, con il d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. Sblocca Italia), convertito in l. 11 novembre 2014, n. 164. In particolare è l'art. 23 che configura il nuovo contratto definendo l'operazione come "Disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili". Con questo intervento il Legislatore ha dato una disciplina legale ad una fattispecie forgiata dalla prassi contrattuale, ma già socialmente tipica. Essa, dunque, costituisce a tutti gli effetti un nuovo contratto tipizzato⁽²⁾.

L'articolo citato prevede che il proprietario di un bene immobile possa concedere il proprio bene in godimento al conduttore, il quale ha specularmente diritto di acquistarlo entro una data determinata, imputando a corrispettivo del trasferimento, in tutto o in parte, i canoni versati.

Il canone che il conduttore versa ogni mese per il godimento, funge da anticipazione del prezzo della eventuale compravendita, che, se ci sarà, si dovrà perfezionare entro un preciso arco temporale, come convenuto nel contratto.

Esattamente cosa prevede l'art. 23?

Al primo comma viene disposto che «*i contratti, diversi dalla locazione finanziaria, che prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto, sono trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis codice civile. La trascrizione produce anche i medesimi effetti di quella di cui all'articolo 2643, comma primo, numero 8) del codice civile.*

Con questa previsione il legislatore definisce il nuovo tipo contrattuale e, diversamente dal contratto avente ad oggetto dei diritti edificatori⁽³⁾, di cui prevede la trascrizione senza delinearne una definizione e una disciplina, indica che la trascrizione ne costituisce elemento indefettibile.

comporta la retrocessione dell'immobile. Sulle varie tipologie negoziali ora citate cfr. altresì F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *Contratti*, 2014, pp. 822-838.

⁽²⁾ A. TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Imm. e propr.*, 2014, p. 384 ss.

⁽³⁾ Introdotto ad opera dell'art. 5, comma 3, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. in l. 12 luglio 2011, n. 106, nell'art. 2643, al numero 2-bis), c.c. Sia consentito il rinvio al nostro *I beni, dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Torino, 2014, pp. 374-421, in tema di disciplina sulla regolamentazione della c.d. "cubatura".

Dalla lettera della norma emerge che «la nozione del nostro contratto sembra integrarsi in quattro punti: 1) immediata concessione del godimento di un immobile; 2) diritto di acquistarlo entro un termine determinato; 3) imputazione a corrispettivo del trasferimento della parte di canone indicata nel contratto; 4) previsione della restituzione di una quota, contrattualmente definita, dei canoni imputata al corrispettivo, in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito»⁽⁴⁾.

L'esigenza pratica che ha condotto verso la nascita di questo istituto è quella di garantire a soggetti privi di adeguata disponibilità economica la possibilità di acquistare un immobile (a scopo abitativo), dilazionandone il pagamento e garantendosi nel contempo il godimento interinale del bene stesso.

Su un diverso piano teleologico, in epoca meno recente, esigenze parzialmente analoghe avevano portato alla nascita del contratto di multiproprietà immobiliare, benché in questa ipotesi lo scopo primario fosse precipuamente quello di garantire il godimento di un immobile a scopo di vacanza.

Ma quel modello, nelle sue diverse articolazioni concrete, non prevede mai l'eventuale acquisto della proprietà da parte del concessionario, perché l'oggetto della proprietà turnaria è temporalmente limitato ed è incompatibile con l'esclusività del diritto del proprietario singolo.

Per altro verso, l'oggetto del godimento del concessionario è già un bene in senso giuridico e, come tale, oggetto di proprietà, come si è da tempo sostenuto⁽⁵⁾. L'operazione contrattuale consta di due fasi principali.

⁽⁴⁾ L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 2015, p. 189. L'A. specifica come «i primi due di questi quattro elementi che caratterizzano il nostro contratto evidenziano le due fasi attraverso le quali si sviluppa la fattispecie disciplinata».

⁽⁵⁾ Sotto questo profilo è dato evidenziare che il superamento della distinzione tra diritti personali e reali (di godimento) comporta il ribaltamento del modello sostanziale (del godimento) rispetto a quello meramente formale. Si ha un'autentica inversione di prospettiva che aiuta a cogliere il dato emergente della realtà empirica individuando gli interessi rilevanti sul piano sociale. Il godimento, in quanto tale, si colloca al centro di ogni possibile distinzione, tra le quali merita particolare riscontro quella tra godimento "diretto" o "indiretto" della cosa. In termini, cfr. C. MAZZÙ, *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983, pp. 223-224.

La “prima fase”, con effetti di tipo eminentemente obbligatorio, è strumentale al soddisfacimento delle esigenze pratiche del futuro acquirente (attuale “conduttore”), affinché quest’ultimo possa godere *immediatamente* di un immobile, concesso in godimento dal proprietario (attuale “concedente” e futuro venditore).

A questa prima fase dell’operazione ne segue una seconda (eventuale), con effetti di tipo reale, che si concretizza nel trasferimento dell’immobile dal concedente al conduttore, il quale, dunque, ne diventa proprietario. In altri termini, le due fasi si pongono su un distinto piano operativo: la prima in funzione ancillare rispetto alla seconda, che è meramente eventuale.

Ma è forse più corretto dare evidenza al fenomeno della procedimentalizzazione⁽⁶⁾ dell’accordo, in cui la fase precedente che si perfeziona legittima quella successiva.

Difatti, «l’acquisto può mancare non solo per cause patologiche, quali la risoluzione del contratto per inadempimento di una delle parti regolato dal quinto comma dell’art. 23; o il fallimento, nei casi in tal senso previsti dal sesto comma; ma anche per la decisione del conduttore che, ad esempio, non possa per ragioni economiche o, più semplicemente, non voglia esercitare il diritto a lui riconosciuto di acquistare l’immobile. Va tuttavia osservato che più il tempo passa e più i canoni vengono pagati dal conduttore, più diviene probabile l’acquisto, sia perché il conduttore cercherà di non perdere una parte del denaro corrisposto al concedente; sia perché, riducendosi l’ammontare del saldo da corrispondere al concedente, sarà più facile accedere al credito ed ottenere

⁽⁶⁾ Da questo angolo visuale si mette in luce come la struttura della vendita immobiliare venga, oggi, analizzata non più come un “tutto unitario” (con prevalenza formale e sostanziale del solo atto conclusivo ad effetti traslativi), ma come una “serie funzionalmente preordinata” al raggiungimento di un risultato (un vero e proprio “procedimento” con relative distinte fasi *endo* o *sub* procedimentali). Sul punto, per una ricostruzione particolarmente efficace dell’evoluzione in chiave procedimentale della vendita di beni immobili, si rinvia all’analisi di C. MAZZÙ, *La compravendita immobiliare dall’atto al procedimento*, in *consiglienzaforense.it*. In linea con la predetta ricostruzione, cfr., altresì, S. STEFANELLI, *Contratti preliminari di compravendita immobiliare ed esigenza di informazione*, in R. CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell’integrazione*, in A. PALAZZO (a cura di), *Studi tematici di Diritto e Processo*, Perugia, 2012, pp. 385-412.

un finanziamento per il saldo medesimo. Per giungere al trasferimento dell'immobile, ci dovrà essere l'esercizio del relativo diritto del conduttore e, conseguentemente, sarà necessario un apposito atto traslativo in adempimento del corrispondente obbligo del concedente. Ciò è confermato dall'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 23, che stabilisce che, in caso di inadempimento, si applica l'art. 2932 c.c., che prevede appunto l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto; e che non si spiegherebbe, se l'effetto traslativo derivasse direttamente dal contratto in esame»⁽⁷⁾.

Così strutturata, l'operazione contrattuale coinvolge due speculari situazioni giuridiche: da un lato, la posizione del concedente, il quale, essendo titolare del diritto assoluto di proprietà sull'immobile, ha diritto alla percezione di un canone per la concessione in godimento; dall'altro lato, la posizione del conduttore, il quale, avendo un diritto assimilabile alla locazione, ha l'obbligo di corrispondere al primo un canone determinato.

Il paradigma contrattuale così descritto sollecita l'interprete a domandarsi se l'operazione negoziale possa venire equiparata ad una tradizionale locazione immobiliare⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento*, cit., p. 190. A tal fine l'A. sostiene che «non essendo dunque l'acquisto un effetto automatico, quello regolato dall'art. 23 è un contratto con effetti solo obbligatori, essendo gli effetti reali rimessi al successivo e, come abbiamo visto, eventuale atto di trasferimento».

⁽⁸⁾ Sulla non riconducibilità del *rent to buy* alla tipologia contrattuale della locazione, V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 5-10, rileva che «l'operazione economica cui la disposizione di legge ha riguardo risponde infatti ad uno schema semplice: in vista dell'acquisto di un immobile, il futuro acquirente è subito immesso nella detenzione del bene con l'intesa che sino al momento della stipula dell'atto di acquisto corrisponderà al proprietario un importo periodico e che una quota parte di tale importo sarà imputata in conto prezzo. Si dirà: nulla di nuovo, ben potendo già prima l'autonomia delle parti attingere il medesimo risultato utilizzando, e combinando tra loro, i tipi contrattuali della locazione, del contratto preliminare, della compravendita con riserva di proprietà (ed ovviamente del *leasing* immobiliare, contratto che viene infatti richiamato nell'articolo proprio al fine di escluderlo dall'ambito di applicazione della nuova disciplina), e tuttavia l'analisi della disciplina dettata nell'art. 23 consente di ritenere che, nella specie, nessuno di tali modelli può essere integralmente richiamato, mentre il contratto, che la stampa anche non specialistica individua come «*rent to buy*», appare segnato da tratti di sicura peculiarità» (p. 5).

Quale la differenza tra queste forme contrattuali?

La dottrina ha rilevato come, *prima facie*, la nuova figura mostri «nulla di nuovo, ben potendo già prima le parti stipulare un contratto preliminare» (c.d. preliminare ad effetti anticipati) «nel quale pattuire l'immediata immissione del promissario acquirente nella detenzione del bene⁽⁹⁾, il differimento del pagamento del prezzo al momento del definitivo ed il pagamento di acconti sino a tale data. Ma le stesse parti non erano particolarmente interessate a porlo in essere, in quanto il contratto così strutturato, da un lato, poteva essere inteso come contratto definitivo di compravendita ovvero come contratto di locazione; dall'altro, risultava comunque particolarmente a rischio per il promittente in caso di inadempimento del promissario acquirente. La nuova disposizione dovrebbe sopperire a tale novero di problemi delineando una diversa figura di contratto, la cui disciplina è tuttavia ottenuta (siamo in epoca di risparmio) cucendo insieme norme diverse ed affidando alla sommatoria l'individuazione degli elementi costitutivi del negozio»⁽¹⁰⁾.

Attraverso il “*rent to buy*” il conduttore può ottenere la proprietà del bene concessogli in godimento per mezzo di un atto esecutivo⁽¹¹⁾, produttivo dell'effetto traslativo del bene goduto, con il pagamento di un corrispettivo, pattuito dalle parti al momento della stipulazione contrattuale, al quale dovrà essere imputata la parte di canone indicata nel contratto. Tuttavia, se in seguito il conduttore decide di non esercitare il diritto di poter acquistare l'immobile, o perché non vuole più quel dato immobile ma un altro, oppure

⁽⁹⁾ Oggetto del contratto è normalmente un bene immobile già esistente e, pertanto, immediatamente fruibile a titolo di locazione; tuttavia la norma (art. 23, comma 4), per il caso in cui oggetto della contrattazione sia un immobile in corso di costruzione, estende anche a tali ipotesi la previsione di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005 imponendo l'obbligo di cancellazione o frazionamento dell'ipoteca costituita sull'intero stabile anteriormente o contestualmente alla conclusione del contratto.

⁽¹⁰⁾ V. CUFFARO, *Oltre la locazione*, cit., p. 6, ove l'A. discorre di “*patchwork* delle norme” per riferirsi alla creazione della fattispecie contrattuale.

⁽¹¹⁾ Sulla natura meramente esecutiva del contratto definitivo e sul negozio giuridico come strumento di attuazione dell'obbligo la dottrina ha sempre discusso: v. L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.

perché non riesce ancora ad ottenere un mutuo (ad esempio perché le proprie condizioni lavorative sono peggiorate), allora, una parte della somma che il conduttore ha pagato rimarrà definitivamente acquisita dal concedente, il quale, dal canto suo, corre il rischio di un deterioramento del proprio immobile per utilizzo altrui.

La facoltà del conduttore, rappresentata dalla libertà unilaterale di poter acquistare o meno l'immobile, ha le sfumature di un diritto potestativo condizionato, precostituito nel contratto e la cui costituzione è vincolata agli eventi che lo coinvolgono. Mentre, il concedente non potrà recedere *ad libitum*, anche nel caso in cui, nell'arco temporale concordato, abbia esigenze economiche sopravvenute tali da spingerlo ad una più celere vendita del bene.

Tuttavia, nella legge di conversione è stato introdotto nell'art. 23 il comma 1-*bis* il quale prevede che «*le parti definiscono in sede contrattuale la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito*». Pertanto, la parte del canone da imputare al corrispettivo del trasferimento va a sua volta suddivisa in due quote (c.d. *splitting*): una prima che, in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile da parte del conduttore, andrà a lui restituita; una seconda che rimarrà, invece, in ogni caso, appannaggio del concedente, rappresentando, come detto, la remunerazione del godimento concesso⁽¹²⁾.

Questo significa che durante la trattativa le parti devono indicare analiticamente le suddette distinzioni e che questa clausola è divenuta essenziale, per strutturare questo tipo contrattuale.

1.1. – Pubblicità e natura della fattispecie contrattuale.

La trascrizione riveste un ruolo centrale nel contratto di “*rent to buy*”, il quale, come disposto dall'art. 23, è «trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c.»,

⁽¹²⁾ La necessaria bipartizione tra canone locativo e acconto sul prezzo è uno dei requisiti indefettibili della fattispecie, sicché ad esempio, non si potrebbe parlare di *rent to buy* allorché il negozio posto in essere dalle parti preveda un concessione gratuita del godimento cui accede un patto di successivo trasferimento della proprietà.

ossia della norma che regola la trascrizione del contratto preliminare⁽¹³⁾. La disposizione del decreto Sblocca Italia, tuttavia, eleva il termine triennale, previsto dal comma III dell'art. 2645-*bis* c.c., «*a tutta la durata del contratto e comunque ad un periodo non superiore a dieci anni*» (art. 23, n. 3). Con tale previsione si vuole indicare che l'operazione economica non può avere una estensione temporale superiore ai dieci anni, poiché diversamente verrebbe meno l'effetto dell'opponibilità, che non può essere concesso per un periodo illimitato. Inoltre, il n. 1 dell'art. 23 afferma che «*la trascrizione produce anche i medesimi effetti di quella di cui all' articolo 2643, comma primo, numero 8) del codice civile*», cioè il richiamo alla trascrizione delle locazioni ultranovennali si produce anche nel contratto di *rent to buy* qualora questo abbia durata pari o superiore ai nove anni.

Ovviamente non è necessaria una duplice trascrizione, poiché il contratto trascritto «contro il concedente ed a favore del conduttore» produrrà gli effetti sia dell'art. 2645-*bis* c.c. che dell'art. 2643, comma 1, n. 8 c.c. Nel caso del successivo (eventuale) esercizio del diritto di acquisto seguirà la trascrizione del contratto definitivo.

Il rinvio alla trascrizione del contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c. è, poi, arricchito dai rinvii che il n. 3 dell'art. 23 opera: innanzitutto, con riferimento all'art. 2668, comma 4 c.c., il quale prevede la cancellazione della «*trascrizione dei contratti preliminari quando la cancellazione è debitamente consentita dalle parti interessate ovvero è ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato*»; poi, all'art. 2775-*bis* c.c. che, pendenti gli effetti della trascrizione, in caso di mancata esecuzione del contratto riconosce ai crediti del promissario acquirente (qui conduttore) «*privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare*»⁽¹⁴⁾; infine, all'art. 2825-*bis* c.c. che regola i rapporti tra la

⁽¹³⁾ Per approfondimenti si rinvia a: V. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 614-632; G. LA ROCCA, *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, in *Contr. impr.*, 2015, pp. 656-697; G. DI ROSA, *Circolazione immobiliare e contrattazione preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 107-124.

⁽¹⁴⁾ Sulla scia tracciata dalle S.U. civili della Corte di Cassazione, con sentenza n. 21045 del 1° ottobre 2009, il privilegio speciale sul bene immobile che assiste ai sensi dell'art. 2775-*bis* c.c. i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione di un

trascrizione del contratto e l'iscrizione dell'ipoteca sull'immobile che ne è oggetto «a garanzia del finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi degli artt. 38 e seguenti del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385».

Sempre all'interno del disposto di cui al numero 3 dell'art. 23 si prevede che al contratto «si applicano altresì le disposizioni degli articoli da 1002 a 1007 nonché degli articoli 1012 e 1013 del codice civile, in quanto compatibili». Questi rinvii alle norme in tema di usufrutto (inventario e garanzia cui è tenuto l'usufruttario) e alla trascrizione, pongono l'interrogativo circa la natura personale ovvero reale del diritto di godimento spettante al conduttore. Con riferimento alle possibili interferenze di disciplina, il legislatore ha chiarito testualmente che i contratti in esame sono “diversi dalla locazione finanziaria” con ciò statuendo *expressis verbis* l'inapplicabilità delle disposizioni in tema di *leasing*. Pur tenendo in debita considerazione la circostanza, sopra richiamata, per la quale in più luoghi la norma discorre di “conduttore” – evocando tra l'altro la disciplina in tema di locazione ultranovennale – il rilievo ancora attribuito al principio di tipicità dei diritti reali non consente una qualificazione di tali contratti in termini diversi da quelli aventi ad oggetto un diritto personale di godimento⁽¹⁵⁾.

preliminare di compravendita, debitamente trascritto, in quanto assistito da una precipua forma pubblicitaria, non soggiace alla regola della prevalenza del privilegio sull'ipoteca, restando disciplinato dagli ordinari principi in tema di pubblicità. Ne deriva che allorquando il curatore fallimentare di una società immobiliare si determini per lo scioglimento del contratto preliminare, il credito del promissario acquirente, in tale caso, pur se assistito da privilegio speciale, dovrà collocarsi in sede di riparto in grado inferiore rispetto a quello, ad esempio, dell'istituto di credito che, sul medesimo bene immobile, abbia già iscritto ipoteca. Per una esaustiva disamina della questione si rimanda a F. TAGLIALAVORO, *Privilegio speciale ex art. 2775-bis e ipoteca iscritta sul medesimo bene immobile*, in *Contratti*, 2010, pp. 674-681.

⁽¹⁵⁾ La dottrina è propensa per la ricostruzione del contratto di *rent to buy* quale nuovo diritto personale di godimento. In argomento si rinvia alle puntuali osservazioni di G. PETRELLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (rent to buy)*, in *gatanopetrelli.it*; ed ancora a L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento*, cit., p. 193, ove si legge che «debolissimo, ma comunque a favore della proposta interpretazione, è invece l'argomento letterale che qualifica il titolare del diritto quale “conduttore”. Sembra dunque a chi scrive, trattarsi di un diritto personale di godimento, particolarmente rafforzato certo, ma che non assurge alla natura di diritto reale».

Sicché i richiami suindicati non sono sufficienti per ascrivere nel novero dei diritti reali⁽¹⁶⁾ il contratto di *rent to buy*. Si può, dunque, sostenere che la “causa concreta”⁽¹⁷⁾ della nuova fattispecie negoziale vada ravvisata nel descritto “nuovo assetto di interessi” che non spinge le parti a rifugiarsi nel ristretto ambito della realtà ma a ricercare soluzioni maggiormente flessibili, in vista dello scopo pratico che intendono perseguire.

⁽¹⁶⁾ In tal senso: L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento*, cit., pp. 192-193, ove l’A. sostiene che «pur nella consapevolezza che il problema richiederebbe ben altri spazi e più approfondite considerazioni, e senza alcuna pretesa di esaustività, non sembra di scorgere nella normativa in commento la nascita di un nuovo diritto reale. Da un lato infatti il rinvio in tema di trascrizione è fatto per un verso ad un contratto di locazione (art. 2643, comma 1, n. 8 c.c.) e per un altro ad un contratto con effetti meramente obbligatori, quale è il preliminare (art. 2645-bis c.c.). Dall’altro lato le norme in tema di usufrutto richiamate non sembrano così inequivocabilmente qualificanti della natura di diritto reale, forse con la sola eccezione (che si giustificherebbe in quanto tale) del secondo comma dell’art. 1012 c.c. che attribuisce all’usufruttuario il potere di far riconoscere l’esistenza delle servitù a favore del fondo o l’inesistenza di quelle che si pretende di esercitare sul fondo medesimo, col dovere tuttavia di chiamare in giudizio il proprietario».

⁽¹⁷⁾ In tal senso, cfr.: V. CUFFARO, *Oltre la locazione*, cit., p. 9; G. PETRELLI, *I contratti di godimento*, cit., p. 4; *contra*, P. ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque emptio tollit locatum?*, in *Contr. e impr.*, 2015, pp. 12-24, secondo cui (p. 21) «si potrebbero proporre due chiavi di lettura, a) ragionare in termini di tipizzazione di un contratto a causa mista ibrida tra locazione e vendita e allora tutto ciò che in esso non può essere ricompreso, torna ad essere assoggettato alla disciplina del tipo prevalente, b) alternativamente si potrebbe ragionare in termini di regime transtipico [Per una prima definizione di “norme transtipiche” l’A. espressamente rinvia a O. CAGNASSO, *La concessione di vendita, problemi di qualificazione*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1983, ove, con il termine transtipico, «ci si riferisce al complesso di norme che vanno oltre i confini del tipo astratto, norme cioè che non identificano un nuovo contratto ma piuttosto servono da base per un duplice passaggio logico di astrazione e deduzione, attraverso il quale dalla norma viene estratto (o astratto) un principio, denominato principio transtipico, dal quale è possibile ricavare le norme adatte al caso concreto», estendendo così la disciplina di cui allo Sblocca Italia alle ipotesi diffuse nella prassi (dal collegamento negoziale tra preliminare di vendita o opzione e locazione, alla vendita con riserva di proprietà, alle diverse ipotesi qualificate come *rent to buy*), caratterizzate dall’intento di consentire all’acquirente l’immediato conseguimento del bene idoneo a soddisfare il bisogno abitativo, diluendo nel tempo l’impegno finanziario, e al venditore la collocazione dell’immobile (con conseguente sgravio dell’onere finanziario sostenuto per la costruzione).

Sulla causa in concreto, v. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss. Da ultimo, E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, p. 35 ss.

2. — *L'inadempimento e il fallimento del concedente e del conduttore.*

L'art. 23 del decreto, ai commi secondo e quinto, accenna ad alcuni profili di disciplina relativi all'eventuale patologia del contratto.

Infatti, il comma 2 enuncia che «*il contratto si risolve in caso di mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero minimo di canoni, determinato dalle parti, non inferiore ad un ventesimo del loro numero complessivo*»⁽¹⁸⁾, così specificando che quella è la soglia di rilevanza in termini di gravità dell'inadempimento, qualora il conduttore dimostri con il suo comportamento di non rispettare l'obbligo assunto al momento del contratto, sicché egli subirà una risoluzione di diritto per inadempimento. Un inadempimento per un importo inferiore al cinque per cento (un ventesimo) potrà dar luogo ad azioni esecutive senza portare alla risoluzione del contratto, ma non consentirà l'acquisto, permanendo la morosità.

Specificatamente il n. 5 regola l'inadempimento sia del concedente che del conduttore prevedendo espressamente che «*in caso di risoluzione per inadempimento del concedente, lo stesso deve restituire la parte dei canoni imputata al corrispettivo, maggiorata degli interessi legali. In caso di risoluzione per inadempimento del conduttore, il concedente ha diritto alla restituzione dell'immobile ed acquisisce interamente i canoni a titolo di indennità, se non è stato diversamente convenuto nel contratto*». È evidente, perciò, la differenza fra le due ipotesi disciplinate: nel primo caso, il conduttore avrà diritto alla restituzione di una somma pari alla quota del canone imputata al corrispettivo pattuito nel contratto, maggiorata degli interessi legali; nel secondo caso⁽¹⁹⁾, invece, il conduttore non avrà diritto alla restituzione dei canoni già versati, oltre a dover corrispondere i canoni sca-

⁽¹⁸⁾ Viene in tal modo fissata la misura quantitativa dell'inadempimento rilevante, misura che comunque è maggiore dell'ammontare di una sola mensilità del corrispettivo, nel senso che il mancato pagamento di una mensilità non potrà di per sé essere motivo di risoluzione, ben potendo le parti concordare una soglia più elevata di inadempimento non "grave". L'inciso «*anche non consecutivo*» vale a significare che la gravità dell'inadempimento è quantitativa, riguarda cioè l'ammontare complessiva del debito (V. CUFFARO, *Oltre la locazione*, cit., p. 8).

⁽¹⁹⁾ Sul punto, per ulteriori approfondimenti, si rimanda a E. FABIANI, *Rent to buy, inadempimento del conduttore e rilascio dell'immobile*, in *Notariato*, 2015, pp. 381-389.

duti che non ha versato. Se il canone è superiore al normale valore locativo dell'immobile, sembra potersi configurare «una clausola penale di fonte legale, rispetto alla quale è da chiedersi se possa operare la regola della riduzione ad equità, come previsto dalla norma dell'art. 1384 c.c.»⁽²⁰⁾.

Il comma 6 dell'art. 23 disciplina l'ipotesi di fallimento sia del concedente che del conduttore, prevedendo che «in caso di fallimento del concedente il contratto prosegue, fatta salva l'applicazione dell'articolo 67, terzo comma, lettera c), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni. In caso di fallimento del conduttore, si applica l'articolo 72 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni; se il curatore si scioglie dal contratto, si applicano le disposizioni di cui al comma 5».

Operando una netta equiparazione con la disciplina del preliminare, il citato comma 3, lett. c), dell'art. 67 della legge fallimentare dispone che i predetti contratti non saranno soggetti all'azione revocatoria laddove la parte dimostri che la negoziazione sia stata conclusa “al giusto prezzo” ed abbia ad oggetto «immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente»⁽²¹⁾.

Viceversa, come detto, in caso di fallimento del conduttore, la disciplina applicabile è quella prevista dall'art. 72, comma 5 della medesima legge, il quale prevede la sospensione dell'esecuzione del contratto fintanto che il curatore, previa autorizzazione del comitato fallimentare, non decida di subentrare nel rapporto contrattuale facente capo al fallito, ovvero di sciogliersi da ogni vincolo. Anche in questo caso, tale regola non troverà applicazione nel caso in cui il contratto, trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c., abbia ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale del conduttore o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, ovvero

⁽²⁰⁾ V. CUFFARO, *Oltre la locazione*, cit., p. 8.

⁽²¹⁾ La disciplina sembra richiamare quella relativa alla compravendita di immobili da costruire (d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122). Per opportuni approfondimenti sul tema si rinvia a C. MAZZÙ, *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, Torino, 2008, spec. il capitolo intitolato «La funzione del “preliminare aperto” ed il suo regime giuridico» (pp. 75-120) e quello «Vendita immobiliare e controllo sociale delle attività economiche» (pp. 121-184).

un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa.

3. — *Problematiche inerenti alla tassazione del nuovo contratto.*

La fattispecie contrattuale del *rent to buy* pone all'interprete ed all'operatore pratico del diritto interessanti spunti di riflessione anche con riferimento ai profili fiscali.

A onor del vero, la normativa tributaria disciplina – peraltro in maniera parziale – una sola ipotesi di *rent to buy*, quella relativa al contratto di godimento che prevede un patto di trasferimento vincolante bilateralmente. Per questa peculiare ipotesi, l'art. 2, comma 2, n. 2 del d.P.R. n. 633/1972 ritiene equiparabile il contratto ad una ordinaria “*cessione dei beni*”, con contestuale assoggettamento al regime IVA. Medesima *ratio* applicativa è imposta dall'art. 109, comma 2, lett. a) del TUIR (d.P.R. n. 917 del 1986) per quanto attiene alle imposte dirette. Con riferimento invece all'imposta di registro, l'amministrazione finanziaria (*id est*, Agenzia delle Entrate)⁽²²⁾ ha equiparato la tipologia contrattuale a quella di una vendita con riserva di proprietà; il che comporta che il contratto di *rent to buy* – nell'ipotesi precisata in cui vi sia un patto di trasferimento obbligatorio per entrambe le parti – verrà sottoposto a tassazione come se fosse un atto immediatamente traslativo della proprietà⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Sul doppio binario di tassazione consolidatosi dopo l'emanazione della risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 19 febbraio 2015, n. 4/E, si rinvia a: A. TESTA, *Il trattamento fiscale del rent to buy nella circolare dell'Agenzia delle Entrate*, in *Imm. e propr.*, 2015, pp. 301-309; R. RIZZARDI, *L'imposizione indiretta nel “rent to buy”*, in *Corr. trib.*, 2015, pp. 1064-1068.

⁽²³⁾ Valga a chiarire la fattispecie il seguente esempio pratico: si consideri un contratto che preveda l'acquisto finale del bene immobile per un prezzo finale di complessivi euro 150.000,00 (vincolante per entrambe le parti); i canoni di locazione saranno pari ad euro 600,00. Ai fini IVA si assoggetterà immediatamente l'intera somma di euro 150.000,00 al momento della stipulazione del contratto di *rent to buy*, mentre i canoni percepiti saranno integralmente esentati. Ai fini delle imposte sul reddito verrà subito determinata la relativa plusvalenza di cessione secondo il parametro differenziale tra corrispettivo della cessione e valore del bene. Il soggetto acquirente avrà diritto alla detrazione dell'IVA eventualmente gravante sul corrispettivo della cessione al momento della stipula del contratto.

Differente, quanto a presupposti e latitudine applicativa, è il caso del contratto di godimento con attribuzione al solo acquirente di un diritto (opzione) all'acquisto⁽²⁴⁾. In tale ipotesi, una tassazione immediata del trasferimento non è ovviamente ipotizzabile. Sarà semmai possibile, *ex post*, riqualificare retroattivamente una parte dei canoni considerandoli quali acconti sul prezzo e assoggettandoli, per questa via, all'ordinario regime di tassazione, mentre per il periodo antecedente le somme corrisposte al concedente a titolo di canoni saranno sottoposte a tassazione sulla base della normativa applicabile alle locazioni⁽²⁵⁾.

Per lo stesso principio, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, la riqualificazione retroattiva di parte dei canoni quali acconti sul prezzo, imporrà l'emissione di fattura per l'intero corrispettivo, con applicazione dell'aliquota propria delle cessioni di beni. *Idem* a dirsi per le imposte dirette: il trasferimento si perfezionerà esclusivamente al momento della stipulazione del contratto definitivo di acquisto. Solo in questo momento, per effetto della

⁽²⁴⁾ Nella diversa ipotesi di un contratto di *rent to buy* che preveda la facoltà di acquisto da parte del solo acquirente, invece, l'esemplificazione pratica potrà assumere il seguente tenore: costo fiscale dell'immobile per l'impresa pari ad euro 175.000,00; durata del contratto decennale; l'impresa applicherà il regime IVA al 22% per l'opzione nel contratto di locazione; la quota del canone di locazione pattuita sarà di euro 300,00 al mese oltre IVA; l'acconto sulla futura vendita invece sarà pari ad euro 250,00 oltre IVA; ed il prezzo di cessione concordato pari ad euro 200.000,00. Durante la pendenza del contratto si dovranno tassare anno per anno le quote di locazione (euro 300,00 x 12 = euro 3.600,00) ed applicare l'imposta del 22% su detto importo; successivamente sarà necessario assoggettare ad IVA l'importo degli acconti sulla futura vendita (euro 250,00 x 12 = euro 3.000,00) ed applicare l'imposta del 22% a titolo di debito verso il locatore per le quote di acconto. Quest'ultimo importo non costituisce reddito ai fini fiscali. Al momento dell'effettivo riscatto sarà necessario tassare la plusvalenza di cessione (euro 200.000,00 - euro 175.000,00 = euro 25.000,00); applicare infine l'IVA sulla differenza tra il prezzo di vendita finale di euro 200.000,00 e quello degli acconti versati pari, nel nostro esempio, ad euro 30.000,00 (euro 3.000,00 x 10 anni) ovvero euro 170.000,000.

⁽²⁵⁾ Dopo il trasferimento della proprietà e, dunque, dopo la riqualificazione retroattiva dei canoni imputati ad acconto del prezzo, l'intero corrispettivo verrà assoggettato all'imposta di registro (dal cui importo andranno detratti i valori pagati sui canoni, ora riqualificati in acconti), in conformità alla normativa fiscale dettata – per il contratto preliminare – dalla nota all'art. 10 della tariffa, parte prima, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986.

citata riqualificazione retroattiva dei canoni, si potrà configurare riguardo ai corrispettivi già contabilizzati – e nel presupposto che il cedente sia un imprenditore – un’eventuale “sopravvenienza passiva” *ex art.* 101, comma 4 del TUIR.

L’analisi normativa sui profili fiscali si completa gettando uno sguardo alla disciplina delle così dette “agevolazioni”, tra le quali meritano di essere ricordate: a) la detrazione degli interessi passivi corrisposti per il mutuo destinato all’acquisto dell’unità immobiliare (da adibire ad abitazione principale); b) la detrazione per la locazione di un immobile (sempre destinato ad abitazione principale) e valida fino al momento del riscatto finale; c) i benefici collegati al recupero del patrimonio edilizio e del risparmio energetico, fruibili anche dal conduttore dell’immobile; d) le agevolazioni per l’acquisto della prima casa⁽²⁶⁾, relativamente alle quali si pone il quesito se esse possano essere godute già in sede di stipulazione del contratto di *rent to buy* o, come sembra più corretto, soltanto al momento della stipula del contratto definitivo di trasferimento dell’immobile.

4. — *Notazioni critiche e possibili soluzioni.*

A questo punto dell’indagine s’impongono alcune riflessioni in chiave critica⁽²⁷⁾.

Una prima notazione attiene all’utilizzo disinvolto, da parte del legislatore

⁽²⁶⁾ Le cc.dd. “agevolazioni” prima casa comportano l’assoggettamento a diverso regime in positivo in caso di trasferimento di immobile. Le differenti imposte gravano, in ogni caso, sulla parte acquirente ma variano a seconda di chi sia il soggetto venditore (impresa o privato). In caso di acquisto da parte di impresa, l’imposta sul valore aggiunto (IVA) è al 4%, fermo il pagamento delle imposte ipotecarie e catastali. Viceversa, in caso di acquisto da privati, si verserà, oltre alle imposte ipotecarie e catastali, anche quella di registro. In particolare dal 1 gennaio 2014 le misure delle imposte sono: l’imposta di registro ridotta al 2%; le imposte ipotecarie e catastali in misura fissa: 200 euro in caso di trasferimento soggetto a IVA; 50 euro in caso di trasferimento soggetto a imposta di registro.

⁽²⁷⁾ Per una recente ricognizione sulle più rilevanti problematiche in tema si rinvia a A. FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 497-499.

re contemporaneo, di terminologia straniera per designare un istituto che, invero, ha un antecedente storico diretto nella ormai abrogata disciplina in tema di edilizia economica e popolare. Il riferimento è agli artt. da 38 a 42 del r.d. 28 aprile 1938, n. 1165 (T.U. delle disposizioni sull'Edilizia popolare ed economica) ⁽²⁸⁾; a differenza di oggi (dove l'ambito applicativo della

⁽²⁸⁾ In questi articoli si prevedeva una locazione con patto di futura vendita per venire incontro alle esigenze dei ceti meno abbienti che anelavano all'ottenimento della casa. Così testualmente: «Art. 38 - I comuni e gli istituti per case popolari possono ottenere, nei limiti di spesa di cui al regio decreto legge 10 marzo 1926, n. 386, convertito nella legge 25 novembre 1926, n. 2086, il concorso dello Stato per costruire case popolari da vendersi a singoli privati, ovvero da assegnarsi in locazione con patto di futura vendita, a favore dello stesso inquilino o dei suoi eredi, in deroga alle disposizioni della vigente legislazione e delle norme statutarie. Gli alloggi costruiti invece nella città di Bolzano possono essere concessi in semplice locazione, ed analoga facoltà può essere accordata dal Ministro per i lavori pubblici relativamente agli alloggi costruiti in altre località sempre che particolari contingenze lo giustifichino; art. 39 - È consentito che i contratti di affitto stipulati con patto di futura vendita ai sensi del I comma dell'art. 38, siano trasformati in contratti di semplice locazione ove intervenga il consenso di ambo le parti contraenti, restando in ogni caso esclusi gli assegnatari che abbiano, all'atto dei contratti, effettuati versamenti in conto acquisto eccedenti il 20 per cento del costo dei rispettivi alloggi. I canoni dei nuovi contratti di semplice locazione sono determinati dai Comuni e dagli istituti a loro giudizio insindacabile, tenuto conto dei fitti medi da essi praticati anteriormente al 14 aprile 1934 per alloggi di tipo analogo, con la ulteriore applicazione del ribasso disposto dal regio decreto legge 14 aprile 1934, n. 563, convertito nella legge 7 giugno 1934, n. 1037. Le somme versate dagli assegnatari degli alloggi a titolo di acconto infruttifero del futuro acquisto, che siano libere da eventuali ritenute o depositi, saranno rimborsate dai Comuni e dagli istituti in ventiquattro rate trimestrali successive posticipate, senza interessi. Gli effettivi rimborsi restano subordinati al puntuale pagamento dei canoni di affitto semplice dovuti dagli assegnatari. Niun altro rimborso, per qualsiasi titolo o ragione, spetterà agli assegnatari; art. 40 - Alla assegnazione del concorso statale a favore dei comuni ed istituti di cui all'art. 38 si provvede mediante decreto del Ministro per i lavori pubblici. Le domande all'uopo prodotte debbono essere corredate dai documenti atti a comprovare la disponibilità dei fondi occorrenti per le costruzioni, per le quali saranno eseguite in base a progetti approvati dal Ministero dei lavori pubblici. Dette costruzioni normalmente comprendono appartamenti di non più di 3 vani abitabili ed, eccezionalmente, anche di maggior numero non eccedente peraltro i 5, oltre la cucina e gli altri indispensabili accessori e debbono rispondere alle caratteristiche ed ai requisiti di cui all'art. 48; art. 41- Il concorso dello Stato viene ragguagliato, per ciascun alloggio, alla misura del 20 per cento della spesa consentita per l'acquisto delle aree e per le costruzioni ed è corrisposto per una metà all'inizio dei lavori accertato dal Ministero dei lavori pubblici, e per l'altra metà alla ultimazione di essi in base a certificato da rilasciarsi dal competente ufficio del genio civile, il quale deve

norma attiene alla sola sfera privatistica) il citato istituto, d'epoca fascista, prevedeva l'attivazione di uno strumento di natura pubblicistica. La citata disciplina finiva con il dare vita ad una nuova forma di proprietà, *progredivente e controllata*⁽²⁹⁾, del tutto diversa dall'ordinaria.

Secondo spunto di riflessione è quello attinente all'astratta possibilità che il contratto di *rent to buy* possa essere "facilmente utilizzato", secondo logiche disfunzionali, per perseguire scopi contrari alla legge.

Si pensi all'ipotesi di chi decida scientemente di simulare un contratto di *rent to buy* al fine esclusivo di eludere la normativa fiscale, ad esempio in tema di assoggettamento al regime Iva o alla tassazione dei contratti di mutuo; o ancora al caso di chi, nella consapevolezza della propria esposizione debitoria, decida di addivenire alla siffatta stipulazione per evitare il sorgere dell'iscrizione ipotecaria sul proprio immobile.

Inoltre, questo strumento potrebbe essere utilmente impiegato anche al fine di aggirare il divieto del patto commissorio⁽³⁰⁾, ex art. 2744 c.c., ogni

constatare la rispondenza delle costruzioni ai progetti approvati. Il Comune o l'istituto che non inizi le costruzioni entro due mesi dalla comunicazione dell'approvazione dei progetti è dichiarato decaduto dal beneficio del concorso statale; art. 42 - Il trasferimento delle proprietà degli alloggi costruiti col concorso dello Stato, locati con patto di futura vendita, si effettua col contratto di compravendita da stipularsi allo scadere della locazione la cui durata non può eccedere i 25 anni. Qualora nel corso della locazione l'inquilino od i suoi eredi non osservino le norme per l'inquilinato, perdono, a titolo di penale, le somme eventualmente versate in conto acquisto, senza pregiudizio dello sfratto. Gli schemi dei compromessi di vendita o di locazione con patto di futura vendita e gli schemi dei relativi contratti sono approvati preventivamente dal Ministero dei lavori pubblici».

⁽²⁹⁾ È questa la formula particolarmente efficace coniata da F. Santoro Passarelli in tema di riforma agraria ma utile e chiarificatrice anche ai nostri fini, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 807.

⁽³⁰⁾ Il divieto del patto commissorio, sancito dall'art. 2744 c.c., si estende a qualsiasi negozio, ancorché di per sé astrattamente lecito, che venga impiegato per conseguire il concreto risultato (in termini Cass., ord. 12 ottobre 2011, n. 20956, in *Giust. civ.*, 2012, p. 1757 ss.). Per una trattazione esaustiva sulla tematica si rimanda a C.M. BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma, scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti, persone e famiglia, garanzie e diritti reali*, t. II, Milano, 2002, pp. 1113-1147. Per un recente commento si rimanda a G. RISPOLI, *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, *The nebulous borders of the prohibition of agreement on forfeiture*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 697 ss.

qualvolta tra le parti esista un pregresso rapporto di debito-credito e si preveda che, in caso d'inadempimento dell'obbligo di pagare il prezzo, la proprietà del bene passi al creditore.

Le criticità segnalate, assumono maggiore consistenza se riferite all'applicazione di differenti schemi contrattuali.

Per quanto concerne il contratto di locazione con opzione di acquisto o con patto di futura vendita, il potenziale (futuro) acquirente non godrà di particolari tutele atteso che, per l'intera durata della locazione, resta esposto al rischio di subire le conseguenze del fallimento del venditore o delle azioni esecutive da parte dei terzi creditori di quest'ultimo.

Nel caso, invece, di un contratto di locazione cui accede un preliminare di futura vendita i margini di tutela risultano ispessiti. Il conduttore (promissario acquirente) potrà, infatti, avvalersi, in tale ipotesi, del rimedio dell'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*; sebbene debba segnalarsi che la tempistica per l'ottenimento di una pronunzia giudiziale sia a volte causa di uno scarso ricorso a tale strumento, optandosi per la risoluzione per inadempimento con annesso risarcimento del danno.

Si discute, altresì, considerato il silenzio del legislatore, su quale sia la procedura da attivare per il rilascio dell'immobile nel caso in cui il conduttore decida di non esercitare il relativo diritto di opzione. L'art. 23 del decreto, infatti, prevede tale facoltà ma non ne definisce la modalità operativa: da ciò discende la scarsa applicabilità dell'istituto alla realtà economica odierna, vista la difficoltà alla quale va incontro il concedente tutte le volte in cui l'inquilino-conduttore inadempiente continui ad abitare nell'immobile e non lo restituisca.

La dottrina discute sull'applicabilità di un meccanismo analogo a quello *ex art. 657 c.p.c.*⁽³¹⁾, sebbene il riferimento testuale preveda espressamente l'applicabilità della convalida di sfratto solo a talune tipologie contrattuali, tra cui la locazione. La risoluzione della questione si ottiene grazie alla

⁽³¹⁾ Secondo l'impostazione prevalente il procedimento di convalida ha natura eccezionale, con la conseguenza che le relative norme non possono essere applicate in via analogica, ma al più attraverso una interpretazione estensiva (in termini, E. FABIANI, *Rent to buy, inadempimento del conduttore e rilascio dell'immobile*, cit., p. 382).

qualificazione del contratto di *rent to buy*: se questo contratto si ricostruisce come “locazione”, allora sarà possibile utilizzare il rimedio della convalida; viceversa, se la qualifica del contratto supera l’ambito del rapporto locativo (qualificandosi come contratto innominato), la conseguenza sarà l’inapplicabilità del procedimento di convalida di sfratto⁽³²⁾. Pertanto, ricostruendo il *rent to buy* come “contratto collegato” – in cui le due fasi (locazione e compravendita) pur strettamente interdipendenti, risultano comunque scindibili, non perdendo la loro autonomia – sarà possibile applicare alla nuova figura contrattuale la convalida.

Da ultimo, viene in rilievo la possibilità di concludere una compravendita a rate⁽³³⁾, con clausola di riserva di proprietà; attraverso questa fattispecie se, da un lato, il venditore è esente da rischi – in quanto conserva la piena proprietà del bene sino all’integrale pagamento del prezzo – dall’altro lato, ove l’acquirente non riesca ad onorare il suo debito, perderà una cospicua parte di quanto versato, oltre al risarcimento del danno. Per di più, poiché la proprietà del bene rimane al venditore sino al pagamento dell’ultima rata di prezzo, saranno validi ed efficaci gli eventuali atti di disposizione compiuti, *medio tempore*, dallo stesso, fatti salvi gli effetti della trascrizione a favore dell’acquirente. Inoltre, l’eventuale azione di restituzione del bene avrà in questo caso natura di azione contrattuale personale e non di azione reale di rivendica⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Cfr. E. FABIANI, *Rent to buy, inadempimento del conduttore e rilascio dell’immobile*, cit., p. 383, ove l’A. osserva che «più si valorizza, infatti, la componente “locazione” nell’ambito della nuova figura contrattuale del *rent to buy* e più si va nella direzione della interpretazione estensiva (consentita); più si tende, all’opposto, a sminuire la rilevanza della suddetta componente, o si tende comunque a configurare il contratto di *rent to buy* come una differente ed autonoma figura contrattuale, e più si va nella direzione della estensione in via analogica (non consentita)».

⁽³³⁾ Sebbene sia stato autorevolmente sostenuto (G. PETRELLI, *I contratti di godimento*, cit., p. 5) che in caso di vendita a rate sarebbe ovviamente inapplicabile il meccanismo prenotativo *ex art. 2645 bis c.c.*

⁽³⁴⁾ In termini, Cass., 21 novembre 2006, n. 6322, in *Ced Cassazione*. Secondo la Suprema Corte, la clausola di “riserva di proprietà” può trovare applicazione anche al di fuori del caso più comune della vendita con pagamento rateale del prezzo, ovvero ogni qualvolta il prezzo od una sua parte siano soggetti a pagamento posticipato. Notoriamente, la vendita

Quanto esposto induce a riflettere sull'importanza del ruolo che svolge il notaio⁽³⁵⁾ nel contratto avente ad oggetto il *rent to buy*. Infatti, il pubblico ufficiale, considerate le incertezze sulla disciplina applicabile e il notevole spazio concesso all'autonomia privata delle parti⁽³⁶⁾, si troverà a dover svolgere una c.d. «funzione di adeguamento nel confezionamento di tali contratti»⁽³⁷⁾. Il notaio, perciò, si trova a ricoprire un ruolo nevralgico della esaminata vicenda giuridica poiché, innanzitutto, informa le parti sulle dinamiche operative dell'istituto; e, inoltre, si trova a “decriptare” l'interesse delle parti, per comprendere se la sequenza “ordinaria” del *rent to buy* (locazione prima, vendita dopo) sia adeguata alla fattispecie concreta che le parti desiderano ottenere, oppure se sia più calzante l'utilizzo di una tradizionale figura civilistica, come per esempio la vendita a rate con riserva della proprietà (*ex art. 1523 ss. c.c.*)⁽³⁸⁾.

con riserva di proprietà trova la propria regolamentazione agli articoli 1523 e ss. c.c., e si caratterizza per il fatto che il compratore acquista la proprietà del bene oggetto di cessione con il pagamento dell'ultima rata di prezzo, pur assumendone i rischi sin dal momento della consegna. Si accede così a quel filone interpretativo che vede nella riserva di proprietà una funzione di garanzia per il venditore, piuttosto che una condizione sospensiva del trasferimento della proprietà.

⁽³⁵⁾ In argomento si rinvia alla pregevole disamina di C. MAZZÙ, *Il ruolo del notaio nel procedimento di vendita immobiliare*, in *comparazionedirittocivile.it*, in cui l'A. mette in risalto il ruolo di garanzia svolto dal notaio rogante, il quale opera come un “responsabile del procedimento” (p. 13).

⁽³⁶⁾ Sulla rilevanza dell'autonomia privata si rinvia al contributo di F. DELFINI, *Principio consensualistico e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, pp. 187-202.

⁽³⁷⁾ L'espressione è di P. ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014*, cit., p. 24, ove, altresì, l'A. ricorda che «l'art. 474 c.p.c., modificato con il d.l. n. 35/2005 convertito in l. n. 263/2005, attribuisce all'atto notarile non solo la valenza di titolo esecutivo relativamente alle somme di denaro in esso contenute, ma anche relativamente all'esecuzione degli obblighi di consegna o rilascio: è bene che ci si adoperi in questa e altre direzioni per limitare i contenziosi».

⁽³⁸⁾ Per approfondimenti si rinvia a: G. BARALIS, P. BOERO, *La compravendita delle abitazioni*, in AA.VV., *La casa di abitazione fra normativa vigente e prospettive*, II, *Aspetti civilistici*, Milano, 1986; M. LIPARI, voce *Vendita con riserva di proprietà*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, p. 526 ss.; G. PETRELLI, *Vendita con riserva della proprietà e successione mortis causa del compratore*, in *gaetanopetrelli.it*.

ALBERTO MARCHESE (*)

LA NEGOZIAZIONE DEI DERIVATI FINANZIARI: UN GIOCO PROIBITO?

ABSTRACT: Recent economic and political experiences have highlighted the crucial importance of cross-border trading, helping to draw attention to the field of “global financial market” and the financial derivatives sector. This sector of financial negotiations is, in fact, constantly expanding and, without any interruption, shows the performer with a dynamic vocation of globalization. The focus of the investigation is to incorporating itself – beyond civil law profile – the great theme of the forms of regulation in this sensitive area of discipline.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La “struttura negoziale” dei contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati. — 3. La “causa in concreto” dei singoli contratti. — 4. La giuridica meritevolezza dell’operazione negoziale. — 5. Aleatorietà dell’operazione economica e funzione speculativa. — 6. La “teoria dei giochi”: una diversa spiegazione del fenomeno.

1. — *Premessa.*

Recenti contingenze economico-politiche hanno messo in luce la fondamentale importanza delle negoziazioni transfrontaliere, contribuendo così ad attirare l’attenzione dell’opinione pubblica su un settore del “mercato finanziario globale” tra i più complessi ed innovativi: quello dei derivati finanziari⁽¹⁾.

(*) Università degli Studi di Messina

(1) Si possono così definire quegli strumenti finanziari il cui valore risulta direttamente correlato a quello di un’attività finanziaria sottostante, la quale presenta a sua volta un autonomo margine di rischio. Esempi tipici di contratti finanziari derivati sono: le contrattazioni sulle fluttuazioni valutarie, mercantili e di titoli di credito e le cc.dd. indicizzazioni finanziarie. Pensati, inizialmente, per limitare il rischio nelle contrattazioni tra imprese ed altre istituzioni, sono oggi normalmente utilizzati anche a fini speculativi e di arbitraggio. Per una completa disamina delle caratteristiche di tali strumenti finanziari si rimanda a D. MAFFEIS, *Le stagioni*

È questo, a ben vedere, un fenomeno che non può considerarsi “nuo-

dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, pp. 280-309; ID., *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter, ini*, 2010, pp. 779-796. Sotto il profilo normativo, una prima definizione è ricavabile dalla lettura del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. TUF) il cui art. 1, comma 2, dispone che: «per “strumenti finanziari” si intendono: a) valori mobiliari; b) strumenti del mercato monetario; c) quote di un organismo di investimento collettivo del risparmio; d) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (*future*), *swap*, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti; e) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (*future*), *swap*, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto; f) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (*future*), *swap* e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna del sottostante e che sono negoziati su un mercato regolamentato e/o in un sistema multilaterale di negoziazione; g) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (*future*), *swap*, contratti a termine (*forward*) e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna fisica del sottostante, diversi da quelli indicati alla lettera f), che non hanno scopi commerciali, e aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l'altro, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini; h) strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito; i) contratti finanziari differenziali; j) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (*future*), *swap*, contratti a termine sui tassi d'interesse e altri contratti derivati connessi a variabili climatiche, tariffe di trasporto, quote di emissione, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali, il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto, nonché altri contratti derivati connessi a beni, diritti, obblighi, indici e misure, diversi da quelli indicati alle lettere precedenti, aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l'altro, se sono negoziati su un mercato regolamentato o in un sistema multilaterale di negoziazione, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini». Mentre, ai sensi dell'art. 1, comma 3: «per “strumenti finanziari derivati” si intendono gli strumenti finanziari previsti dal comma 2, lettere d), e), f), g), h), i) e j), nonché gli strumenti finanziari previsti dal comma 1-bis, lettera d). Il comma 1-bis, lettera d) si riferisce a qualsiasi altro titolo che comporta un regolamento in contanti determinato con riferimento ai valori mobiliari, a valute, a tassi di interesse, a rendimenti, a merci, a indici o a misure».

vo” – nel senso comunemente attribuito al termine e cioè “non esistente in precedenza”⁽²⁾ – bensì sicuramente “attuale”, dotato di una carica valoriale sconosciuta in precedenza e costantemente inverata nella prassi dagli operatori economici di tutto il mondo.

Quello delle negoziazioni finanziarie è, infatti, un settore in forte via d’espansione che, senza soluzione alcuna di continuità, mostra all’interprete una dinamica vocazione alla globalizzazione.

Il *focus* dell’indagine⁽³⁾ è destinato pertanto a inglobare in sé – al di là degli ovvi profili di disciplina – il *great theme* delle forme di regolamentazione che, in larga misura di origine comunitaria, necessitano di una perdurante attività di vigilanza che tenga conto dei rischi che tali strumenti possono determinare tanto per gli intermediari abilitati quanto per i singoli investitori, siano essi enti pubblici, società finanziarie o semplici risparmiatori⁽⁴⁾.

L’analisi è tutt’altro che agevole, scontando, per definizione, una spiccata “ambiguità interpretativa” dovuta alla commistione, nel medesimo ambito

⁽²⁾ Si pensi che già nei primi anni dell’ottocento, presso il *Chicago Board of Trade*, venivano contrattate operazioni negoziali per nulla differenti dalle contemporanee negoziazioni sui derivati.

⁽³⁾ Nello svolgimento dell’analisi, è di fondamentale importanza non arrestarsi di fronte ad una “concezione atomistica” degli strumenti finanziari, bensì tenere conto della complessità delle singole operazioni economiche, quali risultano dal collegamento fra lo strumento finanziario derivato e il diverso rapporto sottostante. Il richiamo, quanto mai stereotipato, alla natura, *latu sensu*, aleatoria delle operazioni sui derivati non giova, infatti, a recidere il (necessario) collegamento con il rapporto-base, che determina la stessa configurabilità dell’operazione come contratto aleatorio. E dunque, non si dubita che se un intermediario e un cliente concludono un contratto di swap si esporranno all’alea della variazione del tasso d’interesse o del tasso di cambio, essendo oggetto del rapporto proprio il differenziale di valore, in un arco temporale definito. Tuttavia, l’esposizione al rischio acquista una diversa valenza se la negoziazione di un derivato sia funzionale a neutralizzare (o, quantomeno, a ridurre) un rischio già esistente. In tale ultimo caso, una corretta negoziazione farà sì che, l’eventuale *deficit* di pagamenti, dovuto all’andamento retrogrado subito dal rapporto originario, venga compensato da un *surplus* collegato allo svolgimento del rapporto di garanzia.

⁽⁴⁾ In ambito interno, la Banca d’Italia – alla quale l’ordinamento affida la tutela della stabilità del sistema bancario e finanziario – segue con attenzione, per quanto di sua competenza, l’operatività delle negoziazioni sui derivati, dettando specifiche disposizioni prudenziali e svolgendo indagini e controlli mirati.

operativo, di profili giuridici ed economici non sempre razionalizzabili alla luce di una comune (ed univoca) matrice esegetica⁽⁵⁾.

Resta, tuttavia, il dato della grande attualità che da solo giustifica lo sforzo.

Il forte impatto sociale della circolazione degli strumenti finanziari produce, infatti, sul mercato, autentiche “fibrillazioni borsistiche”, intrinsecamente pericolose e, dunque, degne della massima attenzione.

Ecco perché si avverte come fondamentale l’esigenza di una ricostruzione sistematica che consenta, da un lato, di trarre le fila di un discorso troppo spesso frammentato e, dall’altro, di definire regole certe in ordine alla validità ed efficacia dei contratti *de quibus*.

2. — *La “struttura negoziale” dei contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati.*

Dal punto di vista della struttura negoziale, i derivati sono contratti speculativi e forse potremmo dire – nell’attuale prassi finanziaria – i contratti speculativi per antonomasia. Essi si differenziano dalle comuni attività d’in-

⁽⁵⁾ Se, infatti, l’economista è chiamato ad interrogarsi sul funzionamento tecnico dei singoli strumenti finanziari e sulla corretta applicazione dei modelli matematici di valutazione degli scenari probabilistici offerti dal mercato o, ancora, sulla determinazione del c.d. *upfront* o sulla concreta operatività dei contratti “*mark to market*”; dal canto suo, il giurista teorico, unitamente a quello pratico, si troverà a dover rintracciare il corretto ambito di disciplina dei singoli contratti, apprestando la giusta forma di tutela ovvero creando strumenti di protezione del tutto innovativi, calibrati cioè sulle concrete esigenze delle part contraenti. Non è un caso, infatti, che, nella maggioranza delle ipotesi, la questione si ponga all’attenzione del giurista solo allorché il rapporto sia giunto nella sua fase patologica. In tal caso l’operazione fondamentale sarà quella di valutare *ex post* la validità dell’operazione economica già conclusa; scoprendo che, il più delle volte, alla base dell’operazione negoziale non esiste una sufficiente copertura normativa, quasi che il contratto fosse stato edificato più che su un “terreno franoso” su un’autentica palude di “sabbie mobili”. Ci si avvede che l’impianto normativo – italiano ed europeo – non è del tutto adeguato per affrontare razionalmente le derive patologiche di quella che, con formula di sintesi ma carica di suggestione, è stata definita la “finanza creativa”. Non può essere una giustificazione appagante quella per cui nel nostro, come in altri mercati europei, la circolazione dei derivati finanziari è stata consentita sol perché strumenti analoghi già circolavano nei mercati anglo-americani.

vestimento sia perché il valore atteso della remunerazione non si fonda su stime asintoticamente attendibili, ma su calcoli probabilistici ad alto tasso di variabilità, sia perché sono caratterizzati da un'intrinseca "volatilità", termine che identifica la facile fluttuazione del loro prezzo in un arco temporale assai ristretto. Tali caratteristiche espongono, all'evidenza, l'investitore a grandi rischi, aumentati dal fatto che la negoziazione su strumenti derivati si realizza prevalentemente mediante l'acquisto di strumenti senza alcuna conoscenza del prodotto sottostante, realizzandosi così una vera e propria "vendita allo scoperto"⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ La *vendita allo scoperto*, chiamata anche *vendita a nudo* (o, con terminologia anglofona *short selling*) è un'operazione finanziaria che consiste nella vendita, effettuata nei confronti di uno o più soggetti terzi, di titoli non direttamente posseduti dal venditore. Più in generale con questa terminologia si denominano tutti i tipi di operatività finanziaria attuata con l'intento di ottenere un profitto a seguito di un *trend* al ribasso rispetto alla quotazione *standard* sulla borsa valori di riferimento. La vendita allo scoperto è un'operazione finanziaria di tipo prettamente speculativo, collocata in un orizzonte temporale di breve (o brevissimo) periodo. I titoli negoziati, solitamente forniti da una banca o da un intermediario finanziario, attraverso lo *short selling* vengono istantaneamente prestati dal loro fornitore al *venditore allo scoperto* (chiamato anche *scopertista* o *short seller*) e quindi subito rivenduti da quest'ultimo. Pertanto, la vendita allo scoperto si configura come un prestito non di denaro bensì di titoli dotato di un proprio peculiare "interesse remunerativo". L'ammontare dell'interesse da pagare cresce in relazione all'aumento della durata del prestito dei titoli, poiché chi effettua la vendita a nudo deve, entro un certo lasso temporale, acquistare sul mercato i titoli per restituirli al prestatore: operazione tecnicamente definita *ricopertura dello scoperto*. Per l'acquirente finale l'operazione di *short selling* attuata dal venditore è del tutto "trasparente" e, come tale, ininfluente. L'incasso generato dalla vendita dei titoli è antecedente rispetto al momento del loro effettivo acquisto da parte del venditore, sicché lo *short selling* viene effettuato quando lo scopertista prevede che il costo della successiva acquisizione sarà inferiore al prezzo già incassato. Se, nell'ipotesi speculare, il prezzo dei titoli aumenta durante il prestito, si avrà una perdita. Per questa peculiare ragione la vendita allo scoperto si effettua principalmente quando i mercati azionari si trovano in fase calante, con perdite progressive e razionalizzate nel breve periodo. Valga a chiarire l'operatività pratica dell'istituto la seguente coppia di esempi: A) lo *short seller* vende allo scoperto 10 azioni della società "Alfa": le azioni vengono istantaneamente prestate dal fornitore del titolo allo *short seller* che subito la vende al prezzo di mercato di 100 euro; successivamente il prezzo dell'azione scende a 70 euro; per terminare l'operazione ribassista lo *short seller* acquista 10 azioni della società "Alfa" a 70 Euro, cioè al nuovo prezzo di mercato, effettuando quindi l'operazione di ricopertura dello scoperto: le azioni

La negoziazione dei derivati finanziari trova una prima fonte di disciplina nelle pieghe del citato testo unico. In particolare, l'attività di negoziazione rientra a pieno titolo tra i servizi d'investimento finanziario, definiti dall'art. 1, comma 5 TUF.

Sotto tale profilo viene in rilievo innanzitutto la così detta "negoziiazione per conto proprio", terminologia con cui ci s'intende riferire all'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta e, dunque, in relazione a puntuali ordini dei clienti. Rilievo peculiare assume, pertanto, il tema della contrattazione negoziale avente ad oggetto derivati finanziari che – come sopra chiarito – sono appunto "strumenti finanziari di secondo (o terzo) livello". Poiché l'utilizzazione principale di tali strumenti finanziari è l'attività di "copertura del rischio finanziario" o quella, *latu sensu*, "speculativa", non stupisce la circostanza che siffatte negoziazioni trovino ampia applicazione sui "mercati di vasta scala", vale a dire quei mercati finanziari, al di fuori dei centri borsistici ufficiali, in cui vengono negoziati titoli "alternativi" rispetto a quelli delle "borse ufficiali"⁽⁷⁾.

acquistate vengono immediatamente cedute al prestatore per rifonderlo del titolo da lui inizialmente fornito allo *short seller*. Nel caso prospettato l'operazione ha dato un profitto di 30 euro ad azione, ai quali viene automaticamente sottratto l'interesse da corrispondere al datore del prestito. B) Nel caso inverso, invece, lo *short seller* vende allo scoperto 10 azioni della società "Beta": le azioni vengono istantaneamente prestate dal fornitore del titolo allo *short seller* che subito la vende al prezzo di 100 euro cadauna; successivamente il prezzo di ogni singola azione sale a 130 euro; per terminare l'operazione ribassista lo *short seller* dovrà acquistare 10 azioni della società "Beta" ad euro 130 ciascuna, e cioè al nuovo prezzo di mercato, effettuando quindi l'operazione di ricopertura dello scoperto: in questo caso l'operazione è risultata in perdita di 30 euro, ai quali si dovrà aggiungere l'ulteriore costo dell'interesse da corrispondere al datore del prestito. Si ha invece "*naked short selling*" quando si vende allo scoperto senza detenere il titolo di riferimento. In pratica si tratta di una vendita di cosa altrui. Diverso ancora è, infine, il caso in cui si possiede un titolo (e la correlata "posizione di *buy*") e si decide per un qualsiasi motivo di effettuare una vendita allo scoperto sullo stesso titolo. Tra l'altro, art. 23, comma 5 del TUF stabilisce che «*Nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile.*»

⁽⁷⁾ Per identificare tali mercati si fa, nella prassi, ricorso all'acronimo *a.t.c.*, *over the counter*. L'origine etimologica dell'espressione «*over the counters*» sembra potersi fare risalire all'espres-

Le prerogative strutturali degli strumenti finanziari negoziati al di fuori dei mercati regolamentati sono quelle di una coincidenza funzionale tra la conclusione del contratto (fra cliente e intermediario abilitato) e la concreta attività di acquisto/vendita del derivato. Volendo tentare una prima ricostruzione di carattere sistematico, un modello astrattamente utilizzabile sarebbe quello che fa ricorso allo schema dicotomico incentrato sul binomio “contratto quadro” – “operazione d’investimento” e sulla speculare classificazione esegetica in termini di “mandato” e “successiva attività gestoria”

sione adottata nelle farmacie inglesi per indicare i prodotti da banco (letteralmente, “sul bancone”) per i quali non è necessaria la prescrizione medica; secondo una diversa fonte, invece, essa trae origine nell’ambito delle attività finanziarie della Borsa di Chicago, dove era presente un grande orologio nella sala delle contrattazioni; alla chiusura del mercato gli operatori erano soliti recarsi in una sala sopra l’orologio per proseguire gli scambi (“*counter*” inteso come contatore, e quindi orologio). Ad oggi il mercato *a.t.c.* è noto anche come “quarto mercato”. In tale mercato si razionalizza su vasta scala il complesso delle operazioni di compravendita di titoli che non figurano nei listini ufficiali di borsa. Si tratta di negoziazioni – come quelle che hanno ad oggetto i derivati finanziari – assolutamente non standardizzate. La quotazione su questi mercati non regolamentati avviene secondo il principio economicistico “dell’incontro tra la domanda e l’offerta” e ciò spiega perché il valore dei beni negoziati è soggetto a rapide ed imprevedibili oscillazioni. Normalmente, il mercato *a.t.c.* viene utilizzato per le transazioni all’ingrosso tra intermediari istituzionali (modalità prevalente per le euro-obbligazioni). Le contrattazioni avvengono in maniera informale, attraverso conversazioni bilaterali tra le parti (domanda e offerta), in maniera telefonica o telematica. Particolarmente diffuso è il modello c.d. di “*alternative trading system*” che consente all’operatore la creazione di una pagina telematica in cui inserire le proprie quotazioni per una serie di titoli; tali quotazioni possono essere visualizzate ed “applicate” da qualsiasi altro operatore che contratta in quel determinato mercato. I principali tratti differenziali tra un mercato *a.t.c.* e un mercato regolamentato sono i seguenti: 1) mancanza di ammissione formale dei titoli al mercato; 2) assenza di obblighi di “*market making*” a carico degli intermediari negozianti; 3) assenza di “*book*” (“listino”) di negoziazione in cui vengono raccolti ed abbinati automaticamente gli ordini di acquisto e di vendita; 4) mancanza di controlli a livello di singole negoziazioni; 5) assenza di oneri informativi a carico degli emittenti dei titoli. Sotto questo profilo, tuttavia, i mercati *a.t.c.* non vanno confusi con le vendite al dettaglio da parte delle banche (o di intermediari autorizzati) ai risparmiatori. Tra i più famosi mercati *a.t.c.* operativi a livello internazionale si ricordano l’*a.t.c. bulletin board*, creato nei primi anni novanta per dare un minimo di trasparenza agli scambi sul mercato inglese e *pink sheets a.t.c.*, sorto anch’esso nel medesimo periodo e divenuto, nel 1999, un sistema di scambio elettronico globalizzato.

che si concretizza per il tramite del complesso di ordini impartiti dal cliente all'intermediario⁽⁸⁾.

La ricostruzione prospettata fa leva altresì sulla disciplina inerente alla violazione delle regole di condotta da parte degli intermediari finanziari⁽⁹⁾ e

⁽⁸⁾ Normalmente il mandato a vendere, si presenta, sotto un profilo pratico, come la principale forma di garanzia per il cliente. Lo schema contrattuale costituito dal contratto quadro, a monte, e le successive disposizioni, a valle, sembra quasi del tutto riconducibile ad un mandato gestorio in relazione proprio al servizio di negoziazione per conto proprio ovvero vendita in contropartita diretta nel quale il prezzo non si forma liberamente dall'incontro della domanda ed offerta come avviene nei mercati regolamentati, ma è frutto di un prezzo prefissato a cui è disposto a vendere l'intermediario e conseguente accettazione dell'acquirente previo diritto di preventiva informazione. Si tratta, dunque, di una fattispecie a "contenuto negoziale bilaterale" in cui si configura una vera compravendita, una duplice operazione di acquisto sul mercato e successiva vendita e dove il profitto dell'intermediario è l'effetto dello *spread* (differenziale). D'altra parte la stessa lettura della celebre sentenza Cass., Sez. un., n. 26724 del 2007 (in *Giur. comm.*, 2007, p. 604 ss.) conferma che il contratto quadro possa «essere accostato alla figura del mandato», pur non escludendo che i successivi ordini operativi possano avere natura negoziale: per ulteriori approfondimenti, si rimanda alla lettura integrale della citata sentenza n. 26724, ove si è affermato altresì il principio secondo cui le violazioni di comportamento degli intermediari debbono essere ricondotti, a seconda della regola violata, o all'istituto della responsabilità precontrattuale, o a quello dell'inadempimento con i relativi rimedi civilistici previsti, escludendo di fatto la configurabilità della nullità relativa per contrarietà a norme imperative. Con riferimento alla forma, appare rilevante segnalare che sia il legislatore comunitario (art. 39, direttiva 2006/73/CE) sia l'autorità di regolamentazione nazionale (artt. 57 e 76, reg. Consob n. 16190/07), abbiano confermato il principio che i rapporti tra clienti ed intermediari possano anche non essere necessariamente riprodotti su carta, purché essi siano comunque tracciati su "supporti duraturi", statuizione d'altra parte presente anche nella normativa previgente all'introduzione della direttiva MiFID (artt. 29, comma 2 e 30, comma 2, reg. n. 11522/98). Per una più completa disamina dei vari profili, qui solo brevemente accennati, si rinvia a V. ROPPO, *I rimedi a tutela del cliente*, in *I servizi del mercato finanziario, in ricordo di Gerardo Santini*, Milano, 2009, p. 172 ss.; I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di Borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 161 ss.; D.I. PACE, *Nullità degli ordini di borsa per difetto di forma e mercati finanziari*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino 2009, p. 160. Con particolare riferimento ai problemi "formali" in senso sostanzialmente adesivo all'interpretazione della forma scritta dei singoli ordini: F. GRECO, *Difetto di accordo e nullità nell'intermediazione finanziaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 1088 ss.; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neo formalismo*, Padova, 2006, pp. 162-164;

⁽⁹⁾ Particolarmente rilevante in argomento è la normativa comunitaria. Il riferimento diretto è alla disciplina MiFID (acronimo di *Markets in Financial Instruments Directive*, introdotta

sulla conclusione – accolta in giurisprudenza – secondo cui, in tali ipotesi, non s’incorrerà nella nullità, bensì in responsabilità precontrattuale o contrattuale⁽¹⁰⁾.

con le direttive 2004/39/CE e 2006/73/CE oltre che dal regolamento n. 1287 del 2006). La citata disciplina introduce una classificazione descrittiva che fa leva sulla creazione di un modello soggettivo diversificato (cliente *retail* o *professional*) ai soli fini della responsabilità del soggetto che propone l’operazione d’investimento, tenendo in massima considerazione il livello di “consapevolezza all’acquisto” del singolo cliente. Sul punto, per opportuni approfondimenti, che segnalano altresì la forte pluralizzazione soggettiva del nuovo sistema di responsabilità operante nel mercato finanziario, si rinvia a C. MAZZÙ, *Bipolarità dell’atto di consumo: neutralità, oggettivazione dello scambio e rilievo dei profili soggettivi. Ideologia e dogmatica del codice del consumo*, in ID., *Il diritto civile all’alba del terzo millennio, Famiglia-Successioni-Contratto-Patrimoni separati*, I, Torino, 2011, pp. 119-135, spec. pp. 130-132; ed ancora a Cass., 25 giugno 2008, n. 17340, in *Foro. it.*, 2009, 1, c. 189, con nota di E. SCODIFFI, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, pp. 190-193; G. LA ROCCA, *Sezione prima vs. Sezioni Unite: differenti visioni del diritto dei contratti del mercato finanziario in cassazione?*, pp. 1851-1854; L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. not.*, 2009, p. 17 ss.

⁽¹⁰⁾ Anche con riferimento a tali fattispecie contrattuali, assume pratica rilevanza la distinzione tra norme di validità del contratto e norma di comportamento dei singoli contraenti: la violazione delle seconde, tanto nella fase *ante negotium* (precontrattuale) quanto in quella *post negotium* (attuativa del rapporto) – e sempre che non sia altrimenti stabilito dalla legge – genera responsabilità e può essere, pertanto, causa di risoluzione del contratto, là dove si traduca in una elusione del generale dovere di protezione e degli ulteriori obblighi di prestazione che incombono sul contraente; tale violazione non incide però sulla genesi dell’atto negoziale e sotto questo profilo non è idonea a determinarne la nullità. Sul punto si confronti la disciplina dell’art. 21 TUF, nonché la risolutiva affermazione operata dalla Suprema Corte con la pronuncia a Sezioni Unite n. 26724 del 2007. In particolare, la Corte ha perentoriamente statuito che la violazione degli obblighi d’informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, che il Testo Unico pone a carico dei soggetti abilitati alla prestazione dei servizi di investimento, può comportare «responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. «contratto quadro», il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del “contratto quadro”». Per contro, si afferma che: «in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell’art. 1418, comma 1 c.c., la nullità del c.d. “contratto quadro” o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso». A queste conclusioni la Corte è

3. — *La “causa in concreto” dei singoli contratti.*

Ma il vero problema, l'autentico *punctum dolens*, della disciplina in tema di derivati attiene all'esatta configurazione causale del contratto ed ai conseguenti limiti che possono riscontrarsi sotto tale profilo. In dottrina vi è chi ha parlato di un vero e proprio “vizio genetico”⁽¹¹⁾ da cui sarebbero affette le negoziazioni aventi ad oggetto i derivati finanziari. Ed infatti, se già all'inizio della crisi finanziaria andava emergendo una cospicua esposizione delle imprese private e di taluni enti pubblici sul mercato dei derivati, ancora in questi ultimi anni – pur dopo le devastanti ripercussioni che si sono avute – il fenomeno non sembra affatto essere diminuito. Si registra un'intensa attività di negoziazione sia tra società commerciali ed enti pubblici, sia tra intermediari autorizzati e clienti privati. La circostanza, assolutamente emblematica, impone una seria riflessione sulla possibile presenza di quel “vizio genetico” che inficerebbe, *ab imis fundamentis*, la struttura stessa della fattispecie negoziale. La critica sembra cogliere nel segno allorché riconduce i vari casi di “abuso” nelle prestazioni dei servizi di investimento alla “genesi” dei contratti attraverso i quali gli strumenti derivati vengono commercializzati. Una possibile spiegazione del fenomeno – in sé estremamente articolato – si

pervenuta in ossequio alla «tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità». Analoga impostazione si rinveniva già in Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. it.*, 2006, p. 1599 ss. Il riferimento alla “adeguatezza del contratto quadro” deve oggi essere inteso tenendo conto della distinzione fra (giudizio di) appropriatezza e (giudizio di) adeguatezza, nel regime post-MiFID. Sul tema, cfr. E. GABRIELLI, R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011; ed ancora, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010. Per quanto qui maggiormente messo in luce, il tema della responsabilità – precontrattuale o contrattuale – dell'intermediario finanziario è, tuttavia, un profilo secondario dell'indagine, poiché solo di riflesso attinente all'analisi strutturale della fattispecie.

⁽¹¹⁾ Così testualmente, A. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca borsa tit. cred.*, LXVI, 2013, pp. 68-91, spec. par. 1 significativamente intitolato «Il vizio “genetico” dei contratti derivati fra teoria e “realtà sociale”».

avrebbe valorizzando gli studi di chi⁽¹²⁾, ormai da tempo, evoca – attraverso

⁽¹²⁾ Sul complesso tema del “contratto alieno” e sulla correlata distinzione tra “contratto alieno” e “contratto anomalo” si è sviluppato, in dottrina, un interessante dibattito. In particolare l’attenzione degli interpreti si è concentrata sui rapporti con l’istituto del trust, là dove, in definitiva, l’unico, vero, elemento di comunanza con i distinti concetti di “*contratto alieno*” e “*contratto anomalo*” sarebbe la clausola con cui viene designata, per rinvio, la giurisdizione italiana. In tutte e tre le fattispecie, però, la designazione del giudice italiano non risulta immune da possibili contestazioni: infatti, riguardo al rapporto tra “*trust-interno*” e “*contratto anomalo*”, risulta difficile giustificare in modo coerente, sul piano logico-giuridico, la scelta di un diritto sostanziale (*lex causae*) differente dal diritto processuale (*lex fori*), ugualmente riguardo al “*contratto alieno*” risulta difficile giustificare l’opzione di un diritto sostanziale e di un diritto processuale diversi dalla lingua, dalla struttura e dal contenuto del contratto concluso. Sulle distinzioni con l’istituto del *trust* sia consentito rinviare al nostro *Brevi note in tema di trust (anti) antimafia, ovvero: la segregazione dei beni in frode alla legge*, 2013, in *comparazionediritto.civile.it*, pp. 1-26, spec. p. 3, nt. 4. Sulla qualificazione del *trust* interno come “immagine” di un modello tipologico ampiamente riconosciuto nel tessuto sociale, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, il contratto*, III, Milano, 2001, p. 472, ove l’A. espressamente afferma «Il tipo contrattuale è in ampio senso il modello di un’operazione economica ricorrente nella vita di relazione. [...] Il tipo contrattuale si distingue in legale o sociale. Il tipo contrattuale legale è un modello di operazione economica che si è tradotto in un modello normativo, cioè in un modello di contratto previsto e disciplinato dalla legge. Il tipo sociale è invece un modello affermatosi nella pratica degli affari ma non regolato specificamente dalla legge». Sulla distinzione tra “*contratto alieno*” e “*contratto anomalo*” si vedano le pregnanti considerazioni di G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008. L’A. individua accanto al noto fenomeno dei contratti atipici quello dei “*contratti alieni*” e dei “*contratti anomali*”. Il “*contratto alieno*”, in particolare, si avrebbe allorquando un soggetto non italiano (ovvero italiano ma controllato da uno straniero, come nel caso delle *holding* societarie) stipuli un contratto in Italia con un soggetto italiano che ha una forza contrattuale sufficiente ad imporre, quale legge applicabile, il diritto italiano. In definitiva la categoria del “*contratto alieno*” risulta più ampia di quella del mero contratto atipico, perché inerente a rapporti di internazionalità (esempi ne sarebbero lo *share purchase agreement*, in ambito di vendita di partecipazioni sociali qualificate, la *business sale*, similare ad una cessione di azienda; il *not compete contract* che potrebbe ricondursi al patto di non concorrenza ed, ovviamente, il *trust*). Il “*contratto anomalo*” si qualificherebbe, invece, argomentando *a contrario*, per evidenti elementi di distonia (o divergenza) rispetto a quelli di un predefinito “*contratto alieno*”, rappresentando, per così dire, un “contratto atipico” rispetto a quest’ultimo. Per ulteriori approfondimenti sul tema cfr. ancora ID., *The law which governs this agreement is the law of the republic of Italy: il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 7 ss.; ed ancora, più di recente, ID., *Il contratto alieno e le norme materiali*, *ivi*, 2009, p. 25 ss.; ID., *I contratti derivati come contratti alieni*, *ivi*, p. 15 ss. Di ardua soluzione – come osserva l’A. – è, ad esempio, la fattispecie nella quale il contratto sia assoggettato al diritto e alla giurisdizione del Paese di esportazione, ma de-

l'uso della felice formula “contratto alieno” –, un nuovo modo d'intendere l'intero complesso di problemi giuridici che sorgono allorché si “innestano”, nel nostro come in altri ordinamenti, modelli contrattuali di matrice esogena.

Il fenomeno, tutt'altro che infrequente, richiederebbe *ex ante* uno studio serio ed adeguato sulla compatibilità tra (norma o) modello contrattuale straniero e i principi fondamentali del diritto interno.

L'accoglimento della segnalata impostazione consentirebbe, quantomeno dal punto di vista dell'analisi normativa, di ricondurre ad unità la disciplina concernente la fase patologica del rapporto d'investimento, evitando il rischio – statisticamente sempre più in ascesa – di utilizzare, a fini valutativi, criteri meramente settoriali e, come tali, estremamente variabili.

La soluzione prospettata passa per un'adeguata valorizzazione dei profili causali emergenti in sede di contrattazione. Il cuore del problema è, dunque, da un lato, quello del *rapporto tra causa e tipo* nei contratti speculativi e, dall'altro lato, quello del legame tra il suddetto rapporto e le intrinseche caratteristiche di ogni singolo contratto, con peculiare riferimento alla funzione perseguita, all'astratta meritevolezza e ai profili di aleatorietà della negoziazione programmata.

4. — *La giuridica meritevolezza dell'operazione negoziale.*

Con riferimento alle funzioni astrattamente perseguibili dalle parti attraverso una negoziazione di strumenti finanziari derivati si è già detto.

Il secondo profilo dell'indagine attiene, invece, alla meritevolezza dell'o-

stinato a regolare rapporti “domestici”. Si pensi al caso assai frequente di un finanziamento bancario (mutuo), richiesto ad una banca estera ma regolato dal diritto italiano, cui viene associato un contratto su derivati soggetto al diritto e alla giurisdizione del paese di origine della banca. L'evidente “collegamento negoziale” si porrebbe – secondo l'applicazione dei principi interni – in chiave ostativa rispetto alla pretesa della banca estera di sottrarre alla giurisdizione italiana le vicende del rapporto giuridico in questione. In termini, cfr. Cass., Sez. un., 27 febbraio 2012, n. 2926, secondo cui, in tali ipotesi, sussiste pienamente la giurisdizione del giudice italiano.

perazione contrattuale e, dunque, al segnalato rapporto tra causa e tipo del singolo negozio.

Nella più recente elaborazione giurisprudenziale⁽¹³⁾ si ritiene che i derivati con funzione meramente speculativa siano da considerare generalmente ammissibili, ravvisandosi la loro causa tipica nell'alea che sottende alla "relazione di scambio" esistente in termini di rischio con riferimento alla futura remunerazione dell'operazione per l'una e per l'altra parte⁽¹⁴⁾.

Paradigmatico è, sotto tale profilo, il contratto di *swap* sui tassi d'interesse (*interest rate swap* o, semplicemente *i.r.s.*)⁽¹⁵⁾, vale a dire quell'accordo

⁽¹³⁾ Secondo questa impostazione il derivato sarebbe «un contratto rientrante nella categoria della scommessa legalmente autorizzata la cui causa, ritenuta meritevole dal legislatore dell'intermediazione finanziaria (per via dell'espresso richiamo operato dall'art. 1, comma 3 TUF), risiede nella consapevole e razionale creazione di alee che, nei derivati cd. simmetrici, sono reciproche e bilaterali»; che il derivato possa consistere in una scommessa sarebbe, poi, indirettamente confermato dal fatto che il cosiddetto capitale nozionale (o *capital basis*) di uno *swap* solitamente non coincide con una somma realmente impegnata ma rappresenta null'altro che una base di calcolo, di carattere fittizio, utile soltanto a «definire il perimetro dell'evento da cui i flussi differenziali vengono a dipendere». Sotto questo profilo il derivato *a.t.c.*, in fin dei conti, ha ad oggetto uno scambio di differenziali a determinate scadenze «ma la sua causa risiede in una scommessa che ambo le parti assumono». E dunque, se il derivato è una scommessa legalmente autorizzata, che vede da una parte il cliente e dall'altra la banca (che ne è sempre controparte diretta), affinché il contratto sia valido occorre che l'alea assunta dai giocatori coinvolti nella scommessa abbia due caratteristiche imprescindibili: essa deve presentarsi razionale e consapevole.

Quanto al primo dei suddetti requisiti, l'alea non può che essere razionale per entrambi gli scommettitori e tale elemento va affermato «a prescindere dall'intento che ha determinato la conclusione del contratto. Sia esso di mera copertura, ovvero speculativo». La stessa alea può definirsi razionale soltanto quando «gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi devono, invero, essere definiti e conosciuti *ex ante*, con certezza». In questi termini è la ricostruzione offerta dall'ormai famosa sentenza della App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459.

⁽¹⁴⁾ Sono questi i così detti "differenziali impropri" che potranno risultare a carico o a favore di ciascuno dei due (o più) contraenti; in tal caso ogni operatore assumerà il rischio che il proprio parametro vari in termini a sé sfavorevoli, e favorevoli per la controparte e che, quindi, risulti a suo carico un preciso differenziale negativo.

⁽¹⁵⁾ Secondo la più recente giurisprudenza: «nelle operazioni di "*interest rate swap*" la circostanza che, al momento della conclusione del contratto, l'investitore non sia a conoscenza del c.d. "*mark to market*" (inteso come il valore di mercato del contratto la cui stima venga

attraverso il quale le parti contraenti stabiliscono che, a scadenze periodiche e determinate, ognuna di esse corrisponderà all'altra un predefinito saggio d'interesse parametrato su una sorte capitale evidenziata *ex ante* (c.d. "capitale nozionale" o "*capital basis*"). Le reciproche prestazioni, a carattere corrispettivo e tra loro tendenzialmente omogenee, potranno, tuttavia, differire vistosamente quanto ad entità, dato che diverso è il saggio d'interesse applicabile al singolo contraente (nell'ipotesi più semplice la differenza si denota nell'applicazione simultanea di un saggio "fisso" rispetto ad uno "variabile" o "indicizzato").

A questa ricostruzione fa da contraltro un opposto orientamento secondo cui, se il contratto stipulato dall'investitore a copertura del rischio si dimostri essenzialmente speculativo, esso dovrà considerarsi nullo per mancanza di causa in concreto⁽¹⁶⁾.

effettuata attualizzando i flussi di cassa attesi) e che tale elemento non rientri nel contenuto dell'accordo, determina la radicale nullità del contratto. Infatti tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa possono discendere, integrano la causa del contratto derivato e devono pertanto essere definiti e conosciuti "*ex ante*", con assoluta certezza, sia dal "contraente debole" che dall'intermediario: in mancanza di ciò, il contratto di "*interest rate swap*" deve considerarsi nullo per difetto di causa, non potendo meritare tutela un negozio caratterizzato dalla creazione di alce reciproche e bilaterali ignote ad uno dei contraenti», così, Trib. Torino, 17 gennaio 2014; in senso pienamente conforme, App. Milano, 18 settembre 2013 e, seppur in una parziale diversa prospettiva, successive alla sentenza commentata, Trib. Milano, 13 febbraio 2014; (in *obiter dictum*) App. Bologna, 11 marzo 2014 e Cass., 8 maggio 2014, n. 9996.; *contra*, successivamente alla pronuncia di cui sopra, negano la natura aleatoria dell'*i.r.s.*, Trib. Torino, 24 aprile 2014, n. 2976 e App. Milano, 3 giugno 2014, n. 1937.

⁽¹⁶⁾ In tema di causa del contratto è nota l'affermazione secondo la quale essa è "oggetto vago e misterioso" (F. FERRARA jr., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 127), formula felice che rende nitida l'enorme difficoltà che l'interprete ha sempre incontrato quando si è cimentato con lo studio del problema dell'elemento giustificativo della convenzione e – particolarmente – con la necessità di fornirne una puntuale definizione. Il vigente codice non ha facilitato l'opera esegetica, mancando totalmente, fra le norme positive dedicate a tale argomento, una che ponga la definizione legalmente accolta di causa del contratto. Ed è proprio sulla base delle singole norme codicistiche che si è sviluppato l'imponente dibattito dottrinale avente ad oggetto il senso e la portata del concetto di causa del contratto nella vigente legislazione italiana. Sul punto, senza pretesa alcuna di esaustività, cfr. S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, Messina, 1942; E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, Torino, 1959; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927; L. JOSSERAND, *Les*

mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, 1928; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, I, 1948; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1965; F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1994; F. GAZZONI, *Causa, tipo e negozio nella civilistica italiana ed europea*, Napoli, 2001; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001. Con riferimento alla giurisprudenza, si segnalano due filoni interpretativi principali: quello relativo all'interpretazione della causa in senso totalmente oggettivo (*ex multis* Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, p. 375; Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Dir. fall.*, 1995, p. 553, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *La scomparsa degli "idola fori": la causa del contratto*; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2761, con nota di C. BATTAGLIA, *Contratti innominati e causa atipica*; Cass., 7 aprile 1971, n. 1025, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2574; Cass., 15 febbraio 1963, n. 331, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 736) e quello che valorizza una lettura ancorata a parametri soggettivi astratti (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, p. 621 ss.; ed ancora Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 542 ss., con nota di S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, p. 921 ss., con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, inutilità della prestazione e causa concreta: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in tema di risolvibilità di un contratto di soggiorno alberghiero dovuto alla morte, il giorno prima dell'inizio della sua esecuzione, di uno dei due coniugi che lo aveva contratto; ed ancora, Cass., 20 marzo 2012, n. 4372; Cass., 14 settembre 2012, n. 15449). Da ultimo, appunto, la Corte di Cassazione, dopo decenni di presoché pacifico utilizzo del concetto oggettivo di causa del contratto in termini di funzione economico-sociale della pattuizione, ha, con fermezza sposato l'idea dell'opposta concezione della causa come funzione economico-individuale della stipulazione, nota anche come teoria della c.d. "causa concreta" (sul punto cfr. U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 241 ss.). L'attuale assetto normativo non consente, di considerare la causa come un qualcosa di non necessario, di non essenziale, per la stipula (*contra*, C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo del contratti*, I, Milano, 2001, p. XIII ss., ove l'A. rileva che, alla luce delle norme comunitarie succedutesi nel tempo, il controllo che per il tramite della causa si intendeva esercitare sul contratto è oggi spostato sul contenuto di questo: l'esempio più eclatante di tale nuova prospettiva è dato dalla direttiva sulla tutela del consumatore e dalle norme che pongono diritti e doveri accessori rispetto a quelli coesenziali alla posizione del singolo contraente). La teoria della c. d. "causa concreta" valorizza la dimensione strutturale e strumentale della causa al fine di verificare se, nel caso concreto, i fini perseguiti dai privati siano o meno armonici rispetto a quelli fissati dall'ordinamento senza cadere nell'equivoco per cui in tale ipotesi la conseguenza sarebbe che, così definita la causa, essa esprimerebbe non tanto il punto di vista proprio delle parti che concludono il contratto, quanto quello dello Stato, limitando quella "signoria del volere" che invece deve contraddistinguere ogni contrattazione (così, G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI, C. ANGELICI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 97). È, proprio, su queste basi logiche che la medesima dottrina (G.B. FERRI, *Causa*

Con riferimento ai contratti di *swap*, la loro natura speculativa può essere, infatti, desunta da taluni criteri di matrice oggettiva, che si collegano al modo in cui i singoli contraenti hanno inteso, nel caso specifico, strutturare l'operazione finanziaria. Indice eloquente sarebbe, ad esempio, quello legato all'inesistenza, in capo al soggetto investitore, di un pregresso rapporto di debito che valga quale parametro di riferimento per la determinazione della sorte capitale che, in tale ipotesi, degraderebbe da elemento costitutivo a mero indizio dell'operazione economica la quale, in ultima analisi, consentirebbe ad entrambi i contraenti di speculare sull'andamento dei tassi d'interesse⁽¹⁷⁾. Si giunge così alla conclusione che il contratto di swap debba ritenersi nullo, per difetto genetico della causa, ogni qual volta l'intermediario finanziario, nel congegnare l'operazione economica, determini, *ab initio*, un risultato per lui favorevole, elidendo il riferimento alla (necessaria) bilateralità dell'alea che dovrebbe caratterizzare, sotto il profilo strutturale, l'intero negozio.

e tipo, cit.; ID., L'“invisibile” presenza della causa del contratto, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 897 ss.; ID., Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p.127 ss.; ID., *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, *ad vocem* e, da ultimo, *Equivoci e verità sul negozio giuridico e la sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, p. 171 ss.) prospetta quale nucleo fondamentale della teoria della causa, la funzione economico-individuale, perseguita dalle parti. Intuizione già ascrivibile, *in nuce*, allo stesso Pugliatti. Secondo questa ricostruzione, la causa è la sintesi ultima non più dei soli elementi essenziali del contratto ma di tutti gli indici strutturali del negozio, sia di matrice primaria che secondaria, sicché la si può considerare come l'espressione oggettivata delle finalità soggettive delle parti contraenti. La causa, dunque, risulta ancora iscritta nell'orbita della dimensione (teleologica o) funzionale dell'atto, ma, questa volta, in funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si determina infine a valorizzare, *magis ut valeat*, l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso fare i contraenti adottando quella determinata, specifica (e, dunque, a suo modo unica) convenzione negoziale.

⁽¹⁷⁾ In termini generali non sembra azzardato sostenere che esiste una correlazione inversa tra elementi strutturali dello swap e funzione speculativa, sicché tanto meno questi elementi (durata, *capital basis* e tassi d'interesse applicabili ai contraenti) si adattano alla situazione debitoria dell'investitore tanto più il contratto, nel suo complesso, assumerà una connotazione prettamente speculativa.

Tale circostanza sposta inevitabilmente l'asse del ragionamento sul piano teorico della distinzione tra causa e tipo negoziali.

La distinzione⁽¹⁸⁾, che affonda le sue radici nella storia stessa del pensiero giuridico, è oggi, foriera di nuove implicazioni concettuali proprio alla luce dell'accoglimento dell'esposta teoria della causa in concreto.

Sul piano della giuridica meritevolezza, il relativo giudizio può essere riferito tanto ai contratti atipici – per i quali l'art. 1322, comma 2 c.c., espressamente lo prevede – quanto ai contratti tipici. Mentre i contratti tipizzati ricevono una valutazione di conformità direttamente dal legislatore, sulla base della loro causa astratta, cioè di quella causa già enunciata nella descrizione normativa del negozio; viceversa, la valutazione di meritevolezza in concreto ha per oggetto la causa⁽¹⁹⁾ dello singolo negozio e si determina attraverso un procedimento di sussunzione del fatto (il negozio

⁽¹⁸⁾ L'apparente difficoltà di distinzione concettuale attiene, in massima parte, alla scelta del legislatore di costruire i contratti tipici come modelli causali puri. Sul piano logico, tuttavia, la differenza è abbastanza chiara, poiché il tipo altro non è che il modello legale di regolamentazione di interessi, la causa, invece, la sintesi degli interessi reali delle parti. Applicando lo schema tripartito "fatto-norma-effetto", mentre la causa si colloca nel fatto, il tipo attiene direttamente alla previsione normativa. Inoltre, il tipo non tende ad identificarsi con la causa, ma la contiene, poiché la sua struttura corrisponde a quella del negozio in generale, comprensiva tanto dell'accordo che dell'oggetto; sicché è lecito concludere che ogni tipo legale ha una sua causa (tipica) che, tuttavia, non coincide con esso, poiché la causa (tipica) non è la causa del singolo contratto. Sul punto, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 3, ove l'A. sostiene, con parole di cristallina chiarezza, che: «[...] autonomia privata, causa, tipo negoziale, seppure concettualmente individuino entità distinte, inevitabilmente si intrecciano e, vicendevolmente, si condizionano, in quanto tutte incidono in una medesima prospettiva: quella del rapporto tra l'attività del privato e l'ordinamento giuridico» ed ancora (p. 71) «La causa sta appunto ad esprimere la convergenza tra le due prospettive, quella individuale, propria dell'atto, e quella generale, propria dell'ordinamento, e si pone come momento determinante perché la regola del privato possa con un suo atto di volontà conseguire efficacia giuridica, quella stessa efficacia cioè che è propria delle norme dell'ordinamento».

⁽¹⁹⁾ Peraltro, in assenza di un modello normativo che razionalizzi l'iter concettuale del giudizio di meritevolezza, garantendo una piena congruenza tra causa concreta e causa tipica, siffatto giudizio andrà condotto esclusivamente *ex post* ed in concreto, sulla base della relazione di compatibilità logica col principio di utilità sociale sancito dall'art. 41, comma 2 Cost.

giuridico concluso dalle parti) nella norma (coincidente, come detto, con il tipo contrattuale)⁽²⁰⁾.

Un dato sembra essere incontrovertibile, i negozi aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati sono contratti tipici, o almeno nominati, e la loro astratta meritevolezza è già stata vagliata *ex ante* dal legislatore, anche per quelle tipologie che sopra si sino ricondotte nell'ambito della mera speculazione⁽²¹⁾.

Predicare il ricorso al canone della meritevolezza ha un senso soltanto là dove lo si riferisca – come sembra corretto – alla successiva fase attuativa del rapporto negoziale: un utilizzo distorto del modello contrattuale (astrattamente ritenuto meritevole) tale da trasformare l'operazione economica in

⁽²⁰⁾ A titolo di mero esempio, si riporta il caso della c.d. “vendita a prezzo vile” (e della assimilabile “vendita *nummo uno*”): per chi riconosce che la nozione di vendita cristallizzata nelle previsioni del nostro codice si basi sulla formale relazione di scambio della cosa contro il prezzo, tale fattispecie ricade pienamente nel tipo ed è, pertanto, pienamente meritevole; per chi aderisca, invece, a una nozione economicistica del rapporto di scambio, nella medesima fattispecie non è dato rintracciare la causa (tipica) della vendita e, dunque, la meritevolezza dovrà essere valutata sulla base di altre circostanze, che attengano ad una diversa correlazione degli interessi in gioco scivolando dal piano della tipicità formale a quello della concreta atipicità.

⁽²¹⁾ Ciò non significa, ovviamente, che il singolo contratto non possa essere *ab origine* nullo per difetto di causa; ed anzi lo sarà ogni qual volta il suo contenuto “concreto” sia diametralmente distonico rispetto al suo schema tipico, risultando palesemente inadeguato al perseguimento dello scopo pratico predeterminato da entrambi i contraenti. Il discorso si riconnette, ancora una volta, ai contratti di *swap* (*i.r.s.*) negoziati in funzione di copertura del rischio derivante da un'attesa fluttuazione dei tassi di interessi (e collegati, ad esempio, ad un contratto di finanziamento), che siano stati negoziati ma, poi, non attuati; tali contratti sarebbero inidonei al perseguimento dello scopo di copertura del rischio e, pertanto, per essi può parlarsi di una vera e propria mancanza di causa, non essendo possibile configurare la copertura di un rischio che, in concreto, non esiste. Diverso è, invece, il caso della c.d. “rinegoziazione dello strumento finanziario”; tale procedura viene normalmente attuata tramite una risoluzione anticipata del contratto, con contestuale stipulazione di un nuovo contratto, totalmente indipendente rispetto al precedente. I contratti rinegoziati sono pensati per consentire al cliente di “spalmare” nel tempo gli effetti dell'addebito conseguente alla risoluzione anticipata del primo contratto. Emerge nitida una marcata incongruenza tipologica del secondo contratto rispetto al primo, nonché la natura chiaramente speculativa di tutta l'operazione. In tali ipotesi, addirittura, si arriva, talvolta, ad aumentare il rischio originario, a causa di “leve finanziarie”, del tutto indipendenti (e sconosciute) dai singoli contraenti.

una vera e propria “scommessa” comporterà una valutazione negativa in termini di meritevolezza (in concreto) della causa⁽²²⁾.

Da tali rilievi si comprende la ragione per cui gli strumenti finanziari derivati siano generalmente considerati ammissibili.

Nella moderna “società del rischio”, in cui si affermano nuove forme di produzione e circolazione della ricchezza – legate per lo più al concetto di attività economiche dematerializzate –, all’astratta meritevolezza delle attività speculative si contrappone un più incisivo controllo giuridico sull’attività post-negoziale, teleologicamente orientato ad evitare gli abusi del potere economico e a garantire una generale razionalità delle contrattazioni, anche in un contesto tendenzialmente caratterizzato da forti indici di aleatorietà.

5. — *Aleatorietà dell’operazione economica e funzione speculativa.*

Le difficoltà analitiche finora messe in evidenza risiedono, più che nella dimensione tecnico-economica dei singoli strumenti finanziari, nell’applicazione agli stessi di una disciplina unitaria mutuata dall’elaborazione dei principi classici del diritto civile.

In verità, il diritto dei contratti finanziari gioca un ruolo decisivo – in termini di interferenze funzionali – sui singoli presupposti del contratto e non già sulla sua struttura. L’attenzione è rivolta verso i soggetti contraenti e le loro pregresse relazioni economiche piuttosto che sulla genesi evolutiva della singola fattispecie contrattuale. Sotto questo peculiare profilo viene allora da chiedersi perché il legislatore abbia ritenuto i derivati “astrattamente meritevoli di tutela”, a differenza, ad esempio, del gioco e della scommessa, che risultano invece “meramente non vietati”.

Una risposta appagante al superiore quesito, potrà essere rintracciata grazie all’analisi (“micro” e “macro” economica) dei singoli rapporti contrattuali.

⁽²²⁾ Nel caso in cui, invece, la negoziazione degli strumenti derivati avvenga a favore di un ente pubblico, il rimedio sanzionatorio sarà quello dell’illiceità della causa, stante la vigente normativa che consente la contrattazione su derivati solo a copertura di un rischio reale, originato cioè da un preesistente (e documentato) indebitamento.

Tale approccio presuppone una consapevole “presa di coscienza” relativamente alle modifiche del rapporto tra legge e autonomia privata ogni qual volta si sia in presenza di così detti “fallimenti del mercato”⁽²³⁾ (*market failures*), di disfunzioni che attengono cioè alla dinamica funzionale del mercato di riferimento e, dunque, al livello di accessibilità, trasparenza e competitività che dovrebbe caratterizzare ogni sistema economico a valenza concorrenziale.

L’analisi coinvolge così – in prima battuta – il concetto di equilibrio contrattuale. A tal fine occorre prendere le mosse dall’assunto che nei contratti a prestazioni corrispettive il contenuto del rapporto negoziale riflette, di regola, una precisa legge economica, ispirata al c.d. “principio di utilità marginale”, in base al quale i singoli contraenti tendono a far convergere le proprie preferenze nel punto più elevato consentito dalle proprie “curve di indifferenza”.

Se un tale riferimento coglie nel segno si avrà una tipica dimostrazione di giustizia commutativa, applicazione pratica del principio di uguaglianza formale sancito dall’art. 3, comma 1 Cost.

Allorquando, invece, la contrattazione viene distorta da fattori esterni che ne sbilanciano il tendenziale equilibrio, l’ordinamento giuridico tende a reagire attraverso l’utilizzo di tecniche di giustizia distributiva⁽²⁴⁾, in appli-

⁽²³⁾ Tra i *market failures* maggiormente rilevanti – direttamente incidenti sulla negoziazione finanziaria – si ricordano: a) l’assenza di concorrenza; b) le cc.dd. asimmetrie informative; c) la posizione di debolezza di una delle parti.

⁽²⁴⁾ Il concetto di “giustizia distributiva” sconta in dottrina un’accentuata polisemia esegetica. Con il medesimo sintagma ci si intende riferire, da un lato, all’integrità del consenso contrattuale, al comportamento secondo buona fede ed alla funzione concreta del rapporto di scambio e, dall’altro lato, a ulteriori istituti giuridici di pratica attuazione, quali la disciplina sull’invalidità del contratto, dell’integrazione o delle modifiche in corso di esecuzione. Secondo l’impostazione accolta più di recente – ispirata dai principi di matrice europea – l’utilizzo di tutte le tecniche congiuntamente considerate porta alla valorizzazione del contenuto estrinseco del negozio, dando vita a quello che si suole definire “neoformalismo negoziale”. Nel settore del diritto finanziario questa peculiare tendenza si riscontra oltre che dal sistema dei cc.dd. “controlli preventivi” sui soggetti che vogliono svolgere attività di intermediazione, altresì dalla previsione di una cospicua serie di obblighi (segnatamente di carattere informativo) direttamente correlati alla fornitura di detti servizi e alla stipulazione dei relativi contratti (artt. 21 e 23 TUF).

cazione dei postulati di cui agli artt. 2, 3, comma 2 e 41 Cost., intervenendo sul contenuto della singola pattuizione per conformarla ai generali principi di uguaglianza e solidarietà economico-sociale.

È questo il caso dei contratti strutturalmente aleatori⁽²⁵⁾ come quelli aven-

⁽²⁵⁾ Il termine “alea” rimanda etimologicamente al dado da gioco e dunque all’idea dell’assoluta casualità delle relative scommesse. Celeberrima la frase «alea jacta est» («il dado è tratto») attribuita da Svetonio – che, con molta probabilità, la riprende a sua volta da Asinio Pollione – nel suo *De vita Caesarum* a Giulio Cesare che l’avrebbe pronunciata dopo aver varcato, nella notte del 10 gennaio del 49 a.C., il fiume Rubicone alla testa della propria milizia, violando apertamente la legge che proibiva l’ingresso armato dentro i confini dell’Italia e dando così il via alla seconda guerra civile. La traduzione italiana “il dado è tratto”, pur generalmente divulgata in ogni contesto, in realtà è frutto di errori e non lascia intuire immediatamente il senso della locuzione; la traduzione corretta, fedele alla lingua greca sarebbe “il dado è stato lanciato” (nel senso di “la decisione è stata presa”). La frase, probabilmente come citazione di una commedia di Menandro, fu profferita in greco come tramanda Plutarco nel suo *Le vite parallele*: «Ἐλληνιστὶ πρὸς τοὺς παρόντας ἐκβοήσας, «Ἀνερίφθω κύβος», διεβίβαζε τὸν στρατόν’.» ovvero: «Egli [Cesare] dichiarò in greco a gran voce a coloro che erano presenti: ‘sia lanciato il dado’ e condusse l’esercito». Invero, l’ambigua traduzione deriva dalla versione tradita di Svetonio: “alea jacta est”. Probabilmente a causa di un errore di trascrizione (aplografia) si è verificata la perdita dell’ultima lettera, mutando “esto”, imperativo futuro riferito alla II o III persona singolare in “est”, indicativo presente riferito alla III persona singolare. Sotto un profilo tecnico-giuridico, il contratto aleatorio viene descritto come un negozio bilaterale che si caratterizza per un’esplicita accettazione del rischio, collegato ad un evento futuro e invertito dal quale dipendono la validità o il prezzo del contratto. La caratteristica principale dei contratti aleatori è, dunque, l’incertezza del risultato in termini strettamente economici. Non esiste, tuttavia, una disposizione che definisca o individui, *tout court*, i contratti aleatori. Della categoria ci sono esempi, nel nostro attuale codice, all’art. 1472, comma 2 c.c. che contempla un’ipotesi di vendita aleatoria; all’art. 1998 c.c., che menziona i premi ed altre utilità prodotte da titoli di credito; e, principalmente, dagli artt. 1448 e 1469 c.c., che stabiliscono un’ipotesi eccezionale d’inapplicabilità dei rimedi previsti per i contratti a prestazioni corrispettive (vale a dire, la rescissione per lesione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta). I contratti aleatori sono, dunque, contratti sinallagmatici, in cui il rischio incide, di norma, su entrambe le parti, anche se – di regola – una sola delle prestazioni risulta collegata ad un evento futuro e incerto. Esempi emblematici sono i contratti di rendita vitalizia (dove l’obbligazione di corrispondere la rendita dura finché dura la vita di una persona designata dalle parti) e l’assicurazione (dove l’assicuratore si obbliga a rivalere all’assicurato, entro i limiti precedentemente convenuti, il danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare una sorte capitale o una rendita in caso di perdita della vita).

ti ad oggetto i derivati finanziari. In tali ipotesi il rischio di cui si discorre non è connaturato all'operazione negoziale ma nasce con essa: è, in buona sostanza, un "rischio artificiale". Al rischio artificialmente predeterminato fa da *pendant* la funzione speculativa del relativo contratto⁽²⁶⁾.

A onor del vero, quindi, non è la funzione speculativa in sé a non essere apprezzata dall'ordinamento giuridico, quanto le sue distorsioni, sicché, se esse verranno neutralizzate dal doppio requisito dell'organizzazione e del controllo pubblico, i contratti speculativi risulteranno pienamente ammissibili.

⁽²⁶⁾ Il nostro ordinamento conosce le tipologie negoziali del gioco (quale competizione con finalità ricreativa che si conclude con la vittoria di singoli o di gruppi secondo determinate regole; tali regole non sono giuridiche e possono al più rilevare come presupposto di fatto per l'applicazione di regole giuridiche. Il debito di gioco è il debito avente ad oggetto la posta, cioè la somma di denaro o altro bene che un partecipante deve all'altro in base all'esito dell'attività ludica) e della scommessa (che è, invece, il contratto con il quale le parti, assumendo reciprocamente il rischio dell'esito di un gioco o dell'esattezza di una loro opinione, si obbligano l'una verso l'altra a pagare la posta pattuita nel caso in cui l'esito si verifichi in modo sfavorevole, oppure l'affermata opinione risulti sbagliata) disciplinati dall'art. 1933 c.c., a mente del quale: «Non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti. Il perdente tuttavia non può quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito di un giuoco o di una scommessa in cui non vi sia stata alcuna frode. La ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un'incapace». Il codice sembra, dunque, guardare obliquamente alla funzione speculativa. La dottrina tradizionale, muovendo dalla concezione astratta della causa, ravvisava l'immeritevolezza di tali contratti già sul piano dell'utilità sociale. Tuttavia, la circostanza che i giochi e le scommesse non proibiti, in quanto privi di azzardo, non siano considerati nulli, ma diano vita a obbligazioni naturali, nonché la presenza di giochi e scommesse espressamente tutelate (artt. 1934 e 1935 c.c.), impone all'interprete un maggiore sforzo sistematico. Il punto nodale del ragionamento consiste nel cogliere la ratio giustificativa per la quale "corse di ogni specie", "competizioni sportive" e "lotterie legalmente autorizzate" sono fonti legittime di obblighi giuridici. Gli elementi su cui si fonda questo assunto sono essenzialmente due: a) l'organizzazione predefinita *ex ante*; b) il controllo da parte dello Stato. Proprio la riserva monopolistica dello Stato, nonché l'esercizio da parte degli apparati pubblici di un potere di controllo, si dimostra funzionale al perseguimento di un fine pubblico che si identifica nell'esercizio legittimo di un'attività ludica, al riparo da pericoli di turbativa per l'ordine pubblico e la morale.

6. — *La “teoria dei giochi”: una diversa spiegazione del fenomeno.*

A questo punto dell'indagine si impongono alcune considerazioni di carattere conclusivo. Al di là dei profili normativi e giurisprudenziali segnalati, una diversa prospettazione del fenomeno è possibile allorché si riconduca il tema della contrattazione di prodotti finanziari derivati all'interno del perimetro del “gioco consentito”⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ La suggestione di unificare, sotto il profilo ermeneutico, analisi normativa e analisi economica appare foriera di importanti applicazioni pratiche ed apre a scenari ricostruttivi particolarmente stimolanti. Equiparare l'acquisto di derivati finanziari ad una “*game's choice*” (opzione di gioco) consente di applicare al campo in esame le importanti elaborazioni offerte dalla scienza economica sul versante della così detta “teoria dei giochi”. Con la locuzione “teoria dei giochi” si suole, infatti, indicare quel ramo della scienza economica e matematica che studia le decisioni individuali di un soggetto in situazioni di conflitto o interazione strategica con altri soggetti rivali finalizzate al massimo *guadagno* di ciascun soggetto, tali per cui le decisioni di un giocatore possono influire sui risultati conseguibili dall'altro e viceversa, sulla base di soluzioni “competitive” o “cooperative”. Secondo il principale studioso del tema in oggetto il matematico John Nash esisterebbero dei legami molto evidenti tra i consigli che Nicolò Machiavelli ne *Il Principe* e la moderna “teoria dei giochi”. L'A. afferma testualmente: «Nelle pagine di quel capolavoro si ha l'impressione che Machiavelli cerchi di insegnare a dei mafiosi come operare in modo efficiente e spregiudicato. Fornisce consigli tattici a principi crudeli ed egoisti, e nella sua opera descrive effettivamente i “giochi di corte” che venivano praticati nelle stanze vaticane e nei palazzi fiorentini» (Così nell'articolo di P. ODIFREDDI, *Il Nobel Nash Machiavelli i leader coreani e il presidente Assad*, 6 ottobre 2013, in *Repubblica.it – Archivio*; per ulteriori approfondimenti si rinvia a T. SIEGFRIED, *È la matematica, bellezza! John Nash e la teoria dei giochi*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010). Storicamente la teoria in commento trae origine nel 1654 da un carteggio fra Blaise Pascal e Pierre de Fermat, sul calcolo delle probabilità al gioco d'azzardo. L'espressione teoria dei giochi fu usata, invece, per la prima volta, da Emil Borel in un suo scritto del 1920. Borel si occupò nella *Théorie des jeux*, di giochi a somma zero con due giocatori e cercò di trovare una soluzione nota come concetto di Von Neumann per la soluzione di un gioco a somma zero. La nascita della moderna teoria dei giochi può essere fatta coincidere all'elaborazione teorica di John von Neumann e Oskar Morgenstern. Come segnalato, il più famoso studioso ad essersi occupato successivamente della *Teoria dei giochi*, in particolare per quel che concerne i “giochi non cooperativi”, è il matematico e premio Nobel John Nash. Da un punto di vista matematico, nel modello della teoria dei giochi, la premessa indispensabile è che tutti devono essere a conoscenza delle regole del gioco, ed essere consapevoli delle conseguenze di ogni singola mossa. La mossa, o l'insieme delle mosse, che un individuo intende fare viene chiamata “strategia di gioco”. Un gioco si dice “*a somma costante*” se per ogni vincita di un giocatore vi

Sotto questo profilo, il “gioco dei derivati” dimostra di possedere un proprio (peculiare) statuto regolamentare come può facilmente evincersi dalla lettura dell’art. 5, comma 1 TUF secondo cui: «La vigilanza sulle attività disciplinate dalla presente parte ha per obiettivi: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l’osservanza delle disposizioni in materia finanziaria». Le ulteriori regole sono, ovviamente, quelle fissate dal nostro codice e dallo stesso TUF⁽²⁸⁾. Lo schema di gioco è, se si vuole, abbastanza elementare e

è una corrispondente perdita per altri. In particolare, un gioco “*a somma zero*” fra due giocatori rappresenta la situazione in cui il pagamento viene corrisposto da un giocatore all’altro. Nei giochi “non cooperativi” (tra i quali si fanno rientrare quelli aleatori), detti anche giochi competitivi, i giocatori non possono stipulare accordi vincolanti (anche normativamente), indipendentemente dai loro obiettivi. A questa categoria, risponde, la soluzione offerta Nash, con il suo “equilibrio ponderale (o, appunto, equilibrio di Nash); è questa, probabilmente, la nozione più famosa dell’intera teoria, grazie al suo vastissimo campo di applicazione pratica. Il criterio di comportamento razionale adottato nei giochi non-cooperativi è di carattere individuale ed è chiamato strategia del massimo. Una definizione di razionalità siffatta caratterizza il comportamento di un individuo “intelligente ottimista” in quanto si prefigge l’obiettivo ottimistico di prendere sempre la decisione che consegue il massimo guadagno possibile. In sostanza il comportamento di ogni giocatore è tale da perseguire sempre la strategia più vantaggiosa per sé stesso. Qualora nel gioco esista una strategia che presenta il massimo guadagno per tutti i giocatori si parla di punto di equilibrio. Un punto di equilibrio in un gioco in cui si attua la strategia del massimo esprime il fatto che tutti i giocatori conseguono sì il massimo guadagno individuale, ma anche quello collettivo. Il punto di equilibrio di Nash esprime in un certo senso un comportamento razionale socialmente utile dal momento che tutti i giocatori ottengono un pagamento che presenta la convergenza degli interessi di tutti i giocatori. Nash ha dimostrato che ogni gioco finito ad “n” numero di giocatori ammette almeno un punto di equilibrio in strategie miste.

⁽²⁸⁾ Sul punto cfr. l’art. 21, TUF, secondo cui «1. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l’interesse dei clienti e per l’integrità dei mercati; b) acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l’efficiente svolgimento dei servizi e delle attività.1-bis. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le S.i.m., le imprese di investimento extracomunitarie, le S.g.r., le società di gestione armonizzate, gli

sfugge alla complessità dei così detti “giochi di ruolo”; nella prima fase, lo “scontro” tra cliente e intermediario mira alla massimizzazione dell’ipotetico profitto individuale, attraverso una dinamica alternativa che vede ogni giocatore contrapposto all’altro. Nella fase successiva, quando cioè la scommessa è stata formalizzata, entrambe le parti si troveranno a cooperare per far sì che l’evoluzione fisiologica del loro gioco non subisca arresti imprevisti. Esiste, tuttavia, un’evidente asimmetria nelle posizioni delle parti in gioco che impedisce di ottenere – se non stocasticamente – situazioni di equilibrio ponderale⁽²⁹⁾.

Quindi, per essere considerata valida ed esistente la causa aleatoria sottesa alla negoziazione sui derivati, sarà necessario che i rischi che la caratterizzano siano stati assunti “consapevolmente” dalle parti e tra loro distribuiti, anche se non necessariamente in modo eguale, quanto meno in modo pro-

intermediari finanziari iscritti nell’elenco previsto dall’articolo 107 del testo unico bancario, le banche italiane e quelle extracomunitarie: a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti; b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato; c) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati. 2. Nello svolgimento dei servizi le imprese di investimento, le banche e le società di gestione del risparmio possono, previo consenso scritto, agire in nome proprio e per conto del cliente».

⁽²⁹⁾ Questo tipo di equilibrio (noto anche come “equilibrio di Nash”) – ad alta valenza dinamica, poiché soggetto a continui cambiamenti – si realizza per il tramite di una serie eterogenea di strategie individuali (almeno una per ciascun giocatore) rispetto alle quali nessuno dei giocatori ha interesse a modificare tattica se l’altro non è disposto a fare altrettanto. Ciò comporta l’assunzione di un doppio fattore di rischio, collegato al comportamento di ogni parte in gioco, nonché la sperimentazione di scelte altamente razionali al fine di limitare al massimo i così detti “imprevisti”. Nel campo della contrattazione sui derivati, questa dinamica è perfettamente congruente a ciò che si realizza in concreto: i comportamenti (in)adattivi delle parti impediscono, infatti, il raggiungimento del suddetto equilibrio e, dunque, si pongono normalmente al di fuori della valutazione di astratta meritevolezza operata *ex lege*.

porzionato⁽³⁰⁾. Sicché, in definitiva, perché si possa considerare nulla una contrattazione su derivati finanziari sarà necessario accertare, attraverso un giudizio condotto necessariamente *ex post* ed in concreto, che le perdite patite siano il frutto di eventi meramente casuali e non di una preordinata attività manipolativa dell'intermediario finanziario.

⁽³⁰⁾ Tale proporzione si considera reale e sussistente allorché vi sia una tendenziale reciprocità nella distribuzione del rischio; in altri termini sarà necessario che l'alea contrattuale sia stata previamente e ampiamente conosciuta da entrambe le parti. Concretamente sarà necessario che "le regole del gioco" e le correlate procedure di calcolo siano, dunque, pienamente condivise ed accettate in fase di stipulazione del contratto.

MICHELANGELO DE DONNO ^(*)

I CERTIFICATI DI RISPARMIO ENERGETICO COME NUOVI BENI NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO

ABSTRACT: The evolution of trade together to the European integration lead to the creation of new marketplaces of goods recognized by the law, settled up as necessary instruments for the pursuit of specific targets, as part of a progression of the new private law unto broader goals of public nature. By a simple object of protection, such new goods – now considered in their specific characterization, in a modern private law perspective – become an active management tool whose features, affecting dynamics of circulation, cause a peculiar exception to the fundamental rule of free movement of goods in the EU. *White certificates* (“certificati di risparmio energetico”), into a similar functional perspective, thus assume an instrumental configuration in which special institutional domestic purposes will manage and shape the related discipline of private law.

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: finalità dell'indagine. — 2. Che cosa sono i certificati di risparmio energetico: analisi normativa. — 3. Ragioni alla base dello sviluppo del mercato dei certificati di risparmio energetico. — 4. I certificati di risparmio energetico come beni nel diritto privato. — 5. Rilievi conclusivi.

1. — *Profili introduttivi: finalità dell'indagine.*

Il presente contributo intende indagare la configurabilità dei certificati di risparmio energetico (o «titoli di efficienza energetica» – TEE), più comunemente denominati certificati bianchi, quali beni nell'attuale spazio giuridico europeo, e le conseguenze che da tale qualificazione potrebbero derivare nella prospettiva del mercato e quindi della disciplina che, entro tale ambito, regola le intersezioni tra soggetti e beni, il diritto privato.

La costituzione di un mercato dei certificati di risparmio energetico ad opera di alcuni Stati membri dell'Unione europea (la prima l'Italia), infatti,

^(*) Università degli Studi di Perugia.

testimonia la presenza di un modello di *public governance* dei complessi obiettivi in materia di economia ed ambiente mediante strumenti di mercato a tale scopo istituiti e regolamentati, la cui operatività è affidata ad entità dotate di competenze tecniche, dietro la supervisione dei poteri pubblici o dell'*Authority* di settore.

Entro tale scenario l'ambito energetico, principale responsabile di esternalità ambientali, costituisce un fecondo terreno di sperimentazione al fine di coniugare le risposte alla crescita della domanda energetica con la lotta, sempre più attuale, all'inquinamento ed ai cambiamenti climatici⁽¹⁾.

Le nuove prospettive emergenti in seno allo spazio europeo convergono verso un approccio altamente integrato⁽²⁾ nella regolamentazione di un mercato interno volto allo sviluppo sostenibile ed alla crescita equilibrata⁽³⁾. Con riferimento al nostro ambito di indagine, pertanto, esortano ad una riflessione sull'attitudine del certificato di risparmio energetico ad esprimere la funzione di bene, in concomitanza all'evoluzione teorica che si è registrata, nella scienza giuridica privatistica, con riguardo ai fenomeni economici storicamente consolidati entro la nuova società della conoscenza⁽⁴⁾.

Pertanto, dopo la ricostruzione del quadro normativo di riferimento e l'esame delle ragioni di politica amministrativa che hanno condotto alla nascita ed alla fondazione di un mercato dei certificati di risparmio energetico, la riflessione si snoderà sul versante privatistico della teoria dei beni, analizzando alcune delle più recenti evoluzioni nel quadro europeo con un cenno alle

⁽¹⁾ Cfr. Commissione CE, *Libro Verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi*, COM (2007) 140.

⁽²⁾ Art. 11 TFUE: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

⁽³⁾ A. PALAZZO, *Cittadinanza, Ambiente e Costituzione dei Beni Comuni*, in *Diritto e Processo*, 2012, p. 217 ss. L'Autore, in particolare, individua nel riconoscimento a livello internazionale del valore giuridico dell'ambiente e dei diritti economici il segno di una «costituzione dei Beni comuni» quale complesso di beni essenziali a tutte le persone, in senso cosmopolita, per l'accesso alle risorse di base per una vita dignitosa.

⁽⁴⁾ R. CIPPITANI, *Il diritto privato della società dell'informazione e della conoscenza*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Roma-Perugia, 2007, p. 168 ss.

principali ricadute in termini di disciplina, proprio alla luce delle finalità peculiari che sono alla base della nascita dei certificati di risparmio energetico.

2. — *Che cosa sono i certificati di risparmio energetico: analisi normativa.*

È opportuno, preliminarmente, descrivere il riferimento oggettivo della nostra analisi.

Per certificati di risparmio energetico si intendono i c.d. titoli di efficienza energetica o certificati bianchi.

In base alla Direttiva 2006/32/CE si tratta del «certificato rilasciato da organismi di certificazione indipendenti attestante la veridicità delle affermazioni degli operatori di mercato che annunciano risparmi di energia grazie a misure di miglioramento dell'efficienza energetica»⁽⁵⁾ (per «misura di miglioramento dell'efficienza energetica», poi, si intende «qualsiasi azione che di norma si traduce in miglioramenti dell'efficienza energetica verificabili e misurabili o stimabili»⁽⁶⁾).

Si tratta dunque di uno strumento «attestante il conseguimento di risparmi di energia grazie a misure di miglioramento dell'efficienza energetica», secondo quanto previsto dal nostro legislatore in ottemperanza alla suddetta Direttiva⁽⁷⁾.

Dal punto di vista funzionale, inoltre, il certificato di risparmio energetico è «utilizzabile ai fini dell'adempimento agli obblighi di cui all'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e successive modificazioni, e all'articolo 16, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164». Nell'ambito dell'attività di distribuzione nei settori dell'energia elettrica e del

⁽⁵⁾ Art. 3, par. 1, lett. s), Direttiva 2006/32/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2006, concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e recante abrogazione della direttiva 93/76/CEE.

⁽⁶⁾ Art. 2, comma 1, lettera h), d.lgs. n. 115 del 30 maggio 2008, Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE.

⁽⁷⁾ Art. 2, comma 1, lettera u), d.lgs. n. 115 del 30 maggio 2008.

gas, infatti, è la normativa interna ad imporre, in attuazione delle direttive europee di liberalizzazione del mercato, azioni di incremento del risparmio e dell'efficienza energetica in coerenza ad obiettivi quantitativi generali definiti a livello nazionale mediante appositi decreti ministeriali, per comprovare lo svolgimento delle quali è prevista l'attribuzione e la spendita dei certificati di risparmio energetico⁽⁸⁾. La relativa disciplina di dettaglio era contenuta nei due decreti ministeriali del 20 luglio 2004 emanati rispettivamente per il settore elettrico e del gas⁽⁹⁾, con avvio del regime a partire dall'anno 2005.

Si tratta, pertanto, di obblighi imposti agli operatori di maggiori dimensioni sulla base di una finalità di servizio pubblico, in ragione del fatto che questi, in situazione di normalità, non avrebbero incentivi a promuovere le misure di incremento dell'efficienza e i risparmi di energia primaria necessari presso gli utenti finali, in considerazione di un interesse naturale a massimizzare i consumi ed i profitti. Inoltre, trattandosi di misure il più delle volte con effetti di lungo periodo, queste non risultano di norma appetibili, ed il più delle volte misconosciute, per gli stessi utilizzatori⁽¹⁰⁾.

L'intervento del legislatore risulta dunque essenziale per definire gli obiettivi cumulati minimi di risparmio (in coerenza alle indicazioni europee⁽¹¹⁾).

⁽⁸⁾ Cfr. art. 3 d.m. dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare, «Determinazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico che devono essere perseguiti dalle imprese di distribuzione dell'energia elettrica e il gas per gli anni dal 2013 al 2016 e per il potenziamento del meccanismo dei certificati bianchi», del 28 dicembre 2012».

⁽⁹⁾ d.m. delle Attività Produttive, di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della tutela del Territorio del 20 luglio 2004 recante «Nuova individuazione degli obiettivi quantitativi per l'incremento dell'efficienza energetica negli usi finali di energia, ai sensi dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79»; d.m. delle Attività Produttive, di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della tutela del Territorio del 20 luglio 2004 recante «Nuova individuazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico e sviluppo delle fonti rinnovabili, di cui all'art. 16, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164», come successivamente modificati e integrati.

⁽¹⁰⁾ M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, I, 2007, p. 219 ss.

⁽¹¹⁾ Attestati al 20% a livello di Unione europea; cfr. art. 1, par. 1 direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

Inoltre, questo è funzionale a stabilire la loro ripartizione tra gli operatori del settore, nonché ad individuare la tipologia degli interventi ammissibili e le modalità tecniche di misurazione dei risparmi oggetto di valutazione.

Il procedimento amministrativo di verifica e certificazione dei progetti presentati dai singoli operatori per il rilascio dei certificati è attualmente definito a livello nazionale nelle *Linee Guida* predisposte dall'odierna Autorità per l'Energia elettrica, il Gas e il Sistema idrico⁽¹²⁾, che ne curava anche la relativa gestione operativa, prima del passaggio delle relative attribuzioni al G.S.E. (Gestore dei servizi energetici S.p.a.)⁽¹³⁾.

Da una lettura sincretica del quadro normativo di riferimento si evincono almeno due aspetti fondamentali: *i*) l'attestazione dei risparmi conseguiti; in particolare, essa costituisce *ii*) un accertamento di natura tecnica dietro richiesta dei soggetti interessati⁽¹⁴⁾. In altre parole, da un punto di vista genetico, i certificati di risparmio energetico vengono emessi solo dopo verifica (che si articola in modo differente a seconda del metodo di valutazione scelto, rispettivamente *standardizzato*⁽¹⁵⁾, *analitico*⁽¹⁶⁾, *a consuntivi*

⁽¹²⁾ *Linee Guida per la Preparazione, Esecuzione e Valutazione dei progetti di cui all'articolo 5, comma 1, dei Decreti Ministeriali 20 Luglio 2004 e S.M.I. e per la definizione dei criteri e delle modalità per il rilascio dei Titoli Di Efficienza Energetica*, approvato con delibera EEN 9/11 del 27 ottobre 2011. Tali linee guida saranno valide ed applicabili fino all'entrata in vigore del Decreto del Ministro dello sviluppo economico di adeguamento delle medesime, previsto ai sensi dell'art. 6, comma 2, del D.M. 28 dicembre 2012. Inoltre, i certificati di risparmio energetico sono suddivisi in diverse tipologie (tipo I-V) in ragione dei diversi ambiti materiali di incidenza dei risparmi di energia primaria conseguiti (cfr. art. 17 *Linee Guida*).

⁽¹³⁾ Art. 29, comma 1, lettera b) d.lgs. n. 28 del 3 marzo 2011, Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE.

⁽¹⁴⁾ Art. 3 *Linee guida*.

⁽¹⁵⁾ Art. 4, comma 1, *Linee guida*: «I metodi di valutazione standardizzata consentono di quantificare il risparmio specifico lordo annuo dell'intervento attraverso la determinazione dei risparmi relativi ad una singola unità fisica di riferimento (di seguito: UFR), senza procedere a misurazioni dirette».

⁽¹⁶⁾ Art. 5, comma 1, *Linee guida*: «I metodi di valutazione analitica consentono di quantificare il risparmio lordo conseguibile sulla base di un algoritmo di valutazione predefinito e della misura diretta di alcuni parametri di funzionamento del sistema dopo che è stato realizzato l'intervento».

vo⁽¹⁷⁾), del risparmio energetico del singolo progetto, ad opera di un organismo indipendente e qualificato.

All'esito del procedimento, è invece il G.M.E. (Gestore dei mercati energetici S.p.a.), in qualità di gestore e supervisore della piattaforma di negoziazione, a curare il rilascio dei certificati di risparmio energetico che sono iscritti nel «conto proprietà» del singolo operatore⁽¹⁸⁾, nella misura di 1 tep⁽¹⁹⁾ cadauno, ed in quantità pari ai risparmi verificati e certificati.

I certificati di risparmio energetico sono emessi in misura pari ai risparmi ottenuti, in relazione ad un obiettivo specifico di efficienza energetica⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Art. 6, comma 1, *Linee guida*: «I metodi di valutazione a consuntivo consentono di quantificare il risparmio netto conseguibile attraverso uno o più interventi in conformità ad un programma di misura proposto dal soggetto titolare del progetto unitamente ad una descrizione del progetto medesimo (di seguito: proposta di progetto e di programma di misura), approvato dal soggetto responsabile delle attività di verifica e di certificazione dei risparmi».

⁽¹⁸⁾ Cfr. art. 2, comma 1, lettera e), *Regole Di Funzionamento Del Mercato Dei Titoli Di Efficienza Energetica (Certificati Bianchi) approvate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico con deliberazione 14 febbraio 2013, 53/2013/R/efr; ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115, come successivamente modificate ed integrate, versione del 30.9.2015*: «per conto proprietà si intende il conto del registro TEE su cui il GME registra, per ognuna delle tipologie di titoli previste nelle presenti Regole, il numero di titoli in possesso del soggetto intestatario del conto»; e lettera u), relativo al registro TEE: «per registro TEE si intende l'archivio elettronico dei titoli, organizzato e gestito dal GME e disciplinato nel Regolamento per la registrazione delle transazioni bilaterali dei titoli di efficienza energetica, costituito dall'insieme dei conti proprietà su cui vengono depositati i titoli emessi dal GME in favore del soggetto intestatario del conto e registrate le movimentazioni dei titoli depositati per effetto delle negoziazioni avvenute sul mercato o tramite contrattazione bilaterale, di operazioni di blocco, ritiro o annullamento».

⁽¹⁹⁾ Art. 2, comma 1, lett. uu), d.lgs. n. 102 del 4 luglio 2014, Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE, definisce «tonnellata equivalente di petrolio (Tep): unità di misura dell'energia pari all'energia rilasciata dalla combustione di una tonnellata di petrolio grezzo, il cui valore è fissato convenzionalmente pari a 41,86 GJ».

⁽²⁰⁾ L'art. 2 della Direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, cit., definisce, al n. 4), «efficienza energetica», «il rapporto tra un risultato in termini di rendimento, servizi, merci o energia e l'immissione di energia» ed, al n.5), «risparmio energetico», «quantità di energia risparmiata, determinata mediante una misurazione e/o una stima del consumo prima e dopo l'attuazione di una misura di miglioramento dell'efficienza energe-

Ciò è espressione del fatto che questi costituiscono uno strumento c.d. di quantità, secondo cui è predefinito l'ammontare di energia da risparmiare ma il valore unitario dell'incentivo o corrispettivo è variabile in base al funzionamento dei meccanismi di mercato⁽²¹⁾. D'altra parte, l'emissione dei certificati di risparmio energetico è volta proprio a favorire la movimentazione della ricchezza in essi rappresentata, ossia la quantità di risparmio energetico ottenuta.

I progetti e le relative richieste di verifica e certificazione, infatti, possono essere presentati, oltre che dai concessionari obbligati⁽²²⁾, da altre imprese non obbligate e da società terze specificamente operanti nel settore dei servizi energetici⁽²³⁾. Queste, non essendo per evidenti ragioni sottoposte agli

tica, assicurando nel contempo la normalizzazione delle condizioni esterne che influiscono sul consumo energetico».

⁽²¹⁾ Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico, *Stato e prospettive del meccanismo dei titoli di efficienza energetica, Rapporto 309/2015/I/EFR*, 25 giugno 2015, p. 3.

⁽²²⁾ Art. 1 *Linee Guida*: «distributore è la persona fisica o giuridica che effettua attività di trasporto dell'energia elettrica attraverso le reti di distribuzione affidate in concessione in un ambito territoriale di competenza, ovvero in sub-concessione dalla impresa distributrice titolare della concessione, e la persona fisica o giuridica che effettua attività di trasporto di gas naturale attraverso reti di gasdotti locali per la consegna ai clienti finali»; con riferimento alle soglie quantitative oltre il quale scatta l'obbligo, cfr. art. 3, comma 1, d.m. 28 dicembre 2012, cit.: «Sono soggetti agli obblighi di cui al presente decreto: a) i distributori di energia elettrica che, alla data del 31 dicembre di due anni antecedenti a ciascun anno d'obbligo, abbiano connessi alla propria rete di distribuzione più di 50.000 clienti finali; b) i distributori di gas naturale che, alla data del 31 dicembre di due anni antecedenti a ciascun anno d'obbligo, abbiano connessi alla propria rete di distribuzione più di 50.000 clienti finali. 2. Gli obblighi di cui all'articolo 4, commi 3 e 4, costituiscono onere reale sulle reti di distribuzione e si trasmettono in modo automatico a tutti i soggetti che subentrano in ogni forma nella attività di distribuzione dei quantitativi di energia elettrica o gas naturale già distribuiti alla data del 31 dicembre di cui al comma 1. 3. Nei casi di subentro di cui al comma 2, la quota d'obbligo in capo al soggetto subentrante è proporzionale al quantitativo di energia elettrica o al volume di gas naturale distribuito ad esso trasferito, indipendentemente dal numero di utenti successivamente connessi alle rispettive reti, come conteggiati a seguito del subentro».

⁽²³⁾ Art. 7, comma 1, d.m. 28 dicembre 2012, cit.: «I progetti predisposti ai fini del rispetto degli obblighi di cui all'art. 4, commi 3 e 4, possono essere eseguiti con le seguenti modalità: a) mediante azioni dirette dei soggetti obbligati, o da società da essi controllate;

obblighi di servizio pubblico dei distributori, possono *ex ante* realizzare progetti di risparmio energetico per conto di essi, oppure in maniera autonoma ed offrire successivamente in vendita i certificati ottenuti ai distributori in regime di obbligo i quali, in relazione agli obiettivi quantitativi singolarmente imposti, ritengano tale opzione più conveniente dell'attuare direttamente propri progetti di risparmio energetico.

I costi sostenuti dai distributori per la realizzazione dei progetti e l'ottenimento dei certificati vengono indirettamente compensati costituendo una delle componenti delle tariffe per il trasporto e la distribuzione nei relativi mercati regolamentati dell'energia o del gas⁽²⁴⁾. La copertura dei costi è effettuata secondo criteri e modalità definiti dall'AEEGSI, in misura tale da riflettere l'andamento del prezzo dei certificati riscontrato sul mercato e con la definizione di un valore massimo di rimborso⁽²⁵⁾, erogato all'esito della consegna dei certificati effettuata per comprovare il rispetto degli obblighi.

La pubblicità delle operazioni di emissione e del relativo trasferimento dei certificati avviene a cura del G.M.E. secondo regole approvate dall'AEEGSI, ferma restando la possibilità di realizzare anche negoziazioni bilaterali dirette tra gli interessati.

Il meccanismo è ulteriormente presidiato. Infatti, qualora i distributori

b) mediante azioni delle imprese di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale non soggette all'obbligo; c) tramite società terze operanti nel settore dei servizi energetici, comprese le imprese artigiane e loro forme consortili; d) tramite i soggetti di cui all'art. 19, comma 1, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, che hanno effettivamente provveduto alla nomina del responsabile per la conservazione e l'uso razionale dell'energia; e) tramite le imprese operanti nei settori industriale, civile, terziario, agricolo, trasporti e servizi pubblici, ivi compresi gli Enti pubblici purché provvedano alla nomina del responsabile per la conservazione e l'uso razionale dell'energia applicando quanto previsto all'art. 19, comma 1, della legge 9 gennaio 1991, n. 10, ovvero si dotino di un sistema di gestione dell'energia certificato in conformità alla norma ISO 50001 e mantengano in essere tali condizioni per tutta la durata della vita tecnica dell'intervento».

⁽²⁴⁾ AEEGSI, *Stato e prospettive*, cit., p. 6. Per ogni titolo di efficienza energetica consegnato fino all'occorrenza dell'obiettivo annuale, i distributori obbligati ricevono un contributo che viene finanziato dalle tariffe elettriche e del gas naturale, fissato ed aggiornato annualmente dall'Autorità.

⁽²⁵⁾ Cfr. art. 9, d.m. 28 dicembre 2012.

obbligati non trasmettano all’Autorità di settore entro il 31 maggio di ciascun anno un numero di certificati di risparmio energetico corrispondente agli obiettivi minimi calcolati e ripartiti su base annuale, quest’ultima ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie per importi anche notevolmente superiori⁽²⁶⁾ all’entità degli investimenti necessari ad adempiere agli obblighi di legge⁽²⁷⁾.

3. — *Ragioni alla base dello sviluppo del mercato dei certificati di risparmio energetico.*

Lo sviluppo, a partire dall’inizio del XXI secolo, dello strumento dei certificati di risparmio energetico si collega con la nascita⁽²⁸⁾ dei mercati dei c.dd. certificati *verdi*⁽²⁹⁾ e *neri*⁽³⁰⁾: nel lessico comune essi sono insieme rappresentati come i c.dd. mercati artificiali per l’ambiente⁽³¹⁾.

I certificati di risparmio energetico, in particolare, si inseriscono all’interno di un meccanismo integrato di interventi⁽³²⁾, dal lato della domanda, attualmente previsto dalla direttiva 2012/27/UE, che appare finalizzato ad ottenere un risparmio nei consumi energetici: tra cui anche, esemplificativamente, interventi di ristrutturazione di edifici pubblici, piani di risparmio

⁽²⁶⁾ Cfr. art. 7, comma 4, d.lgs. n. 115/2008.

⁽²⁷⁾ Cfr. Art. 13 d.m. 28 dicembre 2012.

⁽²⁸⁾ Commissione CE, *Libro Verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi*, cit.; M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell’ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’Ambiente*, 3ª ed., agg. a cura di A. Fari, Torino, 2015, p. 186 ss.

⁽²⁹⁾ Su cui cfr. V. COLCELLI, *La natura giuridica dei certificati verdi*, in *Riv. giur. amb.*, II, 2012, p. 179 ss.

⁽³⁰⁾ A. GRATANI, *Le “quote” per inquinare: a titolo gratuito o oneroso?*, in *Riv. giur. amb.*, III-IV, 2013, p. 392 ss.

⁽³¹⁾ M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, cit., p. 219 ss.

⁽³²⁾ M. COCCONI, *Programmazione e regolazione dell’energia elettrica da fonte rinnovabile*, in *Dir. econ.*, I, 2014, p. 142. L’A. segnala il collegamento tra incentivazione delle fonti di energia rinnovabile con il tema dell’efficienza energetica, sul presupposto della necessità di un quadro integrato di misure sul versante della domanda e dell’offerta per perseguire gli obiettivi del c.d. Pacchetto clima-energia.-

energetico per imprese pubbliche, *audit* energetici obbligatori per le grandi imprese, introduzione e valorizzazione del modello di *Energy Service Company* (ESCO).

Con la ratifica del *Protocollo di Kyoto* e, ancor più di recente, con il varo del c.d. *Accordo di Parigi*⁽³³⁾ in seno alla Conferenza ONU sui cambiamenti climatici, infatti, gli Stati membri e l'intera comunità internazionale hanno assunto impegni riguardanti il contenimento delle emissioni di gas serra nell'atmosfera, al fine di scongiurare nel prossimo futuro cambiamenti climatici con effetti devastanti per la biosfera. Come noto, le attività generalmente condotte in ambito energetico costituiscono uno dei principali fattori di emissione di gas serra ed una potenziale grave minaccia a carico dell'ambiente⁽³⁴⁾. Per mitigare tale impatto, legato al massivo sovrasfruttamento delle risorse ambientali quale fattore di veri e propri costi sociali, si rendeva necessario internalizzare almeno una parte di essi nei confronti dei soggetti responsabili, secondo un paradigma misto di azione preventiva e correzione, peraltro formalizzato a chiare lettere già all'interno dei Trattati europei⁽³⁵⁾. Si tratta, come già si accennava, di questioni di grande rilievo che interferiscono con numerosi altri interessi essenziali, di rilievo sovranazionale, relativi ai processi produttivi, alla libertà di circolazione, nonché alla qualità di vita delle popolazioni.

Sinteticamente, per quanto qui rileva, l'impostazione relativa a tali problematiche può strutturarsi secondo differenti modalità: una di carattere tra-

⁽³³⁾ FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, *Adoption of the Paris Agreement*, in <http://unfccc.int>.

⁽³⁴⁾ Cfr., tra gli altri, il considerando n. 2, direttiva 2006/32/CE: «Il miglioramento dell'efficienza degli usi finali dell'energia contribuirà anche alla riduzione del consumo di energia primaria, alla riduzione delle emissioni di CO₂ e di altri gas ad effetto serra e quindi alla prevenzione di un pericoloso cambiamento climatico. Queste emissioni sono in continuo aumento e rendono sempre più difficile il rispetto degli impegni di Kyoto. Più del 78 % delle emissioni di gas ad effetto serra della Comunità derivano da attività umane svolte nel settore energetico. Il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente, istituito dalla decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, prevede la realizzazione di nuove riduzioni per raggiungere l'obiettivo a lungo termine della convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico di stabilizzare la concentrazione di gas ad effetto serra nell'atmosfera a un livello che impedisca ogni perturbazione antropogenica del sistema climatico. Sono necessarie quindi politiche e misure concrete».

⁽³⁵⁾ Art. 191, par. 2, TFUE.

dizionale (c.d. *command & control*) e l'altra legata allo sviluppo di un vero e proprio mercato collaterale fondato sull'attribuzione di beni artificialmente creati (c.d. *market-based*). Quest'ultima, in particolare rientra nella c.d. amministrazione attraverso strumenti economici⁽³⁶⁾.

Appare, infatti, in fase di consolidamento al livello europeo un modello di circolazione di certificati attributivi ai privati di permessi od utilità in materie di rilievo ambientale (quote di emissione di gas ad effetto serra, certificati verdi, certificati bianchi), finalizzati in ultima istanza all'adempimento di obblighi normativi definiti a monte. La sua affermazione mostra una peculiare integrazione tra l'introduzione di regole e *standard* imperativi (si pensi anche ai meccanismi di responsabilità per danno ambientale) e l'istituzione di un mercato *ad hoc* analogamente conformato con riguardo ad obiettivi cogenti⁽³⁷⁾. Attraverso un siffatto corredo di regole-cornice, il potere pubblico può limitarsi ad imporre gli obiettivi quantitativi, le regole di garanzia e di funzionamento del sistema, lasciando ai privati (obbligati e non) lo sviluppo collaterale di un mercato basato su un libero incontro della domanda e dell'offerta di titoli⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ A. LOLLI, *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, Bologna, 2008.

⁽³⁷⁾ Cfr. AGENZIA EUROPEA DELL'AMBIENTE, *Using the market for cost-effective environmental policy. Market-based instruments in Europe*, EEA Report, 1/2006, www.ea.eu.int; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., p. 219 ss. L'A. individua differenti modalità secondo cui si articola il rapporto tra Stato e mercato, tra diritto ed economia: il mercato può infatti operare «contro lo Stato» (mercato nero, traffici illeciti), «senza lo Stato», «con poco Stato», «con molto Stato», oppure «attraverso lo Stato», ipotesi, quest'ultima, propria dei mercati artificiali per l'ambiente.

⁽³⁸⁾ M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, cit., p. 188 ss. L'A. osserva come «orientare i modelli di produzione e di consumo alla meta della sostenibilità è un'operazione istituzionale bisognosa di un livello di capillarità e di flessibilità che soltanto un duttile sistema di incentivi è in grado di promuovere (...) Vale la pena ricordare che i dispositivi di orientamento delle condotte, basate su incentivi e disincentivi, se impiegati con le necessarie cautele, facilitano una raccolta dell'informazione ed un processo di apprendimento, individuale e collettivo, che sono ingredienti risolutivi, per qualsivoglia serio programma di protezione dell'ambiente (...) La complessità evolutiva del sistema ambientale rende velleitaria ogni presunzione di comando e di controllo, all'insegna della rigidità e dell'accentramento. Al tempo stesso, l'indivisibilità funzionale del sistema condanna a pericolosi insuccessi ogni avventato programma di privatizzazione delle sue componenti o di indiscriminata immis-

Le ragioni di beneficio sono sinteticamente prospettabili nello stimolo ad un'innovazione diretta da parte degli operatori⁽³⁹⁾, rivolta alla sostenibilità delle soluzioni.

Inoltre, i prezzi dell'incentivo si determinano in maniera autonoma sulla base di un più o meno ampio sviluppo e diffusione dell'innovazione tecnica e del conseguente riconoscimento dei risparmi così conseguiti ad opera dei valutatori, nonché, in ultima analisi, in base all'eccesso di domanda o di offerta dei certificati al momento presente.

Al contrario, utilizzando un ordinario approccio c.d. *command & control*, il privato obbligato potrà essere determinato tanto più a trasgredire quanto più i costi dell'innovazione tecnica saranno alti e più certi rispetto all'irrogazione delle possibili sanzioni. Queste, d'altra parte, dovrebbero essere adeguate costantemente, con un elevato costo di monitoraggio a carico dell'amministrazione⁽⁴⁰⁾.

sione di risorse e servizi naturali nel circuito mercantile. Anche le miscele cui di fatto propende l'Unione europea, nel dosare scelte collettive e libertà individuali, parrebbero ispirarsi alla consapevolezza del fatto che il governo dell'ambiente esige una flessibile ed adattativa combinazione di strumenti qualitativamente diversi. E' facile constatare che al momento, anche nell'ordinamento europeo, la maggior parte degli strumenti economici è concepita a supporto della regolamentazione, in funzione ancillare e strumentale al perseguimento di obiettivi di salvaguardia ambientale che sono politicamente determinati».

⁽³⁹⁾ Profilo ancor più rafforzato dal disposto dell'art. 6, par. 2., d.m. 28 dicembre 2012: «A decorrere dalla medesima data del 1° gennaio 2014, hanno accesso al sistema dei certificati bianchi esclusivamente progetti ancora da realizzarsi o in corso di realizzazione».

⁽⁴⁰⁾ M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, cit., p. 187 ss.: «un'appropriata diversificazione di obblighi e standards, che sappia tener conto della varietà delle condizioni ambientali locali o della diversità dei costi di abbattimento dell'inquinamento sostenuti dai differenti operatori economici, implica presupposti – in termini di dotazioni informative e di capacità valutative – che raramente gli apparati pubblici sono in grado di soddisfare. Per giunta, le misure di comando e controllo tendono ad appiattare gli incentivi. Un precetto che predefinisca tanto i risultati prescritti ai destinatari, quanto le modalità per raggiungerli, ovviamente annulla l'interesse alla ricerca privata di rimedi innovativi; ma anche un comando che si limiti a preconstituire obiettivi di risultato finisce col deprimere la ricerca di soluzioni migliorative, capaci di conseguire livelli di salvaguardia ambientale eccedenti, rispetto al traguardo minimo di conformarsi». L'A., in una prospettiva pubblicistica, descrive due macro-categorie di strumenti di mercato a servizio di finalità ambientali: «Da una parte stanno i rimedi che, nel loro insieme, parrebbero accomunati dallo sforzo di indurre impre-

Al di là di alcuni rischi distorsivi propri dei singoli meccanismi di sostegno⁽⁴¹⁾, il beneficio auspicato da attenta dottrina, ad ogni modo, è la tendenziale diminuzione dei costi di transazione a livello generalizzato sia per l'amministrazione che per i privati interessati, nel quadro di un processo di miglioramento dello *standard* globalmente auspicato⁽⁴²⁾. Non è possibile, tuttavia, abbassare la guardia riguardo alle misure amministrative di monitoraggio dell'impatto ambientale e dell'efficienza delle soluzioni in zone circoscritte, al fine di evitare situazioni di degrado che la costituzione di un mercato da sola non può evitare (trattasi infatti, attraverso il mercato, del perseguimento di obiettivi c.d. di "bolla")⁽⁴³⁾.

Solo in tal modo, infatti, il mercato può essere correttamente inquadrato come istituto strumentale che, ove nel caso concreto contrasti, diviene su-

se e consumatori a tener conto di costi e benefici ambientali, operando sui mercati esistenti di beni e servizi. D'altro lato stanno le ipotesi in cui la mano pubblica parrebbe adoperarsi nella vera e propria creazione di mercati artificiali, per lo scambio di beni e titoli rappresentativi di valori ambientali che, in assenza dell'intervento pubblico, nemmeno esisterebbero». Nel primo tipo rientrano le azioni di disseminazione informativa e supporto di impegni volontari, incidendo sulla formazione delle preferenze negoziali degli operatori; gli appalti verdi, che incoraggiano le amministrazioni ad internalizzare profili ambientali nei meccanismi di valutazione delle offerte nell'aggiudicazione di pubblici appalti, così premiando talune modalità produttive piuttosto che altre sul mercato di riferimento; i sussidi; le imposte correttive; la responsabilità civile per danno ambientale. Nel secondo tipo, rientra invece la costituzione di mercati artificiali di permessi e certificati negoziabili.-

⁽⁴¹⁾ Per un esempio in tal senso, relativo al meccanismo dei *certificati verdi*, cfr. M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2014, p. 11, per cui le misure introdotte dal legislatore al funzionamento del mercato dei certificati, sotto forma di vincoli di prezzo, hanno limitato la sua capacità di offrire segnali efficienti per la promozione di energia rinnovabile attraverso la formazione di prezzi derivanti dalle dinamiche della domanda e dell'offerta, circostanza che ha determinato elevati livelli di sostegno senza che l'erogazione di incentivi si sia tradotta nell'aumento auspicato di generazione di energia da fonte rinnovabile.

⁽⁴²⁾ A. LOLLÌ, *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, cit., p. 38; sostiene l'A. che lo stimolo di un ruolo attivo degli operatori comporta spese inferiori per tutto il sistema, sostituendosi le imprese ed il mercato alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione, in modo meno costoso, con maggiori informazioni, e con maggiori rapidità ed efficienza.

⁽⁴³⁾ In questo senso, con specifico riguardo alle quote di emissione, A. VESTO, *I beni. Dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Torino, 2014, p. 354.

balterno nel bilanciamento con gli interessi fondamentali della persona, alla luce dell'*io sociale* insito nel principio di libera iniziativa economica privata nonché perseguito dalle istituzioni europee entro l'ampia trama dello sviluppo sostenibile.

In questo scenario conserva altresì rilevanza il ruolo di una cittadinanza informata e consapevole, attraverso gli strumenti prima sovranazionali e poi di diritto interno finalizzati all'accesso alle informazioni, la partecipazione e la protezione in materia ambientale. Tramite tale impostazione normativa i cittadini sono messi in condizione di agire ed organizzarsi autonomamente nella prospettiva del bene comune⁽⁴⁴⁾, aprendo in tal modo significativi spazi alla riflessione socio-economica ed ambientale anche all'interno di quelli che sono i tradizionali confini del diritto privato⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ A. PALAZZO, *Cittadinanza, Ambiente e Costituzione dei Beni Comuni*, cit., p. 221 ss.

⁽⁴⁵⁾ Interessante in questo senso è il ragionamento di P. MADDALENA, *L'Ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *federalismi.it*, 2011, 25, p. 33, che proprio nell'ottica di uno sviluppo sostenibile delle comunità umane, sembra chiamare in causa un riesame di quelle che sono tradizionali categorie del diritto, anche privato, *in primis* il diritto di proprietà, «cambiamento che è imposto soprattutto dalla limitatezza delle risorse e dall'aumento incessante della popolazione mondiale». Rilevante, in particolare, nella prospettiva dell'A. quella che appare un'inversione concettuale in merito al tradizionale ruolo della proprietà privata nel sistema, cfr. p. 22 ss.: «se la Costituzione assegna al legislatore ordinario il compito di stabilire "i modi di acquisto", è chiaro che essa "disconosce alla proprietà privata" il carattere di "diritto inviolabile", che "la Repubblica riconosce e garantisce", e pone il fondamento giuridico di questo tipo di proprietà solo "nella legge", la quale, come si è detto, ha il potere di sancire entro quali limiti sia possibile parlare di "proprietà privata". Si evidenzia, così, la diversa natura che distingue la proprietà collettiva e la proprietà privata. Infatti, mentre la prima è strettamente collegata ai diritti umani fondamentali, la seconda è stata invece scorporata dai diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Costituzione». L'autore intende segnalare il mutamento di prospettiva intervenuto rispetto all'ideologia liberale, ed il cui più visibile portato è la riemersione della categoria delle proprietà collettive, intese come beni della comunità politica, dall'isolamento provocato dalla cultura borghese ed individualista. Si tratta di un approccio che costituisce senz'altro un impulso al dibattito relativo ai beni comuni della cittadinanza oltre a segnalare, a nostro avviso, il profondo cambiamento che le categorie civilistiche stanno vivendo, sia dal lato delle situazioni giuridiche soggettive che degli stessi beni che ne costituiscono il punto di riferimento oggettivo.

4. — *I certificati di risparmio energetico come beni nel diritto privato.*

I meccanismi sinteticamente descritti⁽⁴⁶⁾ non solo costituiscono la ragion d'essere dell'esistenza dei certificati di risparmio energetico nel nostro ordinamento, ma a ben vedere ne determinano anche l'attitudine alla circolazione, fotografando il relativo contenuto economico e stabilendo le regole per la formazione del relativo prezzo di mercato.

A questo punto dell'indagine è opportuno chiedersi se l'attribuzione di un valore commerciale di scambio (o, comunque, di un rimborso all'esito del ritiro finale dei certificati) siano sufficienti a qualificare, alla luce della teoria dei beni, il certificato di risparmio energetico quale bene giuridico in diritto privato, quindi entro la sua nozione tradizionale di riferimento di una situazione giuridica soggettiva⁽⁴⁷⁾.

È riscontrabile, in particolare, un'inversione concettuale rispetto a quello che è il consueto processo di qualificazione giuridica del bene, determinata da una singolare eterogenesi dei fini. Laddove di norma sono gli interpreti che, in coerenza ad una formula aperta e generale, sono chiamati a definire che cosa è un bene per l'ordinamento giuridico, ivi invece è quest'ultimo che si fa espressamente creatore, donando sostanza economica ad un fenomeno non altrimenti emergente ma costituito *ad hoc* per perseguire ulteriori interessi di rilievo pubblicistico.

Ai nostri fini, dunque, conviene avviare l'analisi dal referente normativo interno, rappresentato dal codice civile, avvertendo tuttavia che il processo di integrazione europea ha avuto un innegabile effetto nella definizione di un nuovo ordine di mercato basato sull'innovazione e la conoscenza, che ha inevitabilmente contribuito ad aprire la nozione di bene al di là di letture formalistiche talvolta rinvenute dalla scienza giuridica⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Il meccanismo dei certificati bianchi costituisce il regime obbligatorio implementato dallo Stato italiano in seno agli obiettivi europei, cfr. art. 7, commi 1-5, d.lgs. n. 102 del 4 luglio 2014.

⁽⁴⁷⁾ S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 170.

⁽⁴⁸⁾ R. CIPPITANI, *I beni e i diritti reali*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 100.

L'art. 810 c.c., prima norma del Capo I del Libro III («*Della Proprietà*»), rubricato «*Dei beni in generale*», definisce questi le «cose che possono formare oggetto di diritti».

Nell'analisi della disposizione, svolta dalla dottrina a cavallo della codificazione, è inizialmente prevalsa una concezione c.d. formale. Questa tende a sminuire la portata della fattispecie esclusivamente ad una definizione del campo applicativo delle situazioni giuridiche soggettive giuridicamente rilevanti rispetto al bene, ovvero i diritti reali. Si tratta infatti delle uniche situazioni legate da un rapporto di immediatezza con la «cosa», cui si riferisce l'enunciato normativo⁽⁴⁹⁾, atteggiandosi così il bene a niente più di una «realtà senza qualità»⁽⁵⁰⁾.

Il bene rappresenta in tal modo il risultato di una qualificazione formale operata in base all'ordinamento giuridico, allorché definisce una determinata entità pre-giuridica come oggetto di un diritto soggettivo assoluto, attribuito in funzione di un interesse ad una situazione di appartenenza esclusiva. È, tuttavia, da una siffatta impostazione attenta al profilo degli interessi umani che comincia a farsi strada il rilievo della natura e destinazione del bene, degli interessi diversificati che potenzialmente vi si allacciano⁽⁵¹⁾ e delle conseguenti deviazioni che, sul versante della proprietà, si producono rispetto ad uno schema meramente astratto⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. art. 406 c.c. 1865: «Tutte le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata sono beni immobili o mobili».

⁽⁵⁰⁾ P. GROSSI, *I Beni: itinerari fra "Moderno" e "Post-moderno"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, IV, 2012, p. 1059 ss. L'A. esprime in maniera significativa il ruolo meramente passivo del bene, descritto come privo di contrassegni strutturali o economici, rispetto all'individuo proprietario, emergente dalla sistematica del Code civil napoleonico e poi dal primo codice italiano unitario.

⁽⁵¹⁾ S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 174: «Ciò appare evidente in ordine ai diritti reali, ma non è dubbio che analoghe considerazioni debbano valere per i diritti personali. Anche questi, infatti, garantendo al soggetto titolare la tutela specifica di determinati interessi, danno luogo alla nascita di beni in senso giuridico»

⁽⁵²⁾ Cfr. P. GROSSI, *I Beni: itinerari fra "Moderno" e "Post-moderno"*, cit., p. 1059 ss.: «L'occhiatale novissimo, che Finzi aveva raccomandato al fine di conseguire una visione corretta della proprietà, appare pienamente accolto, arrivando all'unica soluzione metodologicamente irriprensibile: tante differenziate proprietà quanti sono i differenti statuti dei differenti beni.

L'individuazione di un concetto pre-giuridico e generico di entità, correlata all'interesse soggettivo che attiva il processo di riconoscimento formale ad opera del legislatore, consentirà così agli interpreti anche il progressivo superamento della tesi della cosa corporale come unico oggetto possibile di diritti, ritenendosi allora pacifico che anche entità non materiali possano essere assunte come beni in senso giuridico⁽⁵³⁾.

Un'impostazione eccessivamente elastica di tale concezione avrebbe rischiato⁽⁵⁴⁾, tuttavia, di far slittare la portata applicativa della nozione di bene verso tutte quelle entità a vario titolo costituite come riferimento oggettivo di un interesse reputato meritevole di tutela dell'ordinamento, secondo quindi un criterio di atipicità⁽⁵⁵⁾.

Di recente, si è efficacemente sottolineato come al fine di definire in maniera chiara la nozione di bene in diritto privato appaia sufficiente recuperare una corretta genesi storica di ciò che è la «cosa» di cui è menzione

Risultato: è la qualità del bene che conta, che ha un significato dapprima agronomico ed economico ma poi anche giuridico. Il bene riesce a impressionare di sé la situazione dell'individuo in diretto rapporto con esso e il rapporto perde consequenzialmente parecchio del vecchio contenuto dominativo/potestativo».

⁽⁵³⁾ S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 174. Più di recente, anche A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 1014 ss.

⁽⁵⁴⁾ F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 481.

⁽⁵⁵⁾ S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 175. L'A. traccia un criterio discretivo basato sull'unitarietà dell'interesse: «Va poi chiarito che l'interesse (utilità o valore), in quanto costituisce il nucleo di un bene in senso giuridico, non solo è individuabile e tipico, ma ha carattere unitario. Codesto carattere viene attribuito dal diritto positivo, ma non basta che un complesso di elementi formi oggetto di una disciplina unitaria, perché si possa senz'altro desumere che esso costituisce il bene in senso giuridico. Occorre accertare che l'ordinamento considera come unità oggettiva l'interesse che vuole tutelare in ordine al complesso, e che intende predisporre una determinata e sola situazione situazione soggettiva quale strumento di tutela di detto interesse». Sulla base di questo *iter* argomentativo, ad esempio, l'A. esclude dal novero dei beni l'avviamento e la clientela: «In caso diverso il complesso, oggetto di una tutela unitaria, costituirà – può dirsi – un oggetto giuridico (di tutela) ma non un bene giuridico: così l'*universitas*, così l'azienda. L'individuazione di un valore – per lo più economico – che l'ordinamento giuridico non prende in considerazione direttamente e specificamente, ma tutela indirettamente o di riflesso, e che per altro è la risultante di altri elementi, direttamente e specificamente, non autorizza ad affermare che si è in presenza di un bene giuridico (immateriale)».

all'art. 810 c.c. In quanto oggetto di un interesse, la cosa non si identifica per forza in un oggetto corporale, al di là dell'orizzonte di senso che il termine ha acquisito nel comune senso attuale⁽⁵⁶⁾. Secondo tale impostazione, cosa è «quel punto di riferimento oggettivo che, sottoposto al processo sociale di conferimento di senso, viene concepito come capace di produrre benefici in grado di generare interessi umani o di natura introflessa – e allora tali interessi possono essere ricondotti alla categoria dell'auto-appagamento ossia del godimento – o di natura estroflessa ossia destinati a tradursi in relazioni sociali – e allora tali interessi possono essere ricondotti alla categoria della negoziabilità ossia della disposizione»⁽⁵⁷⁾.

Il minimo comun denominatore di cosa suscettibile di divenire quindi bene è, secondo l'impostazione più di recente consolidata, la presenza di un valore d'uso per l'individuo o la collettività⁽⁵⁸⁾, che è da sola sufficiente a giustificare l'attribuzione.

In tale definizione emerge, altresì, l'importanza di un altro elemento che oggi si rivela fondamentale nel processo di individuazione degli interessi rilevanti necessari alla qualificazione (ed alla definizione) di uno statuto del bene in senso giuridico, ovverosia la destinazione, sotto la cui ottica è possibile differenziare i contenuti delle situazioni giuridiche soggettive volta per volta rilevanti⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 485: «D'altro canto “cosa” rappresenta l'equivalente concettuale del greco *pragma*, del latino *res* e del tedesco *sache*: tutti termini che non hanno nulla a che vedere con l'oggetto fisico in quanto tale ed invece contengono un nesso ineliminabile non solo con le persone ma anche con la dimensione collettiva del dibattere e del deliberare: *pragma*, *sache*, *res* (e, solo in origine, *Ding* e *thing*) rinviano tutti all'essenza di ciò di cui si parla e di ciò che si pensa e si sente in quanto ci interessa».

⁽⁵⁷⁾ Ancora F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 483.

⁽⁵⁸⁾ P. GROSSI, *I Beni: itinerari fra “Moderno” e “Post-moderno”*, cit., p. 1059 ss.: «Il bene si dissocia dalla cosa per divenire un'entità simbolica, mentre si attenua fino a vanificarsi il raccordo fra teoria dei beni e teoria della proprietà; si dissocia dalla cosa per incarnare un valore in sé e rinviare a situazioni di tipo non reale. Non si parla più, infatti, di beni ma di *new properties* e di informazioni come beni, con il risultato vistoso e dirompente che il bene è diventato nulla più che un'espressione simbolica».

⁽⁵⁹⁾ A motivo di una sempre più articolata impostazione di diverse fattispecie di bene rinvenibili all'interno di singole leggi speciali, si riscontra l'introduzione di una nozione di

Si prefigura dunque un percorso esegetico dell'art. 810 c.c. teso a slegare il referente oggettivo del bene (la «cosa») dal requisito della corporalità, a beneficio del profilo della sua effettiva destinazione in termini economico-sociali.

Di concerto, attraverso la mediazione dell'interesse, anche l'altro elemento al centro della fattispecie, i «diritti» (di cui le cose «possono essere oggetto»), tende ad assumere una portata più ampia afferente ai diritti relativi, ed alle situazioni giuridiche soggettive attive in genere⁽⁶⁰⁾ ⁽⁶¹⁾ (tra cui può annoverarsi anche l'interesse legittimo)⁽⁶²⁾, in relazione alle quali non può dirsi certo preclusa l'ipotesi di una compresente componente pubblicistica⁽⁶³⁾.

bene che non prende in considerazione le caratteristiche naturali della cosa quanto le sue possibili utilizzazioni: cfr. in questa prospettiva, A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, cit., p. 1014 ss.

⁽⁶⁰⁾ Già S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 170. Nello stesso lavoro, nel definire un bene giuridico in senso stretto l'A. precisa, p. 174, pur riferendo esplicitamente ai diritti soggettivi (§ 12): «L'interesse qui va inteso non già in senso dinamico e soggettivo, come tensione della volontà verso un fine, bensì in senso oggettivo come nucleo tipico o tipica utilità o valore riferibile a qualsiasi entità del mondo esterno: cosa materiale, entità immateriale, risultato sperato e oggettivato di attività altrui o speranza di (prestazione che procuri) una cosa materiale; o comunque a qualsiasi termine, anche negativo che appaia socialmente e (quindi) giuridicamente rilevante».

⁽⁶¹⁾ Con specifico riferimento ai diritti soggettivi relativi, si veda anche l'opinione di V. ZENO ZENCOVICH, *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, in <http://online.leggiditalia.it>, il quale qualifica la prestazione, loro oggetto, come bene a prescindere da un collegamento alla «cosa», in virtù della sua economicità.

⁽⁶²⁾ A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, cit., p. 1014 ss.: «Anche qui il progresso, questa volta sociale, ha reso necessario un ampliamento del concetto stante l'esigenza di tutelare beni c.d. collettivi per i quali la disciplina del diritto di proprietà si mostrava inadeguata. Si è reso pertanto necessario accedere ad una visione che non resti legata al diritto soggettivo, inteso quale signoria del soggetto sul bene, ma che sia funzionalizzata in ragione del bilanciamento di tutti gli interessi protetti. Si è così approdato, per vero non da ora, ad una definizione di bene giuridico che si discosta dalla interpretazione letterale dell'art. 810 c.c. assegnando un ruolo centrale al concetto di interesse: si è cioè capovolta la definizione considerando bene giuridico qualunque entità che soddisfi un interesse meritevole di tutela».

⁽⁶³⁾ S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 3 s.

Alla luce della cennata evoluzione è più agevole, pertanto, tentare una collocazione dei certificati di risparmio energetico nell'ambito della teoria dei beni. Autorevole opinione, con specifico riguardo al fenomeno affine delle quote di emissione (c.d. certificati neri), ha proposto la specifica nozione di «beni ad utilità definita»⁽⁶⁴⁾, definizione che, come si vedrà, è coerente anche con la natura dei certificati di risparmio energetico. Questi, infatti, sono nati allo scopo di circolare per stimolare l'innovazione ed il mercato, nel quadro di fini generali di carattere ambientale legati all'aumento dell'efficienza globale nell'uso di energia. Dal punto di vista soggettivo, essi costituiscono oggetto di una proprietà *sui generis*, che si inserisce all'interno di uno specifico quadro regolamentare e di mercato. Al di fuori di tale orizzonte i certificati di risparmio energetico, infatti, non conservano alcun tipo di utilità per gli operatori.

Tali peculiarità, in ogni caso, non valgono a rendere i certificati di risparmio energetico insuscettibili di una vera e propria attribuzione ai sensi del diritto privato. Nel sistema giuridico attuale preordinato, in luogo della conservazione della ricchezza, alla sua circolazione, questa è in grado di esprimere se non la ragione una finalità basilare dell'attribuzione della qualifica di bene in termini di disciplina⁽⁶⁵⁾, soprattutto alla luce di quelle che sono le matrici ideali alla base dello sviluppo del mercato interno. Tale ipotesi di lavoro, d'altronde, può essere correlata ad un elemento testuale presente all'interno dell'art. 17 della Carta dei Diritti fondamentali UE in tema di Diritto di proprietà⁽⁶⁶⁾. Al di là dell'impostazione individualistica e

⁽⁶⁴⁾ A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 211 ss. Sottolinea l'autore come la peculiarità di questi beni sia rappresentata dall'essere ontologicamente concepiti come oggetto di scambio, dunque non suscettibili di alcun altro tipo di uso. In particolare, secondo l'A. «è la varietà degli usi leciti che stimola l'inventiva individuale ed il progresso sociale è il principale fondamento metapositivo della attribuzione di un bene in proprietà individuale. Si deve osservare che esistono alcuni tipi di beni cui tale fondamento non si applica».

⁽⁶⁵⁾ F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 488.

⁽⁶⁶⁾ Art. 17 Carta dei Diritti Fondamentali UE: «Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico

neoliberale della norma – che ha suscitato le critiche di parte della dottrina in relazione alla mancanza di riferimenti espliciti in tema di funzione sociale, per lo meno nei termini posti dalle Costituzioni risalenti al modello *weimariano*⁽⁶⁷⁾ – ai nostri più specifici fini è interessante segnalare il riferimento alla locuzione «beni legalmente acquisiti», potendosi intendere con questa la naturale connessione dei beni con un sovrastante mercato dotato di regole per la relativa circolazione, in funzione di una loro attribuzione soggettiva. Appare infatti il mercato a poter giustificare in prospettiva europea il riconoscimento della qualifica di beni a tutte quelle entità, cose o merci che soddisfano, direttamente o indirettamente, interessi della persona attraverso lo sviluppo degli scambi⁽⁶⁸⁾.

Una siffatta visione pragmatica, in secondo luogo, può certificare il superamento di una teoria dell'attribuzione in senso diretto, sulla scorta dei diritti reali, richiamando il concetto di «bene» anche per quelle situazioni giuridiche, dotate di valore economico, che hanno la cosa come oggetto solo mediato, in vista di una disciplina omogenea della circolazione delle varie forme di ricchezza. Si pensi, in questo senso, alla disciplina in tema di diritti di credito (cfr. art. 1260 c.c. in materia di cedibilità dei crediti).

interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».

⁽⁶⁷⁾ Per un'accurata ricostruzione del dibattito anche in chiave storico-politica, cfr. L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 575 ss.: «Insomma, la proprietà ha sempre svolto una funzione sociale al servizio di quella che, a seconda della fase storica, individuava la *super ratio* dell'assetto capitalistico. Attualmente, questa autentica Grundnorm riposa sulla concorrenza, ovvero sulla creazione di un ambiente normativo-istituzionale in cui l'esercizio della libertà di impresa si traduca in un aumento del benessere della collettività apprezzabile sotto un triplice profilo: spinta verso una costante innovazione tecnologica, spinta verso un costante ampliamento della gamma e della qualità dei beni e dei servizi offerti al consumatore finale, spinta verso un costante decremento del prezzo di quei medesimi beni o servizi».

⁽⁶⁸⁾ In tale prospettiva è d'altronde possibile negare la qualifica di beni di diritto privato a quelle entità (es. parti del corpo umano, cfr. art. 5 c.c.) la cui libera circolazione si scontrerebbe, inevitabilmente, con gli interessi essenziali posti alla base dell'ordinamento.

Una corretta interpretazione dell'art. 1, Protocollo 1, della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, ratificato in Italia con legge n. 848 del 4 agosto 1955, può contribuire a ridimensionare ulteriormente il problema.

Emerge infatti, sulla scorta della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, una lettura del significato di bene molto vicina a quella elaborata nei sistemi di *common law* relativamente alla nozione di *law of property*. Storicamente, la concezione anglosassone si estende oltre i riferimenti tradizionali della proprietà continentale e del concetto di diritto reale come signoria assoluta su una cosa corporale, investendo piuttosto l'elemento dell'utilità⁽⁶⁹⁾. Tale elaborazione, seppur progressivamente evoluta, nell'ambito della proprietà immobiliare, da un rapporto giuridico di carattere personale con il *Lord* ad una situazione di diritto *erga omnes*, ha mantenuto un sostrato di natura dematerializzata di talché l'oggetto della proprietà non potrebbe dirsi la cosa, ma un diritto definito. Tale tendenza, a differenza che nella tradizione di *civil law*, ha favorito un lineare processo di accoglimento nell'ambito della *law of property* dei beni immateriali (*know-how*, *goodwill*, *copyright*) venuti alla ribalta a cavallo dalle diverse rivoluzioni economiche⁽⁷⁰⁾. Essa, infatti, comprende pacificamente tutte quelle situazioni di vantaggio a favore dei singoli che in *civil law* vengono tradizionalmente qualificate come obbligazioni⁽⁷¹⁾.

Inoltre, in una lettura di complessivo tenore, si inserisce anche la trasformazione registrata relativamente alle situazioni giuridiche soggettive tutelabili alla luce della disciplina di responsabilità extracontrattuale, vicenda che qui possiamo limitarci solo ad accennare. Attraverso la nozione di ingiustizia del danno assurgono ad oggetto di protezione, contrariamente al passato, anche situazioni giuridiche non aventi immediatamente ad oggetto un bene in senso giuridico (quali i diritti assoluti). Secondo un criterio di atipicità, è oramai riconosciuta la tutela aquiliana dei diritti relativi (c.d. lesione del

⁽⁶⁹⁾ F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009, p. 145

⁽⁷⁰⁾ U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 155 ss.

⁽⁷¹⁾ Cfr. V. COLCELLI, *La natura giuridica dei certificati verdi*, cit., p. 179 ss.

credito) nonché di altri interessi meritevoli di tutela in base all'ordinamento. L'individuazione, inoltre, di un «bene della vita», visto quale presupposto oggettivo alla base della tutela aquiliana, ha esteso la risarcibilità alle situazioni di interesse legittimo di natura pretensiva nei confronti della pubblica amministrazione⁽⁷²⁾.

Ciò che oggi rileva giuridicamente, dunque, non è la protezione del bene in sé (e dell'elemento rappresentato dal suo sostrato puramente materiale), quanto degli interessi rilevanti rappresentati dalle situazioni giuridiche soggettive (di carattere assoluto o viceversa relativo) che, volta per volta, assumono il bene come punto di riferimento.

Tale percorso evolutivo, aperto al divenire degli interessi umani, pare peraltro svilupparsi in parallelo ad una tendenza alla frammentazione dello stesso regime proprietario, suffragata a sua volta dall'impostazione volta all'emergere di una concezione concreta e non più astratta delle situazioni dominicali. Il risultato è che queste risulteranno ritagliate sulla base delle caratteristiche oggettive del singolo bene di riferimento⁽⁷³⁾. Emerge, pertanto, una concezione contemporanea di bene che vede conformata la selezione delle situazioni giuridiche e delle regole a queste riferibili sulla base della sua natura concreta⁽⁷⁴⁾.

Nel caso peculiare dei certificati di risparmio energetico, tale natura va dunque definita a partire dalle stesse finalità di rilievo pubblicistico (in specie ambientali, di sviluppo economico sostenibile) riposte alla base dell'istituto.

⁽⁷²⁾ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, IX, 1, c. 2487 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. P. GROSSI, *I Beni: itinerari fra "Moderno" e "Post-moderno"*, cit.; C. TENELLA SILLANI, *I diversi profili del diritto di proprietà nel XXI secolo: brevi spunti di riflessione*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 1058 ss., ed in particolare le riflessioni a p. 1061 e ss.: «Nella dimensione moderna della proprietà privata sono dunque soprattutto le qualità strutturali e funzionali dei beni, la loro destinazione economica, il valore culturale, etico o ambientale che in essi si esprime, a guidare (o a dover guidare) le conformazioni legislative o volontarie del diritto, diversificandolo nei diversi statuti proprietari, riflesso di altrettanti statuti dei beni».

⁽⁷⁴⁾ In tale prospettiva, sempre con riferimento alla situazione delle quote di emissione, appare dubbiosa della configurabilità di un'ordinaria situazione proprietaria, ma non comunque della nozione di bene, C. TENELLA SILLANI, *I diversi profili del diritto di proprietà nel XXI secolo: brevi spunti di riflessione*, cit., p. 1065.

Un'eterogeneità nelle modalità di governo della questione ambientale sembra qui convergere e consolidarsi con altre tendenze presenti nella scienza giuridica privatistica, in particolare quelle relative al dibattito sui beni comuni (in specie, ambientali) ed al processo di matrice europea del riconoscimento di sempre nuovi beni economici (svincolati da un sostrato materiale), concomitanti al rinnovamento della dogmatica teorica relativa alle situazioni giuridiche soggettive. Si tratta di tendenze tutte che significativamente vanno ibridandosi entro la problematica relativa allo statuto giuridico dei certificati di risparmio energetico.

Ne deriva, necessariamente, l'avvio di un processo di revisione anche dal punto di vista degli esiti di disciplina, posto che i beni non possono dirsi più attribuiti, in senso giuridico, per soddisfare una pretesa di signoria assoluta a beneficio di un soggetto astrattamente considerato. Essi piuttosto rispondono sempre più a funzioni ed interessi differenziati, anche non tipizzati, nonché oramai legati ad un concetto di persona da intendersi in concreto ed in senso cosmopolita. Addirittura, come è chiaramente apprezzabile nell'ipotesi dei certificati di risparmio energetico, a volte questi mirano a soddisfare interessi che esulano il mero individuo atomisticamente inteso ma abbracciano, più o meno mediamente, l'orizzonte ampio del bene comune della cittadinanza, giungendo anche a stemperare quelli che sono i tradizionali confini del diritto privato e del diritto pubblico ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁵⁾ A riprova di tali tendenze, si richiamano due recenti sentenze della Corte di Giustizia UE, in tema di certificati verdi. Entrambe, pur non chiarendo esplicitamente l'applicabilità della nozione di merce, hanno escluso nel caso concreto la violazione del generale principio di *libera circolazione*, giustificando tale esclusione con la valenza esclusivamente nazionale del regime di sostegno alla base dei certificati. Cfr. Corte di Giustizia UE, IV sez., *Essent Belgium NV*, 11 settembre 2014, cfr. par. 116: «Alla luce del complesso delle considerazioni suesposte, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che gli articoli 28 CE e 30 CE nonché gli articoli 11 e 13 dell'accordo SEE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad un regime nazionale di sostegno, come quello in discussione nei procedimenti principali, il quale preveda l'attribuzione, da parte dell'autorità di regolamentazione regionale competente, di certificati negoziabili in considerazione dell'elettricità verde prodotta sul territorio della regione interessata e assoggetti i fornitori di elettricità all'obbligo di consegnare, ogni anno, alla menzionata autorità, a pena di un'ammenda amministrativa, una certa quantità di siffatti certificati corrispondente a una quota del totale

5. — *Rilievi conclusivi.*

Alla luce delle considerazioni sviluppate è possibile trarre alcune linee di riflessione in ordine allo statuto dei certificati di risparmio energetico come beni in diritto privato.

Come abbiamo visto, le molteplici finalità che permeano la sottostante disciplina di settore sembrano incidere in maniera decisiva nella caratterizzazione e qualificazione del bene, con importanti conseguenze sul relativo statuto giuridico.

Tale prospettiva è senz'altro valida anche con riferimento alla disciplina dei modi di attribuzione ed utilizzazione dei certificati di risparmio energetico. Innanzitutto, come abbiamo visto, la normativa auspica una loro validità potenzialmente limitata in vista delle principali modalità d'uso (trasferimento e ritiro) e degli interessi ultra-privati perseguiti (che possono giustificare un orizzonte di applicazione temporalmente delimitato)⁽⁷⁶⁾. Da un punto di

delle loro forniture di elettricità in tale regione, senza che detti fornitori siano autorizzati ad adempiere l'obbligo menzionato utilizzando garanzie di origine provenienti da altri Stati membri dell'Unione o da Stati terzi membri del SEE, purché: – siano istituiti meccanismi che garantiscono l'attuazione di un vero e proprio mercato dei certificati in cui l'offerta e la domanda possano incontrarsi e tendere verso l'equilibrio, di modo che sia possibile per i fornitori interessati approvvigionarsi effettivamente di certificati su tale mercato a condizioni eque; – le modalità di calcolo e l'importo dell'ammenda amministrativa che devono pagare i fornitori che non abbiano adempiuto l'obbligo in parola siano stabiliti in modo che non eccedano quanto è necessario per indurre i produttori ad aumentare effettivamente la produzione di elettricità verde e i fornitori soggetti a detto obbligo a procedere all'acquisto effettivo dei certificati richiesti, evitando segnatamente di penalizzare i fornitori di cui trattasi in un modo che risulti eccessivo»; nonché Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, *Alands Vindkrafts AB*, 1 luglio 2014, cfr. par. 59: «Al riguardo, occorre anzitutto osservare che il legislatore dell'Unione, lungi dal voler procedere ad un'armonizzazione esaustiva dei regimi nazionali di sostegno alla produzione d'energia verde, ha preso le mosse, come risulta in particolare dal considerando 25 di tale direttiva, da una parte, dalla constatazione secondo cui gli Stati membri applicano diversi regimi di sostegno e, dall'altra, dal principio che è necessario garantire il buon funzionamento di questi ultimi per conservare la fiducia degli investitori e consentire a detti Stati di definire misure nazionali efficaci per raggiungere gli obiettivi nazionali vincolanti globali ad essi impartiti da detta direttiva».

⁽⁷⁶⁾ Art. 4, comma 11, D.M. 28 dicembre 2012: «A decorrere dal 1° gennaio 2017, qualora non siano stati definiti obiettivi quantitativi nazionali per gli anni successivi al 2016 o non

vista pratico, poi, la natura *ab origine* dematerializzata⁽⁷⁷⁾ dei certificati scongiura l'applicazione dei tradizionali modi di acquisto della proprietà legati alla corporalità della cosa (occupazione, invenzione, accessione, specificazione, unione o commistione, usucapione), ad eccezione del contratto e di ipotesi (si presume come per lo più rare o di scuola) di successione a causa di morte.

Con riferimento ai diritti reali c.d. minori ed in particolare all'usufrutto, pur apparendo riconosciuta oramai unanimemente la sua applicabilità alla gran parte dei beni immateriali, d'altronde positivamente confermata con riferimento alle quote di partecipazione di società a responsabilità limitata (art. 2471-*bis* c.c.), questa non appare prospettabile per i certificati di risparmio energetico trattandosi, come detto, di beni le cui uniche forme di godimento lecite (circolazione, ritiro) portano all'estinzione di qualsivoglia forma di titolarità, anche in spregio del nudo proprietario. Salvo che non si voglia ammettere l'applicabilità per analogia dell'art. 995 c.c., relativo all'usufrutto di «cose consumabili»⁽⁷⁸⁾, per cui in caso di spendita del certificato da parte dell'usufruttuario questi sarà obbligato a pagarne il valore al termine dell'usufrutto medesimo.

Non si pongono particolari perplessità, invece, per i diritti reali di garanzia, quali il pegno, posto il valore commerciale dei certificati e la loro attitudine circolatoria, salvo il limite già menzionato rappresentato dall'orizzonte di validità giuridica del bene, governato da pubbliche finalità. Inoltre, nella relativa sfera di applicabilità rientrano, *ex art.* 2784 c.c., anche i crediti.

siano stati previsti strumenti diversi per la tutela degli investimenti, il GSE ritira, per gli anni successivi, i certificati bianchi generati dai progetti precedentemente realizzati e da quelli in corso, provvedendo ad assegnare ai soggetti titolari un contributo pari alla media delle transazioni di mercato registrate nel quadriennio 2013-2016 decurtata del 5%».

⁽⁷⁷⁾ Con riferimento al fenomeno comparabile dei certificati verdi, esclude comunque la riconducibilità al modello dei titoli di credito astratti, V. COLCELLI, *La natura giuridica dei certificati verdi*, cit., p. 179 ss.

⁽⁷⁸⁾ Art. 995 c.c.: «Se l'usufrutto comprende cose consumabili, l'usufruttuario ha diritto di servirsene e ha l'obbligo di pagarne il valore al termine dell'usufrutto secondo la stima convenuta. Mancando la stima, è in facoltà dell'usufruttuario di pagare le cose secondo il valore che hanno al tempo in cui finisce l'usufrutto o di restituirne altre di uguale qualità e quantità».

Per le stesse ragioni, sono altrettanto ipotizzabili gli istituti del pignoramento e del sequestro conservativo. Dal punto di vista del modello processuale, si profila la necessità di garantire la presenza di modalità informative a beneficio del soggetto (G.M.E.) preposto all'emissione del certificato ed all'annotazione (arg. ex 2471 c.c.)⁽⁷⁹⁾, proprio al fine di pubblicizzare il vincolo di indisponibilità e di precludere l'eventuale circolazione del bene in spregio dello stesso.

Inoltre, proprio in virtù della genesi di siffatti certificati quale incentivo ad opera dei pubblici poteri, è altresì prospettabile una tutela in caso di illegittimo diniego di una loro emissione nell'ambito del relativo procedimento previsto dalla normativa⁽⁸⁰⁾.

Nel quadro delle descritte tendenze appare quindi naturale riconoscere la natura di vero e proprio bene tutelabile, seppur di natura peculiare, al certificato di risparmio energetico. Esso appare perciò da garantire e proteggere adeguatamente sia in senso verticale (ovvero nei confronti dei pubblici poteri) che orizzontale (nei confronti dei terzi), soprattutto allorché, a differenza di altre situazioni, è l'ordinamento a plasmarlo quali incentivo per finalità ben più ampie, che travalicano la mera regolamentazione di interessi tra soggetti di diritto privato⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. anche, con riferimento al pignoramento di strumenti finanziari dematerializzati, cfr. Cass., 28 febbraio 2007, n. 4653, in <http://www.italgiure.giustizia.it>: «Quanto ai titoli, che in base al d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213, sono assoggettati alla disciplina della dematerializzazione, il pignoramento dei diritti relativi agli strumenti finanziari di pertinenza del debitore analogamente è eseguibile presso il terzo, intermediario incaricato dal debitore della tenuta del conto in cui quegli strumenti sono registrati. Rientra nei doveri del custode, e perciò dell'intermediario costituito tale per effetto del pignoramento, eseguire la registrazione del vincolo nel conto da lui tenuto (d.lgs. n. 213 del 1998, art. 34, comma 1)».

⁽⁸⁰⁾ Seppur poi il giudizio di imputazione della responsabilità potrà delinearci in maniera differente a seconda del livello di discrezionalità tecnica nel caso di specie attribuibile al valutatore. Si pensi all'ipotesi delle schede con modalità di valutazione standardizzate, normativamente precostituite, che, a differenza delle modalità a consuntivo, sembrano costituire un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento della certificazione (nel rispetto degli elementi oggettivi e tecnologici imposti) da parte dell'operatore.

⁽⁸¹⁾ Con riguardo anche alla possibile tutela dell'interesse ad ottenere lo strumento di sostegno economico nei confronti dello Stato, quale legittima aspettativa di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà, cfr. *Corte europea dei diritti dell'uomo, Plalam S.p.a. c. Italia*, sentenza 8 febbraio 2011.

Specularmente – ed in maniera quasi sorprendente in virtù della genesi di matrice europea ed internazionale, quale strumento di amministrazione attiva per finalità di tutela ambientale –, il peculiare statuto funzionale del bene può reagire sulla conformazione del relativo mercato impedendo una libera circolazione del bene medesimo nel più ampio mercato interno dello spazio europeo, in virtù della natura domestica del regime di sostegno di cui il certificato di risparmio energetico è espressione⁽⁸²⁾.

Sembra delinearsi, in tal modo, un più generale processo di decostruzione del tradizionale statuto dei beni. Questi non appaiono più come entità astratte suscettibili di divenire oggetto di specifiche e tipizzate situazioni giuridiche soggettive previste dall'ordinamento giuridico. Essi, infatti, assumono rilevanza in concreto ed è la loro naturale costituzione – desumibile in funzione degli interessi meritevoli di tutela espressivi di un sistema complesso⁽⁸³⁾, strumentali alla relativa regolamentazione - ad indirizzarne la disciplina particolare.

⁽⁸²⁾ Cfr., a tal proposito, considerando n. 20 direttiva 2012/27/UE: «La valutazione della possibilità di introdurre un regime di «certificati bianchi» a livello di Unione ha evidenziato che un tale regime, nella situazione attuale, determinerebbe costi amministrativi eccessivi e che rischierebbe di vedere i risparmi energetici concentrati in un certo numero di Stati membri anziché diffusi in tutta l'Unione. L'obiettivo di tale regime a livello di Unione potrebbe essere conseguito meglio, quantomeno nella fase attuale, mediante regimi nazionali obbligatori di efficienza energetica per le imprese di pubblica utilità del settore energetico o mediante altre misure politiche alternative che permettano di realizzare gli stessi risparmi di energia. Considerato il loro livello di ambizione, è opportuno che tali regimi siano definiti nell'ambito di un quadro comune a livello di Unione, garantendo nel contempo sufficiente flessibilità agli Stati membri per tenere pienamente conto dell'organizzazione nazionale degli operatori di mercato, del contesto specifico del settore dell'energia e delle abitudini dei clienti finali».

⁽⁸³⁾ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 122: «La realtà dell'esperienza contemporanea (anche, ma non solo, per incidenza di modelli di derivazione comunitaria) ha rotto questo paradigma capovolgendo l'impostazione tradizionale. Il bene, sempre più di frequente, non preesiste alla qualificazione giuridica, limitandosi il diritto a comporre gli interessi (della più varia natura) che si indirizzano al medesimo bene, ma viene creato in funzione degli interessi. Si moltiplicano quindi le situazioni in cui il bene nasce per effetto della conformazione giuridica con conseguente rapporto quasi riflessivo fra posizione giuridica soggettiva e bene. Non è più soltanto il diritto che nasce in funzione della posizione giuridica rispetto al bene, ma è altresì il bene che emerge in chiave giuridica in conseguenza della proiezione dinamica del soggetto a realizzare un certo interesse».

CARMINE LAZZARO^(*)

LA FORMAZIONE “PROGRESSIVA O SUCCESSIVA” DEL CONTRATTO: IL PRELIMINARE DI PRELIMINARE, DA NEGOZIO INUTILE A CONTRATTO INNOMINATO

ABSTRACT: The preliminary of the preliminary contract constitutes an unnecessary repetition devoid of legal effect, or is it an atypical contractual scheme that it has to be recognized by our legal system? The Supreme Board gives an answer to this question acknowledging to this figure a proper value. As above said, we can talk about a progressive or subsequent stipulation of the contract to underline how the stipulation of the contract can be made step by step. It is clear that the forming up of a contract can last in time and space, and it overlaps the general concept of an economic operation. This interpretation has with it a series of questions, to which the law operator has to give an answer.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il preliminare di preliminare, l'evoluzione ondivaga di una figura controversa. — 3. Conclusioni.

1. — *Premessa.*

La staticità del dato normativo ha portato l'interprete ad adottare la massima cautela nell'analisi delle *quaestiones iuris* più controverse ed intricate⁽¹⁾, suggerendo la formulazione di opzioni esegetiche attendiste con l'intento,

^(*) Università degli Studi di Messina

⁽¹⁾ Sul punto v. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. 22, il quale lamenta il fatto che «I codici sono svuotati ed erosi; le strutture non riescono ad accogliere e sistemare le novità legislative. Le officine del diritto lavorano in ogni ora del giorno: norme internazionali, norme europee, norme nazionali, norme regionali, norme negoziali. L'indebolimento della sovranità statale agevola il fenomeno: essa non è più in grado di racchiudere in unità la molteplicità delle fonti e rovina insieme con i codici, che ne furono espressione e garanzia».

neanche troppo celato, di temporeggiare in vista delle tanto agognate revisioni/integrazioni legislative⁽²⁾.

L'economia nazionale si presenta, oggi più che mai, in continua evoluzione⁽³⁾, stretta tra un'atavica crisi monetaria (e di valori) ed una ripresa lenta e balbettante. I mercati (ed in particolare quello immobiliare, di cui ci occuperemo più diffusamente in seguito) reclamano flessibili strumenti disciplinatori che si adattino puntualmente alle più disparate esigenze sociali⁽⁴⁾.

Nella prassi immobiliare, si sono sviluppate pratiche commerciali, in linea con il diffondersi impetuoso dei traffici e degli scambi, che, per ragioni di speditezza, hanno portato all'emersione di nuove figure contrattuali

⁽²⁾ In proposito appaiono estremamente attuali le considerazioni di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, pp. 34-35, il quale precisa che «*In realtà l'ord. giur. non è né qualcosa di bell'e fatto (come può credere una visione statica e immobilizzante, alla Kelsen), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione*».

⁽³⁾ Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 93, il quale evidenzia che «*La realtà presente è sempre più mutevole nel tempo e sempre più uniforme nello spazio. Di qui la limitata attitudine della legge nazionale alla innovazione giuridica: l'economia contemporanea è un'economia transnazionale, in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi, ed è un'economia in continua trasformazione, la quale reclama flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, in antitesi con la rigidità delle leggi. In una società transnazionale in rapida trasformazione il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto. Le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto fra le fonti normative; ma, se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo*».

⁽⁴⁾ Sull'argomento si consenta di richiamare le osservazioni di A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (ricerca giuridica ed etica dei valori)*, Introduzione al Convegno di Studio in onore del prof. A. Falzea (Messina, 4-7 giugno 2002), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, pubblicata nel volume degli *Atti* (a cura di V. Scalisi), Milano, 2004, p. 17 ss., ora in A. FALZEA, *ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, III. Scritti d'occasione*, Milano, 2010, p. 387 ss., ove l'A. sottolinea (p. 390) che «*[...] nel corso delle vicende umane i più pressanti fattori di innovazione operano sempre in congiunzione con resistenti fattori di continuità, resta innegabile che l'aprirsi del secondo millennio vede le società umane [...] nella necessità di affrontare i problemi della vita in una cornice di realtà in cui, notoriamente, le stesse dimensioni universali del tempo e dello spazio non si atteggiavano più come nel passato, imponendo la loro diversità ai ritmi ed ai contesti dei rapporti tra gli uomini e delle loro vicende*».

atipiche, sull’ammissibilità delle quali sono stati sollevati non pochi dubbi, anche in considerazione degli stringenti limiti normativi (sarebbe più corretto parlare di estrema lacunosità ed insopportabile obsolescenza del dettato normativo!).

Già molti anni orsono, un illustre giurista parlava di *formazione progressiva o successiva* del contratto per sottolineare come *la strada del contratto possa essere percorsa a tappe* per i motivi più disparati, ma, il più delle volte, per bloccare l'affare⁽⁵⁾.

La “via” delle contrattazioni, quindi, può apparire semplice, complicarsi di colpo e finanche interrompersi, ne deriva un *iter* “burrascoso”, caratterizzato da laboriose trattative, una sorta di formazione del contratto a gradi che può culminare (o meno), *step by step*, nella cristallizzazione del regolamento contrattuale, in seguito a plurimi accordi su singole (o più) clausole⁽⁶⁾.

E’ lapalissiano come la prassi delle vendite immobiliari abbia ormai aperto una breccia nell’unità e semplicità del sistema, stravolgendo l’immagine tradizionale del procedimento di formazione del contratto, fenomeno del quale bisogna, nostro malgrado, prendere atto⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ In tal senso F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, pp. 308 ss., 314-315, ove l’A. precisa (p. 314) che «*Quando [...] le parti si sono accordate su quei punti essenziali, che costituiscono il contenuto minimo del contratto, il contratto [...] è nato. Può essere che i contraenti si contentino di ciò: si rimettano dunque, per il regolamento del rapporto, su tutti gli altri punti, alla legge, all’uso o alla equità [...]. Ma può essere anche che, invece, in un momento di maggior tranquillità, vi ritornino su per completare, con una specie di supplemento di convenzione, disciplinando un maggior o minor numero di punti accessori, il loro accordo*».

⁽⁶⁾ Per maggiori approfondimenti si rinvia a M. EROLI, *Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1997, v. 95, 1/2, parte 1/1, p. 67 ss.

⁽⁷⁾ In tal senso P. RESCIGNO, *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale: analisi di una prassi immobiliare*, Convegno organizzato dal Comitato Regionale dei Consigli Notarili dell’Emilia Romagna e svoltosi a Bologna il 24 aprile 1993, *Relazione Conclusiva*, in *Riv. not.*, 1994, I, pp. 1-2, il quale evidenzia che «*Certamente il codice civile, anche per ciò che riguarda il contratto in generale e poi la vendita e in specie la vendita immobiliare, è scritto con riguardo ad una realtà diversa dal modo d’esser delle odierne contrattazioni [...]. Il contratto del codice, o almeno l’immagine dominante, è il contratto tra persone presenti che hanno condotto le trattative e giungono alla conclusione del negozio discutendone modalità e contenuto. [...] Un contratto che veda negli stessi soggetti compiersi la fase formativa e poi il momento conclusivo, e che si perfezioni nello scambio dei consensi tra soggetti presenti, è figura storica non necessariamente da relegare in un’economia artigianale ed agricola, ed incompatibile col modo in cui*

Servono modelli di scambio rapidi, semplificati, uniformi e, soprattutto, efficienti che consentano di “fotografare” l’affare nella sua interezza, ma al contempo di bloccarlo, ove necessario per i motivi più disparati, anche solo gradualmente e/o per punti d’intesa parziali.

La complessità del fenomeno che ci interessa non può esaurirsi nei due atti classici della proposta e dell’accettazione, come si evince dall’impostazione codicistica⁽⁸⁾, essendo la formazione del contratto un procedimento ben più complesso di quello che poteva apparire agli occhi del legislatore del ‘42.

Sono richieste risposte veloci e concrete in vicende tanto note, quanto eclatanti, che hanno condotto, nel corso degli anni, a soluzioni diametralmente opposte, il tutto a discapito della certezza del diritto, costringendo l’interprete a navigare a vista nel mare tempestoso della realtà moderna, liquida e cangiante come non mai⁽⁹⁾.

oggi sono costruiti i rapporti economici; essa ancora sopravvive, non marginale e tuttavia insufficiente a darci conto dell’attuale atteggiarsi delle contrattazioni».

⁽⁸⁾ Cfr. V. RICCIUTO, *Formazione progressiva del contratto e obblighi a contrarre*, Torino, 1999, p. 16, ove si fa notare che «Il fenomeno della puntuazione trova ampio riscontro in sede giurisprudenziale e dottrinale, proprio a seguito di una sua intensa ricorrenza nei rapporti economici, dove, d’altra parte, è un’ipotesi poco più che di scuola la fattispecie della conclusione di un contratto in ragione del «solo» scambio dei due atti canonici della proposta e dell’accettazione, mentre, viceversa, asseconda assai più le esigenze della realtà degli affari (o, almeno, quelli di maggiore consistenza) l’ipotesi della formazione dell’accordo contrattuale attraverso un procedimento più o meno complesso, che si articola in una o più sequenze temporali ognuna rappresentata in documenti, a volte anche assai analitici, che contengono i punti, gli aspetti, i passaggi sui quali l’intesa può dirsi, a quel momento e su quei punti, raggiunta».

⁽⁹⁾ V. Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2008, p. VII, il quale tratteggia puntualmente la realtà attuale e precisa che «Una società può essere definita «liquido-moderna» se le situazioni in cui agiscono gli uomini si modificano prima che i loro modi di agire riescano a consolidarsi in abitudini e procedure. [...] La vita liquida, come la società liquido-moderna, non è in grado di conservare la propria forma o di tenersi in rotta a lungo». L’A. (p. VIII) aggiunge che «La vita liquida è, insomma, una vita precaria, vissuta in condizioni di continua incertezza. Le preoccupazioni più acute e ostinate che l’affliggono nascono dal timore di esser colti alla sprovvista, di non riuscire a tenere il passo di avvenimenti che si muovono velocemente, di rimanere indietro, di non accorgersi delle «date di scadenza», di appesantirsi con il possesso di qualcosa che non è più desiderabile, di perdere il momento in cui occorre voltare pagina prima di superare il punto di non ritorno. La vita liquida è una successione di nuovi inizi [...]».

Quanto detto sintetizza brevemente, in modo non certo esaustivo, l'attuale *excursus* giurisprudenziale e dottrinale in tema di validità del preliminare di preliminare, che costituisce il *punctum dolens* della presente trattazione e su cui ci soffermeremo più diffusamente nel paragrafo che segue.

2. — *Il preliminare di preliminare, l'evoluzione ondivaga di una figura controversa.*

Nel caso in cui le parti raggiungano gradualmente l'intesa, accordandosi su singoli punti e rinviando per altri, si pone, pertanto, il problema di comprendere se il contratto possa considerarsi o meno concluso. Si tratta, infatti, di una vera e propria *quaestio voluntatis* da valutare caso per caso⁽¹⁰⁾.

Quanto detto ci consente di affrontare la questione che qui ci interessa.

L'ammissibilità del cd. “preliminare di preliminare” (o “preliminare aperto”), cioè di quell'accordo che obbliga le parti a stipulare un successivo contratto preliminare, è dibattuta in dottrina e giurisprudenza da tempo ormai immemorabile⁽¹¹⁾.

La vivacità del dibattito si deve alla fantasia del mercato ed alla prassi commerciale, in voga ai nostri giorni, che prevede l'intervento di un mediatore, il quale svolge la funzione di *trait d'union* tra le parti contrattuali (che di regola, nemmeno si conoscono tra loro) per addivenire alla stipula del contratto di compravendita immobiliare⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ In tal senso P. GALLO, *La formazione progressiva del contratto, Commento ad art. 1326 c.c.*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, pp. 252 ss., 258-259.

⁽¹¹⁾ Sull'argomento v. M. TAMBURINI, *Una inesauribile fonte di dubbi: il contratto preliminare di preliminare*, nota a Cass., ord. 12 marzo 2014, n. 5779, in *Giur. it.*, 2014, p. 2419 ss.

⁽¹²⁾ Si consenta di far presente, seppur brevemente, che la problematica del preliminare comincia a porsi all'attenzione dei consociati soprattutto in ragione del fatto che bisogna comprendere quale sia il momento, a partire dal quale sorga il diritto del mediatore al compenso, che per opinione *omni condivisa*, è stato individuato con la conclusione del contratto preliminare. Per maggiori approfondimenti sul ruolo del mediatore con riferimento alla problematica che ci interessa si rimanda a P. VITUCCI, *Impegni assunti con il mediatore e proposta contrattuale*, in *Riv. not.*, 1994, I, p. 13 ss. In giurisprudenza cfr. Trib.

Nell'iter di formazione del contratto entrano in gioco minute, puntuali e contratti preliminari, tutti atti, questi ultimi, più o meno vincolanti a seconda del caso concreto e della volontà delle parti⁽¹³⁾.

Parlare di “obbligarsi ad obbligarsi” veniva visto come un'eresia giuridica, «una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela [...], ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente»⁽¹⁴⁾.

Tale impostazione effettua una precisa scelta di campo in tema di “causa” del contratto, intesa come elemento essenziale ed indefettibile ex art. 1325

Ivrea, 11 luglio 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 41, ove si enuclea il seguente principio di diritto: «Non spetta il compenso provvisorio al mediatore che abbia posto in contatto le parti di un cosiddetto contratto “preliminare di preliminare”, salvo in caso di specifico accordo preventivo, peraltro perfettamente ammissibile e meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., con la conseguente configurazione di una “mediazione atipica”». V. anche Trib. Napoli, 22 marzo 2003, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 681, in cui si dichiara che «La stipula di un preliminare di preliminare, quale pattuizione da cui non nasce l'obbligo di conclusione del contratto definitivo, non integra quella “conclusione dell'affare” cui l'art. 1755 c.c. ricollega la nascita del diritto del mediatore alla provvigione, non essendo un siffatto accordo riconducibile alla nozione di “affare”, quale atto in virtù del quale si sia costituito un valido vincolo azionabile per ottenere l'esecuzione del programma negoziale».

⁽¹³⁾ Cfr. V. DE CASAMASSIMI, *Contrattazione immobiliare e «preliminare di preliminare»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 248 ss., spec. p. 251, la quale fa notare che «In definitiva, quel che distingue essenzialmente la c.d. puntuazione dal contratto preliminare è il fatto che essa, anziché contenere, sia pure in nuce, tutti gli elementi, o quanto meno quelli essenziali del contratto, contenga dati limitati e generici dell'accordo e, anziché documentare l'intesa raggiunta o essere comunque diretta a provocare la conclusiva definizione dell'accordo, abbia carattere solo interlocutorio e preparatorio della stipulazione. Diversamente, nell'incontro proposta di acquisto-accettazione del venditore, sia pure prevedendosi un termine per la stipula del preliminare, le parti manifestano la seria e compiuta volontà di obbligarsi, condizione necessaria e sufficiente alla formazione del consenso negoziale».

⁽¹⁴⁾ In tal senso Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 998 ss., con nota di M.G. SALVADORI, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta*, la quale afferma che «Il preliminare, privo di definizione normativa, appare fattispecie multiforme e mutante. E come in un caleidoscopio diversamente si colora e si atteggia a seconda delle finalità avute di mira dai contraenti e, più in generale, a seconda degli interessi sottesi alle differenti operazioni economiche, che la pratica registra e il legislatore traduce in regole. Quindi uno, nessuno oppure «centomila» preliminari: da quello eseguibile in forma specifica a quello privo di tale rimedio per impossibilità o volontà delle parti, entrambi consegnati dall'art. 2932 cod. civ.; dal preliminare «puro», consolidato dalla tradizione, a quello «ad effetti anticipati» o più esattamente «complesso», che riceve formale riconoscimento nella novella del 1996 (sulla trascrizione) e nel d. legis. n. 122/2005, sulla tutela degli acquirenti di immobili da costruire».

c.c.: un’operazione priva di senso pratico e di effettiva utilità, quindi, non può trovare cittadinanza nel nostro sistema giuridico⁽¹⁵⁾.

La pattuizione sarebbe carente di qualsivoglia giustificazione causale ed economica concreta, restando inalterata la situazione giuridica di base in un’ottica teleologica volta alla stipula del successivo contratto definitivo senza che vengano modificati natura e contenuto dell’obbligazione che trova origine nel preliminare⁽¹⁶⁾.

Si configura nel caso di specie, una vera e propria nullità strutturale per difetto di causa, che inficia *ab origine* l’ammissibilità del preliminare di preliminare⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ V. U. LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, 2010, pp. 48-49, ove si rileva che «*La rilevanza dell’elemento causale alla integrazione dei profili di validità del contratto è stata troppo frettolosamente liquidata da parte della più recente dottrina, sotto la spinta di un esasperato volontarismo di matrice anglosassone che si spiega per il “contributo di sangue” che, inopinatamente, la civilistica italiana – di indiscussi valore e tradizione – paga ormai da qualche decennio all’assalto invasivo dei “comparatisti”, dominatori (tra l’altro) dei progetti di elaborazione di codice civile europeo dei contratti, dalla cui disciplina degli elementi essenziali del contratto scompaiono – non a caso – qualunque riferimento alla causa [...]*».

⁽¹⁶⁾ Contrario a tale impostazione A. CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intencio certa sese obbligandi?*, in *Notariato*, 2010, p. 42 ss., il quale critica la sentenza Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, sottolineando (p. 45) che «*[...] la motivazione resa dai giudici appare piuttosto veloce e priva di profonda consapevolezza. Essa si muove all’interno di un quadro concettuale autoreferenziale, dominato dalla forza ipnotica delle parole: sembra incapace di cogliere l’essenza del diritto vivente e, oltre tutto, argomentando sul preliminare in generale, si mostra avulsa dalla innovativa giurisprudenza di legittimità, più che ventennale, in tema di preliminare di vendita*» ed aggiungendo (p. 48), inoltre, che «*I giudici non solo dimostrano scarsa comprensione delle dinamiche abituali del mercato immobiliare, ma alla fine mortificano la consapevole assunzione di impegni da parte del proprietario e del promittente l’acquisto. [...] Questa soluzione legittima i comportamenti privi di serietà, in quanto li dichiara sanzionabili soltanto con la regola di responsabilità precontrattuale*».

⁽¹⁷⁾ In tal senso, *ex plurimis*, Trib. Napoli, 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 283, ove si afferma che «*il contratto preliminare con cui le parti si impegnano a stipulare un futuro contratto preliminare (c.d. preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa e la relativa nullità può essere rilevata di ufficio dal giudice*»; dello stesso tenore, Trib. Napoli, 21 febbraio 1985, in *Il civilista*, 2010, 7-8, p. 12, e Trib. Firenze, 10 luglio 1999, in *Nuovo dir.*, 2000, p. 487. Si veda anche Trib. Imperia, 21 marzo 2005, in *Redaz. Giuffrè*, 2006 e in *Il civilista*, 2010, 7-8, p. 12, in cui si desume il principio di diritto per cui «*Qualora nella proposta di acquisto irrevocabile, seguita dall’accettazione del venditore, si preveda che le parti debbano poi concludere un contratto preliminare e non solo il contratto definitivo, pattuizione da cui, quindi, non nasce l’obbligo di conclusione del contratto definitivo,*

Viene enucleato, pertanto, un principio di diritto, considerato intangibile, tramite il quale si afferma l'insufficienza della sola volontà delle parti a porre in essere un vincolo obbligatorio, venendosi a creare una *non perfetta simmetria tra voluto ed utile*, per cui ciò che i contraenti vogliono non deve essere un'inutile complicazione dell'*iter* di formazione del contratto ⁽¹⁸⁾.

La soluzione prospettata, sposata da parte della dottrina ⁽¹⁹⁾, presenta evidentemente un carattere eccessivamente stringente che trova fondamento nella paventata inutilità della duplicazione dei contratti preliminari.

è ravvisabile un preliminare del preliminare, figura non compatibile con il nostro ordinamento essendo nullo per difetto di causa». Contra, Trib. Genova, 7 settembre 1993, in Giur. it., 1995, I, 2, c. 530, il quale evidenzia che «L'accettazione di una proposta di acquisto con cui una parte si impegna alla stipula di un contratto preliminare e successivo definitivo di compravendita immobiliare determina la nascita di un vincolo contrattuale la cui violazione, comunque tale vincolo voglia definirsi, può dar luogo alla risoluzione del contratto per inadempimento e al risarcimento dei danni».

⁽¹⁸⁾ In tal senso U. LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, cit., p. 49, il quale fa presente che «L'autonomia privata, forse con la sola eccezione concedibile alla sua espressione testamentaria, può valicare i confini della tipicità, può farsi creatrice di regolamenti di interessi nuovi e vivaci ma mai inutili, essendo ciò che è inutile immeritevole di protezione in quanto inidoneo a giustificare l'intervento dell'ordinamento giuridico e dei suoi organi, anche soltanto per ragioni di economicità, a tutela della volontà privata, evidentemente non espressiva di esigenze che l'ordinamento possa proteggere azionando la "macchina" della tutela statale. [...] le parti sono libere di vincolarsi come vogliono purchè lo vogliano e soltanto purchè la comune volontà non contrasti con le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume; l'autonomia privata si esprime in materia contrattuale regolando assetti di interessi che, ben lontani dal dovere assumere rilevanza "economico-sociale", nemmeno possono ridursi a capricciose o artificiose complicazioni della struttura contrattuale disegnata dal legislatore o dalla prassi per dare assetto compiuto alle esigenze dei contraenti».

⁽¹⁹⁾ Cfr. sul punto le interessanti osservazioni di R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, pp. 173-174, il quale, con riferimento alla questione *de qua*, dopo aver affermato che «È da dire, in particolare che, nella sequenza di atti e rapporti, alla quale ogni preliminare dà inizio, anche un'obbligazione può essere considerata «finale». Invero, la situazione in discorso rappresenta in moltissimi casi il modo normale ed immediato in cui gli interessi sono realizzati sul piano degli effetti. È, quindi, perfettamente ammissibile che l'obbligo di contrarre tenda, fra l'altro, alla creazione di nuove obbligazioni: il carattere strumentale non frappone ostacoli all'ammissibilità di contratti preliminari a contratti obbligatori»; precisa (nt. 11) che «È però esclusa la possibilità di un preliminare diretto alla conclusione di un altro contratto preliminare. In questo caso l'obbligo di contrarre si evolverebbe non nella creazione di un'obbligazione «finale» ma in un nuovo rapporto strumentale eguale al precedente [...]».

D'altronde, non va dimenticato che *quod nullum est, nullum producit effectum*, il che equivale a considerare il contratto *de quo* come “un vano orpello” della fase delle trattative, improduttivo di effetti ed irrilevante per il nostro ordinamento giuridico.

Si nega la validità di un accordo ripetitivo, poiché si parte dal presupposto (in parte errato, come vedremo meglio in seguito) che tra il primo ed il secondo preliminare vi sia identità contenutistica (*bis in idem*)⁽²⁰⁾.

In realtà, tale soluzione, seppur autorevolmente sostenuta, appare oltremodo limitativa della libertà negoziale dei privati⁽²¹⁾.

Si deve, infatti, riconoscere a questi ultimi la possibilità di modulare nel tempo l'affare in base alle proprie esigenze personali⁽²²⁾; non si riescono

⁽²⁰⁾ V. F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, estratto da *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, IX, II, Torino, 1998, pp. 47-48, in cui l'A. evidenzia che «*In linea di principio la possibilità di una successione di fattispecie preliminari dello stesso tipo non sembra ammissibile. Si parla al riguardo di difetto di causa, ma quel che fa difetto è in realtà la funzione economica a livello tipologico, cioè la possibilità di ravvisare l'interesse meritevole ad una stregua sociale, che dovrebbe giustificare la giuridificazione dell'operazione. [...] Il bis in idem non può essere di alcuna utilità e determinerebbe solo un inutile giro vizioso procedimentale. A nulla vale dunque giocare con le parole distinguendo tra i due preliminari in sequenza, perché l'uno preluderebbe ad una fattispecie preliminare, mentre l'altro preluderebbe ad una fattispecie definitiva. Il preliminare che preludesse ad un preliminare anziché ad un definitivo svolgerebbe, in realtà, una funzione «pre-preparatoria; il suo collegamento con la fattispecie definitiva non sarebbe immediato ma mediato». Proprio in termini di meritevolezza dell'interesse ex art. 1322 non potrebbe dunque trovare protezione nemmeno un contratto atipico a contenuto ed effetti obbligatori, in cui l'obbligo per le parti consistesse in un'ulteriore manifestazione di volontà volta alla conclusione di un contratto preliminare. Dietro lo schermo dell'atto di autonomia non tipizzato si celerebbe infatti pur sempre il bis in idem».*

⁽²¹⁾ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 616, ove si precisa che «*Dopo qualche oscillazione, la giurisprudenza sembra negare l'ammissibilità del preliminare di preliminare, sotto il profilo dell'inutilità e conseguente mancanza di causa. Ma il giudizio sull'utilità dovrebbe essere lasciato alle parti, che se fanno un preliminare di preliminare si presume vi abbiano interesse: se l'interesse è meritevole di tutela, il contratto ha causa lecita. Altro discorso è se a esso siano applicabili tutte le norme sul preliminare (sembra da escludere, ad es., la trascrivibilità)*».

⁽²²⁾ Sembra possibilista in relazione alla figura *de qua* V. DE CASAMASSIMI, *Contrattazione immobiliare e «preliminare di preliminare»*, cit., pp. 252-253, la quale ricorda che «*Si riscontrerebbe, pertanto, nella sequenza negoziale in questione un'ipotesi di formazione progressiva di fattispecie preliminari dello stesso tipo, ma non dello stesso valore, perché il primo contratto di tale sequenza creerebbe un diritto relativo alla formazione della fattispecie preliminare, mentre il secondo creerebbe un diritto relativo alla formazione di una fattispecie definitiva*».

a comprendere (né si possono condividere) tali impostazioni “proibizioniste” che impediscono ai soggetti interessati di specificare gradualmente il contenuto dei rispettivi accordi, vincolandosi in fasi temporali successive su appositi aspetti ben individuati ⁽²³⁾.

Bisogna interrogarsi, quindi, su un profilo essenziale della problematica in esame: lo sdoppiamento della tipica figura del contratto preliminare in due o più sottocategorie, cd. preliminare di preliminare, costituisce o no un’inutile ripetizione, improduttiva di effetti giuridici?

Appaiono risolutive del quesito suesposto le osservazioni suggerite da autorevole dottrina in tema di ripetizione del negozio giuridico, che, con riferimento al caso di specie, tornano di estrema attualità ⁽²⁴⁾.

Può considerarsi davvero inutile e privo di giustificazione causale il contratto *de quo*?

⁽²³⁾ In proposito v. G.E. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 81 ss., spec. p. 93, il quale ritiene che «[...] debba essere riconosciuta ai privati la facoltà di dilazionare nel tempo le varie fasi, seppur contrattuali, che conducono ad un accordo definitivo [...]». *Ciò discende direttamente dall'applicazione dei principi costituzionali di libertà in materia di iniziativa economica privata: se non vengono valicati i limiti posti dall'art. 41, comma 2°, Cost., il comportamento dei soggetti nel procedimento di conclusione di un affare è infatti da considerare pienamente salvaguardato dal nostro ordinamento. Non urtando contro la sicurezza, la libertà e la dignità umana, la procedimentalizzazione delle fasi della contrattazione si inserisce a pieno titolo nell'ambito di libertà offerto all'autonomia privata dal più alto livello della nostra legislazione».*

⁽²⁴⁾ V. N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 179, ove l'A. distingue tra inefficacia ed inutilità, puntualizzando che «Le due nozioni obbediscono, a nostro avviso, a criteri eterogenei: la nozione di inefficacia viene costruita sul piano strutturale, e indica, insieme, la conformità dell'atto allo schema e la mancanza di un elemento secondario; la nozione di inutilità opera sul piano storico, e indica l'assenza definitiva e irrimediabile della concausa di efficacia. Dal lato strutturale (cioè sotto il profilo della composizione del fatto), il negozio inutile non è altro dal negozio inefficace: ambedue sono conformi allo schema tipico, e non producono effetti per mancanza di un elemento secondario. L'antitesi negozio inutile-negozio inefficace risponde ad un criterio estrinseco, che ha riguardo alla impossibilità o possibilità della concausa futura». L'A. aggiunge (p. 180) che «I due criteri (strutturale e storico) possono, non già concorrere sul medesimo piano, ma trovare separata applicazione. Il criterio strutturale definisce il negozio inefficace, e serve a distinguerlo dal negozio nullo o inesistente, che non appare adeguato allo schema normativo. Il criterio storico non definisce il negozio, ma caratteri dell'inefficacia del negozio».

Come argutamente sostenuto, «*il negozio inefficace va considerato rilevante per il diritto, mentre il negozio inutile va degradato, invece, ad uno stadio di irrilevanza o inqualificazione*»⁽²⁵⁾.

Partendo dall’ovvia deduzione che, alla luce delle suddette considerazioni, sarà semmai il secondo contratto preliminare a doversi considerare inutile⁽²⁶⁾, e, quindi, giuridicamente irrilevante, soprattutto se ripetitivo del contenuto di quello che abbiamo prima definito preliminare di preliminare, e non viceversa⁽²⁷⁾.

Ergo, in ogni caso, laddove il preliminare aperto dovesse presentare tutti i requisiti di forma e di sostanza previsti dalla legge, dovrà necessariamente essere considerato giuridicamente rilevante, poiché, indipendentemente dalla formula utilizzata dalla prassi, sarà quest’ultimo il vero contratto preliminare⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ In tal senso N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., p. 181.

⁽²⁶⁾ Cfr. N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., p. 185, ove si fa constatare che «*Sembra opportuno designare la tipica inefficacia del secondo negozio con il termine “inutilità”, che corrisponde simmetricamente all’utilità del primo. Il negozio inutile si colloca nella più ampia categoria del negozio inefficace, ma con un tratto singolare: che l’inefficacia procede dall’efficacia di un identico negozio anteriore, dall’utile porsi di questo come causa della situazione finale. L’inutilità denota, dunque, l’inefficacia del negozio, che trova dinanzi a sé effetti identici, già prodotti da un negozio anteriore: un’inefficacia, che postula l’efficacia negata al negozio successivo*».

⁽²⁷⁾ Concorde con la ricostruzione suggerita nel testo G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell’intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, I, p. 23 ss., spec. p. 33, il quale critica una pronuncia di merito ove si dichiara che «*[...] il contratto preliminare di contratto preliminare è nullo, perché carente di causa*». L’A. afferma che «*non si è evidentemente preoccupato quel giudice di considerare che le parti avenano pur voluto, di certo, reciprocamente vincolarsi a contrarre e che inutile, e priva quindi di causa, era semmai la seconda fase della programmata sequenza, e cioè l’interposizione di un’ulteriore stipulazione meramente preliminare fra quella prima assunzione di vincolo strumentale e la prevista prestazione del consenso definitivo*».

⁽²⁸⁾ In proposito cfr. G.E. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 104, in cui si fa notare che «*[...] qualora il primo contratto contempli tutti gli elementi del definitivo, non possiamo considerarlo alla stregua di un preliminare di preliminare, ma dobbiamo ritenere che si tratti di un contratto preliminare a tutti gli effetti*». V. anche M. BELLANTE, *Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediate da agenzia*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 954 ss., spec. p. 960, ove l’A. prende una posizione netta sul punto, rilevando: «*Il fatto che nel preliminare intercorso tra le parti sia espressamente prevista l’obbligatoria stipula di un successivo preliminare non vale a configurare*

A ciò si aggiunga, inoltre, che il preliminare di preliminare potrebbe, in ogni caso, considerarsi giuridicamente rilevante per due ordini di ragioni.

In primis, perché, constatazione apparentemente banale, ma estremamente significativa, «*il negozio contiene un comando giuridico; e nulla vieta di comandare due volte la stessa cosa*»⁽²⁹⁾.

In secondo luogo, in via di *extrema ratio*, proprio laddove si dovesse condividere la soluzione drastica della nullità, si potrebbe utilizzare lo strumento della conversione *ex art. 1424 c.c.* per “salvare” il contratto in oggetto, “trasformandolo” in un contratto preliminare a tutti gli effetti⁽³⁰⁾.

Dalle fugaci considerazioni suddette, si può già acquisire una ferrea convinzione: salvo casi eccezionali, il contratto preliminare di preliminare non crea un’inammissibile successione di fattispecie preliminari identiche, risolvendosi in un *bis in idem*, privo di alcuna utilità⁽³¹⁾, bensì produce un sus-

il contratto concluso come preliminare di preliminare, poiché con esso le parti non si obbligano puramente e semplicemente a stipulare un successivo preliminare. Se, infatti, si analizza con attenzione il tenore letterale delle dichiarazioni negoziali rese dai contraenti, è agevole verificare come, nonostante il rinvio alla stipula di un successivo preliminare, le parti si obbligano immediatamente a comprare e vendere l'immobile, cioè a stipulare il contratto definitivo di compravendita, il quale è il mezzo attraverso cui esse adempiono le suddette obbligazioni rispettivamente assunte. L'accordo concluso, pertanto, rimane affatto diverso dalla figura del preliminare di preliminare, configurandosi invece come un ordinario contratto preliminare di compravendita, al quale accede una clausola che obbliga le parti alla stipula di un successivo preliminare».

⁽²⁹⁾ Cfr. N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., p. 139, le cui osservazioni appaiono calzanti anche in relazione alla problematica che ci interessa, laddove si evidenzia che «*Le parti, che dicono due volte «vendo, compro», mirano a sostituire il primo negozio con il secondo: per regola d'esperienza, la ripetizione è una renovatio del negozio*».

⁽³⁰⁾ In tal senso G.E. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., pp. 104-105.

⁽³¹⁾ Critico con tale ricostruzione A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1069 ss., spec. p. 1070, il quale fa presente che il preliminare di preliminare «[...] non è tale in realtà ma solo manifestazione dell'interesse delle parti a predisporre così una prima tranche di materiale normativo, ma privo di ogni forma vincolante come tale. E a ciò poco giova l'emersione di un interesse delle parti a predisporre gradualmente il contenuto del contratto, perché si tratta di interesse “di mero fatto” ma privo di ogni vestimentum giuridico. [...] In buona sostanza, occorre osservare che “la differenziazione dei contenuti negoziali”, [...], non è tale da poter alimentare contratti (asseritamente) “diversi” (preliminari e non) in successione, perché “tale differenziazione”, [...], può semmai dare origine a doveri di comportamento, in base al principio di buona fede, lungo un itinerario che può essere fonte di culpa in contrahendo».

seguirsi di tipologie contrattuali caratterizzate dal progressivo intensificarsi del vincolo in base alla volontà delle parti⁽³²⁾. Quest’ultimo, quindi, non può (e non deve) essere considerato inutile, né tantomeno giuridicamente irrilevante⁽³³⁾.

A maggior riprova di quanto detto, basti pensare che, negli ultimi anni, una legislazione speciale, a dir poco magmatica, ha imposto controlli sempre più invasivi in materia edilizia, fiscale, ipocatastale e, perfino, in tema di certificazione energetica.

La crescita esponenziale delle formalità da rispettare e dei documenti da allegare agli atti notarili di compravendita immobiliare ha di certo incentivato la contrattazione cd. veloce in modo da bloccare l’affare.

E’ tornata prepotentemente di moda, pertanto, la questione che ci interessa con una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che sembra riscrivere (forse solo apparentemente) la problematica dell’ammissibilità del preliminare aperto⁽³⁴⁾.

Il Supremo Collegio con l’innovativa sentenza in oggetto riconosce finalmente il crisma della validità allo schema contrattuale in commento, non

⁽³²⁾ V. M. BELLANTE, *Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediate da agenzia*, cit., p. 955.

⁽³³⁾ Concorde sul punto A. CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi*, cit., pp. 46-47, il quale, in un’ottica comparativistica, sottolineando l’arretratezza del nostro ordinamento rispetto agli altri, precisa che «Nessun giurista di questi sistemi penserebbe di negare rilevanza sociale, e quindi giuridica, ad una consapevole scelta contrattuale delle parti».

⁽³⁴⁾ V. Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Guida al dir.*, 2015, 14, p. 42, ove si legge: «In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell’esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l’accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell’interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale».

senza le doverose precisazioni⁽³⁵⁾: non esita, infatti, a sottolineare che occorre «guardarsi da un uso poco sorvegliato dell'espressione "preliminare di preliminare", perché l'elemento nominalistico non è neutro».

Si tratta di una sorta di soluzione di compromesso, i giudici di legittimità riconoscono, da un lato, l'ammissibilità del preliminare del preliminare, ma, dall'altro, ne "inibiscono" un uso diffuso⁽³⁶⁾, utilizzando uno strumento non nuovo agli occhi dell'operatore del diritto, la cd. "causa in concreto"⁽³⁷⁾.

La causa diviene, quindi, un parametro di valutazione dell'ammissibilità dell'operazione⁽³⁸⁾ in un'ottica di effettiva idoneità al soddisfacimento degli

⁽³⁵⁾ V. G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1071 ss. L'A. valuta in modo parzialmente positivo la sentenza in oggetto, dichiarando (p. 1074) che quest'ultima «ha indubbiamente il merito di avere scosso un vecchio edificio, costruito sui dogmi che larga parte della dottrina non ha il coraggio di abbatte».

⁽³⁶⁾ Cfr. U. STEFINI, *Secondo le Sezioni Unite il "preliminare di preliminare" è valido; anzi no*, in *Dir. civ. cont.*, 9 giugno 2015, p. 1 ss., spec. p. 8, il quale rileva che «[...] bisogna evitare accuratamente il rischio di cadere in un dogmatismo opposto a quello della Cassazione del 2009, e ritenere di individuare sempre, nella contrattazione immobiliare, lo stesso schema procedimentale: proprio perché questo è il frutto, si diceva, del libero estrinsecarsi dell'autonomia privata, occorrerà vedere che tipo di vincolo le parti hanno inteso stringere nella prima fase, analizzando e interpretando correttamente i moduli sottoscritti e le clausole aggiunte a penna, per analizzare l'assetto di interessi che con quelle scritture le parti intendevano perseguire». L'A. si spinge oltre ed, in senso critico, conclude dicendo (p. 11) che «Questo è, in ultima analisi, l'insegnamento, oltremodo condivisibile, delle Sezioni Unite: non certo l'ammissibilità a prescindere del "preliminare di preliminare" in senso stretto, che continua a restare fattispecie non fondata causalmente, oltre che inesistente nella prassi delle contrattazioni».

⁽³⁷⁾ La S.C. qualifica la causa in concreto come lo «scopo pratico del negozio [...] sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato». In tal senso, v. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, p. 2203, che mette in rilievo che «La causa del contratto consiste nella funzione economica individuale del negozio posto in essere, è la ragione concreta che persegue il singolo e specifico contratto, a prescindere dalla volontà dei contraenti, e non coincide con il tipo contrattuale astratto scelto dalle parti»; dello stesso avviso anche Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Guida al dir.*, 2009, 50, p. 55.

⁽³⁸⁾ Sottolinea il ruolo dell'elemento causale come strumento di libertà negoziale e di garanzia della serietà dell'affare U. LA PORTA, *Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005, p. 217 ss.

interessi concretamente perseguiti dai contraenti⁽³⁹⁾, i quali devono comunque presentarsi meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 1322 c.c.⁽⁴⁰⁾.

Nell’ambito di un generale rovesciamento dell’impostazione tradizionale, si garantisce cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico alla figura *de qua* entro specifici limiti⁽⁴¹⁾, enucleabili in base alla meritevolezza degli interessi oggetto di accordo⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ Contra A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, cit., p. 1071, ove si rileva che «[...] se il concetto di “causa concreta” è oggi servito in varie occasioni (dai contratti sui derivati al concordato preventivo) per sottrarsi ai limiti della “causa astratta”, esso non può essere un pass partout per delegare alle parti un controllo che spetta pur sempre all’ordinamento, quale giudizio sulla compatibilità tra l’atto di autonomia e i valori di esso, siano essi rappresentati dalla razionalità del mercato, e/o dal rispetto di valori etico-sociali [...]. Di recente, chi ha criticato l’utilizzazione della “causa concreta” ha parlato di essa quale “ventre molle” del concetto di causa [...]! Vale dunque la pena di ripensare su tutto ciò».

⁽⁴⁰⁾ Per maggiori approfondimenti sull’evoluzione del concetto di “causa” si rinvia a E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, la quale delinea in modo puntuale ed esaustivo le “dinamiche evolutive della causa”. L’A. evidenzia come il diritto comunitario abbia influito sul tema in oggetto, rilevando (pp. 73-74) che «*Sul piano dei principi e dei valori una lettura assiologicamente ispirata alla integrazione delle fonti primarie multilivello involge una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce del Trattato dell’Unione Europea. In questa innovativa logica valoriale si fa strada l’esigenza di una adeguata funzionalizzazione dell’autonomia privata alla utilità sociale e agli interessi generali, che sempre più si aprono alle istanze della persona e della economia sociale (riaffermata dal Trattato di Lisbona all’art. 3) sollecitando i privati ad un esercizio socialmente responsabile dell’autonomia contrattuale in conformità ai valori di solidarietà e della ragionevolezza. Di tal guisa il giudizio di meritevolezza è rivolto pure a verificare se gli interessi concreti delle parti siano socialmente apprezzabili*».

⁽⁴¹⁾ Cfr. G. TARANTINO, *È ammissibile il preliminare del preliminare solo se conforme all’interesse delle parti*, in *Dir. e giust.*, 2015, 8, p. 45 ss.

⁽⁴²⁾ Per un inquadramento generale della questione della meritevolezza dell’interesse, si consiglia di leggere le osservazioni critiche di A. GUARNERI, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss., spec. p. 814, il quale afferma: «*Atteso che [...] 1) la regola di cui all’art. 1322, capoverso, c.c. è frutto di un’esigenza quasi angosciosa, di un’ossessione del legislatore del codice civile del 1942 di realizzare un controllo generalizzato degli atti di autonomia privata, onde garantirne la rispondenza a fini sociali, poi scomparse con la caduta dell’ordinamento corporativo; [...] 3) la casistica volta a volta proposta dalla dottrina ad esempio di tale regola è riconducibile a fattispecie di contratti illeciti; [...] 5) la giurisprudenza ha utilizzato la regola o come un doppione di quella che già proibisce il contratto illecito o per vuote declamazioni; 6) la comparazione conferma la scarsa o nulla rilevanza della regola; 7) la regola si indirizza al contratto atipico, che per il ben noto fenomeno della dilagante tipizzazione tende a non entrare nelle aule di giustizia; tutto ciò premesso, si conclude per una lettura abrogativa della regola in questione o, a tutto concedere, per una lettura ispirata a grande cautela*».

Non manca in dottrina chi, alla luce di quanto detto, sottolinea il fatto che l'obbligazione assunta sembra riguardare, più che il contrarre (nel senso di concludere il contratto), il contrattare (nel senso di sviluppare la trattativa), quindi, un generale obbligo di non interrompere le trattative senza giusta causa o giustificato motivo⁽⁴³⁾.

In considerazione delle osservazioni precedenti, appare doveroso far presente come le S.U. suggeriscano una ricostruzione tutt'altro che peregrina, anzi alquanto rispondente alle mutate esigenze sociali⁽⁴⁴⁾.

Tenendo presente la contingenza storica di crisi che involge l'economia globale, ed il mercato immobiliare in particolare, le S.U. intervengono con decisione procedimentalizzando l'iter di formazione del contratto⁽⁴⁵⁾, propendendo per una visione dinamica della fase antecedente alla stipula del contratto definitivo.

Viene introdotto, a livello giurisprudenziale, un procedimento a formazione progressiva; verrebbe da dire che è stata messa in atto, in considerazio-

⁽⁴³⁾ In tal senso V. BRIZZOLARI, *Il preliminare di preliminare: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2015, p. 545 ss., spec. p. 554, il quale precisa che «[...] questa soluzione è funzionale alla tenuta della motivazione, in quanto si arriva ad ammettere la possibilità di impegnarsi al preliminare solo in presenza di determinate e fondate esigenze. Ossia, quando vi sia una puntuazione vincolante che necessariamente rimanda alla prosecuzione della contrattazione per arrivare alla definizione dei punti non ancora pattuiti». L'A. aggiunge (nt. 14) che «Sembrirebbe che la Corte voglia assimilare il primo accordo della sequenza, ossia il c.d. preliminare di preliminare, ad un pactum de tractando».

⁽⁴⁴⁾ Critica con la sentenza di cui si tratta R. BENIGNI, *Le Sezioni Unite sulla validità del preliminare di preliminare*, in *Notariato*, 2015, p. 426 ss., spec. pp. 436-437, la quale afferma che «Se da un lato, quindi, Cass. n. 4628/2015 sancisce un principio che consente una forte apertura verso le nuove forme di contrattazione che l'evoluzione della prassi di continuo ci presenta, ed una maggiore tutela della serietà della contrattazione, dall'altro lato rende sempre più difficile ed incerta la qualificazione della fattispecie, contribuendo probabilmente all'insorgere di contenziosi fra le parti, in quanto non indica in maniera univoca dei criteri certi e "concreti" per delimitare senza dubbi interpretativi la figura del contratto in questione».

⁽⁴⁵⁾ In proposito interessanti sono le osservazioni di A. RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. not.*, 1994, I, p. 35 ss., spec. p. 36, in cui l'A. fa notare che «[...] la formazione del contratto può dar luogo ad un procedimento in senso tecnico, e non ad una fattispecie complessa; procedimento, nel senso di una serie di atti che, per la maggior parte, concorrono alla determinazione dell'atto finale, ma che restano pur sempre esterni al nucleo strutturale dell'atto finale stesso, mentre la fattispecie complessa, a formazione successiva, è caratterizzata da una coordinazione di atti che della fattispecie stessa sono destinati a diventare tutti elementi componenti».

ne dell'inerzia del legislatore innanzi a fenomeni ormai diffusi nella società contemporanea⁽⁴⁶⁾, una parcellizzazione del consenso negoziale manifestato dalle parti ad opera della prassi, di cui i giudici non possono esimersi dal prenderne atto⁽⁴⁷⁾. Ma, forse, è meglio parlare di stratificazione, intesa nel senso che l'accordo si consolida muovendo dal basso verso il livello di un interesse comune condiviso e socialmente rilevante.

Ritornano, quindi, di estrema attualità, e possono tranquillamente estendersi al caso di specie, le considerazioni di un illustre Maestro che evidenziava come «*In senso tecnico la formazione successiva ricorre unicamente quando l'ordinamento giuridico intervenga direttamente a considerare le singole fasi attraverso le quali si forma l'atto, in modo che tali fasi vengano dotate di autonoma rilevanza giuridica: quando cioè in tali momenti sia dato riscontrare una particolare fattispecie, alla quale sia riconosciuta dal diritto una particolare rilevanza ed una particolare efficacia, anche se tale fattispecie sia destinata a rimanere assorbita nello schema più ampio dell'atto definitivo*»⁽⁴⁸⁾. L'A., con queste brevi, ma significative parole, “fotografa” perfettamente la problematica che ci interessa, con l'unica differenza che, in ragione del *vulnus* normativo sull'argomento, fondamentale è divenuto l'intervento integrativo della giurisprudenza, in sostituzione di un legislatore colpevolmente inerte ed in risposta ad una prassi ormai consolidata.

⁽⁴⁶⁾ V. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 180, in cui l'A. constata che «*Risponde assai spesso alle necessità economiche ed etiche dei rapporti che si intrecciano nella moderna vita sociale, che il diritto non si limiti a considerare un determinato atto solo quando si sia concluso il processo della sua storica formazione, ma estenda la sua disciplina anche agli stadi intermedi che l'atto attraversa nel suo svolgersi, disponendo regole giuridiche destinate ad applicarsi durante il corso del ciclo formativo. Lo sviluppo attualmente raggiunto dalla tecnica giuridica, fornendo al legislatore i mezzi per disciplinare situazioni che prima sfuggivano ad ogni giuridico controllo, consente di adottare le misure necessarie per provvedere alle dette necessità. Bisogna guardarsi anzitutto dall'assumere il concetto di formazione successiva in un senso troppo indeterminato: si potrebbe pensare, ad esempio, che il fenomeno ricorra ogni qual volta sia possibile distinguere, entro il corpo di una medesima attività, diversi periodi successivi nel tempo. Ma poiché una qualsiasi attività, per quanto di minima durata, è sempre suscettibile in astratto di una distinzione in periodi, il concetto così ottenuto risulterebbe troppo generale e quindi tecnicamente inutilizzabile*».

⁽⁴⁷⁾ Per un quadro generale della problematica *de qua*, cfr. U. STEFINI, *Il «preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1230 ss.

⁽⁴⁸⁾ In tal senso A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 181.

Tornando *in medias res*, alla luce di quanto detto, i giudici avranno il compito (non certo facile) di vagliare caso per caso, in concreto, la meritevolezza degli interessi sottesi all'operazione negoziale⁽⁴⁹⁾ sottoposta alla loro attenzione al fine di frustrare eventuali intenti fraudolenti⁽⁵⁰⁾.

Si è verificata una sorta di “progressiva tipizzazione giurisprudenziale” che ha coniato nuove modalità per il conseguimento dell'accordo definitivo tramite vari passaggi giuridicamente rilevanti, il tutto nel rispetto della massima libertà negoziale possibile, compatibilmente con i principi generali del nostro ordinamento giuridico⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Sull'argomento v. A.M. BENEDETTI, *Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, in *Dir. civ. cont.*, 11 maggio 2015, p. 1 ss., spec. pp. 4-5, ove si evidenzia che «Perché questi accordi (meglio definibili in senso negativo: non preliminari, non definitivi) possano considerarsi validi, non basta certo che le parti abbiano (e dimostrino di avere) un interesse concreto (circostanza di per sé attestata dalla stessa conclusione dell'accordo, non essendo verosimile che due parti stipulino negozi inutili); occorre un *quid pluris* notoriamente piuttosto impalpabile: che detto interesse appaia anche meritevole di tutela [...]. Certo la meritevolezza/immeritevolezza dell'interesse finisce con l'appiattirsi sulla sua liceità/illiceità, con la conseguenza che (ma questo è un problema che si pone per tutti i contratti atipici) sarà davvero arduo sanzionare di nullità un accordo procedimentale (non preliminare) siccome «immeritevole»; mentre sarà più facile giungere al medesimo risultato constatando l'impossibilità di determinarne la causa concreta, quando le parti hanno omesso di esternarne le circostanze fondative».

⁽⁵⁰⁾ Appare elevato comunque il rischio di valutazioni giudiziali difformi per casi analoghi. Fondamentale risulterà sul punto l'approccio del giudice che deve essere il più tuziorista ed equo possibile, cosa non sempre semplice. Si possono estendere tranquillamente all'argomento *de quo* le valutazioni di R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, pp. 95-96, il quale fa presente che «La scelta delle circostanze tipiche e rilevanti avviene [...] in base a realtà sostanziali (interessi, principi di morale, ecc.) che nulla hanno a vedere con la realtà formale (relativa) della giustizia. La giustizia esige però che, ove una circostanza sia rilevante, tutta la classe dei casi concreti accompagnati da quella circostanza, subisca una valutazione normativa omogenea. Avviene così, che l'interprete, individuata nella complessa fattispecie la circostanza che determina un particolare atteggiamento della valutazione normativa, non possa interpretare la norma, se non nel senso, che la medesima circostanza determinerà un uguale atteggiarsi del tenore della norma, ogni volta che sarà presente in un'altra fattispecie».

⁽⁵¹⁾ Appaiono calzanti le osservazioni di P. BARCELONA, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 580 ss., spec. p. 582, il quale non manca di rilevare che «In linea di massima l'alternativa è molto semplice: o un intervento legislativo che regoli direttamente e su altre basi i rapporti fra privati, oppure la configurazione, mediante l'elaborazione della dottrina e l'adattamento della giurisprudenza, di forme e strumenti di controllo che non alterino sostanzialmente le strutture giuridiche

La posizione assunta dalla S.C. sembra sgombrare il campo definitivamente da qualsiasi dubbio in relazione alla meritevolezza degli interessi in gioco⁽⁵²⁾, il semplice distribuire l'operazione negoziale in più stadi non può essere connotato aprioristicamente da disvalore⁽⁵³⁾, valutato, quindi, negativamente per il sol fatto che l'accordo definitivo, lungi dal realizzarsi *uno actu*, tende a configurarsi come un fenomeno plurifasico a carattere procedimentale con efficacia progrediente⁽⁵⁴⁾.

Il rapporto finisce, quindi, col consolidarsi tramite una serie di contratti collegati tra loro, ma al contempo indipendenti l'un l'altro, tramite un *iter in progress* lento, ma proficuo, poiché consente alle parti di effettuare tutti i con-

tradizionali». L'A. mette in rilievo (p. 583), inoltre, come «[...] l'ostacolo maggiore ad una chiara e corretta impostazione del problema sia sempre ed essenzialmente il rispetto del principio della libertà contrattuale; o meglio, la difficoltà di coordinare con tale principio ogni forma di intervento e controllo. Si spiega così perché la giurisprudenza, anche quando si è mostrata sensibile al problema, abbia cercato di giustificare il proprio intervento sulla base degli stessi principi che regolano l'autonomia contrattuale».

⁽⁵²⁾ Per maggiori approfondimenti sull'argomento cfr. G.E. NAPOLI, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1252 ss.

⁽⁵³⁾ Concorde sul punto A. CELESTE, *Le dinamiche delle compravendite immobiliari tra “inconcludenti superfetazioni” e “esigenze volte a bloccare l'affare”*, in *Imm. e propr.*, 2015, p. 416 ss., spec. p. 421, ove si rileva che «[...] non v'è motivo per giudicare inammissibili procedimenti contrattuali gradualità, la cui utilità sia riscontrata dalle parti con pattuizioni che lasciano trasparire l'interesse perseguito, in sé meritevole di tutela, ad una negoziazione consapevole ed informata». L'A., infatti, fa notare (p. 420) che «Vi sono esigenze, in una società complessa, interessata da pervasivi fenomeni criminosi, da sospette manipolazioni nel tessuto economico, da un fiorire incontrollabile di nullità contrattuali “minori”, ma non per questo meno incisive negozialmente, di riservare il consenso vincolante, sottomesso all'esecuzione coattiva, a verifiche che sono da valutare soggettivamente».

⁽⁵⁴⁾ V. C. MAZZÙ, *La funzione del “preliminare aperto” ed il suo regime giuridico*, in *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, *Atti del convegno*, I *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 25 ss., spec. p. 30, il quale giustamente rileva che «[...] l'esigenza di tutelare l'acquirente, procedimentalizzando la formazione del consenso in tutti i casi in cui essa si concretizza nella sottoscrizione di modelli di proposte contrattuali standardizzate e precostituite da una parte o dal solo mediatore, che le sottopone ad entrambe e non necessariamente su testi inizialmente conformi. La rinascita del formalismo negoziale, che la dottrina più sensibile ha salutato come un segno tangibile dell'accresciuta attenzione alle ragioni dell'acquirente e dell'utente dei servizi in genere, subisce un'incredibile battuta di arresto con l'esaltazione del ruolo del “preliminare aperto”, che contraddice l'esigenza di completezza dell'atto nella fase antecedente all'espressione del consenso vincolante, accontentandosi della previsione di una mera nullità c.d. di protezione».

trolli del caso, allo scopo di raggiungere una determinazione il più possibile informata e rispondente alle loro reali esigenze⁽⁵⁵⁾.

Evidentemente la nozione di conclusione del contratto tende a diluirsi nel tempo e nello spazio, finendo col sovrapporsi al generico concetto di operazione economica⁽⁵⁶⁾.

Il contratto non può essere considerato sempre e comunque un singolo atto; quest'ultimo, infatti, può divenire, a seconda delle esigenze dei contraenti, un fenomeno plurale e liquido, che fonde in sé, come avviene nel caso sottoposto alla nostra attenzione, una pluralità di atti, connessi tra loro che conducono alla stipula di quello definitivo, unico vero scopo dell'operazione negoziale avviata dalle parti.

D'altronde, quando parliamo del concetto di atto, ci rifacciamo ad un momento temporale specifico, prima dell'atto "il nulla", gli effetti modificativi delle sfere giuridiche dei soggetti coinvolti costituiscono solo un *posterius*.

Quando parliamo, invece, di procedimento (ed è questa la terminologia che meglio si adatta alla questione del preliminare aperto), gli effetti giuridici non si producono solo al momento della conclusione dell'ultimo atto, ma costituiscono la sommatoria di una formazione progressiva degli effetti prodotti in ogni singolo stadio in cui è articolato il procedimento stesso.

Il modello tradizionale di compravendita si è frantumato, assistiamo ad una flessibilizzazione assiologica del concetto di compravendita che rende articolata ed a geometria variabile la struttura del contratto⁽⁵⁷⁾, ciò che conta

⁽⁵⁵⁾ Cfr. R. MAZZARIOL, «Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle sezioni unite», in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 736 ss., spec. p. 738.

⁽⁵⁶⁾ V. C. MAZZÙ, *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, Torino, 2008, pp. 79-80, ove si fa presente che «Ciò è avvenuto tutte le volte che è divenuto preminente il profilo economico, cioè si è passati dal piano meramente programmatico dell'atto giuridico alla sua capacità di operare il trasferimento di ricchezza da un contraente all'altro. Questa finalità pratica ha consentito di comprendere l'unitarietà dell'attività negoziale (intesa propriamente "come succedersi di atti") finalizzata all'unica operazione economica, anche quando diviene necessario ricorrere a più schemi di negozi, fondendoli o collegandoli tra loro, come nei casi di negozi misti o coordinati».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. C. MAZZÙ, *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, cit., p. 114, il quale aggiunge un *quid pluris* evidenziando che «Tanto la funzione che il regime giuridico del "preliminare aperto" hanno subito nel tempo un mutamento profondo, sia perché si sono diversificati i

è il risultato finale perseguito dalle parti (causa concreta⁽⁵⁸⁾), non lo schema contrattuale o le modalità utilizzate⁽⁵⁹⁾.

Sempre più labili diventano i confini tra diritto civile e diritto amministrativo, anche il “procedimento contrattuale” aspira a raggiungere un atto definitivo, conclusivo dello stesso.

La giustificazione potrebbe essere semplice: sempre più invasivi si sono fatti i controlli statali che vanno ad intaccare la piena libertà negoziale dei privati; si pensi ad esempio alle normative in tema di allineamento catastale, edilizia ed urbanistica, o ancora alla necessità dell’attestazione energetica⁽⁶⁰⁾,

modelli di contratto di mediazione rispetto al generico schema codicistico; sia perché il processo di pluralizzazione dei modelli ha toccato i soggetti e gli oggetti del contratto da mediare. La moderna teoria del contratto non può prescindere dalla valutazione dell’incidenza che assumono, in genere, i profili soggettivi ed oggettivi del contratto. Con particolare riferimento al contratto di compravendita di immobile, la qualità del bene da vendere e dei soggetti che lo trasferiscono e lo ricevono diventa elemento strutturale (e non un mero accidente eventuale) dell’atto».

⁽⁵⁸⁾ In tema di “causa concreta”, condivisibili appaiono le considerazioni di F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1 ss., spec. p. 6, ove si sottolinea che «La formula della «causa concreta» recentemente coniata dalla Corte di Cassazione per evidenziare «lo scopo pratico del negozio, al di là del modello astratto utilizzato», se si rifuggerà dal «riverla come una formula magica» ma verrà trattata «come strumento operativo ... per produrre giudizi al tempo stesso giusti e tecnicamente ben fondati», potrebbe servire a rifondare la causa del (singolo) contratto come categoria forgiata dal basso dell’esperienza giurisprudenziale».

⁽⁵⁹⁾ V. E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit., p. 75, la quale fa notare che «A norma dell’art. 1322 c.c. l’interesse realizzabile mediante il contratto non è solo quello corrispondente alla struttura tipica, ovvero sia l’interesse tipizzato, ma è anche un interesse nuovo e diverso, purchè meritevole di tutela. La realizzazione di questi interessi, intercalati nel negozio, si può ottenere sia tramite l’attribuzione di una nuova funzione al tipo già esistente, sia attraverso la creazione di nuovi schemi negoziali. Ciò spiega perché il fulcro della valutazione causale non può che essere l’art. 1322 c.c., il quale guarda all’“interesse” e al “tipo”, evidenziando che normalmente ad uno schema tipico corrisponde un interesse tipizzato, ma nulla esclude che le parti inseriscano in quello schema altri interessi e contenuti delineando una nuova traiettoria assiologica di interessi, sui quali deve necessariamente spostarsi la valutazione dell’ordinamento».

⁽⁶⁰⁾ Divengono estremamente attuali le considerazioni di F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 189-190, il quale rileva che «A nostro avviso questa complessa normativa di origine eteronoma vincola e restringe l’autonomia privata fin all’interno e non dunque agendo dall’esterno di essa. Ciò significa che si è in presenza di una funzionalizzazione dei poteri privati che, tendenzialmente, è possibile rilevare in tutti i settori del diritto privato, dall’impresa, al diritto di proprietà e, almeno in potenza, alla stessa iniziativa economica privata [...]».

tutte formalità da rispettare anche a pena di nullità, da cui si vince come all'interno del contratto finiscano con l'intrecciarsi interessi privati e pubblici.

Come argutamente evidenziato, quindi, «*Il problema dell'autonomia privata finisce infatti per confondersi, al livello del diritto privato, con il più generale problema dei rapporti tra Stato e cittadini, della dialettica autorità-libertà: esso è, in sostanza, un problema sociale e politico, più ancora che giuridico*»⁽⁶¹⁾.

Da quanto detto finora, un dato appare ormai acquisito: il “procedimento contrattuale” va affrontato tenendo presenti le nuove, molteplici e peculiari esigenze dell'epoca moderna. In tal senso, prezioso è divenuto, in questo mutato modo di accostarsi alla prassi dei traffici immobiliari, lo strumento del contratto preliminare, visto come mezzo di flessibilizzazione degli affari e delle trattative⁽⁶²⁾.

Assistiamo al passaggio dal “preliminare astratto”, inteso come rigida figura istituzionale specificamente individuata dal legislatore, al “preliminare concreto”, “colorato” da svariati contenuti, una sorta di contenitore aperto che si riempie in base agli interessi dei privati⁽⁶³⁾.

Più che parlare, quindi, di un “astratto” preliminare, sarebbe più corretto parlare di “preliminari”, l'espressione al plurale, infatti, rende ancora più intelligibile la multiformità del fenomeno analizzato, nonché la sua ampia portata operativa⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶¹⁾ In tal senso F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 188.

⁽⁶²⁾ Per maggiori approfondimenti sul punto si rimanda a S. STEFANELLI, *Contratti preliminari di compravendita immobiliare ed esigenza di informazione*, in *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, a cura di R. Cippitani, Perugia, 2012, p. 385 ss.

⁽⁶³⁾ Per un inquadramento generale del fenomeno della “frammentazione” del contratto preliminare, si rinvia a E. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 98 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. V. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 614 ss., spec. p. 618.

3. — *Conclusioni.*

Tirando le somme, in ragione delle osservazioni precedenti, appare evidente che ci troviamo innanzi ad un bivio. Un dubbio amletico sembra assalire l'interprete: come rispondere alla eventuale violazione di quanto pattuito nel preliminare aperto?

Quesito, quest'ultimo, di non facile soluzione, complicato ulteriormente, semmai fosse possibile, dalla sibillina pronuncia delle S.U. ove si afferma che «*La violazione di queste intese [...] dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*»⁽⁶⁵⁾.

Delle due l'una.

O ci troviamo nella fase delle trattative, innanzi ad una sorta di “pre-preliminare”, per cui tra la “mera puntuazione” ed il contratto preliminare si inserirebbe un ulteriore stadio che potremmo definire “puntuazione vincolante”, che non è ancora un vero e proprio contratto, ma fa sorgere, comunque, responsabilità contrattuale, in quanto rapporto obbligatorio *ex lege* ai sensi dell'art. 1173 c.c. La S.C. pare applicare al caso di specie la c.d. responsabilità contrattuale da contatto sociale, figura di creazione giurisprudenziale, ben nota alla tradizione giuridica italiana, perché già applicata, ad esempio, in materia di responsabilità medica. In tal caso si tutelerebbe l'affidamento delle parti in caso di violazione della buona fede nella fase delle trattative, che assurge ormai a principio generale del nostro ordinamento, garantendo l'uniformità e la coerenza del sistema creato dalla giurisprudenza⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁵⁾ In proposito v. R. BENIGNI, *Le Sezioni Unite sulla validità del preliminare di preliminare*, cit., p. 437 ss., la quale, pur non condividendo appieno il tenore della sentenza *de qua*, sottolinea (p. 438) che «[...] la sentenza in commento rappresenta un punto di svolta, in quanto non si è limitata a sancire la validità della controversa figura del preliminare di preliminare, ma si è spinta oltre, attribuendo rilevanza giuridica a comportamenti prenegoziali fino ad ora ritenuti non vincolanti, i quali passano dal rango di fonti probatorie di una eventuale responsabilità precontrattuale a quello di fonti di obbligazioni il cui inadempimento dà luogo a responsabilità contrattuale».

⁽⁶⁶⁾ In tal senso G. VILLA, “Mera puntuazione” e “puntuazione vincolante”?, in *Giust. civ.*, 2015, p. 297 ss., spec. p. 305, il quale aggiunge (pp. 307-308) che «[...] se il punto di partenza è la natu-

Questa ricostruzione era stata, già in tempi non sospetti, suggerita da autorevole dottrina, che aveva sottolineato l'esigenza di garantire una forma di tutela ai soggetti che ricorrono, tramite la sottoscrizione del preliminare di preliminare, allo schema tripartito di cui si tratta, paventando la possibilità «di enucleare almeno un obbligo di trattare ed alla violazione di esso collegare sanzioni e rimedi d'indole risarcitoria»⁽⁶⁷⁾.

Oppure, come sembra preferibile, alla luce delle considerazioni suesposte, parliamo di un vero e proprio "procedimento contrattuale", che nasce dalla concatenazione di più atti, tutti indipendenti tra loro, ma al contempo collegati, necessari al fine del raggiungimento del risultato finale (contratto definitivo)⁽⁶⁸⁾.

ra contrattuale della responsabilità derivante dalla lesione del principio di buona fede nelle trattative, diviene difficilmente comprensibile il fondamento e l'utilità di una distinzione tra "mere punteggiature" e "punteggiature vincolanti", se per "punteggiatura" si intende l'elencazione dei temi che le parti hanno trattato e sulle quali hanno raggiunto punti fermi. In ogni fase della trattativa in cui sia avvenuta, e indipendentemente dal grado di elaborazione della punteggiatura, la fissazione di un punto fermo è idonea a creare affidamenti almeno sull'esistenza di una convergenza di intenti su quel punto specifico. [...] Se si condividono queste osservazioni, anche per chi affermi che già durante le trattative sorge un rapporto obbligatorio a cui consegue, in caso di inadempimento, una responsabilità di natura contrattuale, lo sdoppiamento della trattativa in base a diversi tipi di punteggiatura non può che risultare privo di utilità: se l'esistenza di un simile rapporto obbligatorio deve essere ammessa, tale riconoscimento non può essere limitato a quanto deriva dalla "punteggiatura vincolante", ma deve estendersi all'intera fase delle trattative».

⁽⁶⁷⁾ In tal senso P. RESCIGNO, *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale: analisi di una prassi immobiliare*, cit., p. 11.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, cit., p. 1073, ove si afferma che «La supposizione che l'irrevocabilità dell'accordo, elevata a tratto essenziale, non derivi dall'essere l'accordo stesso "già il centro motore del contratto" e che, a dare conto di una efficacia impegnativa dell'accordo, lo si debba collocare fra le varie "causarum figurae" contemplate in modo residuale dall'art. 1173 c.c., risulta a sua volta un elemento di natura distorsiva, il quale rischia di offuscare quello che risulta invece essere il rilevante apporto, dato dalla sentenza all'elaborazione di un procedimento contrattuale, destinato a svolgersi alla luce degli interessi perseguiti dalle parti attraverso una configurazione pattizia dei comportamenti da porre in essere attraverso fasi successive nel rispetto di obblighi strumentali al perfezionarsi dell'operazione negoziale». L'A. aggiunge (p. 1073), inoltre che «Che la responsabilità della parte inadempiente abbia, in tal caso, natura contrattuale, non sembra revocabile in dubbio, ma, esistendo un vincolo specifico (e proprio in ragione della sua riscontrabilità), non è sulla base di una pura e semplice violazione della regola di comportamento secondo buona fede (nonché attraverso un improprio riferimento all'art. 1337 c.c.) che può fondarsi la nascita dell'obbligazione risarcitoria. [...] Ed è in considerazione di

Seguendo tale ricostruzione, il preliminare c.d. aperto costituirebbe un contratto atipico ai sensi dell’art. 1322, comma 2 c.c.⁽⁶⁹⁾, purché ovviamente mantenga una propria “autonomia contenutistica” e rispetti i requisiti di forma e sostanza richiesti dalla legge per il contratto preliminare⁽⁷⁰⁾.

Nell’ambito del diritto civile, questa è soltanto l’ennesima prova del fatto che viviamo in quella che potremmo definire l’epoca della cd. transizione dalla tipicità formale alla tipicità sociale del contratto⁽⁷¹⁾.

questo aspetto fondamentale che, calibrando il rapporto fra “interesse negativo” e “interesse positivo” (appena sfiorato nella sentenza), dovrebbe essere commisurata l’entità di un risarcimento destinato a riparare quella che, uscendo dal generico, sembra definibile in termini di “perdita del valore del contratto”, destinata ad assumere carattere gravescente in relazione all’evolversi del processo negoziale».

⁽⁶⁹⁾ V. U. STEFINI, *Secondo le Sezioni Unite il “preliminare di preliminare” è valido; anzi no*, cit., pp. 3-4, ove si puntualizza che «*Si tratterebbe di contratti atipici, retti da un interesse meritevole: realizzare un procedimento a formazione progressiva che conduca all’acquisto finale per gradi, attraverso fasi successive di sempre maggiore definizione dei contenuti del contratto finale e, soprattutto, di adempimento frazionato e progressivo dell’obbligazione di pagare il prezzo*». L’A. evidenzia (p. 5), però, che «*Le parti debbono perseguire un assetto di interessi che l’ordinamento reputi idoneo ad essere giuridicizzato in astratto, non futile o capriccioso: il contratto atipico deve “servire a qualcosa”, deve avere una causa, da rilevarsi attraverso un giudizio circolare che passi in continuazione dal programma negoziale alla funzione che il negozio mira a perseguire [...], altrimenti non si giustifica la tutela fornita al negozio dall’ordinamento giuridico*». Cfr. anche V. BRIZZOLARI, *Il preliminare di preliminare: l’intervento delle Sezioni Unite*, cit., p. 560, ove si fa notare che «*Se, invece, ci si libera dalla tentazione di ridurre necessariamente ogni fattispecie entro le categorie note dei contratti nominati, forse si può compiere lo sforzo di trovare a questo tipo di accordo una collocazione nell’ordinamento [...]. Dunque, si può definire “preliminare” il primo accordo della sequenza solo a patto di convenire che questa è una definizione impropria, utilizzata per intendersi in quanto, alla luce della sentenza in esame, il primo accordo, in verità, non sembra essere un contratto preliminare vero e proprio, bensì si avvicina più che altro ad un contratto atipico; o meglio, si deve verificare se tale accordo costituisca già esso stesso un preliminare*».

⁽⁷⁰⁾ In senso difforme, A. PLAIA, *Da “inconcludente superfetazione” a quasi contratto: la parabola ascendente del “preliminare di preliminare”*, in *Dir. civ. cont.*, 14 maggio 2015, il quale, dopo aver evidenziato (p. 10) come «*[...] le Sezioni Unite abbiano inteso valorizzare e riconoscere l’autonomia privata “procedimentale”, ovvero il potere delle parti di costruire non già e non solo il contenuto del contratto, ma anche il procedimento di formazione dello stesso*», rileva (11) che «*[...] il “preliminare di preliminare” [...] non è un contratto, ma un quasi contratto. Con due inevitabili corollari: 1) il giudizio di meritevolezza, o se si vuole il problema della causa concreta, non coinvolge un contratto, ma semmai un’obbligazione; 2) la violazione dell’obbligo di stipulare un preliminare (di preliminare) genera una responsabilità precontrattuale in senso tecnico, con conseguente risarcimento del mero interesse negativo [...]*».

⁽⁷¹⁾ Sul punto appare doveroso rinviare alle osservazioni di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pp. 177-178, il quale, con riferimento all’art. 1322, co. 2, c.c., sot-

Pertanto, alla luce del generale stravolgimento delle categorie tradizionali, cui assistiamo ormai quotidianamente, sarebbe ammissibile probabilmente anche l'estensione al caso di specie del rimedio previsto dall'art. 2932 c.c.⁽⁷²⁾,

tolinea che «Per anni – anzi per decenni – questa norma è restata niente più che uno schema concettuale, utile per le operazioni ricostruttive in tema di causa o di tipo, ma del tutto irrilevante nella pratica. [...] L'evoluzione dell'esperienza ha condotto a rompere questo schema. Si sono venuti affermando, nella realtà dei rapporti commerciali, una serie di schemi contrattuali certamente non riconducibili, secondo la formula del codice, "ai tipi che hanno una disciplina particolare" (e quindi, secondo i vecchi paradigmi atipici), ma tuttavia non riferibili ad esigenze peculiari o specifiche, in quanto espressione di interessi molto diffusi, talora con una incidenza statistica enormemente superiore a quella di molti contratti che pure trovano puntuale disciplina nel codice. Per tutti questi contratti (dal leasing, al factoring, all'engineering, al contratto di pubblicità o al c.d. know how e via dicendo) nessun giudice si sognerebbe di compiere una valutazione specifica della meritevolezza dell'interesse perseguito, essendo la tipicità sociale dello schema contrattuale tanto diffusa e radicata da rendere tale valutazione assolutamente superflua».

⁽⁷²⁾ In senso conforme, A. RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, cit., pp. 42-43, ove si sottolinea che «I notai hanno fatto riserve soprattutto sull'applicabilità dell'art. 2932 c.c. (e già su questo non sono perfettamente d'accordo), traendo la motivazione dal fatto che si tratterebbe di «un contratto preliminare fatto con riserva di ridefinire compiutamente il regolamento negoziale». In realtà, credo che in questo modo si vada troppo in là: i dati essenziali del regolamento negoziale (individuazione dell'immobile, prezzo, modalità di pagamento) sussistono già, sono precisati e non dovrebbero più, dopo la notifica dell'accettazione di questa proposta, essere rimessi in discussione. [...] mi sembrerebbe, quindi, formalistico, ed in sostanza, elusivo della volontà espressa, sostenere che l'oggetto del consenso non sia costituito dalla vendita dell'immobile, ma invece dall'impegno di stipulare un nuovo contratto, che preveda almeno necessariamente la vendita dell'immobile». Contra F. TASSINARI, *Dalle proposte di acquisto al preliminare: analisi di una prassi immobiliare*, in *Riv. not.*, 1994, I, p. 49 ss., spec. p. 55, in cui l'A. si chiede: «[...] è possibile dare luogo alle esecuzioni in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 del codice civile? Qui la nostra risposta sarebbe negativa in quanto, se consideriamo il tenore letterale dell'art. 2932, comma 1 c.c., possiamo rilevare che l'esecuzione in forma specifica è esclusa non soltanto quando non sia possibile in relazione alle circostanze del caso concreto, ma anche quando ciò sia escluso dal titolo. Riterremmo che l'esclusione non debba essere espressa ma possa anche essere desunta, se pure in maniera non equivoca, dalla valutazione complessiva delle circostanze. Il fatto che si faccia espresso riferimento alla necessità di una scrittura privata ulteriore che definisca compiutamente il contenuto del contratto implica, a nostro avviso, la volontà di escludere che fintanto che con questa scrittura privata non ci si sia in concreto confrontati possa operare il rimedio giurisdizionale». V. anche R. MAZZARIOL, «Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle sezioni unite», cit., p. 739, il quale, dopo aver escluso il rimedio ex art. 2932 c.c., suggerisce «[...] la concessione a favore del contraente fedele di uno strumento di tutela ulteriore rispetto al generale rimedio di tipo risarcitorio ex art. 1337 cod. civ. S'intende alludere alla fattispecie contemplata dall'art. 614 bis cod. proc. civ. sul modello francese delle *astreintes* in virtù della quale la parte che lamenta l'altrui immotivato rifiuto a contrattare sulla base di un preliminare di preliminare potrebbe ottenere la condanna dell'altro contraente alla prosecuzione delle trattative e al pagamento di una

a patto che il mediatore faccia sottoscrivere alla parte interessata un atto completo di tutti gli elementi utili per definire il regime di circolazione del bene, le condizioni soggettive ed oggettive ed in generale tutti gli elementi essenziali richiesti per la stipula di un “preliminare classico”⁽⁷³⁾.

In tal modo si riuscirebbe a superare definitivamente il ferreo binomio preliminare/definitivo, tripartendolo o, più correttamente, “spezzettandolo” in più fasi (tutte giuridicamente rilevanti) in modo da adeguarlo alle esigenze dei privati⁽⁷⁴⁾.

D'altronde, già in passato non è mancato chi ha evidenziato che «[...] l'art. 2932 cod. civ. va considerato come rimedio generale per il caso che «colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione». La posizione sistematica ha

data somma di denaro in caso di immotivato ritardo nell'adempimento di siffatto obbligo o di sua illegittima violazione. Si tratterebbe di un mezzo di coercizione indiretta particolarmente efficace che farebbe sorgere una responsabilità risarcitoria certa in capo alla parte che rifiuti di proseguire la negoziazione a condizione che il suo diniego risulti ingiustificato».

⁽⁷³⁾ Dello stesso avviso V. BRIZZOLARI, *Il preliminare di preliminare: l'intervento delle Sezioni Unite*, cit., pp. 555-556, laddove si fa notare che «È chiaro che maggiori sono il contenuto e la completezza dell'accordo, maggiore sarà la vicinanza di quest'ultimo al contratto preliminare vero e proprio. Ne discende che l'indagine e l'attività interpretativa non possono che procedere caso per caso, dovendosi vagliare l'interesse delle parti e la di loro volontà di rinviare sia l'impegno definitivo ad un momento successivo, che l'applicabilità dell'integrazione suppletiva di cui all'art. 1374 c.c. e l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. Con questo passaggio la Corte risolve anche la tormentata questione circa l'applicabilità di detti articoli al preliminare di preliminare, nel senso che giunge ad ammetterla facendo riferimento ad un criterio che si potrebbe chiamare di “diretta proporzionalità”: maggiori sono il contenuto e la definizione dell'accordo, maggiore sarà la possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica e l'integrazione suppletiva, le quali generalmente presuppongono un accordo già formato. Al contrario, ad un contenuto scarso e indefinito non potrà che corrispondere l'esclusione dei suindicati articoli». Bisogna, quindi, comprendere quali siano i reali confini tra mera puntualizzazione e contratto preliminare per poter apprestare un'effettiva e piena tutela alle parti contraenti. Sul punto v. F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 626 ss., spec. p. 627, ove si precisa (nt. 9) che «La distinzione, sul piano teorico, è agevole: si tratta di preliminare se vi sono almeno gli elementi essenziali e se emerge la volontà delle parti di vincolarsi. Il primo requisito è di facile accertamento, il secondo è più difficile perché in presenza di discussione su elementi accessori occorre capire, attraverso l'interpretazione degli scritti e del comportamento delle parti, se il raggiungimento di un accordo su eventuali elementi accessori è stato ritenuto dalle parti essenziale per il sorgere del vincolo [...]». V. anche M. PISANI, *Validità del preliminare di preliminare: le SS.UU. cambiano orientamento*, in *www.altalex.com*, 17 marzo 2015, p. 1 ss.

⁽⁷⁴⁾ *Contra* V. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, cit., pp. 624-625.

sciolto il nesso storico con il contratto preliminare, e la norma si rivela applicabile ad ogni figura di obbligo di contrarre»⁽⁷⁵⁾.

Né può negarsi tale ricostruzione per il sol fatto che col preliminare aperto ci si obbliga a stipulare un successivo preliminare, perché l'obiettivo finale dell'intero *iter* procedurale è pur sempre il contratto definitivo e, semmai, entro i limiti di forma e sostanza, come già rilevato in precedenza, dovrà considerarsi "ripetitivo", e, quindi inutile (come tale da espungere dal nostro ordinamento), il secondo contratto, non certo il primo⁽⁷⁶⁾.

Si parte, infatti, dalla ferma convinzione che, seppur mediatamente (non direttamente, poiché v'è comunque il passaggio necessario del secondo *step* "contratto preliminare"), il preliminare aperto determini la volontà delle parti di obbligarsi a stipulare un definitivo.

Nello schema previsto dall'art. 2932 c.c. non si precisa se l'obbligo di contrarre debba essere necessariamente diretto o possa essere anche indiretto, si precisa solo «*qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo*».

Alla luce della lettera del dettato normativo, nulla sembra precludere tale eventualità, eccezion fatta per l'espressa volontà delle parti.

Tra l'altro, non è nuova tale impostazione; infatti, in dottrina, con riferimento al rimedio di cui all'art. 2932 c.c., è stato già sottolineato il fatto che «[...] *non v'è ragione alcuna di attribuire un diverso trattamento al contratto ad effetti tout court obbligatori ed alla vendita obbligatoria in cui l'attività materiale del debitore concorre a produrre l'effetto reale ma non certo a concludere il contratto*»⁽⁷⁷⁾.

L'applicabilità o meno del rimedio *de quo* è intimamente connessa soltanto alla completezza del contenuto del preliminare aperto, non esistendo alcun rifiuto pregiudiziale espresso sul punto, desumibile dalle norme attual-

⁽⁷⁵⁾ In tal senso N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., p. 163, il quale fa notare che «L'art. 2932 cod. civ. è un risultato finale e obiettivo, che ormai si allontana e distacca dal processo genetico, e si espande oltre i limiti avvertiti dai redattori. Il contratto preliminare è, così, non fonte unica ed esclusiva, ma una tra le fonti dell'obbligo di contrarre, suscettibile di esecuzione in forma specifica».

⁽⁷⁶⁾ Sull'argomento si rinvia a G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, cit., pp. 32-33.

⁽⁷⁷⁾ In tal senso S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 20, *Tutela dei diritti*, II, 2ª ed., Torino, 1998, p. 397.

mente vigenti in tema di esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto⁽⁷⁸⁾.

Profetiche appaiono oggi al giurista le osservazioni di un grande Maestro del diritto civile, il quale, già molti anni orsono, faceva presente che, «Data l’ampiezza della formula dell’art. 2932 (“concludere un contratto”: senz’altra specificazione), il campo di applicazione di esso non resta circoscritto al caso del preliminare (sebbene questo sia indubbiamente il più frequente); ad esempio, il patto di tradurre il contratto, stipulato per scrittura privata, in atto pubblico [...] è suscettibile, anch’esso, dell’applicazione dell’art. 2932 (sempre che vi ricorrano tutti i requisiti da esso prescritti)»⁽⁷⁹⁾.

Appare evidente, pertanto, come l’operatore del diritto non possa più esimersi dal prendere atto del fatto che ormai la prassi “ha oltrepassato il Rubicone” delle categorie tradizionali.

Il nuovo panorama storico-economico ha modificato radicalmente i tradizionali moduli ricostruttivi, adeguandoli ad esigenze un tempo impensabili.

⁽⁷⁸⁾ Dello stesso avviso anche G.E. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 95, il quale precisa (p. 100), inoltre, che «Le parti si sono impegnate validamente e al loro impegno conseguono effetti vincolanti in ordine al futuro acquisto da cui non è possibile recedere ad nutum (occorrendo in tal caso una legittima ragione, quale può rinvenirsi in una sopravvenienza oggettiva che fa perire l’interesse di una parte alla contrattazione): si applica sia la normativa in tema di esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto sia quella sulla responsabilità per il risarcimento del danno in caso di inadempimento». Contra C. CICERO, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto “a tutele crescenti”*, in *Riv. not.*, 2015, p. 608 ss., spec. p. 612, ove si mette in evidenza che «[...] la disattivazione dell’art. 2932 non osta per la verità alla qualificazione in termini di preliminare dell’atto, ma, ci si deve domandare, questa disattivazione costruita dalle S.U. è necessaria o soltanto eventuale? E allora, le parti possono nella loro autonomia privata costruire sicuramente un pre-preliminare senza specifica coercibilità, ma volendo fare diversamente, ovvero volendo quella coercibilità assicurata dalla regola dell’art. 2932, potrebbero configurare il suddetto pre-preliminare senza rinunciare alla tutela dell’esecuzione forzata? Credo che la risposta sarebbe ragionevolmente, se leggo bene la nostra sentenza, in senso negativo. Se così non fosse, se, voglio dire, si potesse utilizzare il rimedio dell’art. 2932, si dovrebbe domandare forse al giudice una sentenza costitutiva in luogo del “preliminare non concluso”, il che mi pare rappresenterebbe il tentativo, francamente eccessivo, di leggere quello che non c’è nella regola sull’esecuzione forzata dell’obbligo di prestare il consenso».

⁽⁷⁹⁾ V. F. MESSINEO, *Contratto, voci estratte dall’Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, pp. 326-327 (in particolare, cfr. nt. 158).

Dalla frantumazione della figura del contratto derivano una serie di “effetti collaterali” (ai quali si potrebbe ricondurre anche l’applicabilità del rimedio di cui all’art. 2932 c.c. al caso di specie), da cui discendono a cascata l’alterazione di equilibri ormai consolidati e lo stravolgimento di schemi concettuali considerati un tempo intangibili⁽⁸⁰⁾.

⁽⁸⁰⁾ In tal senso N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 182 ss.

FRANCESCO SCAGLIONE^(*)

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL CONTRATTO PREGIUDIZIEVOLE

ABSTRACT: The paper aims to describe the discipline of equity and good faith in the Italian legal system, examining the most critical aspects of Law of Contracts. The essay examines then one of the objectives underlying the law of contract on an economic view, that is to curtail opportunism.

SOMMARIO: 1. Asimmetria e inefficienza economica del contratto. — 2. Asimmetrie informative e libertà negoziale. — 3. Responsabilità risarcitoria e riequilibrio del rapporto. — 4. Rilievo causale della culpa in contrahendo. — 5. Principio di flessibilità dei rimedi demolitori. — 6. Contratti del consumatore. — 7. Contratti ad offerta monopolistica.

1. — *Asimmetria e inefficienza economica del contratto.*

È un dato incontrovertito, sin dalle raffinate elaborazioni dei *doctores medievali*, che il contratto di scambio debba essere equo⁽¹⁾.

Nell'ordinamento italiano è innanzitutto il principio costituzionale di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2 Cost.) a richiedere l'equità del contratto, inteso quale strumento elettivo di partecipazione dei privati all'organizzazione economica e sociale del Paese⁽²⁾.

^(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”; Progetto Jean Monnet Modules 2013/2016 “Euplaw - Europeanization through Private Law Instruments”.

⁽¹⁾ Ad esempio, Isidoro di Siviglia (vissuto fra il VI e il VII secolo), Giovanni di Salisbury († 1180) e Tommaso d'Aquino († 1274), sui quali v. A. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 41 ss. V. altresì, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 2000, p. 175 ss.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 362 ss., spec. p. 266 ss.

⁽²⁾ Cfr. E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.

Il concetto di eguaglianza o parità giuridica sostanziale tra le parti non significa però parità economica, ma ha come primo obiettivo la rimozione, ad opera del giudice, dei possibili effetti distorsivi della libertà contrattuale causati dalla disparità di potere economico tra i soggetti del nascente rapporto⁽³⁾.

Secondariamente, il principio di parità sostanziale impone di mantenere inalterato, nella fase esecutiva del rapporto, l'equilibrio contrattuale divisato originariamente dalle parti.

In entrambi i casi, è la clausola di buona fede oggettiva o correttezza (artt. 1337 e 1375 c.c.) lo strumento giuridico che consente al giudice di assicurare a ciascun contraente la prerogativa – costituzionalmente garantita – di determinare liberamente la propria volontà negoziale e di realizzarla con la collaborazione dovuta dall'altro, sulla base del programma pattuito⁽⁴⁾.

Del resto, nella nozione di accordo ed in quella di causa (concreta) del contratto è già insita l'idea fondamentale dell'equilibrio degli interessi economici delle parti, che trovano componimento proprio perché da esse condivisi, e assurgono al rango di diritti soggettivi solo in quanto siano ritenuti leciti e meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (cfr. artt. 1322 e 1343 c.c.).

Sotto questo profilo, il contratto equo è anche un contratto efficiente, perché realizza la migliore allocazione delle risorse patrimoniali dei contraenti, garantendo la massima soddisfazione dei bisogni di entrambi.

Questa vocazione efficientistica del contratto è in linea con i principi della scienza economica, secondo cui, in regime di concorrenza perfetta, lo scambio ha come conseguenza il miglioramento delle condizioni di entrambe le parti⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Cfr. E. DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, p. 269. La distinzione tra parità giuridica e parità economica è già presente in F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3ª ed. (rist.), Milano, 1952, p. 33; ID., *Contratto*, Milano, 1961, pp. 24-25; ID., *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, vol. XXI, t. I, Milano, 1973 (rist.), p. 47 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, p. 84 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. A. CHIANCONE, D. PORRINI, *Lezioni di analisi economica del diritto*, 3ª ed., Torino, 1998, p. 57 ss.; S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Torino, 2005, p. 271 ss.; D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004,

In particolare, un contratto è detto mutualmente vantaggioso o *Pareto efficiente* quando esso non può essere modificato in modo da aumentare l'utilità attesa da ciascuna delle parti⁽⁶⁾.

Ciò è dovuto principalmente al fatto che i contraenti, in un mercato perfettamente concorrenziale, sono in grado di valutare in modo ottimale i rischi derivanti dal rapporto obbligatorio che intendono costituire, in modo da considerare conveniente la conclusione dell'affare a date condizioni.

In questa prospettiva, quindi, la perfetta informazione di ciascun contraente sulla natura e sulle conseguenze della sua scelta è fondamentale per la massimizzazione del profitto che egli può trarre dall'operazione economica.

p. 275 ss; F. CAROCCIA, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto: "the Italian job"*, in *Foro it.*, 2014, V, c. 193 ss., spec. c. 205 ss.

⁽⁶⁾ S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 273. Cfr. V. PARETO, *Manuale di economia politica, con una Introduzione alla scienza sociale*, Milano, 1906, p. 357, secondo cui una situazione è efficiente quando non è possibile migliorare la condizione di qualcuno nel sistema senza peggiorare quella di qualcun altro (ottimo paretiano). Il fallimento del criterio di Pareto è stato però evidenziato da chi, come Guido Calabresi, ha improntato le sue analisi al bilanciamento dei valori dell'efficienza del mercato con l'attenzione a considerazioni di equità e giustizia distributiva della ricchezza, giustificative dell'intervento statale nell'economia: in questi termini, circa l'influenza di Calabresi nell'analisi economica del diritto, v. F. Mengaroni, *Analisi economica del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, *ad vocem*, p. 5; analogamente, v. già R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 313 ss. Cfr., al riguardo, G. CALABRESI, *L'inutilità di Pareto: un tentativo di andare oltre Coase*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato* a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1998, p. 16 ss., spec. p. 28 (il saggio è stato originariamente pubblicato con il titolo *The Pointlessness of Pareto: Carryng Coase Further*, in *Yale Law Journal*, C, 1991, pp. 1211-1237), ove l'Autore si avvale del c.d. *test* di Kaldor-Hicks, che definisce uno spostamento efficiente «tutte le volte in cui coloro che traggono un utile guadagnano più di quanto perdono coloro che subiscono un danno, per cui, se i vincitori compensassero i perdenti, otterrebbero comunque un miglioramento della loro posizione rispetto a quella precedente lo spostamento». Sul *test* di Kaldor-Hicks, v. N. KALDOR, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, in *Economic Journal*, II, 1939, p. 549 ss.

Che il criterio dell'ottimo paretiano, adoperato per definire la distribuzione dei beni nel sistema della concorrenza pura, non è invece utilizzabile in un contesto di scelte tragiche (*tragic choices*, riguardanti beni vitali e valori fondamentali), ove emergono i limiti del mercato puro, è stato ribadito da G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, trad. it. a cura di C. M. Mazzone e V. Varano, 2^a ed., Milano, 2006, p. 89 ss.

Un contratto con asimmetria informativa, per la cui conclusione una parte ha avuto a disposizione informazioni maggiori e più complete dell'altra sui punti essenziali dell'accordo, è, pertanto, inefficiente.

Il contratto iniquo e inefficiente è un contratto asimmetrico, perché in esso ciascuna delle parti non ha concorso in modo paritario alla determinazione delle condizioni contrattuali. Esso, inoltre, ha solo l'apparenza di un contratto, perché in realtà non è espressione di autonomia privata⁽⁷⁾.

Il contratto asimmetrico è una fattispecie assai frequente nella prassi, poiché i soggetti economici, che sono anche soggetti giuridici, tendono a comportarsi in modo opportunistico, vale a dire perseguono con astuzia finalità egoistiche; essi sono, pertanto, naturalmente propensi a omettere o a falsificare le informazioni di cui sono in possesso⁽⁸⁾.

In proposito, è l'economia dell'informazione ad indicare come prevenire i comportamenti opportunistici, attuati sia nella fase precontrattuale (selezione avversa, *adverse selection*)⁽⁹⁾, che in quella post-contrattuale (rischio o

⁽⁷⁾ Cfr. A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 555: «La disciplina dell'informazione contrattuale è espressione della teoria economica marginalista su cui si basa la teoria del contratto. Un'informazione adeguata, per quantità e per qualità, è per essa la condizione per il valido esercizio dell'autonomia privata, perché senza un sufficiente intendere non è possibile volere razionalmente; ed è la volontà razionale che il diritto eleva a strumento di rapporti. Occorre dunque che il contraente prima di determinare le proprie scelte e tradurle in regole possa acquisire le informazioni necessarie alla valutazione dell'utilità marginale che dallo scambio ricaverà; è questa infatti nella sua prospettiva la ragione che muove lo scambio, e la ragione che nella prospettiva giuridica ne fonda la rilevanza».

⁽⁸⁾ Cfr. A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, p. 17 ss.; O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, 1985 (trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1986), p. 134, secondo il quale gli agenti opportunisti sono soliti «mentire, imbrogliare, rubare, fuorviare, travisare, offuscare, fingere, distorcere e confondere».

⁽⁹⁾ Cfr. D. BEGG, G. VERNASCA, S. FISCHER, R. DORNBUSCH, *Microeconomia*, 4^a ed., Milano, 2011, p. 224: «La selezione avversa (o selezione negativa) è un fenomeno che si verifica quando gli agenti utilizzano opportunisticamente, prima della stipulazione di un contratto, il vantaggio informativo di cui dispongono rispetto alla controparte. Coloro che stipulano i contratti risultano perciò clienti di qualità inferiore (ovvero, con una rischiosità superiore) rispetto a quella media della popolazione di riferimento».

Si tratta, ad esempio, della selezione avversa dei clienti di compagnie assicurative per la stipula di contratti di assicurazione sulla propria vita (v. artt. 1882 e 1919 c.c.). Orbene, a causa

azzardo morale, *moral hazard*)⁽¹⁰⁾.

I costi transattivi, cioè quelli necessari per concludere il contratto (costi legati all'assunzione di informazioni, onorari notarili, imposte, etc.), insieme alla carenza di informazioni rilevanti, derivante da reticenze di una parte nei confronti dell'altra, oltre che alla presenza di situazioni di monopolio sul mercato, che impediscono di reperire alternative soddisfacenti sul versante dell'offerta, costituiscono i fattori più incisivi di inefficienza o imperfezione dei contratti⁽¹¹⁾.

2. — *Asimmetrie informative e libertà negoziale.*

Il problema giuridico delle asimmetrie negoziali si traduce nell'esigenza di assicurare la consapevolezza delle scelte dei contraenti in ordine alla costruzione del regolamento contrattuale o all'accettazione di un regolamento predisposto unilateralmente da uno di essi; nei mercati monopolistici esso denota la necessità di assicurare l'equità delle condizioni contrattuali secondo parametri concorrenziali.

del comportamento opportunistico degli assicurati, le società di assicurazione non sono in grado, al momento della stipulazione della polizza, di identificare a quale categoria di rischio appartengano i singoli assicurati, ma sanno comunque che l'offerta di polizze il cui prezzo sia basato sui tassi medi di rischio di malattia e di morte attrae tendenzialmente solo le persone ad alto rischio (quelle che, ad esempio, hanno un consumo elevato di alcol e tabacco, che nessuno, peraltro, rivelerebbe prima della stipula del contratto di assicurazione sulla vita). L'art. 1892, 1° comma c.c., si limita a stabilire che «le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alla medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o colpa grave».

⁽¹⁰⁾ Cfr. D. BEGG, G. VERNASCA, S. FISCHER, R. DORNBUSCH, *Microeconomia*, loc. cit.: «Il rischio morale consiste nell'uso opportunistico *post-contrattuale* di informazioni private per scaricare il rischio di un evento sulla parte meno informata di un contratto».

⁽¹¹⁾ Secondo il famoso teorema di Coase in assenza di costi transattivi è possibile raggiungere un'allocatione efficiente delle risorse, tramite la contrattazione fra generatori di externalità e vittime: cfr. R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, III, 1960, pp. 1-44 (trad. it., *Il problema del costo sociale*, in R. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, pp. 199-259).

All'interno della categoria generale delle *asimmetrie negoziali* si distingue un duplice ordine di asimmetrie:

asimmetrie economiche, derivanti da situazioni di soggezione economica o morale ovvero di dipendenza economica. Qui l'aggettivo «economiche» non qualifica il risultato effettuale (lo squilibrio economico del contratto), bensì la causa di esso. Trattasi di disparità di forza economica o di soggezione morale nella fase precontrattuale che impedisce la libertà di scelta negoziale;

asimmetrie informative, che ostacolano la percezione della realtà fattuale di una delle parti prima della conclusione del contratto.

L'approfittamento di una parte della propria posizione di superiorità economica o della propria forza di persuasione morale oppure il dolo perpetrato ai danni dell'altra integrano comportamenti precontrattuali contrari alla regola di correttezza.

Infatti, sia che si tratti di contratti negoziati individualmente ovvero di contratti per adesione o di massa, tutte le volte in cui l'offerta sia concorrenziale un'asimmetria informativa in ordine alle condizioni ed ai presupposti contrattuali può determinare l'iniquità dello scambio.

Al di fuori dell'ipotesi di abuso di soggezione economica o morale, in presenza di un mercato merceologico e geografico contraddistinto da un certo grado di concorrenzialità, la libertà di determinare i termini dell'accordo in senso più vantaggioso per entrambe le parti dipende essenzialmente dalla esatta conoscenza delle condizioni di offerta praticate sul mercato.

Nel suddetto contesto economico, la libertà contrattuale *positiva* dipende e si traduce, di regola, nella libertà di scelta delle offerte più convenienti per gli interessi dell'oblato.

La disparità di potere contrattuale, pertanto, è data dal diverso grado di informazione delle parti al momento della conclusione del contratto.

Il principio di libertà della concorrenza postula, dal lato della domanda, la consapevolezza della scelta; l'assenza di questa, se collegata alla violazione di un obbligo informativo, indica in maniera inoppugnabile che la formazione del contratto è viziata da un comportamento di una parte contrario alla regola di correttezza.

In questa prospettiva, la responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*,

che è il rimedio tipico per proteggere la libertà negoziale del contraente debole, si incentra sulla garanzia della corretta informazione dell'oblato sui punti essenziali del contratto.

In particolare, nei *contratti negoziati* il dovere di correttezza nelle trattative è profondamente permeato dai *profili di personalizzazione della relazione precontrattuale*, che determinano la rilevanza delle circostanze non soltanto oggettive, ma anche soggettive in ordine alla determinazione del programma contrattuale, e, quindi, l'ampiezza ed il contenuto dei doveri informativi posti a carico delle parti.

In questa ipotesi il nodo cruciale per l'interprete è costituito dalla individuazione delle informazioni che ciascuna parte deve rendere note all'altra affinché essa ponderi adeguatamente i propri interessi e, quindi, la convenienza dell'affare che si sta per concludere⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ In argomento, v. P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 641 ss. Non dovrebbe risultare scorretta la mancata rivelazione dei motivi e degli scopi che possono aver indotto un soggetto ad avviare e condurre una trattativa, salvo che «essi non costituiscano la ragione esclusiva o principale che muove la parte a ricercare l'accordo e manifestino in modo palese questa loro natura, o siano stati rivelati alla controparte come tali»: G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 98. Cfr. anche M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 241 ss., ove il riferimento all'obbligo di comunicare le circostanze sulle quali, in relazione alla natura del contratto e alla qualità delle parti, ciascuna di esse si attenda ragionevolmente di essere informata.

In giurisprudenza, v. 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*: «In ipotesi di domanda di risarcimento per dolo incidente relativa al danno derivante da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente", l'eventuale esistenza dell'inganno nella formazione del consenso non incide sulla possibilità di far valere i diritti sorti dal medesimo contratto, ma comporta soltanto che il contraente, il quale abbia violato l'obbligo di buona fede, è responsabile del danno provocato dal suo comportamento illecito, commisurato al "minor vantaggio" ovvero al "maggior aggravio economico" prodotto dallo stesso. Tuttavia, pur non avendo il contraente diritto di occultare i fatti, la cui conoscenza sia indispensabile alla controparte per una corretta formazione della propria volontà contrattuale, l'obbligo informativo non può essere esteso fino al punto di imporre al medesimo contraente di manifestare i motivi per i quali stipula il contratto, così da consentire all'altra parte di trarre vantaggio non dall'oggetto della trattativa, ma dalle altrui motivazioni e risorse». (Nella specie, la circostanza taciuta riguardava il fatto che sul terreno, venduto come destinato a verde ed a parcheggi, sarebbe stata trasferita

In proposito, alcuni importanti studi di analisi economica del diritto condotti dalla dottrina statunitense sul *duty to disclose*⁽¹³⁾ hanno messo in evidenza la differenza fondamentale tra informazioni acquisite deliberatamente, per le quali il possessore di esse ha sostenuto dei costi, e informazioni acquisite casualmente, senza sostenere alcun costo per l'ottenimento di esse⁽¹⁴⁾.

Ora, se si ha riguardo agli investimenti specifici sostenuti da una parte per acquisire delle informazioni rilevanti, si dovrebbe concludere che una norma che imponesse in relazione ad esse (nei contratti soggetti a trattativa) uno specifico obbligo informativo, la cui violazione fosse sanzionata, ad esempio, con l'annullamento (o la nullità) del contratto, inciderebbe notevolmente sulla ripartizione dei rischi e dei costi connessi all'operazione economica e, quindi, sull'efficienza allocativa, disincentivando il contraente più informato dal compiere indagini sull'oggetto del contratto *in fieri*⁽¹⁵⁾.

3. — *Responsabilità risarcitoria e riequilibrio del rapporto.*

Si è ricordato come l'osservanza della regola di correttezza nella formazione del contratto, posta dall'art. 1337 c.c., previene la conclusione di contratti iniqui, tutelando l'autonomia contrattuale quale cardine del sistema economico di mercato.

l'edificabilità da altri immobili di proprietà dell'acquirente, con conseguente incremento del valore del suolo). V. anche Cass., 26 aprile 2012, n. 6526, in *leggiditalia.it*.

⁽¹³⁾ Cfr. A.T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contract*, 7, *Journal of Legal Studies*, p. 35 ss. (1979), trad. it. *Errore e informazione nell'analisi economica del diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 291 ss., ora in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, cit., p. 172 ss., spec. p. 177 ss. (da cui le citazioni).

⁽¹⁴⁾ A.T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contract*, cit., p. 179: «Un analista finanziario, per esempio, raccoglie informazioni su di una determinata società deliberatamente, studiando con cura le risultanze del suo comportamento economico. Un uomo d'affari, al contrario, che venga in possesso di un'importante notizia origliando per caso un dialogo su di un autobus acquisisce l'informazione in maniera casuale».

⁽¹⁵⁾ Sul punto, v. D. CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, p. 83 ss., spec. p. 101 ss.

Il contratto iniquo, formatosi in modo non corretto, implica, infatti, che lo squilibrio delle condizioni contrattuali sia l'esito della pretermissione dell'interesse di una parte *sub specie* di lesione della sua libertà negoziale, intesa quale libertà e consapevolezza della scelta negoziale.

L'art. 1337 c.c., tuttavia, non è mai stato applicato dalla giurisprudenza quale fattispecie autonoma⁽¹⁶⁾, bensì per mezzo di altre norme, le quali ne rappresentano concrete epifanie e che – di regola – vengono invocate nella domanda giudiziale risarcitoria unitamente ad esso (v. artt. 798, 1338, 1398, 1440, 1494, 1578, 1812, 1821 c.c.).

In particolare, l'azione di dolo incidente *ex art.* 1440 c.c. (che può essere considerata il modello generale di tutela risarcitoria nel caso di conclusione di un contratto a seguito di scorrettezza precontrattuale) viene comunemente ricondotta nell'alveo dell'azione aquiliana, di cui costituisce una specificazione, ove l'attività illecita consiste nell'inganno (anche sotto forma di omesse informazioni: dolo omissivo) ai danni del *deceptus*, ed il danno ingiusto nella lesione della libertà negoziale (positiva) di costui⁽¹⁷⁾.

Non mancano però ipotesi in cui la Cassazione ha applicato direttamente l'art. 2043 c.c. per lesione della libertà negoziale del contraente vittima della condotta contraria a buona fede⁽¹⁸⁾; in proposito, la scelta è stata giustificata dalla dottrina sulla base della considerazione che la fattispecie esaminata dai giudici consisteva in un illecito precontrattuale di tipo *effettuale*, incidendo sulla

⁽¹⁶⁾ Ma v., per l'autonomia della fattispecie, V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1273.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass., 4 aprile 1990, n. 2798, in *Giur. it.*, 1991, I, c. 456, con nota di C. IACOVINO, *Dolo incidente e prescrizione del diritto al risarcimento del danno*; Cass., 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3303: «La norma dell'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell'art. 1337 c.c. (responsabilità precontrattuale), che impone alla parte un dovere di correttezza nel corso della formazione del contratto».

⁽¹⁸⁾ Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Corr. giur.*, 2014, p. 489: «L'azione di risarcimento danni *ex art.* 2043 c.c. per lesione della libertà negoziale è esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative contrattuali - nella specie, finalizzate alla stipulazione di una transazione - che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido, ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali».

conformazione della realtà rilevante per la conclusione del contratto (transazione), costruita artatamente (annullamento di un lodo arbitrale per via di corruzione giudiziaria). Viceversa, l'art. 1440 c.c., secondo la tesi in esame, si collocherebbe «sul terreno *cognitivo*, consistendo nell'indurre ignoranza o falsa conoscenza di dati importanti per valutare la convenienza del contratto»⁽¹⁹⁾.

In ogni caso, si tratta, all'evidenza, di un ruolo assolutamente marginale e, tutto sommato, superfluo, dell'art. 1337 c.c., che si limita a duplicare l'art. 2043 c.c.; al riguardo, è stato autorevolmente sostenuto che «l'art. 1337 interpreta l'art. 2043, per rendere incontestabile che il danno arrecato con slealtà precontrattuale è “ingiusto”»⁽²⁰⁾.

In questa prospettiva, la responsabilità precontrattuale avrebbe sempre natura extracontrattuale, tanto nel caso in cui le trattative siano state interrotte arbitrariamente⁽²¹⁾, quanto in quello in cui il contratto sia stato concluso, invalidamente (art. 1338 c.c.), oppure “validamente”, ma con esiti pregiudizievoli, sul piano contenutistico, per la vittima dell'altrui condotta scorretta.

In particolare, l'ipotesi secondo cui, in presenza di un contratto “valido”, ma pregiudizievole, possa sopravvivere una responsabilità precontrattuale a carico di chi ha violato la regola di correttezza nella fase formativa del rap-

⁽¹⁹⁾ V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità “pericontrattuale”. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 20.

⁽²⁰⁾ R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 10, t. II, 3^a ed., Torino, 2002, p. 510.

⁽²¹⁾ V., ad es., Cass., 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 754 ss., con nota di F. DALLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*; Cass., 29 luglio 2011, n. 16735, in *leggiditalia.it*: «La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma *de qua*»; Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e resp.*, 2005, p. 597, con nota di P. PARDOLESI, *Recesso dalle trattative: un esercizio di comparative law and economics*.

porto, implica sostanzialmente l'assegnazione al risarcimento del danno di una funzione correttiva del regolamento a scopi equitativi.

Ciò avviene tipicamente con la ricordata azione di dolo *ex art.* 1440 c.c., che, infatti, può essere esperita solo in ordine ad un contratto già concluso. Del resto, la Suprema Corte ha precisato, in proposito, che il danno risarcibile è commisurato al “minor vantaggio” ovvero al “maggior aggravio economico” prodotto dall'inganno nella formazione del contratto⁽²²⁾.

In tal modo, resta superato quell'orientamento giurisprudenziale minoritario secondo cui la configurabilità della responsabilità precontrattuale è preclusa dalla intervenuta conclusione del contratto⁽²³⁾.

Il risarcimento del danno può, dunque, servire a ristabilire l'equità dello scambio secondo gli interessi di entrambe le parti, e la determinazione del *quantum* assume i contorni dell'interesse positivo (*Erfüllungsinteresse*)⁽²⁴⁾.

La limitazione del danno risarcibile all'interesse negativo (*negatives Vertragsinteresse*), com'è noto, riguarda, infatti, la fattispecie di responsabilità precontrattuale individuata da Jhering con riferimento all'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative o di conclusione di un contratto invalido⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ Cass., 16 aprile 2012, n. 5965, cit. E v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 176: «Cosi, nel caso di dolo incidente il danno si determina in base al vantaggio che la parte avrebbe presumibilmente avuto se non fosse stata vittima del dolo». V. anche A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 216.

⁽²³⁾ Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

⁽²⁴⁾ A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 792 ss., spec. p. 797. Secondo C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 707, «Nella stessa disciplina legislativa, e segnatamente nel contenuto e nelle finalità del diritto del *deceptus* al risarcimento dei danni, trova infatti conferma il rilevato assorbimento della lesione di siffatto interesse in quella dell'interesse positivo, con la conseguente reciproca identità direzionale della relativa tutela: la quale, nella specie, rinviene oltretutto il suo titolo immediato nello stesso contratto validamente concluso, su cui finisce poi col riflettersi in quanto, giova ribadirlo, il risarcimento tende a riequilibrare e correggere il concreto assetto dei contrapposti interessi diviso dalle parti e falsato dall'inganno intervenuto in violazione della buona fede *ex art.* 1337 c.c.».

Sull'argomento, v. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 487 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. dal tedesco e nota di lettura di F. Procchi, Napoli,

In particolare, l'art. 1338 c.c. stabilisce che la reticenza sulle cause di invalidità del contratto è fonte dell'obbligo risarcitorio per la lesione dell'affidamento incolpevole della controparte circa la validità del contratto. Qui l'invalidità del contratto deriva da cause *esterne* al processo di formazione della volontà di una delle parti.

Il risarcimento del danno *ex art.* 1440 c.c. svolge così la stessa funzione riequilibratrice del rapporto assegnata dall'art. 1450 c.c. all'offerta di modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità, effettuata dal contraente contro il quale è domandata la rescissione⁽²⁶⁾.

Questa speciale funzione del risarcimento consente al giudice un intervento correttivo del contratto quando il *deceptus* lo richieda.

In alternativa alla richiesta di risarcimento per equivalente, la parte svantaggiata a seguito del comportamento contrario alla regola di correttezza *ex artt.* 1337 e 1440 c.c., può chiedere al giudice l'applicazione dell'art. 2058 c.c., sul risarcimento in forma specifica: il danno può essere risarcito ripristinando l'equilibrio del contratto tramite la sua rettifica, richiesta dal *deceptus* (v., invece, l'art. 1432 c.c.), secondo il contenuto e le modalità del contratto che tengano conto della reale volontà di costui⁽²⁷⁾.

2005, p. 47 ss. (ed. originale, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, IV, 1861, p. 1 ss.). V., *ex multis*, Cass., 3 dicembre 2015, n. 24625, in *leggiditalia.it*.

⁽²⁶⁾ In argomento, cfr. A. GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004, p. 153 ss; E. GABRIELLI, *L'offerta di riduzione ad equità del contratto*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. 4, *I contratti di composizione delle liti*, I, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, Torino, 2005, p. 221 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, cit., p. 234: «E intanto si prende coscienza del fatto che l'art. 2058 c.c. suggerisce di riparare il danno costruendo la situazione che si sarebbe creata se non fosse intervenuto il fatto illecito nocivo. Per cui il vizio incidentale dà luogo, a richiesta della vittima, alla rettifica del contratto». Nello stesso senso, v. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 267, nt. 203; cfr. anche V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1274: «Una volta abbandonata l'angusta prospettiva della rottura delle trattative, e preso, dunque, in considerazione il contenuto effettivo della norma di condotta cui si ricollegano anche doveri specifici di comportamento, non soltanto non si giustifica sul piano logico alcuna limitazione

Anzi, poiché il danno da lesione della libertà negoziale consiste proprio nello squilibrio tra le prestazioni contrattuali, la rettifica del contratto su ordine del giudice appare forse la via più appropriata per la tutela del contraente debole.

Si tratta, ovviamente, di una soluzione del tutto nuova, atteso che una cosa è la condanna al pagamento di una somma di denaro che equivalga alla differenza tra ciò che è stato «pattuito» ed il reale valore attribuito dal contraente leso alla propria prestazione, un'altra è, invece, la rettifica giudiziale del contratto sufficiente da ricondurlo ad equità.

Tuttavia, il risarcimento non ha sempre questa funzione di riequilibrio del rapporto, e non è l'unico rimedio a disposizione della parte debole.

Le regole di responsabilità, infatti, possono intersecarsi con quelle di validità tutte le volte in cui la condotta contraria a buona fede si riverberi, in modo sfavorevole ad una parte, sul contenuto del contratto; ciò è testimoniato, innanzitutto, già dalla disciplina del dolo determinante *ex art.* 1439 c.c., ove la domanda di annullamento ben può cumularsi con quella risarcitoria⁽²⁸⁾. Ed è proprio la *culpa in contrahendo* in caso di conclusione di un contratto pregiudizievole, ormai ammessa pacificamente⁽²⁹⁾ che apre la via ad

al danno risarcibile, ma potrebbe poi configurarsi la possibilità di un suo risarcimento in forma specifica ove le circostanze lo consentano».

⁽²⁸⁾ In argomento, cfr. I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010, p. 198 ss.

⁽²⁹⁾ V., *ex multis*, Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784 ss., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2008, p. 347 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 344, ss., con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 17 ss.; in *Contratti*, 2008, p. 221, ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la cassazione esclude la nullità*, in *Guida al dir.*, 2008, 5, p. 41 ss., con commento di F. MAZZINI, *La legittimazione attiva del contraente "copre" solo la forma e il contenuto (ivi, p. 53 ss.)*; in *Dir. fall.*, 2008, p. 1 ss., con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*. Su tale decisione v. anche F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss.; A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p.

una diversa ricostruzione della natura giuridica della responsabilità precontrattuale, in base alla quale possano acquistare rilievo altri rimedi civilistici a tutela del contraente che non ha accettato liberamente e consapevolmente le condizioni contrattuali.

4. — *Rilievo causale della culpa in contrahendo.*

Alla tesi della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, secondo cui l'illecito consiste nella lesione della libertà negoziale della parte vittima della condotta scorretta⁽³⁰⁾, si contrappone tradizionalmente quella

107 ss. La sentenza giunge a seguito di un contrasto giurisprudenziale sorto in ordine alla questione delle conseguenze (nullità o semplice risarcimento) del mancato rispetto della regola di correttezza nella formazione del contratto. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite è di Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Giur. it.*, 2007, p. 2704 ss.; sul punto, cfr. F. SCAGLIONE, *Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur. it.*, 2008, p. 249 ss.; v. anche Trib. Terni, 14 luglio 2006, n. 443, in *Rass. giur. umbra*, 2007, p. 78 ss., con nota di F. SCAGLIONE, *La responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente investitore*.

In precedenza, nello stesso senso v. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1105 ss., con nota di E. SCODIFITI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2006, p. 1599 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento della S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 626 ss., con nota di C.E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*; in *Contratti*, 2006, p. 446 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 897 ss., con nota di E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*. Sul punto, cfr. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss.; F. GALGANO, *L'inadempimento ai doveri dell'intermediario non è, dunque, causa di nullità virtuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 579 ss., ove è riportata la sentenza del Trib. Rovereto, 18 gennaio 2006. Sulla stessa linea v., in precedenza, Cass., 9 gennaio 2004, n. 111; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234.

⁽³⁰⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 158, secondo cui dalle trattative instaurate tra le parti nascono *doveri assoluti o obblighi generici*, posti a presidio di «interessi della vita di relazione suscettibili di essere lesi nei contatti sociali». Nello stesso senso, ad esempio, G. PATTI, in G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*

della natura contrattuale della stessa, risalente alla elaborazione concettuale di Luigi Mengoni⁽³¹⁾. Gli epigoni di questa dottrina, sulla scia della dogmatica tedesca sugli obblighi di protezione⁽³²⁾, hanno ravvisato nella clausola

e contratti standard, artt. 1337-1342, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, p. 45.

Il termine «contatto sociale», com'è noto, deriva dall'esperienza giuridica tedesca ove, all'interno della categoria dei rapporti contrattuali di fatto o *faktische Vertragsverhältnisse*, individuata da Haupt in un importante studio pubblicato nel 1941, sulla scia delle tesi già formulate da Wolfgang Siebert in tema di rapporto di lavoro e di società di fatto, i c.d. rapporti derivanti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*) si contraddistinguono per l'assegnamento che una delle parti fa sulla cooperazione dell'altra per il raggiungimento del risultato previsto, in virtù dell'univoco significato che socialmente si connette al comportamento di questa. Cfr. G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 9. Si tratta della celebre prolusione tenuta presso l'Università di Lipsia il 29 gennaio 1941; l'edizione più nota è però del 1943: G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, II, Leipzig, 1943, p. 5 ss. V. anche W. SIEBERT, *BGB-System und völkische Ordnung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, p. 204 ss.; ID., *Die faktische Gesellschaft*, in *Festschrift für Hedemann*, Jena, 1938, p. 266 ss.; ID., *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1953; P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, Tübingen, 1994.

⁽³¹⁾ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss., spec. p. 362. Sulla scia di Mengoni, v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 2006, p. 458 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, pp. 115 ss., spec. p. 126 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 179 ss., 723 ss.; ID., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 194 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 2ª ed., Padova, 2009, p. 317; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 53 ss.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, t. II, Torino, 2000, p. 364, ove si evidenzia la necessaria specificazione della regola di correttezza nella fase precontrattuale come regola di "governo di un progetto", che si traduce in un'obbligazione specifica; pertanto, l'inadempimento dell'art. 1337 c.c. è sempre fonte di responsabilità ex art. 1218 c.c. (*ivi*, p. 372 ss.); G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, pp. 878-879.

⁽³²⁾ Il principale teorico del concetto dell'obbligo di protezione è Heinr. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. Civ. Pr.*, 136, 1932, p. 257 ss.; v. anche Hans STOLL, *Il contratto e i terzi*, in *Annuario del diritto tedesco*, a cura di S. Patti, Milano 2000, p. 17. In Italia, v. soprattutto C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, ad vocem, p. 1 ss.; ID., *Sul significato di "materia contrattuale" e "materia di illeciti civili" nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 526 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di*

generale di buona fede *in contrahendo* la fonte di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione⁽³³⁾. Un recente arresto della Cassazione, in proposito, ha ricondotto il dovere di correttezza precontrattuale ad un'obbligazione di fonte legale *ex art. 1173 c.c.*, nell'ambito di un contatto sociale "qualificato"⁽³⁴⁾.

La responsabilità precontrattuale rientrerebbe pertanto nell'alveo dell'art. 1218 c.c., con i conseguenti risvolti applicativi, sia in ordine al termine di

protezione, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss., spec. p. 1354 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1994, 225 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 1 ss.

⁽³³⁾ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 443 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, t. II, *Il Contratto in generale*, Milano, 2009, p. 238. Per un'ipotesi di responsabilità contrattuale derivante da inadempimento di un obbligo di protezione, v. Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Contratti*, 2007, p. 991.

⁽³⁴⁾ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Corr. giur.*, 2012, p. 235 (con nota critica di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*): «In tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi – come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata – in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 c.c.». A favore della sentenza, v. C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1227 ss. e C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 1949 ss. Il riferimento, nella dottrina e giurisprudenza italiane, alla categoria del contatto sociale, ormai superata anche nell'esperienza tedesca, è criticato da A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 344 ss.; ID., *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, *ivi*, 2013, I, p. 78 ss. V. anche Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. it.*, 2012, p. 2662 ss. (con nota di M. RENNA e A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*): «L'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto divenuto inefficace e *tamquam non esset* per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, espone la P.A. a responsabilità e al risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario; tale responsabilità non è qualificabile né come aquiliana né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contatto" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, e ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza».

prescrizione della relativa azione risarcitoria (dieci anni)⁽³⁵⁾, che al regime probatorio: l'attore si limiterà a provare la fonte dell'obbligo e ad allegare l'inadempimento, mentre il debitore dovrà provare di avere adempiuto secondo correttezza⁽³⁶⁾.

In realtà, però, anche nell'ipotesi in cui la violazione della regola posta dall'art. 1337 c.c. si ritenga fonte di responsabilità aquiliana, si è ammessa un'inversione dell'onere probatorio, considerando la prova dell'assenza di colpa quale causa di esclusione della responsabilità del convenuto⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni del 2002, tuttavia, ha parificato il termine di prescrizione dell'azione contrattuale e di quella extracontrattuale, riducendolo a tre anni: cfr. S. DELLE MONACHE, *Profili della attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 179 ss.

⁽³⁶⁾ G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 282. Ma v., in senso contrario, P. GALLO, *Contratto e buona fede*, Torino, 2009, p. 130 ss., secondo il quale le opinioni che sostengono la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale risentono dell'onda lunga dell'influenza di Jhering, la cui impostazione, tuttavia, era «in realtà dovuta a motivi di carattere del tutto contingente; vale a dire la ristrettezza dei rimedi delittuali romani, sulla cui base la pandettistica tedesca stava elaborando un sistema di rimedi tipici, il quale a sua volta doveva sfociare nel sistema di rigorosa tipicità degli illeciti previsto dal BGB (§§ 823 ss.)». È altresì vero, però, che la natura aquiliana della *culpa in contrahendo* poteva sostenersi con maggior forza sotto il vigore del codice civile del 1865, che, diversamente dall'attuale codice, non prevedeva una norma apposita sulla responsabilità precontrattuale: cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, 2ª ed., in *Tratt. resp. civ.* diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, p. 1076. L'argomentazione fondata sull'art. 1151 c.c. del 1865 (corrispondente all'attuale art. 2043 c.c.) era presente, ad esempio, in V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 509 ss.; E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1908, IV, p. 457 ss.

⁽³⁷⁾ Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1568: «La responsabilità precontrattuale, configurabile per la violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c. – a norma del quale le parti, nello svolgimento delle trattative contrattuali, debbono comportarsi secondo buona fede – costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si riconnette alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, cosicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo devono essere vagliati alla stregua degli artt. 2043 e 2056, tenendo, peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione. Ne consegue che – essendo l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2043, quale componente necessaria del fatto illecito, implicito nella violazione dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, quanto meno sotto il profilo della colpa – una volta accertato l'obiettivo contrasto tra il comportamento dell'agente e l'obbligo di correttezza imposto dall'art. 1337, non occorre, per

La differenza tra tesi extracontrattuale o contrattuale della responsabilità in esame è ulteriormente ridimensionata (e ricondotta sostanzialmente al termine di prescrizione dell'azione risarcitoria e alla prevedibilità del danno *ex art. 1225 c.c.*) dal fatto che l'illecito precontrattuale richiede sempre un'indagine attenta sulla condotta in concreto tenuta dalle parti, della quale è necessario valutare la conformità al canone della buona fede.

In tal senso, ad esempio, l'omissione di informazioni nel corso delle trattative è qualificabile come danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.* oppure come inadempimento *ex art. 1218 c.c.* soltanto ove sia accertata nel caso concreto la sua idoneità a ledere la libertà negoziale di una delle parti.

In particolare, qualora si invochi in giudizio l'inadempimento derivante dalla violazione di una clausola generale, l'attore dovrà indicare quale sia lo specifico obbligo violato, concretizzando in tal modo il dovere di correttezza⁽³⁸⁾.

In altri termini, la rilevanza delle informazioni omesse non può essere valutata in astratto, altrimenti il giudizio di buona fede si tradurrebbe in una verifica della osservanza o meno di obblighi puramente formali, quali, appunto, quelli di fornire determinate informazioni precontrattuali indicate espressamente dalla legge.

Sotto questo profilo, nei contratti negoziati il contenuto dell'informazione è calibrato sul profilo del singolo contratto *in fieri*, tenuto conto delle qualità soggettive delle parti, della storia dei loro rapporti personali e dei loro interessi concreti.

In questa prospettiva, la responsabilità della parte postula l'imputabilità dell'omissione di informazioni rilevanti nel corso delle trattative, all'esito di un accertamento di fatto che è rimesso al giudice di rinvio.

Questo accertamento, in verità, non può mancare, in alcuni casi, anche al di fuori dei contratti negoziati, come è confermato, ad esempio, dalla di-

l'accertamento della responsabilità precontrattuale, la verifica di un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente, perché sussista l'elemento psicologico necessario *ex art. 2043 c.c.*. Analogamente, con particolare riferimento al recesso dalle trattative, Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, cit.

⁽³⁸⁾ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento*, cit., p. 1959; C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1266.

sciplina del rapporto di consumo. In questa fattispecie, dove il grado di relazionalità tra le parti è ridotto al minimo, essendo il contratto nel suo insieme standardizzato, la slealtà della condotta precontrattuale del professionista va sempre valutata mediante un giudizio *ex post*, tenuto conto delle ricadute di essa sull'equilibrio complessivo del rapporto negoziale, considerato però su scala seriale. Infatti, ai sensi degli artt. 33 e 36 cod. cons. la clausola di un contratto del consumatore può considerarsi vessatoria solo quando determini a carico di quest'ultimo, in contrasto con la regola di buona fede, un *significativo* squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto stesso. Il rimedio è la nullità di protezione a favore del consumatore (art. 36 cod. cons.).

Analogamente, ai sensi dell'art. 67-*septiesdecies*, comma 4 cod. cons. il contratto di fornitura a distanza di servizi finanziari è nullo quando il fornitore viola gli obblighi di informativa precontrattuale, ma solo se ciò alteri *in modo significativo* la rappresentazione delle sue caratteristiche. Anche in questo caso il rimedio è la nullità relativa prevista espressamente dalla legge per la violazione di una regola di comportamento, ove il giudizio di buona fede oggettiva si incentra sulla significatività della violazione.

Questi rilievi conducono ad osservare l'esistenza di un nesso inscindibile tra la condotta delle parti nella fase formativa del contratto e la causa concreta di quest'ultimo; nesso che non può disconoscersi tutte le volte in cui la prima abbia inciso in modo significativo sul nascente regolamento di interessi⁽³⁹⁾.

È naturale allora chiedersi se il suddetto collegamento debba o possa tradursi anche in rimedi di tipo demolitorio che si cumulino con l'obbligazione risarcitoria sorta *ex art.* 1337 c.c. per violazione della regola di buona fede *in contrahendo*, pur al di fuori delle ipotesi espressamente previste dal legislatore (come quelle emblematiche, già ricordate, del dolo determinante o del codice del consumo).

In questa prospettiva, è interessante ricordare come in dottrina sia stata prospettata la possibilità di estendere il rimedio della risoluzione per inadempimento – oltre l'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive – «an-

⁽³⁹⁾ Cfr. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 67.

che per la violazione di obblighi precontrattuali specificamente previsti dalla legge (ad esempio, fornire determinate informazioni o documenti) in mancanza di qualche altro rimedio specifico», in alternativa all'azione di annullamento per dolo (omissivo) determinante *ex art.* 1439 c.c., ove è necessaria la prova dell'efficienza determinante dei raggiri⁽⁴⁰⁾.

Più in generale, quando la legge non prevede rimedi specifici, anche l'ineadempimento dell'obbligo precontrattuale di correttezza, così come "specificato" alla luce delle circostanze del caso concreto, può dar luogo a risoluzione del contratto successivamente stipulato, ove il giudice lo consideri di non scarsa importanza (art. 1455 c.c.), nell'ottica di una valutazione complessiva della fase delle trattative e di quella esecutiva del contratto⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ E. DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, pp. 32-33. Sulla prova dei raggiri, v. Cass., 17 dicembre 2012, n. 23207, in *leggiditalia.it*. In questa prospettiva, la reticenza può integrare un raggiri ai sensi dell'art. 1439 c.c. solo alla luce di un'interpretazione del comportamento omissivo alla stregua del principio di buona fede. L'idea era già presente in G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 91 ss., spec. p. 121, ove si afferma che «In verità anche la normativa sul dolo vizio della volontà assicura indirettamente la realizzazione delle regole di correttezza nelle relazioni contrattuali, allo stesso modo come a questo scopo è preordinato l'istituto della responsabilità precontrattuale. E l'annullamento si pone come rimedio analogo al risarcimento, in quanto riparatore di un pregiudizio insito nella conclusione di un contratto che non si sarebbe posto in essere se non ci fosse stata la falsa rappresentazione della realtà provocata dal dolo». Cfr. Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 948: «Il dolo omissivo, pur potendo viziare la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell'art. 1439 c.c., solo quando l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del *deceptus*. Pertanto, il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto» (Nella specie è stato escluso che potesse integrare il dolo omissivo in ordine alle effettive condizioni dell'immobile compravenduto la circostanza che l'alienante avesse taciuto all'acquirente la pendenza, al riguardo, di un'azione di danno temuto proposta da terzi). In senso conforme, v. Cass., Sez. un., 12 agosto 2005, n. 16875, in *Max. Giur. it.*, 2005.

⁽⁴¹⁾ Cfr. G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 944 ss., sulla scia di G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 319.

Si può dire, anzi, che la violazione della buona fede *in contrahendo* ex art. 1337 c.c. può, in certe circostanze, integrare anche un vero e proprio inadempimento contrattuale; quest'ultimo, però, non dipende dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione, perché, viceversa, è la stessa esecuzione del contratto a dare completa attuazione al programma negoziale illecito già manifestato e inizialmente portato avanti con la condotta scorretta nella fase precontrattuale.

Vi è, infatti, tra la buona fede precontrattuale e quella *in executivis* ex art. 1375 c.c. uno stretto collegamento, in forza del quale l'omissione di un'informazione rilevante prima della conclusione del contratto comporta necessariamente anche una scorrettezza nell'esecuzione di esso.

Non può, infatti, sostenersi che il contratto pregiudizievole sia efficace sol perché eseguito correttamente, atteso che il pregiudizio si manifesta, in concreto, proprio con la sua esecuzione. In altri termini, il fondamento della responsabilità risarcitoria è un danno che deriva dall'attuazione del rapporto.

Quando il contratto è concluso a condizioni inique è potenzialmente pregiudizievole, mentre diviene effettivamente dannoso allorchè viene eseguito. Ciò val quanto dire che, se il giudice rileva un inadempimento di non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse della parte debole, il risarcimento non ha più funzione riequilibratrice del rapporto, bensì mira alla integrale riparazione del danno che deriva dall'esecuzione del contratto.

La scelta di fondo tra il mantenimento di un contratto ricondotto ad equità e la sua risoluzione, ove il contratto abbia avuto un principio di esecuzione, è affidata all'iniziativa della vittima della slealtà precontrattuale.

L'accoglimento della domanda di risoluzione da parte del giudice, però, è subordinato alla valutazione della rilevanza causale della scorrettezza precontrattuale nella fattispecie concreta, *sub specie* di gravità dell'inadempimento per violazione dell'art. 1375 c.c.

Il contratto eseguito in attuazione di un disegno illecito, reso evidente nella fase formativa di esso, non può dirsi eseguito secondo buona fede quando dalla stessa attuazione del rapporto derivi un serio pregiudizio a carico della parte debole.

La buona fede *in contrahendo*, nel caso di conclusione del contratto, condi-

zione allora, inevitabilmente ed in misura – a seconda dei casi – più o meno ampia, la buona fede *in executivis*.

Ciò, sul piano risarcitorio, significa ammettere che la responsabilità precontrattuale resti in ogni caso assorbita da quella contrattuale, senza perciò alcuna necessità di ricorrere all'inutile orpello dell'obbligazione legale da contatto sociale, secondo una concettuologia peraltro ormai superata anche nell'evoluzione della dogmatica tedesca, dove in passato pur trovò origine⁽⁴²⁾.

Da queste considerazioni deriva che, ad esempio, in ordine alla *vexata quaestio* della responsabilità degli intermediari finanziari nei confronti dei clienti-investitori, la distinzione tra regole di condotta nella fase precontrattuale e nella fase esecutiva del rapporto, accolta dalla Cassazione per escludere che la violazione delle prime, a differenza di quella delle seconde, possa condurre alla risoluzione del contratto⁽⁴³⁾, non può trovare accoglimento, se non

⁽⁴²⁾ Cfr. A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo*, cit., p. 344 ss.; Id., *Der Aufhaltsame*, cit., p. 78 ss.

⁽⁴³⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 12 giugno 2015, n. 12262, in *Contratti*, 2015, p. 699 ss., ove la Suprema Corte ha cassato la decisione della Corte d'Appello di Genova del 21 giugno 2008, la quale aveva ritenuto che «il giudice di primo grado avesse errato nel pronunciare la risoluzione del contratto concluso il 27 luglio 2000, avente ad oggetto la compravendita delle obbligazioni, nonchè la condanna alla restituzione della somma investita, e ciò in quanto – non essendo stata dedotta la conclusione di un contratto-quadro rispetto a quello di compravendita delle obbligazioni “Cirio” – la violazione, da parte della banca ed allegata dall'investitore, degli obblighi afferenti la violazione dell'obbligazione attiva e passiva di informazione e di astenersi dalla vendita inadeguata, pur accertata, avrebbe semmai potuto comportare la mera responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., in quanto collocata in un momento antecedente al perfezionamento dell'ordine». Tuttavia, in motivazione (punto 3.4) è confermata la netta distinzione tra fase precontrattuale e fase esecutiva: «La sentenza impugnata ha errato nel ritenere che la domanda non riguardasse violazioni afferenti il contratto-quadro specificamente nella sua fase esecutiva, e nell'affermare, invece, che le violazioni contestate alla banca fossero state dedotte dall'attrice unicamente con riguardo ad eventi precontrattuali rispetto al singolo atto negoziale posto in essere, privo di qualsiasi inquadramento generale: tale ricostruzione cozza con l'allegazione degli obblighi violati, considerando che l'esecuzione del singolo ordine si poneva quale fase esecutiva del contratto-quadro e che le dedotte violazioni attecchivano alle relative regole di comportamento dell'intermediario in tale fase del rapporto». Tale orientamento, peraltro, ribadisce quello inaugurato da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit., secondo cui «La

esclusivamente sul piano pratico della mera opportunità contingente, ovverosia su un piano di politica del diritto.

Il sospetto e, per così dire, la diffidenza con cui la giurisprudenza prevalente guarda al rimedio demolitorio (in generale) per *culpa in contrabendo* è, infatti, alimentato – a nostro avviso – soprattutto dalla evidente preoccupazione, di natura prettamente economica, derivante dalla possibile gravosità degli obblighi restitutori che ad esso conseguono, piuttosto che da insormontabili ragioni dogmatiche, pur radicate in dottrina, legate alla vigenza nel nostro ordinamento del c.d. principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità del contratto. Queste ragioni di “*policy*” potrebbero venir meno – al di fuori della risoluzione – solo qualora si ammetta un’integrazione “conformativa” del contratto *ex art. 1374 c.c.*⁽⁴⁴⁾, nel caso, ad esempio, di nullità parziale, come si dirà tra breve.

5. — *Principio di flessibilità dei rimedi demolitori.*

Fatta salva la responsabilità risarcitoria a carico della parte che ha violato l’art. 1337 c.c., la risoluzione del contratto, tuttavia, non è l’unica alternativa all’annullamento per dolo determinante. Il sistema rimediabile del diritto privato attuale offre, infatti, altri strumenti di tutela del contraente debole.

L’assunto secondo cui la violazione di regole di comportamento possa condurre all’invalidità del contratto o di singole clausole, oltre che risultare

violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d’intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Può, invece, dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d’intermediazione finanziaria in questione».

⁽⁴⁴⁾ Sul contenuto integrativo della buona fede v. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, 2^a ed., II, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger* diretto da Busnelli, Milano, 2013, p. 211 ss.

dal codice civile (ad es., annullabilità per dolo o violenza, rescissione per lesione), è ormai ampiamente confermato soprattutto dalla congerie di norme della legislazione speciale che introducono la sanzione della nullità assoluta o il rimedio della c.d. nullità relativa di protezione (dal codice del consumo, alla legge sull'intermediazione finanziaria, alla normativa antitrust, a quella sull'abuso di dipendenza economica, solo per citare alcuni esempi).

Il fatto è, però, che l'opinione (ancora) prevalente, soprattutto in giurisprudenza, considera le suddette nullità "speciali" quali nullità *testuali* ricadenti nella previsione del terzo comma dell'art. 1418 c.c., e non, invece, quali nullità "virtuali", ai sensi del primo comma del citato articolo⁽⁴⁵⁾.

Tuttavia, che una norma speciale debba per ciò stesso ritenersi eccezionale e, quindi, non suscettibile di applicazione analogica, è affermazione smentita dalla fondamentale considerazione che la qualificazione di essa come regolare o eccezionale «non è un giudizio assoluto», ma dipende dall'interpretazione dell'intero sistema, alla luce dei valori – di rango costituzionale – da esso emergenti⁽⁴⁶⁾.

E proprio la nullità di protezione per violazione della buona fede *in contrahendo* sembra essere divenuto oggi un vero e proprio principio generale, la cui applicazione giudiziale nel caso concreto, tuttavia, deve essere sempre sottoposta al vaglio interpretativo condotto alla luce dei criteri di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, secondo il metodo della valutazione comparativa e del bilanciamento degli interessi in gioco⁽⁴⁷⁾.

Ciò è testimoniato dalla recente affermazione, da parte della Suprema Corte, della rilevabilità d'ufficio della nullità in parola, sulla base del rilievo dello scopo "indiscutibile" della nullità relativa, «volto anche alla protezione

⁽⁴⁵⁾ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525, con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rodorf*.

⁽⁴⁶⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., I, Napoli, 2006, pp. 253-254.

⁽⁴⁷⁾ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., pp. 80 ss., 114 ss.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 114 ss. In argomento, v. V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger* diretto da Busnelli, Milano, 2015, p. 70 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.

di un interesse generale tipico della società di massa», espresso dai valori costituzionali del corretto funzionamento del mercato in senso concorrenziale (art. 41 Cost.) e dell'uguaglianza "quanto meno formale" tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)⁽⁴⁸⁾.

Si tratta, peraltro, di una conferma di quanto già statuito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, a proposito della direttiva sui contratti del consumatore⁽⁴⁹⁾.

D'altro canto, il suddetto riconoscimento della tutela di interessi (anche) pubblici attraverso il rimedio della nullità di protezione è in linea con la precedente introduzione, nel 2012, dell'art. 37-*bis* del codice del consumo, secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può inter-

⁽⁴⁸⁾ V. la motivazione di Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 299 ss. (con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, e in *Contratti*, 2015, p. 113 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mò di bussola per rivedere Itaca*), al punto 3.12.1: «Si è detto 'indiscutibile' lo scopo della nullità relativa volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. 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), poichè 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. Non può, infatti, tralasciarsi di considerare che il legislatore contemporaneo codifica fattispecie di nullità nelle quali convivono la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio (*ex aliis*, quelle di cui all'art. 36, comma 3 e art. 134, comma 1, cod. consumo; quella prevista dal d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 127, comma 2; e la nullità di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7). E il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata».

⁽⁴⁹⁾ Corte Giust. CE, 27 giugno 2000, n. 240, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1173.

venire per accertare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore⁽⁵⁰⁾.

Questo approdo giurisprudenziale, unitamente all'applicazione dei già ricordati canoni ermeneutici fondamentali, costituiscono, a nostro parere, solide argomentazioni per confutare la tesi secondo cui affidare al giudice, attraverso la valutazione del comportamento corretto o meno delle parti, la statuizione circa la validità di un contratto significa, in buona sostanza, contravvenire alla necessaria formalizzazione – garanzia di certezza del diritto – delle condizioni alle quali un atto di autonomia privata può ritenersi vincolante per il suo autore⁽⁵¹⁾.

Del resto, se è vero che può dubitarsi del fatto che un singolo rapporto contrattuale, non annoverabile tra i contratti di impresa, abbia un rilievo “macroeconomico”, tale da giustificare la sua declaratoria giudiziale di nullità a tutela della integrità e dell'efficienza del mercato, è altrettanto vero che, a prescindere da tale rilevanza (la quale non può neppure essere esclusa in via di principio), la nullità relativa di protezione può rivelarsi il rimedio più adeguato e ragionevole per garantire l'effettività della tutela della parte debole, tutte le volte in cui la giustizia del caso concreto ne richieda l'applicazione.

Ciò è indirettamente confermato da una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, riguardante la direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, disciplina che nasce originariamente per colpire comportamenti imprenditoriali reiterati su scala generale, ma in una prospettiva estranea al singolo rapporto di consumo⁽⁵²⁾. Infatti, secondo i giudici di Lussemburgo la direttiva dev'essere interpretata nel senso che la comunicazione, da parte di un professionista a un consumatore, di un'informazione errata

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 7 ss.

⁽⁵¹⁾ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 43.

⁽⁵²⁾ Cfr. G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 1 ss.

va qualificata come pratica commerciale ingannevole «anche qualora tale comunicazione abbia riguardato un solo consumatore»⁽⁵³⁾.

In questa prospettiva, l'utilizzo di clausole vessatorie nei contratti del consumatore può di certo considerarsi “attuazione” di una pratica commerciale scorretta, con conseguente applicazione del rimedio della nullità relativa della clausola; e, tuttavia, deve ricordarsi, in proposito, che l'art. 19 cod. cons., nel definire l'ambito di applicazione del titolo III del codice del consumo, dispone che lo stesso non pregiudica «l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto» (comma 2, lett. a), aprendo così la via all'operatività della regola generale di buona fede *in contrabendo* anche al di fuori del giudizio di vessatorietà della clausola. Ne consegue che una pratica commerciale ingannevole nei confronti di un singolo consumatore può legittimarlo anche ad esperire, a seconda dei casi, l'azione di annullamento per dolo oppure l'azione di risoluzione del contratto.

Orbene, sembra che la porta d'ingresso della nullità virtuale di protezione nel nostro ordinamento possa rinvenirsi proprio nell'art. 1337 c.c., da guardarsi, in un'ottica di “autonomia” della fattispecie disegnata dal legislatore del 1942, quale norma imperativa la cui violazione non è soltanto fonte di responsabilità risarcitoria, ma può anche condurre alla nullità (relativa) del contratto o di singole clausole, ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c. o dell'art. 1419, comma 1 c.c.⁽⁵⁴⁾, vieppiù ove si consideri che, secondo parte della dottrina, la nullità *de qua* non sarebbe speciale, «ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle

⁽⁵³⁾ Corte giust. UE, 16 aprile 2015, n. 388, in *Contratti*, 2015, p. 770 ss., con nota di A. GENOVESE, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423 ss.; V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013, pp. 389 s., 400; S. PAGLIANTINI, *La nullità d'ufficio*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016, p. 35; ID., *Spigolando a margine di Cass., 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 185 ss.

In senso critico in ordine all'applicazione del rimedio della nullità di protezione in luogo della risoluzione, v. G. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 368 ss.

forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale»⁽⁵⁵⁾.

Al contrario della *communis opinio*⁽⁵⁶⁾, infatti, non vi sono ragioni insuperabili – alla luce di quanto precedentemente rilevato – per ritenere che l'annullamento per dolo determinante *ex art. 1439 c.c.* sia l'unico rimedio a disposizione della parte debole del rapporto al fine di far valere un'eventuale invalidità del contratto per violazione della buona fede *in contrahendo*.

In particolare, non appare decisivo l'argomento secondo cui «l'invalidità dell'atto può discendere esclusivamente al verificarsi di una fattispecie delineata dal legislatore, giammai invece da una fattispecie costruita dal giudice in sede di applicazione/concretizzazione della clausola generale di buona fede»⁽⁵⁷⁾.

Ciò in quanto, innanzitutto, la individuazione e la valutazione delle concrete condotte precontrattuali scorrette non è rimessa al mero arbitrio del giudice di merito, ma deriva da un'attenta ponderazione delle circostanze di fatto da parte di quest'ultimo, alla luce dei principi generali dell'ordinamento di rango costituzionale; in secondo luogo, perché la valutazione comparativa degli interessi delle parti, sottesi alla fattispecie concreta esaminata, è in ogni caso *l'ubi consistam* dell'ermeneutica giudiziale, anche quando si tratti di applicare norme che “delineano” espressamente una fattispecie di invalidità (ivi comprese le nullità “testuali” di cui al comma 3 dell'art. 1418 c.c.).

Che dire poi del giudizio di illiceità della causa *ex art. 1418, comma 2 c.c.*? Esso è l'esempio più evidente in cui la nullità deriva da una ricostruzione degli interessi delle parti operata dal giudice anche – e soprattutto – sulla base del canone interpretativo fondamentale della buona fede oggettiva *ex art. 1366 c.c.*

Senza contare il fatto che una declaratoria di nullità parziale di singole clausole potrebbe aprire la strada, sulla scia delle indicazioni provenienti dai

⁽⁵⁵⁾ A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 77 ss.

⁽⁵⁶⁾ Ben rappresentata da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.

⁽⁵⁷⁾ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. contr.* diretto da V. Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 1003.

Principi *Unidroit* e dai progetti di unificazione del diritto europeo dei contratti⁽⁵⁸⁾, ad una integrazione “conformativa” del contratto, che miri a ristabilire l’equilibrio negoziale senza caducare gli effetti dell’intero contratto⁽⁵⁹⁾.

In buona sostanza, riteniamo che esista un principio di *flessibilità* del sistema rimediale a favore della parte vittima di una condotta precontrattuale scorretta, nell’ipotesi di conclusione del contratto, in virtù del quale il giudice può concedere un rimedio demolitorio (anche relativamente a singole clausole), cumulabile con quello risarcitorio, tutte le volte in cui ciò sia richiesto al fine di garantire l’effettività della tutela del contraente debole.

Ciò presuppone, in ogni caso, un’interpretazione costituzionalmente orientata e condotta nel rispetto dei canoni di ragionevolezza e di adeguatezza del rimedio accordato all’interesse tutelato.

Il principio di conservazione del contratto e l’*horror vacui* (*horror nullitatis*)⁽⁶⁰⁾

⁽⁵⁸⁾ Cfr. l’art. 3.10 dei Principi Unidroit, secondo cui «il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio»; l’art. 4:109 dei PECL, a norma del quale «il giudice può, ove il rimedio sia inadeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza». V. anche l’art. 7:207 dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law -Draft Common Frame of Reference* (DCFR), intitolato “Unfair exploitation”: (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party’s situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

⁽⁵⁹⁾ V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 843 ss.; A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 728; A. CATAUDELLA, *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 682; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1 ss.

⁽⁶⁰⁾ Avverte particolarmente questo timore V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 378.

non possono giustificare la validità di un contratto pregiudizievole, in tutto o in parte, per il contraente che non ha liberamente o consapevolmente accettato le condizioni contrattuali.

6. — *Contratti asimmetrici del consumatore.*

Tra i rapporti giuridici di mercato, il rapporto di consumo, cui è intitolata la parte terza dell'omonimo codice, si contraddistingue per essere il modello della contrattazione di massa ove il professionista, vale a dire colui che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale (art. 3, lett. c), cod. cons.), è deputato a rivestire, per così dire, il ruolo istituzionale di contraente «forte»⁽⁶¹⁾.

Ciò è una conseguenza del fatto che costui, di regola, predispone le clausole alle quali il consumatore (la parte che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta: art. 3, lett. a), cod. cons.) presta adesione.

Tale predisposizione è frutto dell'organizzazione e della ripartizione del rischio imprenditoriale secondo parametri di efficienza gestionale, che impongono di semplificare le procedure di conclusione del contratto in modo da eliminare *in radice* la complessa fase delle trattative in ordine ai punti qualificanti del contratto⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ Cfr. E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, in *Tratt. contr.* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I, Torino, 2005, p. 5 ss.

⁽⁶²⁾ V. Relazione al codice civile, n. 612: «Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti [...], l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare. Un tal metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che imporrebbe intralci spesso insuperabili».

In tal modo, infatti, si ottiene un notevole risparmio sui costi transattivi, con importanti ricadute sul livello dei prezzi, che, in linea teorica, dovrebbero tendenzialmente essere più bassi rispetto a quelli praticati a seguito di una negoziazione individuale⁽⁶³⁾.

La predisposizione unilaterale delle condizioni generali di contratto da parte dell'imprenditore è però sovente il veicolo privilegiato delle clausole vessatorie, che si prestano a divenire strumento di prevaricazione nei confronti dell'oblatore tutte le volte in cui questi non disponga di informazioni sufficienti per ponderare la convenienza dell'affare ovvero non abbia alternative soddisfacenti alla conclusione del contratto standard per la soddisfazione dei propri interessi. Lo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a carico del consumatore, tuttavia, si traduce in vessatorietà della clausola solo se, alla luce delle circostanze del caso concreto, esso appaia "significativo": artt. 33, comma 1 e 34, comma 1, cod. cons.

Si tratta di casi di abuso della libertà contrattuale, ove è violata la regola della buona fede *in contrahendo*⁽⁶⁴⁾, mentre il rimedio predisposto dall'ordinamento a favore del consumatore consiste nella nullità di protezione della clausola vessatoria (art. 36 cod. cons.)⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ Secondo G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 130, «la prassi negoziale attuata mediante condizioni generali di contratto consente di: a) praticare a tutti i consumatori eguali condizioni con un notevole risparmio di tempo e di costi nella contrattazione; b) trasferire sui consumatori rischi e oneri non negoziabili, operando una distribuzione della economia del contratto in modo più vantaggioso per il predisponente; c) accentrare i procedimenti giudiziari eventualmente sorti dalla acquisizione di beni e servizi in un unico foro, che coincide con quello dove ha sede l'impresa. Il punto sub a) opera anche a vantaggio dei consumatori, dal momento che l'eguaglianza di trattamento esclude che i consumatori possano essere discriminati nell'uso o nel consumo di beni e servizi; e il risparmio di costi da parte dell'impresa può (non necessariamente deve) convertirsi nella riduzione dei prezzi praticati al pubblico».

⁽⁶⁴⁾ In argomento, v. F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 681 ss., spec. p. 701 ss. Assai interessante è la prospettiva in materia della dottrina degli Stati Uniti d'America: cfr. E. BAFFI, *La tutela dei consumatori contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano*, in *Contratti*, 2010, p. 392 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 728; A. CATAUDELLA, *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 682; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1 ss.

Ma i contratti del consumatore sono innanzitutto un modello di contratti di impresa ⁽⁶⁶⁾ ove la garanzia dell'equità dello scambio è essenziale per il funzionamento del mercato in senso concorrenziale.

L'indubbio rilievo macroeconomico dei contratti in esame deriva dal fatto che si tratta di contratti di massima diffusione e non negoziati, ove è assente – salvo che, eccezionalmente, per singole clausole (v. art. 34, comma 4, cod. cons.) – la fase delle trattative.

Ciò giustifica sia la predisposizione normativa di una tutela amministrativa che concorre con quella civile, sia la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione ⁽⁶⁷⁾, a sottolineare il fatto che la correttezza nella formazione del contratto soddisfa tanto l'interesse privato del consumatore quanto l'interesse pubblico alla fruizione dei benefici connessi alla vigenza di un regime di libera concorrenza ⁽⁶⁸⁾.

In particolare, il codice del consumo prevede un sistema in cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può intervenire con un proprio provvedimento:

per accertare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari (art. 37-*bis* cod. cons., inserito con d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012), avvalendosi anche degli speciali poteri istruttori previsti nella normativa *anti-trust* (art. 14, l. n. 287/1990) ⁽⁶⁹⁾;

al fine di garantire il rispetto degli obblighi precontrattuali di informazione diretti ad offrire una tutela preventiva del consumatore, di recente

⁽⁶⁶⁾ Cfr. P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 415 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di F.D. Busnelli e C.M. Bianca, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1997, p. 766, secondo il quale «un mercato evoluto postula (...) un sistema normativo che abbia la sua parola-chiave nella correttezza».

⁽⁶⁹⁾ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 7 ss.

riformulati a seguito della direttiva n. 83/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio (c.d. direttiva *consumer rights*), recepita in Italia con il d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21, che ha novellato il codice del consumo, sostituendo gli articoli da 45 a 67 (v. art. 66, comma 1, cod. cons.)⁽⁷⁰⁾;

al fine di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette ed eliminarne gli effetti (art. 27 cod. cons.)⁽⁷¹⁾.

I problemi di coordinamento della tutela amministrativa con la tutela civile riguardano essenzialmente la possibilità che una clausola ritenuta vessatoria dall'AGCM o, eventualmente, dal giudice amministrativo (in sede di impugnazione del provvedimento) non lo sia anche in sede di giudizio civile, essendo comunque unico il parametro – la violazione della regola di correttezza – alla cui stregua valutare la vessatorietà (v. art. 37 *bis*, comma 4 cod. cons.). Un possibile contrasto tra giudicato amministrativo e giudicato civile in ordine al carattere vessatorio di una stessa clausola, pone, infatti, in

⁽⁷⁰⁾ In argomento, v. A.M. GAMBINO, G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014; E. BATTELLI, *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, in *Giur. it.*, 2014, p. 11 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 5 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 745 ss.; C. GRANELLI, *“Diritti dei consumatori” e tutele nella recente novella del codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, p. 59 ss.

⁽⁷¹⁾ Secondo l'art. 20, comma 2, cod. cons., «Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori». È importante ricordare, al riguardo, che, ai sensi dell'art. 18, lett. d), cod. cons., per pratiche commerciali tra professionisti e consumatori si intende «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Inoltre, l'art. 18, lett. e), cod. cons., specifica il significato dell'espressione «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori», nei seguenti termini: «l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». In argomento, v. D. VALENTINO, *Timeo Danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1157 ss.

serio pericolo il principio di certezza del diritto in questa delicata materia⁽⁷²⁾. Ciò, va sottolineato, tanto più ove si consideri l'incertezza giurisprudenziale, affiorata di recente, circa gli effetti del giudicato amministrativo nel processo pendente innanzi al giudice civile⁽⁷³⁾.

Inoltre, poiché, come si è visto (*supra*, § 5), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha, da ultimo, sancito l'applicabilità della direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali anche nei rapporti con un singolo consumatore, ne consegue un ulteriore possibile problema di sovrapposibilità di tutele (civile e amministrativa).

7. — *Contratti ad offerta monopolistica.*

Il quadro dell'analisi muta radicalmente nei mercati affetti da oligopolio collusivo o da situazioni di (quasi) monopolio, ove il consumatore o, più in generale, la parte debole del costituendo rapporto contrattuale non

⁽⁷²⁾ Cfr. V. LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 443 ss., spec. p. 452. In argomento, v. anche S. PERUGINI, I "nuovi" strumenti di intervento dell'AGCM, in *Corr. giur.*, 2014, p. 44 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. Cass., 4 luglio 2014, n. 15393, in *leggiditalia.it*: «Il giudicato amministrativo, anche se si forma sull'atto e non sul rapporto, attiene a tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresa la risoluzione delle questioni che costituiscono la premessa necessaria o il fondamento logico e giuridico della pronuncia dispositiva, con la conseguenza che esso, ancorché la sentenza provenga da un giudice speciale, preclude il riesame di tali questioni in altro giudizio proposto tra le stesse parti separatamente o con finalità diverse dinanzi al giudice ordinario, negli stessi limiti previsti dall'art. 2909 c.c.». Ma v. Cass., 14 maggio 2015, n. 9869, in *leggiditalia.it*: «La pronuncia del giudice amministrativo, investito della domanda di annullamento della licenza, concessione o permesso di costruire (rilasciati con salvezza dei diritti dei terzi), ha ad oggetto il controllo di legittimità dell'esercizio del potere da parte della P.A. ovvero concerne esclusivamente il profilo pubblicistico relativo al rapporto fra il privato e la P.A., sicché non ha efficacia di giudicato nelle controversie tra privati, proprietari di fabbricati vicini, aventi ad oggetto la lesione del diritto di proprietà determinata dalla violazione della normativa in tema di distanze legali, che è posta a tutela non solo di interessi generali ma anche della posizione soggettiva del privato».

In argomento, v. A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1495 ss.

ha alcuna possibilità di reperire alternative soddisfacenti all'offerta praticata dall'impresa a condizioni inique.

Ci troviamo pertanto innanzi a casi di abuso di posizione dominante attuato mediante il contratto ovvero di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese, ove il rispetto di un eventuale obbligo informativo a carico del contraente forte non servirebbe comunque a tutelare gli interessi del contraente debole, il quale non ha alcuna possibilità di scelta.

I contratti che vengono stipulati in queste situazioni di mercato possono qualificarsi *ad offerta monopolistica*, a condizione che non si intenda tale qualificazione come sinonimo di contratti conclusi dal monopolista.

Infatti, anche un controllo parziale del mercato può avere effetti distortivi della concorrenza tutte le volte in cui la capacità di scelta dell'oblato sia inesistente, come nell'ipotesi di una differenziazione dei prodotti o dei servizi forniti (o richiesti), all'interno dello stesso mercato rilevante, sufficiente a determinare un grado elevato di fidelizzazione del cliente/consumatore che si traduca in una vera e propria estorsione contrattuale ai suoi danni.

L'offerta, quindi, può dirsi monopolistica in una duplice accezione:

- a) *oggettiva*, quando la quota di mercato detenuta dall'impresa sia totale o quasi totale;
- b) *soggettiva*, quando, invece, la dipendenza economica del cliente (impresa o consumatore) dall'impresa che abusa del proprio potere contrattuale sia determinata da ragioni tecniche che non consentono di reperire alternative soddisfacenti all'offerta praticata a condizioni inique⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷⁴⁾ È il caso dell'*abuso di dipendenza economica* nei contratti tra imprenditori *ex art. 9, l. 192/1998*. Si tratta tipicamente di un rapporto di subfornitura industriale ove il contraente debole è il subfornitore, il quale «fornisce ad altra impresa prodotti o servizi – in conformità a progetti, modelli o tecnologie forniti dalla committente – destinati a essere utilizzati nel processo produttivo della committente stessa. Si pensi ai componenti di un motore, affidati alla produzione di un piccolo industriale metalmeccanico, e utilizzati poi da una grande casa automobilistica: è chiara qui la dipendenza economica e la subordinazione imprenditoriale del subfornitore, che non potrebbe vendere a nessun altro quegli specifici componenti, e perciò il rischio di abusi da parte del committente»: M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, 8ª ed., Torino, 2014, p. 350. In argomento, v. M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 1 ss.

Il legame tra interesse privato ed interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato concorrenziale, già evidenziato nei contratti dei consumatori, ricorre anche in questa tipologia di contratti asimmetrici.

Se è vero, infatti, che l'autonomia contrattuale genera l'iniziativa economica privata⁽⁷⁵⁾ (v. art. 41 Cost.), al legislatore non potevano sfuggire anche le ancora più forti interrelazioni tra la necessità di tutelare il mercato, attraverso le regole *antitrust* poste a presidio della libertà di concorrenza, e le ricadute negative che le condotte imprenditoriali in violazione di quelle regole possono avere sui contratti che realizzano il programma illecito degli autori di tali condotte.

Il riferimento è non solo ai contratti conclusi con i consumatori "a valle" delle intese restrittive della concorrenza (queste ultime dichiarate dall'ordinamento interno e da quello europeo, rispettivamente, nulle "ad ogni effetto" e "di pieno diritto": art. 2, comma 3, l. 287/1990, e art. 101, comma 2, TFUE), ma anche e soprattutto ai contratti mediante i quali l'impresa che abusa della propria posizione dominante impone agli acquirenti, diretti o indiretti, dei suoi prodotti prezzi o altre condizioni "non eque" (art. 102, comma, comma 2, lett. a), TFUE) o "ingiustificatamente gravose" (art. 3, lett. a), l. 287/1990).

Nei contratti asimmetrici ad offerta monopolistica, l'asimmetria negoziale è il risultato di condotte imprenditoriali che violano le norme a tutela della concorrenza; queste condotte possono, quindi, considerarsi contrarie anche alla regola di correttezza nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.).

La complementarità del ruolo delle giurisdizioni nazionali rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dell'Unione europea ai fini dell'applicazione delle regole *antitrust* è stata evidenziata per la prima volta dal Regolamento CE n. 1/2003. In particolare, è stato previsto che l'autorità giudiziaria ordinaria sia chiamata a tutelare i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra i privati, «accordan-

⁽⁷⁵⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, t. II, *Il Contratto in generale*, cit., p. 55, e già in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma-Bari, 2008, p. 3.

do risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni» (considerando 7) ⁽⁷⁶⁾. L'art. 16 del Regolamento prevede, in proposito, il divieto per il giudice nazionale di emettere decisioni in contrasto con quelle già adottate dalla Commissione europea, nonché la possibilità di sospensione del giudizio civile.

L'art. 140-*bis*, comma 6 cod. cons., dispone, inoltre, che il tribunale chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità dell'azione di classe possa sospendere il giudizio «quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo».

Da ultimo, la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 n. 104 («Norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea») ribadisce questa integrazione tra *private* e *public enforcement* del diritto *antitrust*, stabilendo che «per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza» (considerando 6).

La tutela del contraente debole nei contratti ad offerta monopolistica è prevista, in base ad una norma sulla competenza giurisdizionale, dall'art. 33, 2° comma della legge n. 287 del 1990 (legge antitrust o L.A.), secondo cui «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla Corte d'Appello competente per territorio» ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ Sull'argomento, v., per tutti, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 455 ss.

⁽⁷⁷⁾ La norma ha fatto sorgere non pochi dubbi in merito al fatto che, invece, per la violazione delle norme antitrust comunitarie, la competenza è, in primo grado, del Tribunale: cfr. M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust. Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Milano, 1998, p. 185 ss. Sul punto, v. App. Milano, ord., 24 maggio 2007, in *Corr. merito*, 2008, p. 156 ss., con nota di L. CAJAZZO, *Abuso di posizione dominante: Corte d'appello o tribunale?*. Secondo i giudici milanesi, «sussiste un abuso di posizione dominante di rilevanza comunita-

La previsione delle azioni di nullità è tradizionalmente ricollegata alla sanzione prevista dall'art. 2 L.A. per la violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza. Viceversa, il rimedio contro gli abusi di posizione dominante è ricondotto all'azione risarcitoria, che si ritiene di natura extracontrattuale⁽⁷⁸⁾.

Questa visione del sistema rimediale civilistico contro gli illeciti antitrust è però da ritenere, a nostro avviso, ormai definitivamente superata.

Invalidità del contratto e risarcimento del danno, infatti, si intrecciano e assumono contorni differenti a seconda della natura degli interessi da tutelare, che possono trovare adeguata collocazione sistematica solo attraverso una sintesi concettuale propria dell'indagine dottrinale⁽⁷⁹⁾.

Tentiamo, dunque, di fornire un quadro ricostruttivo il più possibile chiaro e coerente con i valori espressi dal sistema giuridico ed economico di mercato concorrenziale, partendo dalla rilevazione della sostanziale unità del tema trattato, tanto in ordine ai contratti stipulati in esecuzione di un'intesa vietata quanto nei riguardi dei contratti con i quali si realizza un abuso di posizione dominante. In entrambi i casi, infatti, le situazioni rimediali prospettabili sono identiche, e vanno distinte in base all'interesse fatto valere in giudizio. Infatti, gli *interessi fondamentali* che il contraente debole può far valere innanzi al giudice civile sono di un duplice ordine e coincidono con quelli già esaminati a proposito dei contratti negoziati:

- a) *l'interesse all'eliminazione del contratto* squilibrato o iniquo ed al ristoro dei danni subiti;

ria, di competenza del tribunale quale giudice unico di primo grado, allorché sia ravvisabile un pregiudizio al commercio tra stati membri in grado di nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico interstatale; a tal fine, la circostanza che un'intesa abbia per oggetto soltanto la distribuzione dei prodotti in un unico stato membro non è sufficiente ad escludere che il commercio interstatale possa essere pregiudicato».

⁽⁷⁸⁾ Ma cfr. Corte Giust., 30 gennaio 1974, n. 127/73, *BRT c. Sabam*, in *Racc.*, 1974, p. I-51, secondo cui il fatto che l'art. 82 (ex 86) TCE (ora 102 TFUE) nulla disponga in merito alla invalidità del contratto tramite il quale si realizza l'abuso, non esclude che il contratto possa essere dichiarato nullo in base alle singole discipline degli ordinamenti nazionali.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, spec. pp. 33 ss, 51 ss., 93 ss.

b) *l'interesse alla conservazione del contratto* mediante il riequilibrio delle condizioni contrattuali.

Orbene, mentre nell'ipotesi *sub a)* il rimedio più consono è quello della nullità di protezione dell'intero contratto, quale modello generale di tutela demolitoria per (gravi) condotte precontrattuali scorrette, accompagnato da un'azione risarcitoria, nell'ipotesi *sub b)* la nullità relativa può essere soltanto parziale, ed è il risarcimento del danno ad aprire il varco al riequilibrio del rapporto.

Alla luce di quanto sin qui ricordato, è agevole constatare come la nullità comminata dal 3° comma dell'art. 2 L.A., secondo cui «Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto», è essenzialmente una *nullità-sanzione*, perché gli interessi *condivisi* delle imprese partecipanti all'intesa, al di fuori dei casi di esenzione, urtano inesorabilmente contro l'interesse pubblico alla efficienza ed alla competitività del mercato.

Qui si affaccia il cuore del problema giuridico dei contratti conclusi in esecuzione di un'intesa vietata; non si tratta di una illiceità o nullità «derivata» da quella dell'intesa a monte, bensì di illiceità per contrasto con le norme imperative, che sono anche norme di ordine pubblico economico *di protezione*, in quanto vietano di coartare la libertà negoziale del contraente debole, *sub specie* di *culpa in contrahendo*⁽⁸⁰⁾. Deriva che, diversamente dalla nullità dell'intesa, che è assoluta, perché vede coinvolti allo stesso modo tutti i partecipanti ad essa, la nullità dei contratti a valle è soltanto relativa, perché posta *a protezione del contraente debole o vessato*.

Stesso ragionamento può utilmente farsi per i casi di abuso di posizione dominante mediante contratti squilibrati o iniqui, essendo unica la *ratio* della eventuale invalidità *sub specie* di nullità relativa, che si pone quale *rimedio generale* ad una asimmetria di potere economico e, quindi, negoziale⁽⁸¹⁾.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449.

⁽⁸¹⁾ Cfr. Trib. Milano, 4 agosto 2000, in *Contratti*, 2001, p. 127 ss., e Trib. Milano, 14 settembre 2000, in *Giur. comm.*, 2002, I, 318 ss., ove la nullità del contratto è stata ricondotta alla violazione di norme imperative a tutela della concorrenza. Le radici delle nostre deduzioni si ritrovano nel solco tracciato dallo studio fondamentale di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 169.

Con riferimento all'azione risarcitoria, il problema principale è dato dalla prova del danno *antitrust*, sulla base di indagini volte ad accertare la palese arbitrarietà o irrazionalità della fissazione del prezzo da parte dell'impresa, in assenza di giustificazioni tecnico-aziendali legate ai costi di produzione sostenuti, ovvero la discriminazione nelle condizioni contrattuali praticate alla clientela per prestazioni equivalenti, non giustificate da circostanze oggettive⁽⁸²⁾. La casistica esaminata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel corso di pregevoli istruttorie da essa condotte costituisce, al riguardo, l'esempio più efficace e autorevole di tale orientamento⁽⁸³⁾.

Bisogna, intanto, osservare come non è infrequente che il giudice civile sia chiamato ad intervenire su fatti che hanno formato oggetto di un procedimento amministrativo ad opera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o della Commissione europea. In questo caso, l'azione giudiziaria civile è di tipo *follow-on*, poiché è fondata su un illecito antitrust accertato già dall'Autorità (nazionale o europea)⁽⁸⁴⁾.

I provvedimenti amministrativi con cui si accertino violazioni della normativa antitrust, che precedano l'instaurazione del processo civile, concorrono a formare il convincimento del giudice ordinario chiamato a pronunciarsi sui medesimi fatti sui quali si è espressa l'Autorità garante della concorrenza

⁽⁸²⁾ Cfr. Trib. di primo grado CE, sent. 29 settembre 2006, causa T-168/01, *Società GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione CE*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 38, secondo cui «L'art. 82, lett. c) del Trattato CE (ora art. 102, lett. c), TFUE) non osta a che un'impresa in posizione dominante fissi prezzi differenziati nei vari Stati membri, in particolare quando le differenze di prezzo siano giustificate da variazioni nelle condizioni dello smercio e nell'intensità della concorrenza, ma le vieta di praticare differenze di prezzo artificiali nei vari Stati membri, tali da comportare uno svantaggio per i suoi clienti e da falsare la concorrenza, nel contesto di una compartimentazione artificiale dei mercati nazionali».

⁽⁸³⁾ Cfr., *ex multis*, quali *leading cases*, AGCM, provvedimento n. 10115 del 15 novembre 2001, *Veraldi/Alitalia*, in *Boll.*, n. 46/2001, nonché AGCM, provvedimento n. 13697 del 28 ottobre 2004, *Associazione bancaria italiana*, in *Boll.*, n. 44/2004.

⁽⁸⁴⁾ L'azione civile è detta invece *stand-alone* quando viene condotta in assenza di un precedente accertamento della violazione antitrust da parte dell'autorità amministrativa: cfr. L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009, p. 34.

e del mercato, dovendosi ritenere che il provvedimento stesso costituisca prova dell'esistenza dell'illecito antitrust⁽⁸⁵⁾.

D'altro canto, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è l'organo istituzionalmente deputato ad emettere valutazioni tecnico-discrezionali in ordine alla compatibilità o meno dei comportamenti imprenditoriali con i

⁽⁸⁵⁾ Cfr. App. Napoli, 12 luglio 2007, in *Danno e resp.*, 2008, p. 115 ss. (con commento di G. ROMAGNOLI, *Rilevanza «esterna» dell'accertamento delle intese assicurative da parte dell'autorità garante per la concorrenza ed il mercato*), secondo cui «La prova del nesso eziologico tra illecito concorrenziale e danno, per cui è richiesto il risarcimento, può essere assolta tramite la produzione dei documenti relativi agli accertamenti svolti dall'Autorità relativamente agli obiettivi perseguiti dalle imprese sanzionate ed all'impatto dell'intesa sulla determinazione dei premi»; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Concorrenza*, n. 59: «Nel giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33, 2° comma, l. n. 287 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, sebbene le conclusioni assunte dall'autorità garante per la concorrenza ed il mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscano una *prova privilegiata*, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, ciò non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie».

Da ultimo, sulla falsariga delle indicazioni provenienti dalla Direttiva UE n. 104/2014 in ordine alla divulgazione delle prove (artt. 5-7), v. Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Dir. ind.*, 2015 p. 537 ss.: «In tema di risarcimento del danno derivante da paventate violazioni agli artt. 2 e seguenti della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, sicché, fermo restando l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata». La sentenza si può leggere anche in *Foro it.*, 2015, I, c. 2742 ss., con nota di M. CASORIA e R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*. V. anche M. CASORIA, *Private enforcement: il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2015, p. 337 ss.

principi di libertà di concorrenza⁽⁸⁶⁾. In proposito, l'art. 9, comma 1, della direttiva UE n. 104/2014, dispone che «gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza».

Deriva una conseguenza pratica assai importante, giacché nel giudizio civile risarcitorio il consumatore potrà provare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale dell'impresa ed il danno subito a causa del sovrapprezzo monopolistico imposto nel contratto stipulato dall'impresa con il consumatore⁽⁸⁷⁾, semplicemente allegando il provvedimento ammi-

⁽⁸⁶⁾ Diversa è l'ipotesi del c.d. *multiple enforcement*, derivante dalla coesistenza di più istruttorie aperte sulla stessa condotta anticoncorrenziale da parte di più di una autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato ovvero in cui siano pendenti più processi in una o più giurisdizioni, nello stesso momento o in diversi momenti. Ciò soprattutto alla luce del fatto che gli artt. 101, § 1, e 102 TFUE sono applicabili tanto dai giudici che dalle autorità nazionali. Cfr. art. 3 del Regolamento CE n. 1/2003: «Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'art. 81, paragrafo 1, del Trattato (ora art. 101 TFUE) che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'art. 81 del Trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'art. 82 del Trattato (ora art. 102 TFUE), esse applicano anche l'art. 82 del Trattato». Nel caso di due procedimenti giudiziari in due Stati membri in ordine alla medesima fattispecie, la parte può invocare la litispendenza sulla base dell'art. 27 del Regolamento n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Ai sensi di tale articolo, in linea di principio, una volta che un contenzioso è stato instaurato davanti ai giudici di uno Stato membro non sarà possibile presentare lo stesso ricorso contro gli stessi soggetti in altri Stati membri.

⁽⁸⁷⁾ Si tratta, ovviamente, di una semplificazione, perché il novero dei soggetti interessati dal danno da sovrapprezzo monopolistico si può allargare, oltre che ai consumatori finali, agli intermediari che operano lungo la catena distributiva del prodotto. La questione richiama quella della traslazione del danno antitrust, atteso che l'acquirente diretto (interme-

nistrativo dell'AGCM che accerti la violazione della normativa antitrust da parte del soggetto imprenditoriale. L'art. 17, comma 2 della Direttiva UE n. 104/2014, pone espressamente, al riguardo, una presunzione *iuris tantum* che le violazioni consistenti in intese restrittive della concorrenza causino un danno⁽⁸⁸⁾.

diario) cercherà sempre di traslare (*pass-on*) il sovrapprezzo patito sull'acquirente indiretto (consumatore finale). In Italia ed in Europa è ammessa sia la *offensive passing-on*, cioè la legittimazione attiva all'azione risarcitoria da parte degli acquirenti indiretti, sia la *defensive passing-on*, vale a dire la possibilità dell'impresa convenuta in giudizio di eccepire che l'attore ha già traslato il danno subito e dunque difetta di legittimazione attiva: cfr. App. Torino, 6 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, p. 46 ss.; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 143 ss. Viceversa, negli Stati Uniti d'America la legittimazione attiva spetta solo agli acquirenti diretti: cfr. *amplius*, L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 52 ss. L'art. 12, comma 1 della Direttiva n. 104/2014, stabilisce ora che «Per garantire la piena efficacia del diritto al pieno risarcimento di cui all'articolo 3, gli Stati membri provvedono affinché, in conformità delle norme stabilite nel presente capo, il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione, e affinché siano evitati sia un risarcimento del danno superiore al danno causato all'attore dalla violazione del diritto della concorrenza sia l'assenza di responsabilità in capo all'autore della violazione».

⁽⁸⁸⁾ Sui problemi teorici ed applicativi sollevati dalla Direttiva UE n. 104/2014, v. G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1227 ss.; E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. e impr./Europa*, 2015, p. 390 ss.

ROBERTO CIPPITANI (*)

FALL OF THE EMPIRE OF THE EXCHANGE
(WITHIN EU PUBLIC AND PRIVATE CONTRACT LAW)

ABSTRACT: Within the European national legal systems, the idea of contract is focused on the idea of patrimonial «exchange», which is expressed through notions as «*corrispettività*» and «*onerosità*» in the Italian *Codice Civile* or «*bilateralité*» and «*onerosità*» under the French law. At the present evolution of the EU contract law, the exchange continues to be a central concept in private law. However, a deeper analysis of the EU legal sources shows that the concepts used within the European law are different from those known under the domestic legal systems. As matter of fact, within the EU contract law, the exchange has different functions and lost its central function. Furthermore, in many case it became more important the discipline of the agreement with common purposes and the other agreement without exchange.

SUMMARY: 1. — The exchange at the centre of the traditional Civil Law — 2. The concepts concerning the exchange in the EU sources. — 3. From patrimonial to legal equilibrium. — 4. The exchange in a very broad sense within the EU public contract law. — 5. Contracts without exchange. — 6. The weight of the tradition. — 7. Exchange and new functions of the contracts.

1. — *The exchange at the centre of the traditional Civil Law.*

According to the traditional civil law, contracts are the main legal instruments used to enable the circulation of the patrimonial elements (rights *in rem* and obligations) from one subject to another⁽¹⁾. Such perspective was inspired by the Pandectists of XIX century like Wind-

(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”; Progetto Jean Monnet Modules 2013/2016 “Euplaw - Europeanization through Private Law Instruments”.

⁽¹⁾ S. CAPRIOLI, *Il Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, 2008; J.L. HALPERIN, *L'impossible Code Civil*, Presses universitaires de France, Paris, 1992.

scheid and Savigny. Indeed, the set of legal relationships organised by the *System des heutigen römischen Rechts* of Savigny is properly a system of patrimonial relationships.

This view was subsequently crystallized by the Civil Codes of continental Europe.

As Portalis argues in his *Discours préliminaire* (1801) to the draft of the *Code Civil* of Napoleon «*Les contrats et les successions sont les grands moyens d'acquérir ce qu'on n'a point encore*».

Indeed, according to the Article 1101 of *Code Civil*: «*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelques choses*».

The Italian *Codice Civile* sets out that the contract is the agreement in order to establish, to modify and to end a patrimonial relationship (see Article 1321 *Codice Civile*).

With the same focus the Article 1254 of the Spanish *Código Civil* states that: «*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*».

Whatever is the national law, the discipline of the contract is based on the concept of «exchange».

It argues Sacco, within all legal systems it is possible to observe a sort of «dogma of bilateralism»⁽²⁾ in the contract law, corresponding to a philosophical idea of justice⁽³⁾.

Anyway this dogma was affirmed only later in the history of law, on the ground of the work of the Pandectistics⁽⁴⁾. According to the ancient Roman law the fundamental scheme of the patrimonial relationships was constituted by the unilateral formal promises (*stipulationes*)⁽⁵⁾ and only in a subsequent period Labeon introduced the difference between *actum* and *contractum*,

⁽²⁾ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (coord.), *Trattato di diritto comparato*, 5a ed., 2006, p. 75 ff.

⁽³⁾ For an analysis of the concept of the contractual justice, see A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 19 ff.

⁽⁴⁾ See B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., Torino, 1930, II, IV, § 320, p. 343.

⁽⁵⁾ P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, cit., p. 242 ff.

where the latter was characterised by the bilateralism of the obligations ⁽⁶⁾.

According to the modern national laws, the exchange between the parties of a contract may be expressed in different ways.

From the viewpoint of the Italian and French Civil Codes, the exchange is conceived as the mutual interdependence of the performances (the «*corrispettività*» for the Italian *Codice Civile*) ⁽⁷⁾ or the obligations (the «*bilateralité*» or «*synalagmaticité*» within the *Code Civil*).

In other European legislations, the hints of the concepts regulating the exchange may be different ⁽⁸⁾.

Within the German BGB, the *Gegenseitiger Vertrag* («the reciprocal contract», see § 320 ff. BGB) faces the problem of the time differences in the performing of the parties. Thus a party of the *Gegenseitiger Vertrag* is entitled to «refuse his part of the performance until the other party renders consideration, unless he is obliged to perform in advance. If performance is to be made to more than one person, an individual person may be refused the part of performance due to him until the complete consideration has been rendered» (§ 320). The party who is obliged to perform in advance, as under this kind of contract, has a «Defence of uncertainty» because he/she «may refuse to render his performance if, after the contract is entered into, it becomes apparent that his entitlement to consideration is jeopardised by the inability to perform with the other party. The right to refuse performance is not applicable if consideration is rendered or security is given for it» (§ 321).

Also under the reciprocal contract, similar to the French «*contrat bilatéral*» «if the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for per-

⁽⁶⁾ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, p. I, Padova, 1962, p. 80 ff.

⁽⁷⁾ See among the others: F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1988, p. 465 ff.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 234. See also the Report of the Ministry of Justice to the *Codice Civile*, par. no. 660.

⁽⁸⁾ About the concept of «*corrispettività*» and the differences with other concepts concerning the exchange within the European legislation, in particular see A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova 1963, *passim*.

formance or cure» (§ 323, par. 1), or when, without the specification of the additional period, other conditions will be met (according to, for example, § 323, par. 2).

The exchange represents the grounds which justify the contractual relationship. This is particularly clear under the common law, where the concept itself of «contract» is inseparably linked to the concept of exchange (*bargain*)⁽⁹⁾, which should normally be the consideration of a promise enforceable. The difference between «bilateral» and «unilateral» contracts is based on the moment the contract will become grounded on the consideration, and therefore enforceable⁽¹⁰⁾.

In accordance with the national legal systems, exceptions to the exchange scheme are allowed only in particular hypothesis, such as in cases of donations justified by a liberal intent and recognised by means of a particular form.

Thus, the domestic laws identify the notions of gratuity («*gratuità*» and «*liberalità*», «*gratuité*» and «*bienfaisance*», «*liberalidad*» and «*beneficiencia*») in opposition to concepts, representing the exchange, as «*onerosità*» and «*onerosità*» («burden»)⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Cfr. G. ALPA, *Il contratto tra passato e avvenire*, Introduction to Gilmore, *La morte del contratto*, trad. it. of *The Death of Contract*, Milano, 1988, p. XIX ff.; C.G. CHESHIRE, C.H. FIFOOT, M.P. FURMSTON, *Law of Contract*, 12a ed., London-Dublin-Edinburgh, 1991, p. 71 ff.; see also the definition of «*gift*» within Blackstone, Morrison, *Blackstone's Commentaries on the Laws of England: In Four Volumes*, Routledge Cavendish, 2001, p. 438 f.: «The English law does not consider a gift, strictly speaking, in the light of a contract, because it is voluntary, and without consideration; whereas a contract is defined to be an agreement upon sufficient consideration to do or not to do a particular thing».

⁽¹⁰⁾ According to P. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 4a ed., Oxford, 1989, p. 124 ff., for the unilateral contract «the promise only becomes binding when the consideration has been actually executed, that is, performed». On the other hand the bilateral contract la consideration arises from *mutual promises*. Each promise takes a double, indeed it «*is at once a promise and a consideration for the other promise*». Thus, in this case «*mutual promises must stand or fall together*».

⁽¹¹⁾ According to the Article 1106 «*Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose*». On the contrary the Article 1105 provides that «*Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuits*».

The gratuitous acts, including donations, are those determining a patrimonial disequilibrium between the parties, leading to a prejudice of other creditors, since they cause a decrease of the patrimony of the debtor (see Article 809 of the Italian *Codice Civile*)⁽¹²⁾ without exchange.

For this reason the gratuitous acts shall be subject to a specific regulation in order to avoid the prejudice for the creditors or other third parties. It is the case of the «Paulian» or revocatory action (see Article 2901 *Codice Civile*; Article 1167 *Code civil*; Article 1111 *Código Civil*) which is easier for the creditors in cases of gratuitous acts, taking into account that the prejudice for the creditor is considered as «implicit» (see Article 2901, no. 2, *Codice Civile*; Article 1297 *Código Civil*)⁽¹³⁾.

2. — *The concepts concerning the exchange in the EU sources.*

Moving from the national point of view to the European Union (hereinafter referred to as «EU») legal perspective, the question is if the exchange maintains the same centrality in the contractual relationships as under the traditional civil law.

As it is known, the EU law deeply impacts on the discipline of the contracts, covering many matters, such as: contracts between professional and consumers; contracts between enterprises; public procurements; discipline of contracts related to the information society, applicable laws on trans border contracts and obligations, etc.

Along with the EU legislation, the building of the legal concepts con-

⁽¹²⁾ As some scholars the patrimonial decrease is not always needed, as it happens for the donation of objects with affective, moral, historic, ect., value (A. CHECCHINI, *Liberalità* (atti di), in *Enc. giur.*, 1989, p. 1 ff., spec. p. 3). Furthermore, other authors point out that in some case to the decrease of the patrimony of the donor does not correspond the increase of the patrimony of the beneficiary, as it occurs in the case above mentioned and in case of «modal donation», from which the obligations for the beneficiary arise (see G.A. ARCHI, *Donazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, 1964, p. 930 ff., spec. p. 935 f.

⁽¹³⁾ See the French case-law, for example, *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1*, 16 May 2013, 12-13.637, in *legifrance.gouv.fr*.

cerning the contracts, is granted also by several non legislative actions⁽¹⁴⁾, as the elaboration of common principles⁽¹⁵⁾, especially by groups of scholars and legal practitioners (in particular European Contract Code (ECC) of the Academy of European Private Lawyers; the Principles of European Contract Law, PECL; the Draft of Common Frame of Reference, «DCFR»)⁽¹⁶⁾, or by the case law of the Court of Justice and other judges⁽¹⁷⁾.

Those principles are useful in the implementation of national and EU disciplines on cross-border relationships and they constitute the basis for the future development of the legislation⁽¹⁸⁾.

Also the integration processes concerning EU private law, especially with respect to the contracts, appears to be already focused on the concepts concerning the exchange.

⁽¹⁴⁾ Communication of the Commission, A more coherent European contract law – An action plan, COM (2003) 68 of 12 February 2003, par. 77.

⁽¹⁵⁾ In relation of the role of the principles in the interpretation of the EU private law, see Y. ADAR, P. SIRENA, *Principles and Rules in the Emerging European Contract Law: From the PECL to the CESL, and Beyond*, in *European Review of Contract Law*, 2013, 9(1), pp. 1-37.

⁽¹⁶⁾ See for a general overview, M. MELI, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 59 ff.; L. GATT, *Sistema normativo e soluzioni innovative del “Code européen des contrats”*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 359 ff.

⁽¹⁷⁾ About the function of the Court of Justice in interpretation the EU Law, see, among others: A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 533 ff.; M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *The British Year Book of International Law*, 1981; R. CIPPITANI, *Il giudice comunitario e l'elaborazione dei principi di diritto delle obbligazioni*, in *Rassegna giuridica umbra*, 2004, 2, p. 847 ff.; ID., *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea*, in *JuríPolis*, 2007, p. 85 ff.; ID., *El «ordenamiento jurídico de género nuevo»: metáforas y estrategias en la jurisprudencia comunitaria*, in E. FERRER MAC-GREGOR, C. DE J. MOLINA SUÁREZ (eds.), *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, México, 2009, t. II, p. 21 ff.; R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruylant-Sakkoulas, Bruxelles-Athènes, 1996.

⁽¹⁸⁾ Communication of the Commission on European contract law, COM (2001) 398 final, of 11 July 2001, par. 53. See the decision of the Council of 18 April 2008, making reference to the CFR, considered as «a tool for better law-making targeted at Community lawmakers».

Thus, the definitions relating to the contract are very close to the traditional one.

Indeed, according to the Article 1 of the European Contract Code «A contract is the agreement of two or more parties to establish, regulate, alter or extinguish a legal relationship between said parties. It can also produce obligations or other effects on only one of the parties».

The ECC uses expressions such as «contracts providing for mutual counter-performance», «onerous contracts», «bilateral contracts», in the provisions concerning: the interpretation of the contract (Article 41); the default of the debtor (Art. 96, par. 1.c); the creditor's right to suspend performance (Article 108); the assignment of the contract (Article 118, par. 1) and of the credit (Article 122, par. 2); the remission of credit (Article 131, par. 6).

From an analogous viewpoint, within the *DCFR*: «A contract is an agreement which gives rise to, or is intended to give rise to, a binding legal relationship or which has, or is intended to have, some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act» (II. – 1:101).

Also under the EU legislation it is possible to find several references to the idea of the exchange relating to the contracts.

Indeed, the discipline of public contracts is referred to as the contracts with «pecuniary interests» (Article 1, par. 2, letter a, Directive 2004/18/EC; Article 2, par. 1, no. 5, Directive 2014/24/EU).

The legislation concerning the Value Added Tax (the «VAT», see article 2 Directive 2006/112/EC) is applicable to the supplies of goods and services made «for consideration».

Nevertheless the exchange is useful to define the field of application of many other matters governed by the EU law. For example the Regulation of the European Parliament and the Council of 24 September 2008 on common rules for the operation of air services (Recast) defines the «air service» as «a flight or a series of flights carrying passengers, cargo and/or mail for remuneration and/or hire» (Article 2, let. 4).

According to the legal sources in other European languages, different from English, similar expressions are used as «*a titolo oneroso*», «*entgeltlich*»,

«*a título oneroso*», «*à titre onéreux*», which more clearly seem to make reference to the tradition of the civil law.

Among the legal sources above mentioned, are those concerning public contracts which assume a relevant position, due to the impact they have on both the European and the National level, and for their important elaboration in the case-law of the Court of Justice.

In this field, the EU law is applicable to a broad set of relationships through which a public body (a «contracting authority») purchases goods and services from an economic operator (see the definitions under the Article 2 of the Directive 2004/18/EC; see also the Article 2 Directive 2014/24/EU).

For example, it is subject to the Directive concerning public contracts selection, by the municipal authorities, of a contractor implementing a development plan, concerning several infrastructure works, when the public authority concerned, in return for the execution of the works, provides a total or partial set-off against the taxes to be paid by the contractor (infrastructure contributions) ⁽¹⁹⁾.

The discipline of public contracts also applies to «framework agreements» ⁽²⁰⁾, joint ventures ⁽²¹⁾, or the instruments of incorporation with the scope to establish a corporation providing works or services ⁽²²⁾.

By way of illustration, in compliance with this approach, the Italian Law, implementing the EU Directive, provides that «in cases where laws and regulations allow the establishment of, joint ventures for the construction and/or the management of a public work or service», the selection of the private partner has to be subject to the public procurement procedures (Article 1, par. 2, Legislative Decree no. 163/2006) ⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ ECJ, 12 July 2011, C-399/98, *Ordine degli Architetti and others*, in ECR, 2001, p. I-5409.

⁽²⁰⁾ ECJ, 4 May 1995, C 79/94, *Commissione/Grecia*, in Racc., 1995, p. I 1071, par. 15.

⁽²¹⁾ As stated under by ECJ, 22 December 2010, C-215/09, *Mehiläinen Oy, Terveystalo Healthcare Oy, formerly Suomen Terveystalo Oyj, v Oulun kaupunki*, in ECR, 2010, p. I-1374, point 47.

⁽²²⁾ See European Commission, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 30 April 2004, COM (2004) 327 final.

⁽²³⁾ Also see the judgement of the Consiglio di Stato. See for example, Cons. Stato, 30

Let's consider a contract with pecuniary interest that also has a relationship between a public body and a contractor who will develop social housing units which are subsequently to be sold at capped prices to a public social housing institution, or with substitution of that institution for the service provider which developed those units⁽²⁴⁾. It is not relevant «the fact that the development of social housing units is a requirement imposed directly by national legislation and that the party contracting with the authorities is necessarily the owner of the building land»⁽²⁵⁾.

Also with regards to the VAT legislation, it is possible to consider as subject to that tax several contracts, legal relationships, or other facts that are very different from each other.

This is the case of the partnership contracts, under which are taxed the allocation of assets to the members, and it is also the hypothesis where the shareholder transfers the individual assets to the company (see Article 19, par. 1, of the Directive 2006/112/CE).

The business owner must also consider the VAT tax for the use «of goods forming part of his business assets for his private use or for that of his staff, or their disposal free of charge or, more generally, their application for purposes other than those of his business, shall be treated as a supply of goods for consideration, where the VAT on those goods or the component parts thereof was wholly or partly deductible» (see Article 16, Directive 2006/112/EC) or «the transfer, by order made by or in the name of a public authority or in pursuance of the law, of the ownership of property against payment of compensation» (see Article 14, par. 2.a, Directive 2006/112/EC).

april 2002, n. 2297, in *Foro it.*, 2002, III, c. 553; Cons. Stato, 3 September 2001, no. 4586, in *Riv. Corte Conti*, 2001, 5, p. 258.

⁽²⁴⁾ ECJ, 8 May 2013, joined cases C-197/11 and C-203/11, *Eric Liber et al.*, not published yet in *ECR*, points 108 ff., in particular 119.

⁽²⁵⁾ See the judgement *Eric Liber*, ref., point 113, and also ECJ, C-399/98, *Ordine degli Architetti and others*, in *ECR*, 2001, I-5409, par. 69 and 71.

3. — *From patrimonial to legal equilibrium.*

The concepts of exchange, arising from the recombinations of the contract principles elaborated by the scholars, seem to be very close to the ideas provided by the traditional civil law.

In particular, they take into consideration the absence of the equilibrium between performances of the parties as grounds for the suspension or termination of the contracts. Thus, one can observe several solutions to the problems of the absence of patrimonial equilibrium, which are normally put in place by the national Civil Codes.

For example, the Article 108 ECC provides that «In contracts providing for mutual counter-performance, if one of the parties fails to perform or offer to perform his obligation, regardless of the gravity of the non-performance, the creditor can suspend his own performance which is due at the same time or subsequently, unless such refusal to perform is contrary to good faith». This disposition recalls the Article 1320 of the Italian Civil Code and its «exception of non performance» («eccezione di inadempimento»).

The Article 114 ECC sets out that the contract will be terminated («dissolved» in the proper words of the ECC) by the creditor, when, according to the Article 114 ECC, the debtor does not comply with the obligations arising from the contract.

Similar dispositions are provided by the Article 9:301 (Right to Terminate the Contract, version of 2002), par. 1, PECL or by the Article III. – 3:506 (Scope of right to terminate), par. 2.a, DFCR stating that «if there is a ground for termination under this Section of a part to which a counter-performance can be apportioned, the creditor may terminate the contractual relationship so far as it relates to that part».

The origin of those dispositions can be found in the national Civil Codes, for example within Article 1153 of the *Codice Civile*, or in accordance with the Article 1184 of the *Code Civil* («La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement»).

Analogous to the § 320 BGB, is the content of the Article 9:201 (Right to Withhold Performance) of PECL (version 2002, ex art 4.201), par. 1, laying down that «A party who is to perform simultaneously with or after the other party may withhold performance until the other has tendered performance or has performed. The first party may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstances».

The absence of the exchange may have also some consequences on the interpretation of the agreement, as it occurs within some national legislation.

Indeed, pursuant to the Article 41 ECC, where the meaning of the contract remains obscure, notwithstanding the application of the other disposition of the ECC (see the Articles 39 and 40), therefore it is requested to interpret the agreement «in the sense least burdensome for the debtor», if there are not exchanges because the nature of the contract is gratuitous. On the other hand, in the case of a non-gratuitous contract, that is to say when the exchange occurs the meaning of the dispositions must be determined in «the sense which equitably reconciles the interests of the parties».

This provision, which derives from the Article 1371 of the Italian *Codice Civile*, reaffirms the idea that only the contracts establishing the patrimonial exchange are able to better grant the equilibrium of the interests between the parties.

Nevertheless, the recom compilations of the European contract principles are in some cases innovative with respect to the traditional approaches to the matter of the exchange.

In particular the DCFR appears to be an evolution of the traditional conceptualisation concerning contracts.

According to the DFCR the contract is no longer a legal technique used to grant the patrimonial equilibrium between parties acting at the same level.

The DCFR recognises the possibility that one party may be weaker than other. For example, according to the Article II. – 8:103, the interpretation of the contract must be carried out, in case of doubt, against the «dominant party», considering so, among others, the suppliers of goods and services.

These kinds of dispositions are consistent with the viewpoint of the EU

legal sources, as those identifying and protecting weak parties as the consumers⁽²⁶⁾, and with the case-law of the Court of Justice⁽²⁷⁾.

Within this context the instruments provided under the EU law, in case of non fulfilment of a contract, aims at achieving a legal equilibrium rather than only a patrimonial balance.

The legal sources use tools already known in domestic law such as the Italian ones, like nullity and the automatic insertion of the clauses provided under the law (see, in relation to the annulment, Article 1339 of the Civil Code, which refers to the automatic insertion of clauses and Article 1419, par. 2, which establishes the invalidity of agreements contrary to the mandatory provisions).

This is the case of nullity by law established by the agreements in conflict with EU rules that govern the jurisdiction in accordance with Article 101, par. 2, TFEU. In these cases, the supranational law leaves the establishment of the consequences of nullity to the national discipline⁽²⁸⁾.

However, in specific cases the primary objective of protecting those interests, and especially the consumer or the weaker party, requires solutions different from the termination or the nullity, leading to the end of the contractual relationships.

Both the DCFR and the EU directives provide, in this regard, different technical solutions which are often not foreseen in the traditional civil codes.

That is the case of the «right of withdrawal», provided by the Article 9 of Directive 2011/83/EU, which is defined as the consumer's right to «withdraw from a distance or off-premises contract, without giving any reason, and without incurring any costs» if exercised within a specific term (14 days).

⁽²⁶⁾ This is the case of Directive 93/13, which provides that unfair terms are not binding for the consumer (Article 6), but also that «Where there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail» (Article 5), to avoid the inefficiency of a clause which may affect consumer interests.

⁽²⁷⁾ ECJ, 20 September 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, in *ECR*, 2001, p. I-6297. The judgment points out how a party may be in a situation of «serious inferiority» due to the conclusion of a contract that can severely limit its contractual freedom.

⁽²⁸⁾ ECJ, 1° December 1983, 319/82, *Société de vente de ciments et bétons*, in *ECR*, 1983, p. 4173; Id., 18 December 1986, 10/86, *VAG France SA*, in *ECR*, 1986, p. 407.

The right of withdrawal is also recognised in some cases of relations between professionals (see, for example, Article 15 of Directive 86/653/EEC, which refers to commercial agents).

Such a right gives the possibility to dissolve the contractual relationship without proof of default, only protecting the party considered as weaker.

The DCFR and the EU legislation do not meet the traditional approach, according to which the absence of exchange leads necessarily to the end of the contract.

The document «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law», accompanying the outline edition of DCFR, argues that the remedy of the termination in case of non-performance is not ever opportune. As matter of fact «the powerful nature of the remedy is also a threat to the debtor's contractual security and, potentially at least, contrary to the idea of maintaining contractual relationships whenever possible» (see the par. 27).

Thus the DCFR affirms the principle of maintenance of the contract in order to grant the «security» not only of the creditor, but also of the debtor (see par. 30)⁽²⁹⁾.

Several dispositions affirm the interest to maintain the contractual relationships, as those concerning the interpretation (see Article II. – 8:106); the power of the court to adapt a contract which is affected by invalidity (Article II. – 7:203); the debtor's right to cure a non-conforming performance (see Article III. – 3:202 to III. – 3:204); the creditor's right to reduce the price in case of non-conformity (see Article II. – 3:601).

As a general rule there are certain rights provided to the creditor which include: the rights «to enforce a specific performance of an obligation other than one to pay money» (Article III. – 3:302, par. 1), such as the right to replace the defective goods (see the Article III. – 3:205).

The debtor, even in case of the delayed performance, is entitled to voluntarily provide those specific performances (see the above mentioned Article III. – 3:205).

⁽²⁹⁾ See also the Directive 2000/35/EC which recognises the right of the creditor to claim the default interest (Article 3).

Similar solutions, inspired by the principle of favour for the contract and the protection of all interests of the parties, can be observed also in the EU legislation.

In case of any lack of conformity, the buyer has the right to a spectrum of protective instruments including, along with the more «traditional» termination and the price reduction⁽³⁰⁾, also the repair or the replacement (see Articles 3, Directive 1999/44/EEC on sales of consumer goods; see also Article 5 of Directive 90/314/EEC on package travel).

Furthermore, in cases of voluntary termination by the consumer as well as in cases of cancellation by the provider for reasons other than the fault of the consumer, some directives provide for the right of reimbursement of the sums paid (cf. Article 7, par. 2 Directive 97/7/EC on distance contracts; article 4, par. 6, Directive 90/314/EEC on package travel).

Just as the Civil Codes does, the EU law also uses the technique of compensation for damages, for example, in the case of non-delivery of goods and services or in case of delivery not in accordance with contractual requirements⁽³¹⁾.

However, the compensation does not refer only to the patrimonial damages, as established, for example, by the Court of Justice in the judgment *Leitner*⁽³²⁾, in relation to Article 5 of the Directive on package travels.

⁽³⁰⁾ See also Article 1492 Italian Civil Code does, but only if the fault is particularly grave according to the Article 1490 *Codice Civile*.

⁽³¹⁾ See Article 17 Directive 86/653/EEC on self-employed commercial agents; the Directive 97/5/EC on cross-border transfers and the Directive 90/314/EEC on package travel, in particular the Article 4, par. 6 and 7; the Article 23, par. 1 of Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to processing of personal data establishes a specific compensation in the event of unlawful processing; the Directive 2000/35/EC on late payments provides that, unless the debtor is not responsible for the delay, the creditor is entitled to claim compensation for all costs incurred by delay (Article 3, par. e).

⁽³²⁾ ECJ, 12 March 2002, C-168/00, *Leitner*, in *ECR*, 2002, p. I-2631.

4. — *The exchange in a very broad sense within the EU public contract law.*

According to the EU normative related to public contracts and the VAT, the exchange takes further nuances.

For the purposes of public contract law, it is necessary to determine if the active objective of the contract falls within the definition of work, supply or services established by national and EU legislation (see Article 1, par. 2, Directive 2004/18/EC; Article 1, par. 2, Directive 2014/24/EU).

The case law and administrative practice often makes reference to the fact that, in order to implement the discipline of the public contract, a «direct counter-performance» («*controprestazione diretta*»; «*contraprestación directa*», «*contrepartie direct*») ⁽³³⁾ must be put in place.

Similarly, the EU case law concerning the VAT refers to the «direct link» between the performances of the parties ⁽³⁴⁾.

The case law of the Court of Justice emphasises that the exchange is relevant for the purposes of procurement law or the VAT, only when such an exchange of values is mandatory and not merely possible.

Indeed, as the Advocate general Paolo Mengozzi observes «Thus, public contracts are clearly mutually binding. It would obviously be inconsistent with that characteristic to accept that, after being awarded a contract, a contractor could, without any repercussions, simply decide unilaterally not to carry out the specified work. Otherwise, it would mean that contractors were entitled to exercise discretion in regards to the requirements and needs

⁽³³⁾ See in France, the Conseil d'État, 6 luglio 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais – CODIAC*, in *D.F.* 11 May 1991, p. 573, observations by ARRIGHI DE CASANOVA, p. 497 ff. For the administrative practice, see the document drawn up by CNRS (Centre National de la Recherche Scientifique), 1st December 1999, «*Instruction de procédure no 990310BPC définissant les modalités et les circuits d'attribution des subventions, les principales règles de gestion et les documents types applicables*», par. 1.1. See the Annex 1 (*La notion de contrepartie pour la livraison de biens et le prestations de services*) del documento del CNRS, Secrétariat Général Direction des finances, *Le régime fiscal du CNRS en matière de TVA*.

⁽³⁴⁾ ECJ, 5 February 1981, 154/80, *Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats*, in *ECR*, 1981, p. 445.

of the contracting authority»⁽³⁵⁾.

The direct counter-performance or the direct links will occur when the relationship produces, at least, two kinds of benefits⁽³⁶⁾ in favour of the administration⁽³⁷⁾: the relationship will satisfy the needs related to the functions of the public entity (for example, purchases of office supplies, computers for their employees, insurance for their premises); or the contract will be able to supply goods or services useful for the citizens (for example, the contract for school transport services).

Another criterion for determining the benefit for the contracting public authority is the discipline of the ownerships of the results⁽³⁸⁾.

Further, the exchange will occur if it involves a patrimonial decrease of the contracting authority.

This reduction can be achieved directly or indirectly. In particular «Direct financing will occur when the contracting authority uses public funds to pay for the works or services in question. Indirect financing will occur when the contracting authority suffers economic detriment as a result of the method

⁽³⁵⁾ See the Opinion of the Advocate general Paolo Mengozzi, delivered on 17 November 2009, in the case C 451/08, *Helmut Müller GmbH/Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, point 80.

⁽³⁶⁾ It could be make reference to the French administrative practice concerning the public contracts, and in particular see par. 4.1 of the *Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics*; see also the *décret* n. 2001-210 of 7 March 2001 relating to the *Instruction pour l'application du code des marchés publics*, elaborated by the French Minister of the Economy, Finance and Industry.

⁽³⁷⁾ See ECJ, 12 July 2001, C 399/98, *Ordine degli Architetti and others*, in *ECR*, 2001, p. I-5409, par. 77, stating «It must be pointed out that the pecuniary nature of the contract relates to the consideration due from the public authority concerned in return for the execution of the works which are the object of the contract referred to in Article 1(a) of the Directive and which will be at the disposal of the public authority». See also J.L. DANIEL DÜER, *Le traitement fiscal des aides des collectivités locales aux Entreprises*, in *Annuaire des collectivités locales*, book 12, 1992, p. 61 ff.

⁽³⁸⁾ It may be considered as «results» either material (work) or immaterial assets (economic rights in patents, copyrights or other forms of legal protection of the intellectual property), arising from the activities carried out by the contractor. See the Opinion of the Advocate general Mengozzi, in the case C 451/08, *Helmut Müller GmbH/Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, ref., point 55.

of financing the works or services»⁽³⁹⁾.

The direct economic detriment may consist in the payment of a sum or the granting of a right to use⁽⁴⁰⁾.

The indirect mode can be represented by the waiver to receipt of sum, which the public authority would have the right to collect, as in the case of infrastructure contribution, mentioned above.

But it is also the case, where the public authority compensates the activities carried out by the contractor not with a price, but with a grant⁽⁴¹⁾.

Another hypothesis of indirect financing will be put in place if «the economic benefit may also lie in the economic advantages which the contracting authority may derive from the future use or transfer of the work, in the fact that it contributed financially to the realisation of the work, or in the assumption of the risks where the work becomes an economic failure»⁽⁴²⁾.

There is also a patrimonial interest, if the administration does not suffer a direct economic detriment, but the contractor will receive prices or other kinds of advantages by third parties.

In this case, however, it shall apply the discipline of the public concession, defined as «contract of the same type as a public works contract except for the fact that the consideration for the works to be carried out consists either solely in the right to exploit the work or in this right together with payment.» (Article 1, par. 3, Directive 2004/18/EC).

The procedures applicable to the concessions are slightly different from those of public procurements⁽⁴³⁾, while respecting the same underlying prin-

⁽³⁹⁾ See the Opinion of the Advocate general Niilo Jääskinen, delivered on 16 September 2010, concerning the case C-306/08, European Commission/Kingdom of Spain, par. 86 and 89.

⁽⁴⁰⁾ This is the problem faced by the Advocate general Paolo Mengozzi under his Opinion in the case C 451/08, *Herbert Müller*. See in particular the par. 76.

⁽⁴¹⁾ See the judgment Helmut Müller, cited above, par. 52. Furthermore, see the Opinion of the Advocate general Wathelet in the Case C-576/10, *European Commission v. Kingdom of the Netherlands*, ref., par. 124.

⁽⁴²⁾ See ECJ, 25 March 2010, C-451/09, *Helmut Müller*, in *ECR*, 2010, I-I-2673, par. 52.

⁽⁴³⁾ The interpretation of the application of this exemption must be very strict, in accordance, for example, ECJ, 18 July 2007, C-382/05, *Commission/Italy*, in *ECR*, 2007, p. I-6657.

ciples (see Articles 3, 17, 56 ff. Directive 2004/18/EC)⁽⁴⁴⁾.

As already mentioned, what is important for the purposes of the definition of patrimonial interest is the exchange in a more broad sense and not the payment of a price⁽⁴⁵⁾.

However, without a doubt, the cases in which the public administration pays an amount to the other party are the most important ones.

In these cases, it is necessary to distinguish between relationships for pecuniary interest, subject to the provisions of the public contracts, and relationships without consideration, such as grants⁽⁴⁶⁾.

The latter has many points of contact with public contracts: the legal base of the grants also provides the carrying out of an activity (the project concerning topics as research, education, protection environment, culture, etc.); even for the grant the public body pays a sum (see the definition provided by the Article 121 of the Regulation (UE) no. 966/2012). Nonetheless, according to the grants scheme, the contribution will be calculated as a percentage of the costs actually incurred by the beneficiary (see Article 125, par. 3 Regulation 966/2012). In agreement with the co-financing rule, beneficiaries are required to cover the portion of costs not funded by the grant, through its own resources, financial transfers from third parties, in-kind contributions, if allowed (Article 183 Regulation (UE) no. 1268/2012).

The beneficiary, to obtain the contribution, has the obligation to justify and to document the costs incurred, unless it is the hypothesis where the grant is determined as lump sums or flat rates (see Article 124 of the Regulation (UE) no. 966/2012).

The same discipline of the public procurements law refers to the co-financing as a criterion of demarcation, although not explicitly mentioning the grants and apparently only with respect to a specific case that is the research services.

⁽⁴⁴⁾ See the Opinion of the Advocate general Paolo Mengozzi, delivered on 20 October 2009, concerning the case C-423/07, *Commission/Spain*, par. 52 ff.

⁽⁴⁵⁾ As the Advocate general Niilo Jääskinen argues under the Opinion cited above, par. 81.

⁽⁴⁶⁾ In relation to the grant under the EU and National legislations, see R. CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, Roma-Perugia, 2013.

Indeed, the Article 14, letter b) of the Directive 2014/24/EU, implicitly exempts from the application of the Directive the services of research and technological development, where the costs are not fully covered by the contracting authority.

As a matter of fact, these provisions appear as an expression of the general criterion to distinguish between procurement and grants.

In support of this interpretation, it is also possible to make reference to the case law of the Court of Justice, in particular the recent judgment *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* of the December 2012⁽⁴⁷⁾.

In this case, as reported by the Opinion of the Advocate General Verica Trstenjak «The notion of ‘pecuniary interest’ requires that the service provided by the tenderer is subject to a remuneration obligation on the part of the contractor. This means that, in addition to participation by two persons, reciprocity in the form of the material exchange of consideration. Such reciprocity of the contractual relationship is necessary for the requirement of a tendering procedure to apply» (par. 30).

The existence of a remuneration is not excluded either by the lack of a profit for those who perform the service, or, on the contrary, if the price is limited to cover all the costs incurred by the contractor (paragraphs 32 and 33).

Despite the apparent similarity of the expressions contained under the EU law with those arising from the traditional private law, the actual legal meanings are quite different.

According to the examples given in this paragraph, the relationships subject to the public contract law or to VAT discipline do not represent an exchange, from the same perspective of the domestic contract law.

Indeed, it is possible to observe some contracts for pecuniary interests within EU law, which are not contracts establishing an exchange in accordance with the Civil Codes or the common law, and vice-versa⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ ECJ, 19 December 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* not yet published in *ECR*; see also ECJ, 13 June 2013, C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG, Kreis Düren*, not published in *ECR* yet.

⁽⁴⁸⁾ According to the function of the price under the VAT legislation, see P. FILIPPI, *Le cessioni di beni nell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 1984, p. 79 ff.

As a matter of fact, the exchange under the private law cannot be considered a sufficient condition in order to identify a contract with pecuniary interest according to EU law.

Further subjective and objective qualifications are needed, which, on the contrary, are not requested by the domestic private law.

It is the case of a qualification such as an «economic operator», as well as of the «contracting authority» that is required by the legislation on public procurement, or the exercise of a professional activity provided under the VAT legislation.

In addition, the fields of application have two sets of rules which are different.

On one hand, the EU rules are not applicable to contracts of exchange according the private law, but which are exempted in order to reach other objectives, as it occurs in the case of the «in house providing»⁽⁴⁹⁾ and for the agreements between legal entities of the public sector (see today the Article 12 Directive 2014/24/EU)⁽⁵⁰⁾.

On the other hand, relationships which are not considered to be exchange contracts in accordance with the private national law nevertheless are included in the notion of contracts with pecuniary interest. This is the case of the public-private or public-public partnerships, which establish forms of cooperation between public bodies or, respectively, between the latter with legal entities from the private sector⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Before the entering into force of the Directive 2014/24/EU see European Commission, White Paper on the Public Procurement in the European Union, COM (98) 143 def., 1 March 1998, note 46. The leading case was ECJ, 18 November 1999, C-107/98, *Teckal*, in ECR, 1999, p. I-8121, in particular par. 30 and 50; see also ECJ, 11 January 2005, C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, in ECR, 2006, p. I-1, par. 49. Most recently see ECJ, 29 November 2012, C-182/11 and C-183/11, *Econord SpA et al.*, not published yet in ECR.

⁽⁵⁰⁾ See also ECJ 9 June 2009, C 480/06, *Commission/Germany*, in ECR, 2009, p. I-4747, which states that the legislation on the public contract is not applicable to procurement contracts between public bodies, which set up a collaboration in order to accomplish with a public mission (see par. 37).

⁽⁵¹⁾ See European Commission, Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions, of 30 April 2004, COM (2004) 327.

Due to the broad definition of contract with pecuniary interests, those relationships are not excluded from the application of the discipline concerning the public contracts⁽⁵²⁾.

5. — *Contracts without exchange.*

With respect to the Civil Codes, the EU legal system not only provides different meanings relating to the concept of «exchange», but it also gives more relevance to the contracts without exchange.

As above mentioned, the traditional private law, focused on the patrimonial issues, the main instrument to ensure the movement of assets is represented by the exchange.

Only in a marginal manner does the Civil Codes deal with contracts without exchange.

Generally speaking, the traditional civil law looks with distrust at contracts without exchange, especially those called «gratuitous», which could affect the patrimony of a legal subject, by increasing the patrimony of the other one. For this reason contracts of this kind, as well as donations, are admitted only through the observation of special formal requirements (the donations have to be stipulated by a notary or other public officer) and they may be legally persecuted by the creditors of the party the patrimony of whom is decreased in consequence of the donation.

But there are other contracts without exchange, which are not donations as previously explained, such as those according to which a party carries out an activity or provides the other one with goods, without a pecuniary or in kind compensation. These kinds of contracts are only in exceptional case regulated by the Civil Codes, even if they have become very relevant in our age: one can think about the voluntary work and in general the performances provided on the ground of the principle of solidarity⁽⁵³⁾; or, from another

⁽⁵²⁾ See European Commission, Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, cited above.

⁽⁵³⁾ See the doctrine concerning the contracts and the acts of solidarity, and in par-

standpoint, it can be taken into consideration the case of a enterprise providing a consumer with some goods free of charges (like smartphone or tabled provided by a telephonic operators).

Moreover, there is another category of contracts which does not realise the exchange, at least that conceived as the bargain of obligations or performances: the contracts with a common purpose of the parties involved, especially when such parties are more than two.

In practice, only the Italian Civil Code specifically regulates some aspects of the contracts characterised by the plurality of the parties and by their common purpose (the so called «*contratti plurisoggettivi con comunione di scopo*»).

According to the Report of the Ministry of Justice about the Civil Code of 1942, the concept of the contracts with a common purpose was necessary, because of the previous Code of the 1865 (deriving from the Napoleon Code) did not recognise it and applied in every case the discipline of the «bilateral contract». (see the Report, par. no. 68).

Indeed, even if the French Civil Code admits that a contract may arise from the agreement between more parties (see the definition provided by the Article 1101); it does not regulate that hypothesis in a specific manner.

As the legal scholars pointed out, the category of contracts identified by the Italian Civil Code of 1942, differs from the «*contratti con prestazioni corrispettive*», but provides that the performances of the parties are arranged in parallel⁽⁵⁴⁾. Those contracts do not meet antagonistic interests, but the common interest of the parties, establishing a common goal⁽⁵⁵⁾; a common organisation of the interests⁽⁵⁶⁾; the common activities⁽⁵⁷⁾; the

ricular: A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (eds.), *I contratti gratuiti*, in *Trattato dei contratti*, dir. by Rescigno and Gabrielli, Torino, 2008, p. 17 ff.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, dir. by Sacco, Torino, 2000, p. 3 ff.

⁽⁵⁴⁾ G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 680; F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., p. 147.

⁽⁵⁵⁾ F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, loc. cit.

⁽⁵⁶⁾ T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in Id., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 115; V. SALANDRA, *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 842.

⁽⁵⁷⁾ G. FERRI, *La società di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 613.

uniqueness of the legal outcomes⁽⁵⁸⁾; the common benefits of the parties⁽⁵⁹⁾.

Not all the jurists agreed with the introduction of this category of contracts, which seemed to breach the sinallagmatic paradigm. According an important Italian scholar, Francesco Messineo, the choice of the legislator to establish some provisions concerning such a category of agreements, had to be considered as odd⁽⁶⁰⁾.

Even if the *Codice Civile* introduced such a category of contracts, it does not identify any general typology (with the very limited exception of the «contratti associativi agrari», the associative contract to carry out agricultural activities). The typologies of contracts with common purposes of the parties are only those establishing legal entities as the associations (provided under the Book I) and the corporations and consortia (see the Book V).

Within other European legislations the contracts with a common purpose are not regulated in a general category, but they are taken into consideration only with respect to some specific problems or in connection with few typologies.

For example, the German law regulates the associations, such as the *Gesellschaftsvertrags* (civil law companies, GbR), set out in paragraphs 705 et seq. as well as other contracts establishing companies.

In French law it can be found, in addition to the companies, different types of association agreements, especially in the administrative sector. This is a case of contractual instrument in order to grant cross-border cooperation provided by the *Code général des collectivités territoriales* (CGCT)⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ G.G. AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa del contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, p. 150 ff.

⁽⁵⁹⁾ A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 660 ff.

⁽⁶⁰⁾ See F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano, 1927; ID., voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 139 ff.

⁽⁶¹⁾ Cfr. P. JANIN, *Le statut et le régime juridique des organismes de coopération transfrontalière en droit français*, in H. COMTE, N. LEVRAT (eds.), *Aux coutures de l'Europe. Défis et enjeux juridiques de la coopération transfrontalière*, Paris, 2006, p. 251 ff.

Within the English law, alongside the praxis of «Contractual Joint Venture», the law regulates legal entities without limited liability of the parties y (see the Partnership Act of 1890), or with limited liability (see the Limited Partnership Act of 2008).

Anyway, even when the national Civil Codes are interested in the contract with a common purpose, their attention is focused only on the pathology of the agreement.

The Italian Civil Code of 1942 deals with the nullity and the termination (see the Articles 1420, 1446, 1459, 1466, Italian Civil Code) of contracts with a common purpose.

According to the *Codice Civile*, the existence of a common purpose affirms the principle that, in every case of pathology there is the participation of a party, in which this situation should not imply the termination to the entire contract, with the exception of cases where the participation of a party has to qualified as essential to reach the aims of the agreement.

This concept is in contrast with it when it happens within exchange contracts, according to which, when a party does not comply with the duties arising from the agreement (in consequence of a breach, force majeure or hardship), the other party normally does not yet have the interest to provide its performance. The exchange provided by the contract will be substituted by the termination of the contract and by the indemnification.

In the case of the contracts with a common purpose (to carry out an economic activity, to build a work, to realise a research, ect.), the fact that a party does not comply with its obligation may not lead to the lost of the interests for the other parties, in particular when the parties of the contract are more than two.

On the contrary, the ancient French *Civil Code* provided the termination of contracts with common purposes, such as those establishing a company, in the hypothesis of non fulfilment of the obligations of a shareholder (se the Article 1865 of the Napoleon Civil Code; on the contrary see the Article 1844-7 of the French Civil Code in force today).

Other dispositions of the *Code* refer to contracts with a common purpose, but generally when such contracts lead to the establishment of a legal

entity such as companies or associations (and within the book of the Code not specifically devoted to the contracts).

Regarding the GbR, for example, the German Law provides the partial resolution (and thus the continuation of the Company) in case of the end of the participation of one or more partners for withdrawal, death, insolvency or default (§§ 736, 737 BGB), although this possibility should be explicitly provided by the statute; otherwise the company will be liquidated in accordance with the general rules (arg. ex §§ 725, in the case of redemption of the share of a partner by the creditor; 727, in case of the death of a partner; 728 in the event of insolvency of a member). It is also expected that a partner may cause the dissolution of the company if it is established without any time limit (§ 723 BGB).

The recom compilations concerning the EU contract principles seem to have the same approach of the domestic Civil Codes.

The ECC, PECL and DCFR do not identify a category of contract establishing a common purpose between the parties.

As the French or Italian Codes, the ECC and the DCFR provide the definition of contract as a bilateral or multilateral agreement.

However, only the ECC contains a few provisions concerning the multilateral contracts and only with reference to the cases of pathology of the agreement.

PECL and DCFR take into consideration only the phenomenon of the plurality of debtors or of creditors, which is not necessarily linked to a multilateral contract or to a contract.

The Article 128 ECC, setting out the «Extinctive facts and facts producing ineffectiveness», provides just that «If a contract is definitively discharged or is devoid of effect the parties cannot make claims based on the said contract apart from derogation in multilateral contracts in favour of the other contracting parties and for the protection of third parties», even if the derogations from the ordinary discipline concerning the multilateral contract are not subsequently developed.

In case of the partial nullity, the Article 144 ECC after establishing the general rule that «if a single clause or part of a contract is null, the rest of

the contract remains valid, provided this part can autonomously exist and reasonably realize the purpose of the parties»; the subsequent paragraph 2 sets forth that «In ... multilateral contracts, when the nullity affects only one contract or the obligation of only one of the parties, the principle of the preceding paragraph shall apply, unless the null contract or the obligation of one party is considered essential to the bargain as a whole».

A similar approach is expressed under the Article 147 concerning the partial invalidation

of the contract, where it is provided that «The present Article also applies to single clauses of the contract or to engagement of single parties to a multilateral contract when that clause or that engagement can autonomously exist as regards the bargain as a whole» (par. 3).

6. — *The weight of the tradition.*

In many cases, the EU legal sources do not take in consideration, in a satisfactory manner, the special aspects of the contracts with a common purpose and with a plurality of the parties. Important instruments of EU law, such as Regulation no. 593/2008 concerning the law applicable to the contractual obligations and Regulation no. 44/2001 on the judicial competence does not consider the above mentioned contracts.

However, contrary to domestic laws, which consider the contracts without exchange as a marginal phenomenon, the EU law highlights the role of contracts establishing collaboration between the parties.

In particular, EU legal documents make several references to the agreements establishing collaboration between legal entities, such as universities, undertakings, public bodies and other entities for research initiatives, education and training.

The EU legal sources not only provide new typologies of legal entities, arising from associative agreements in addition to those established by the national legislations, such as the European Economic Interest Group (Council Regulation (EEC) No 2137/85 of 25 July 1985); the *Societas Eu-*

ropaea (Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company); the European Cooperative Society (see the Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society); the European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC, established by Regulation 1082/2006 of the European Parliament and of the Council in the context the reform of regional policy for the period 2007-2013, the Euroregions), the Joint Undertakings (see Article 187 TFEU), among which the European Research Infrastructure (ERIC, see the Council Regulation (EC) No 723/2009 of 25 June 2009 on the Community legal framework for a European Research Infrastructure Consortium (ERIC)).

Moreover, the European documents take into consideration several collaborative agreements which do not establishing new legal entities.

These agreements are referred to with different names: Consortium Agreements (see for example Article 24 Regulation (UE) No. 1290/2013)⁽⁶²⁾, Partnership Agreements⁽⁶³⁾, Grouping of economic operators which submit tenders under public contracts (Article 1, par. 8, Directive 2004/18/EC; Article 19, par. 2, Directive 24/2014/UE), Clusters and other «business networks»⁽⁶⁴⁾, Joint Research Units⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶²⁾ See Article 24 Regulation no. 1290 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2013 laying down the rules for participation and dissemination in Horizon 2020 - the Framework Programme for Research and Innovation (2014-2020).

⁽⁶³⁾ See Article 2, no. 4, Regulation (UE) 1291 of the European Parliament and the Council of 11 December 2013, establishing Horizon 2020 - the Framework Programme for Research and Innovation (2014-2020) and Article 2, no. 5, Regulation (UE) 1291/2013).

⁽⁶⁴⁾ The cluster can be defined as «a group of firms, related economic actors, and institutions that are located next to each other and have reached a sufficient scale to develop specialized expertise, services, resources, suppliers and skills» (Commission, Towards world-class clusters in the European Union: Implementing the broad-based innovation strategy, 17 October 2008, COM(2008) 652; see the document enclosed, The concept of clusters and cluster policies and their role for competitiveness and innovation: Main statistical results and lessons learned); European Cluster Memorandum of January 2008 on www.proinno-europe.eu.

⁽⁶⁵⁾ The Joint Research Unit, provided under the documents of the Framework Programme «Horizon 2020», makes reference to the French experience of the *Unité Mixte*

Other examples of collaborative contracts, are the grant agreements which, as above mentioned, are considered to be different from the contracts «with pecuniary interests», because they establish a collaboration between the funding body (as the European Commission) and the beneficiaries.

In addition, the EU sources distinguish «contractual research», as that which is carried out through the service contracts, and that «collaborative research» arises from the collaboration between universities, researcher organisations and enterprises⁽⁶⁶⁾.

The very interesting aspect of this massive reference to the collaborative contracts is that they are not taken into consideration only from the very limited perspectives provided under the national Civil Codes or in accordance with the recom compilations of the principles of the European contract law.

As above mentioned, such perspectives are only referred to the situations of pathology of the agreement, as the breach or force majeure (it is the case of the Italian Civil Code), or the case of the partial nullity of the contract (see the case of BGB and of the ECC).

The matter of the pathology is surely kept in mind by the EU documents, but with an approach larger in respect to the more traditional one.

Indeed, for example, according to the Model Grant Agreement adopted with a decision made by the European Commission, implementing Programme Horizon 2020, the contract with Commission and beneficiaries may be partially terminated with respect to one or more parties (see in particular the Article 50.3 Model Grant Agreement), on the ground of a relevant breach or by force majeure. In an analogous manner with the Italian Civil Code, the partial termination will not lead to the end of the Grant

de Recherche (UMR) (Article 2 Décret n° 82-993, 24 November 1982, and the Decision n° 920520SOSI, 24-7-1992, relating to the «*organisation et fonctionnement des structures opérationnelles de recherche*».

⁽⁶⁶⁾ See for example the Communication of the European Commission, Improving knowledge transfer between research institutions and industry across Europe: embracing open innovation – Implementing the Lisbon agenda, COM(2007) 182 final, of 4 April 2007; the Annex I to Recommendation on the management of intellectual property; Management of intellectual property in publicly-funded research organisations: Towards European Guidelines, par. 4.2.

Agreement as a whole, but only if the participation of the defaulting parties can be considered as not essential in order to achieve the objectives of the agreement (see Article 55.1 Model Grant Agreement).

Anyway, with respect to the domestic civil law, the pathology of this kind of contracts is regulated with more attention, setting out several detailed procedural rules.

Furthermore, other important aspects are considered, normally not regulated by the national legislators.

As a matter of fact, the EU documents point out the need that the collaborative agreement establish rules concerning intellectual and property rights, the decision making process, the allocation of the resources, the liability, the settlement of disputes, the signature process, and so on.

For example, the EU legal sources and the other documents refer to the role of the «coordinator» which is the intermediary between several the beneficiaries of a grant and funding bodies (see the Article 122, par. 3, Regulation 966/2012; Article 180, par. 1.i, Regulation 1268/2012). This coordinator acts as an intermediary between the funding entity and the other beneficiaries (see, for example the Article 24, par. 1, Regulation 1290/2013). That relationship may be considered as falling within the contractual typology of the «mandate» well known by the national codes (see Article 1703 ff. *Codice Civile*; Article 1998 ff. Code Civil) and by the European recompilations (see Article IV. D. – 1:101 DCFR). However those texts do not discipline hypothesis as the collective mandate, that is to say the mandate appointed by several principals (with the exception of the revocation, see the Article 1726 of the Italian Civil Code). Therefore matters such as the approval and the communication of the instructions by the principals are not taken into consideration. More in general, the traditional civil law does not regulate the decision making processes in case of the multilateral agreement or contracts with a common purposes.

On the contrary, the EU legal sources recognise the great relevance of such matters. Whereas the European legal documents deal with multilateral agreements, they make reference to the need to establish «the internal organisation of the consortium» (Article 23, par. 1, let. A), Regulation 1290/2013).

For example the Consortium Agreement under the Horizon 2020 Programme has to provide «Managerial provisions» which «typically govern the establishment and functioning of coordination and management bodies, the powers and responsibilities of such bodies, and the voting rules»⁽⁶⁷⁾.

7. — *Exchange and new functions of the contracts.*

According to the observations above, the EU legal system is expected to modify the paradigm concerning the contract law⁽⁶⁸⁾.

As matter of fact, the notions linked to the idea of exchange (pecuniary interest, consideration, etc.) which are provided by the EU law have other goals and they expressed a different legal meaning in respect to the traditional private law.

The legal frame is considerably changed in respect of the traditional civil law. The approvals of the Constitutions in the second half of the XX century and the European legal integration process have deeply impacted on the national legal system and in particular on the relationships of private law.

Within that context, the contracts have no longer only the function to mobilise the patrimonial elements.

On one hand, because the contractual relationships are subject to the protection of the fundamental rights and of the other fundamental rights of the constitutional legal systems.

The Constitutions put in the centre of the legal system the fundamental rights of the natural persons. The «Rule of law»⁽⁶⁹⁾ is focused on the

⁽⁶⁷⁾ See the page 10 of the document «Guidance Establishing a consortium agreement», version 0.1, of the European Commission, at http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/other/gm/h2020-guide-cons-a_en.pdf.

⁽⁶⁸⁾ With respect to the changes on the paradigm of the private law arising from the EU law, see P. SIRENA, *L'uropeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1/2014, pp. 3-14.

⁽⁶⁹⁾ See R. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, *El Estado de Derechos*, in M. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (eds.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 239 ff.

obligation to protect the political, civil and social rights of the people, in a perspective of solidarity and substantial equality⁽⁷⁰⁾. Indeed, the realization and protection of fundamental rights plays the role of the first priority of the State⁽⁷¹⁾ and the new justification of political power⁽⁷²⁾.

The European integration process followed and developed this approach, highlighting the application of the fundamental rights, in particular within the private law relationships⁽⁷³⁾.

Since its early case-law the Court of Justice has recognised the importance of Community law in regards to the fundamental rights⁽⁷⁴⁾.

All rights, including economic ones such as the right to property, must be viewed in the context of the protection of fundamental rights.

Today, this action is reinforced after the Lisbon Treaty entry into force, which constitutionalised the Charter of Fundamental Rights and the reference to the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights system, provided by the Convention (see Article 6 TEU).

The system of values defined in the Charter of Fundamental Rights is built around principles such as dignity, freedom, justice and solidarity, which were not foreseen in the original Treaties of the 1950s.

The Communication of the European Commission, accompanying the Charter of Fundamental Rights, affirms that all legislative proposals and

⁽⁷⁰⁾ See R. CIPPITANI, *Solidaridad*, in M. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (eds.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref., pp. 642-648; ID., *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Roma-Perugia, 2010.

⁽⁷¹⁾ A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 19.

⁽⁷²⁾ Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 1980, pp. 4-7.

⁽⁷³⁾ See R. CIPPITANI, *The 'Contractual Enforcement' of Human Rights in Europe*, in A. DIVER, J. MILLER, *Justiciability of Human Rights Law in Domestic Jurisdictions*, Springer International Publishing, 2016, p. 307 ff.

⁽⁷⁴⁾ See on the necessity that the ownership would comply with the protection of the fundamental rights, for example, ECJ, Jun 1996, C-84/95, *Bosphorus/Minister for transport*, in *ECR*, 1996, p. 3953; see for the application of the fundamental rights in the Community law ECJ, 12 November 1969, *Stauder/Stadt Ulm*, 29/69, in *ECR*, 1969, p. 419.

any other proposal that is adopted by the Commission should, as part of the regular law making process, be assessed on its compatibility with the Charter, including rules relating to contracts⁽⁷⁵⁾.

In consequence of the above mentioned context, the Article I.-1:102 DCFR provides that the rules contained in the Common Frame of Reference should be interpreted and applied in the light of fundamental rights and fundamental freedoms⁽⁷⁶⁾.

This approach is developed also in the books II and III, and in some of the provisions of Book VI on torts. For example, Article VI.-2: 203 states that «loss caused to a natural person as a result of infringement of his or her right to respect for his or her dignity, such as the rights to liberty and privacy, and the injury as such are legally relevant for damage».

The CFR has «privatised» the fundamental rights, recognising the «overriding nature» of principles (DCFR 2009, No. 5, 14) as solidarity and the promotion of social responsibility, the preservation of cultural and linguistic diversity, and the protection and promotion of welfare within the internal market (DCFR 2009, No. 5, 14-17).

On the other hand, the features of the contracts (in particular their binding but also flexible nature) have permitted their use in new fields different from the circulation of the patrimonial elements.

For example, the agreements between different entities (public administrations, universities, undertakings) are considered as instruments for the implementation of both European and national policies, as proposed under

⁽⁷⁵⁾ S. RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 21 ff.; P. RESCIGNO, *Cinquant'anni dopo il Codice civile*, in *Codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, p. 423.

⁽⁷⁶⁾ See O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in *European Review of Contract Law*, Vol. 6, 2010, No. 1, pp. 39-65, in particular p. 42. According to the constitutionalisation of the European contract law, see, for example, M.W. HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in M.W. HESSELINK et al., *Privaatrechtssenaautonomie en solidariteit*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, p. 119; A. COLOMBI CIACCHI, *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, in *European Review of Contract Law*, 2 (2006), p. 167.

the White Paper on European Governance⁽⁷⁷⁾ of the Commission. Indeed, the Union should adopt «a less top-down approach that complements its policy tools more effectively with non-legislative instruments».

According to the European legal system integration can also be achieved by means of contractual agreements, particularly for contracts concluded between public authorities, public bodies, and subjects performing activities of public interest (such as universities and institutions issuing legal academic qualifications, schools or professional organizations).

This is the case of the agreements between sub-regional or local authorities and municipalities, autonomous regions or communities (depending on the structure of each State), which are the main instruments for the implementation of the principle of subsidiarity and the cohesion policy (Article 174 TFEU)⁽⁷⁸⁾. These arrangements are involved in the construction of supranational law and from various perspectives are especially suitable for European integration, where the legal complexity and principles such as subsidiarity, would be advisable as techniques used to soften law⁽⁷⁹⁾.

In particular, the agreements concerned allow the participation of the various actors involved in decision-making processes in an open and on-going context, which is a real «laboratory» of integration⁽⁸⁰⁾, as noted with reference to the legal instruments of territorial cooperation in Europe⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Communication of the Commission, European Governance, COM (2001) 428 final/2, of 5 August 2001.

⁽⁷⁸⁾ H.W. ARMSTRONG, *Convergence among regions of the European Union. 1950-1990*, in *Paper in Regional Science*, 1995, n. 74; R.J. BARRO, X. SALA-I-MARTIN, *Convergence Across States and Regions*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. 2, 1991, pp. 107-182; A. DE LA FUENTE, R. DOMENÉCH, *The redistributive effects of the EU budget: an analysis and some reflections on the Agenda 2000 negotiations*, CERP Discussion Paper, 1999, n. 2113; E. LÓPEZ-BAZO, E. VAYÁ, A.J. MORA, J. SURIÑAC, *Regional economic dynamics and convergence in the European Union*, in *Annals of Regional Science*, 1999, n. 33, pp. 257-370.

⁽⁷⁹⁾ See K. WELLENS, G. GBORCHARDT, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, p. 267 ff.

⁽⁸⁰⁾ See the Communication of the Commission, European Governance, ref., par. 2.3.

⁽⁸¹⁾ In particular according to the European Group for the Territorial Cooperation: «The EGTC provides a clear and permanent framework for cooperation. As said in the

Furthermore, the contracts agreements are considered as the main legal instruments in order to regulate several matters in which equilibrium should be achieved between rights and interests at the constitutional level. As a matter of fact, the EU law provides the establishment of several kinds of codes of conduct⁽⁸²⁾ and other instruments of «negotiated law»⁽⁸³⁾.

This situation leads to decrease the centrality of the exchange in the contractual relationships. As a matter of fact, the contracts without exchange are not longer considered as an odd singularity.

The EU law and the EU case law discipline several hypothesis of contracts without exchange, and they underline that the absence of exchange (the gratuity) is not an obstacle for the application of the European norms concerning, for example, the protection of consumers and the competence.

Moreover, the contract which establishes collaboration but not an exchange between the parties, is seen as an instrument, and in many cases, more adequate than the bargain for implementing the public policies.

The lost of the central focus on the exchange in the contemporary European contract law does not mean that the exchange also lost its function in the contractual relationships, as well as its necessity in solving the problems linked to the alteration of the exchange.

Surely, the elaboration of the common rules in the contract law at the European level faces problems typically relevant to the private law. In particular the PECL, the ECC and the DCFR are focused on the exchange provided under the same legal instrument and on the remedies in case the bargain will no longer be put in place⁽⁸⁴⁾.

contribution to the Green Paper on Territorial Cohesion, the EGTCs provide platforms for an integrated approach to addressing problems on an appropriate geographical scale. It allows the direct participation of all the actors, which are able to manage the programmes in a more efficient, consistent and coherent way (less resources, joint management, shared responsibility)» (par. 6, The role of the EGTC in the European integration.)

⁽⁸²⁾ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 215.

⁽⁸³⁾ N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, I, 307 ff.; G. ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in P. ZATTI (ed.), *Le fonti di autodisciplina*, Padova, 1996, p. 3 ff.

⁽⁸⁴⁾ See the Article 9:301 of the PECL which takes into account the case of the termina-

However, the meanings of the concepts put in place by the EU law are different from those in the traditional law.

Firstly, because of methodological reasons. The construction of the EU legal system needs a teleological approach to the interpretation in order to achieve the aims of the Treaties⁽⁸⁵⁾.

From the perspective of the teleological approach, the legal interpreter, in particular the judge has to elaborate «autonomous meanings» of the words used under the EU legal sources.

The autonomous meanings are necessary to ensure the survival of regional law, which otherwise would be applied differently in each member State. It needs to comply with principles such as the equal treatment of legal subjects regardless of their national origins⁽⁸⁶⁾.

Therefore, when a legal text of the EU uses terms apparently linked to concepts traditionally belonging to the domestic law, probably the meaning of those terms should not be the same provided by a national legal system.

Also the recom compilations of the European principles concerning the contracts, even when they are closer to the tradition of the private law, have to choose and elaborate autonomous meanings only partially similar to those provided under a specific national Civil Code. Indeed, even if the conceptual materials used within those recom compilations arise from the tradition of

tion due to the no compliance of one party or in case of delay; within the DCFR in relation to the reciprocal obligations (see Article III. – 1:102, par. 4), the no compliance of the duty of a party allow the other one to claim the termination; the termination in case of breach is also regulated by the Article 107 of the European Code of Contracts.

⁽⁸⁵⁾ About the importance of the teleological interpretation in the activity of ECJ, see C. JOUSSEN, *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 499.

⁽⁸⁶⁾ ECJ, 9 November 2000, C-357/98, *The Queen/Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom*, in ECR, 2000, p. 9256, par. 26; Id., 19 September 2000, C-287/98, *Lussemburgo/Linster*, in ECR, 2000, p. 6917, par. 43; Id., 4 July 2000, C-387/97, *Commission/Grece*, in ECR, 2000, p. 5047; Id., 18 January 1984, 327/82, *Ekerol/Produktschap voor Vee en Vlees*, in ECR, 1984, p. I-107, par. 11. The rule is applicable also to the relationships in the Civil Law: v. ECJ 23 January 2000, C-373/97, *Dionisios Diamantis/Elliniko Dimosio, Organismos Ikonomikis Anasinkrotisis Epikbiriseon AE (OAE)*, in ECR, 2000, p. I-1705, par. 34; Id., 12 March 1996, C-441/93, *Pafitis and others/TKE and others*, in ECR, 1996, p. I-1347, parr. 68-70.

the private law, however the final result cannot be simply the reproduction of the solutions adopted of a particular national Civil Code, neither an «average» of the national dispositions. Therefore the principles elaborated are to be original.

Secondly, the EU laws have further objectives with respect to domestic private law.

At the present stage of the development of the EU law, the exchange is not seen as establishing the existence of the enforceable agreement (as for the consideration under the common law), nor as quality of a specific category of contracts with obligations/performances interdepend (as it the case of «*bilateralité*» or «*corrispettività*»), or the patrimonial equilibrium between the parties in order to protect the creditors (see the notion of the contract «*oneroso*» or «*onereux*»).

As matter of fact, the concepts concerning the exchange must be considered at a different level that does not consider only the regulation of the economic relationships between the parties.

As the discipline of the public contracts shows, the hypothesis in which the exchange is put in place is only those consistent with the aims of the legal system.

The contract is considered from the point of view of the legal system as whole. The focus is not the discipline applicable to the relationships between the parties, but their interrelationships and their reciprocal effects in the internal market.

Matters such as competition, public contracts, VAT, consumer protection and so on, are regulated from the viewpoint of the theological approach, in order to determine the «useful effect», that's to say to reach the maximum implementation of that legal system⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ See for example ECJ 4 October 2001, C-403/99, *Italy/Commission*, in *ECR*, 2001, p. I-6883; Id., 13 February 1969, *Walt Wilhelm and others/Bubdeskartellamt*, 14/68, in *ECR*, 1969, p. 1; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 September 1982, «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte, ref. See also J. Cardona Llorens, *Memoria del Seminario «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI»*, t. I, 2a ed., San José, Costa Rica, 23 and 24 November 1999, p. 321, in <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Semin1.pdf>.

The discipline coordinating the public contracts «is subject to the respect of the principles of the Treaty and in particular to the principle of freedom of movement of goods, the principle of freedom of establishment and the principle of freedom to provide services and to the principles deriving there of such as the principle of equal treatment, the principle of non-discrimination, the principle of mutual recognition, the principle of proportionality and the principle of transparency» (2nd recital of the Directive 2004/18/EC).

Thus, the EU public procurement law is devoted to guarantee the application of these principles and in particular the opening-up of competition to the public contract within the internal market (2nd recital; see also Article 179 Treaty on the Functioning of the European Union).

Therefore the presence of, or the lack of pecuniary interest, which, as mentioned above, is a concept different from the exchange in the Civil Codes, has to be consistent with those aims of the legal system.

As the Advocate General Niilo Jääskinen argues in the observation delivered within the case *Commission vs. Spain*: «Pecuniary interest has been given a wide meaning by the Court, in view of the aims of the public procurement directives, namely, the opening up of national procurement markets to competition and the avoidance of barriers to the exercise of fundamental freedoms recognised in the Treaty» (paragraph 80)⁽⁸⁸⁾. The exemptions in the application of procurement law are to be interpreted as tightly as possible⁽⁸⁹⁾.

In conclusion, the exchange in the contractual relationships has acquired new connotations, even if it lost its unique role of the justification of the contractual relationships⁽⁹⁰⁾.

In the process of the legal integration in Europe, it should be useful elab-

⁽⁸⁸⁾ See the 2nd recital of the Directive of the Directive 2004/18/EC and also the Opinion of the Advocate general Kokott in the case C-220/05, *Auroux*, par. 57.

⁽⁸⁹⁾ See the above mentioned judgment *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* and the, especially, Opinion of the Advocate general Verica Trstenjak, par. 33.

⁽⁹⁰⁾ See also R. CIPPITANI, *Onerosità e corrispettività: dal diritto nazionale al diritto comunitario*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, pp. 503-556.

orating a notion of contractual exchange taking into account those multiple connotations.

Moreover the construction of the contractual principles should also be to build the concepts related to the absence of exchange, as those needed to regulate the agreement with common purposes and the other agreement without exchange, which have become so important today⁽⁹¹⁾.

⁽⁹¹⁾ See A. PALAZZO, *Commento alle disposizioni riguardanti i contratti di appalto, mandato e trasporto*, in COMMISSION EUROPÉENNE, ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS, *Contrats 'de services' (ou 'de cooperation') dans le code européen des contrats*, Milano, 2009, p. 70 ff.

HELLEN PACHECO^(*)

TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP:
JURIDICAL INTEGRATION ON COOPERATION
ABOUT TRADITIONAL KNOWLEDGE
RELATED GENETIC RESOURCES

ABSTRACT: The Trans Pacific Partnership (TPP) is a new commercial agreement by many countries from Pacific area that aims to eliminate barriers about international commerce. However it contains a chapter on intellectual property rights. As matter of fact, valorization and protection of Traditional Knowledge (TK) is an opportunity for developing countries rich in knowledge elaborated by local communities and indigenous peoples (see Mexico, Peru, Chile, Australia or New Zealand). An Register on TK by databases like Digital Library permits access for researchers, academics, institutions and international communities, and it prevents misuse and misappropriation by non authorized persons. TPP is the first commercial international agreement that non directly, but taking into account indigenous peoples rights related intellectual property rights.

SUMMARY: 1. Introduction. — 2. Traditional Knowledge and genetic resources over TPP. — 3. Relevance of TK. — 4. Data Bases or Digital Library for preventive protection of TK. — 5. Legal Aspects of DL. — 6. Technological Aspects.

1. — *Introduction.*

TPP is a new commercial agreement started negotiation on March 2010 and finished recently at the end of 2015. It was signed in Auckland, Australia in February 2016. TPP involves twelve countries from three continents (America, Asia and Oceania): Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile,

^(*) Universidad de La Frontera, Chile. Project “BeFOre Bioresources For Oliviculture”; Marie Skłodowska Curie actions under the European Union Council, project n. H2020-MSCA-RISE-2014, Grant Decision n. 565513, Host Institution: University of Perugia – Dep. Experimental Medicine (Universidad de La Frontera, Chile, is a partnership in this project).

Estados Unidos, Japan, Malasia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapur and Vietnam, but not China. TPP includes a huge international PIL like 36%, because of huge size of the United States and Japan. TPP has still not entered into force because of national procedures for ratification or accession have not still accomplished.

The goals of TPP are “promote economic growth; support the creation and retention of jobs; enhance innovation, productivity and competitiveness; raise living standards; reduce poverty in our countries; and promote transparency, good governance, and enhanced labor and environmental protections”⁽¹⁾.

TPP contains 30 chapters related trade and trade issues including one on intellectual property aspects, the Chapter 18. TPP is divided on sections⁽²⁾: Section A: General Provisions, Section B: Cooperation, Section C: Trademarks, Section D: Country Names, Section E: Geographical Indications, Section F: Patents and Undisclosed Test or Other Data, Section G: Industrial Designs, Section H: Copyrights and Related Rights, Section I: Enforcement, Section J: Internet Service Providers and Section J: Final Provisions.

Section B about Cooperation takes into consideration the TK.

2. — *Traditional Knowledge and genetic resources over TPP.*

The Section B, article 18.6 is one of positive aspect of TPP because concerning Cooperation in the Area of Traditional Knowledge.⁽³⁾ TPP is first free trade agreement recognized relevance of TK in genetic resources: “The Parties recognize the relevance of intellectual property systems and traditional knowledge associated with genetic resources to each other, when that

⁽¹⁾ Office of the United States of Trade Representative, www.usptr.gov, last date consulting February 15th 2016.

⁽²⁾ The official version of TPP is available at the same web page.

⁽³⁾ TPP is strongly reviewed from civil society because of globalization, imposition of norms from United States over other countries, less transparency, etc.

traditional knowledge is related to those intellectual property systems”⁽⁴⁾. In that way, TPP is in line with Convention on Biodiversity and their relation with intellectual property rights⁽⁵⁾.

The second number of article 18.16 to push for a institutional cooperation:

“2. The Parties shall endeavor to cooperate through their respective agencies responsible for intellectual property, or other relevant institutions, to enhance the understanding of issues connected with traditional knowledge associated with genetic resources, and genetic resources”.

Finally this article contains declarations looking for improve a system of property rights. Specially TPP promotes a strong revision of a prior art proposing measures like follow:

“(a) that in determining prior art, relevant publicly available documented information related to traditional knowledge associated with genetic resources may be taken into account;

(b) an opportunity for third parties to cite, in writing, to the competent examining authority prior art disclosures that may have a bearing on patentability, including prior art disclosures related to traditional knowledge associated with genetic resources;

(c) if applicable and appropriate, the use of databases or digital libraries containing traditional knowledge associated with genetic resources; and

(d) cooperation in the training of patent examiners in the examination of patent applications related to traditional knowledge associated with genetic resources”⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Peru token a leadership on TK defense position.

⁽⁵⁾ United Nations, Art. 8 J, Convention on Biodiversity (1992): TK were defined as “innovations and practices of indigenous and local peoples embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity”.

⁽⁶⁾ TPP, art. 18.6: 3.

3. — *Relevance of TK.*

TPP takes into account traditional knowledge related genetic resources and its relation with intellectual property rights, but not from a cultural or folklore expression point of view, that it means a trade aspect of TK.

TK is closely linked to biodiversity and genetic resources, especially in medicine and agriculture aspects. TK are considered a technological font of solution for ordinary questions and in order to preserve local identities and sustainable development for local communities and indigenous peoples⁽⁷⁾.

Valorization and protection of TK are an opportunity for developing countries, there are rich in knowledge from local communities and indigenous peoples like Peru, Mexico, Chile Australia and New Zealand.

TK protection is relevant also to prevent misappropriations and misuse from non authorized persons, against globalization and expansion of intellectual property rights mainly based in TK realized. One element of granted patent is the invention novelty, it is mean not publicity around the world.⁽⁸⁾ However, if intellectual property rights have been granted thought genetic resources associated with TK, generally there is no evidence of their preliminary existence. The notorious experiences of ayahuasca in Peru or Neem in India, recall how the protection is need. For instance in the Neem experience, the nullity of patent declared after lawsuit, providing robust evidence that rise variety exist and the uses for many years by scientific publications and others, destroyed novelty. This case, pushed Indian government to create a DL on TK and this experience is useful for other countries with similar requirements.

The TPP perspective about TK is not protective and focused on prevent a wrong intellectual property rights granted and not looking benefit to local communities or indigenous peoples. TPP leave out all reference to TK from indigenous peoples, but obviously the concept of TK involved reference to them.

⁽⁷⁾ *Intellectual Property and Traditional Knowledge*, Geneva, Suisse, in www.wipo.int/freepublications/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf: last consultation, February 27, 2016.

⁽⁸⁾ H. PACHECO, *La propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales indígenas*, in J. AYLWIN, *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, 2004, pp. 55-71.

4. — *Data Bases or Digital Library for preventive protection of TK.*

Data bases or Digital Library (DL) is a defensive protection and important source of prior art⁽⁹⁾. It is useful for generates a recorder of TK as testimony of their preexistence⁽¹⁰⁾.

The form of DL requires a prior assessment of technological alternative to make it. The solution must be able to support a high level of information, concurrency management, to offer security and Internet access and to permit an open availability of dates.

The experience of DL from India is a best practices in this materia. It shows a effective way to create a repository for prevent misappropriation against non authorized persons and patent register over TK⁽¹¹⁾.

DL is useful for researches, technological centers, universities, bibliotheca, breeds producers, medicine practitioners, scientist, etc., but also local communities and indigenous peoples because it is recording TK for preserving their culture.

To create a DL is a effort needs to collect TK publications, register and classify by International Patent Classification and FAO thesaurus.

5. — *Legal Aspects of DL.*

To create a DL should be considering a legal restrictions imposed by international and national laws on copyright. Anyway it is difficult to meet authors loosing in quite number of TK fonts formal and non formal.

Another restriction comes from International Labor Organization Convention 169 about Indigenous People Rights art. 6. Due to the fact that it suggests that any project relating to indigenous population should be under

⁽⁹⁾ *Technical Study on Disclosure Requirements in Patent Systems related to Genetic Resources and traditional Knowledge*, in www.wipo.int/tk: last consultation, February 25, 2016.

⁽¹⁰⁾ UNU-IAS Report, *The Role of Registers and Databases in the Protection of Traditional Knowledge. A Comparative Analysis*, in www.ias.unu.edu.

⁽¹¹⁾ DL from India is available in www.tkdl.res.in.

a consultation by indigenous peoples. Thus, also in the case of DL indigenous TK must be under under the art. 6 procedure above mencionated.

A third legal aspect is to offer a TK classified made not only by International Patent Classification, but also under FAO Thesaurus. As matter of fact, not all countries grant patents related to TK or genetic resources, however many countries have a sui generis system of protection like certificates plant breeders.

6. — *Technological Aspects.*

The technological alternative selected must be able to support a high data volume, concurrency management, security mechanisms and access to multiple users by INTERNET, in the respect of authors intellectual property rights of own publications by open data philosophy⁽¹²⁾. DL require researching on tools and methodologies that support and define architecture model.

The technology should be based on the use of free software, if is possible, and interface design should be friendly and consider the use of the structure of IPC and FAO Thesaurus.

A DL on TK requires a next activities minimum, but not only: a) building a multidisciplinary task force on TK; b) identifying the sources for collect publications related to TK and c) classifying by FAO thesaurus and IPC; d) designing of DL, based on detailed specification and information sources; e) selecting registry; f) achieving levels of functionality defined by technological platform; g) taking to account requirements and the degree of automation desired and h) developing of platform on TK, test and trial run, etc.⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ A. BARROS, *Open Data: nuevo paradigma en el manejo de datos*, in *Revista Bits de Ciencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 6, 2011, pp. 25-27.

⁽¹³⁾ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *En camino hacia la Web Semántica: experiencias de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, in *Revista Bits de Ciencia*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 6, 2011, pp. 33-43.

ELION FARRUKU (*)

INTERRUZIONE DELLA GRAVIDANZA E PIANIFICAZIONE FAMILIARE IN POLONIA. DIBATTITO SULL'ABOLIZIONE DELL'ABORTO

ABSTRACT: The paper provides the evolution of the abortion and familyplan's law in Poland. The analyze of the topic elaborated is concentrated in the previous act and the actual law, approved in 1993. One judiciary case of one polish citizen in the European Court of Human Rights give us some points how restrictive are the rules for recurring to the abortion. The actual debate for a total abolishing is actually a hard topic discussed these months by the government.

SOMMARIO: 1. Evoluzione storica della legge sull'interruzione della gravidanza in Polonia. — 2. Le modifiche tra gli anni Sessanta e la fine del regime. — 3. La disciplina vigente. — 4. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. — 5. Il dibattito attuale sulla totale abolizione dell'aborto in Polonia.

1. — *Evoluzione storica della legge sull'interruzione della gravidanza in Polonia.*

In seguito all'indipendenza conquistata nel 1918, la Polonia affermò per la prima volta il valore fondamentale della famiglia. Secondo gli storici, fu proprio quella famiglia numerosa e cattolica che mantenne la società polacca unita e determinata nella lotta per l'indipendenza⁽¹⁾. A partire dal 1918, e fino alle nuove modifiche dettate dal codice penale del 1932, la Polonia visse un periodo di totale proibizione dell'aborto. Passata sotto l'egemonia dei tre poteri europei dell'epoca – Impero Austroungarico, Germania e Russia – aveva ereditato sistemi legislativi differenti, diversa essendo la sensibilità verso l'interruzione della gravidanza e le conseguenti misure coercitive.

(*) Università Victory di Pristina.

(1) P.D. STACHURA, *Poland 1918-1945. An Interpretative and Documentary History of the Second Republic*, London, Routledge, 2004, p. 45.

Inizialmente non si può parlare di un sistema giuridico unitario, ma di un miscuglio di sistemi ereditati dagli stati di dominio precedente.

Negli anni successivi venne istituita la cosiddetta «Komisja Kodyfikacyjna»⁽²⁾ con il compito di redigere una riforma di codice penale e altre leggi per tutelare la famiglia, che abolì qualsiasi forma d'interruzione di gravidanza, sanzionando penalmente chi intraprendesse un'azione del genere. In nessun modo era considerato il fattore di necessità del ricorso all'interruzione, e perciò le madri che avessero abortito volontariamente rischiavano una pena minima di cinque anni di reclusione, che era aggravata per chi assisteva oppure istigava all'aborto, giungendo fino a dieci anni di reclusione. Gli istituti ecclesiastici dovevano compiere il loro dovere spirituale ed informare i fedeli che tale pratica non era solo un peccato, ma anche un reato abbastanza grave. Spettava al clero quindi la promozione della normativa, in termini efficaci vista l'influenza di cui godeva nella società.

Nel ventennio, si diffuse nei salotti culturali⁽³⁾ un dibattito pubblico incentrato a vario titolo su tematiche attinenti alla famiglia, ed in particolare all'aborto. Questi bioeticisti proposero alla Commissione per la codificazione del '32 di legalizzare⁽⁴⁾ l'interruzione della gravidanza in alcuni casi specifici: *a)* quando la salute della madre fosse in pericolo; *b)* per la gravidanza involontaria in seguito ad uno stupro; *c)* per le donne di età inferiore a quindici anni; *d)* in caso di procreazione incestuosa; *e)* quando la situazione economica e patrimoniale dei genitori fosse molto grave.

La Commissione prese in considerazione i primi quattro elementi ma escluse le difficoltà economiche, considerando comunque l'aborto come un *progetto di morte*⁽⁵⁾.

⁽²⁾ La Commissione per la codificazione, fu istituita alla fine degli anni Venti con il compito di redigere un codice civile e delle leggi collegate, soprattutto in materia civile e di diritto della famiglia.

⁽³⁾ Circolo di intellettuali presieduto da Tadeusz Boy Żeleński.

⁽⁴⁾ T. BOY ŻELEŃSKI, *Piekło kobiet*, Varsavia, Jirafa Roja, 2013.

⁽⁵⁾ Denominazione tradotta letteralmente dalla lingua Polacca.

Il 7 luglio del 1932 la Polonia ebbe il suo primo vero codice penale⁽⁶⁾, che escludeva la punibilità dell'interruzione di gravidanza per i motivi sopra descritti, praticata entro le prime dodici settimane di gravidanza.

Le norme rimasero invariate fino alla seconda guerra mondiale, quando il Paese fu invaso dalla Germania nazista. Per il periodo tra il 1940 e il 1945 non vi sono dati certi sull'efficacia del codice penale, ma numerose sono le testimonianze di interruzioni volontarie della gravidanza, soprattutto per i casi di stupro, ma anche per le gravi difficoltà economiche e sociali.

Tra il 1947 e il 1948 una conferenza nazionale dei medici, in considerazione della bassa natalità e delle perdite umane subite durante la guerra, propose il ritorno al divieto assoluto dell'aborto.

Tre anni più tardi il Ministero di Giustizia avviò il progetto di una nuova normativa organica, necessaria in quanto la legge del 1932 finiva per sanzionare specialmente le classi meno abbienti, visto che le donne benestanti potevano ricorrere a soluzioni e rimedi diversi, spesso in condizioni di rischio, fuori dalle strutture sanitarie oppure chiamando un medico al proprio domicilio. L'ideologia socialista della parità delle classi nell'accesso ai servizi è la base della legge del 27 aprile 1956, n. 12, *sull'interruzione della gravidanza*⁽⁷⁾. Il preambolo ne evidenzia la *ratio*, specificando il legislatore di difendere la vita della donna dalle conseguenze che potrebbe subire durante l'interruzione della gravidanza in condizioni non protette. Alla dizione «*espellere o distruggere il feto*» venne sostituita quella di «*aborto*» e, mentre la precedente disciplina si incentrava sulla protezione del nascituro, quella novellata è tutta disegnata intorno alla salute materna. Ne derivano innovazioni anche in ordine alle fattispecie penali: la donna che abortisce non è responsabile penalmente, ma la sanzione colpisce soltanto le strutture o i sanitari non autorizzati che abbiano assistito all'atto. Fondano il diritto all'interruzione della gravidanza non solo la salute della madre, le patologie fetali, l'essere la gravidanza avviata per causa di stupro o incesto, ma

⁽⁶⁾ Camera Bassa dei Deputati, Sejm, Dz.U. 1932, n. 60, poz. 571.

⁽⁷⁾ H. WOLIŃSKA, *Przerwanie ciąży w świetle prawa karnego*, Warszawa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1962, pp. 15-17.

anche le difficoltà economiche connesse alla gestazione ed al parto. Le donne in stato di gravidanza che dimostrassero una situazione economica assai svantaggiata dovevano farne attestazione al medico, compilando un modulo in cui richiedevano l'aborto per ragioni economiche. Il medico, in forza di una circolare del Ministero della Salute, non godeva dell'obiezione di coscienza, ed anzi aveva il dovere morale e giuridico di dar seguito alla richiesta. Oltre che le condizioni di salute della donna, doveva redigere un verbale delle sue dichiarazioni e trasmetterlo al servizio sociale o al *comitato* della zona di residenza, per accertare la veridicità delle dichiarazioni medesime. Secondo le testimonianze, in realtà, quasi mai le autorità indagavano sulle condizioni materne, ed il fattore economico fu quello prevalente nelle interruzioni delle gravidanze indesiderate. Qualora, invece, la donna fosse minorenni, in seguito alla sua dichiarazione era necessario ottenere l'autorizzazione della Procura della Repubblica.

Non si disciplinava, invece, in alcun modo l'interruzione di gravidanza della donna incapace o non sana di mente.

Gli abusi venivano comunque puniti, e gli artt. 233 e 234 del codice penale del 1932⁽⁸⁾ rimasero in vigore rispetto all'istigazione o alla costrizione della donna all'aborto, sebbene la pena venne ridotta a tre anni di reclusione. A seguito di un sollecito del Presidium Popolare⁽⁹⁾, si presentò tuttavia l'opportunità di riformare il codice penale, e la disciplina in oggetto fu trasfusa negli artt. 131 e 132. Ai sensi del primo, «La pena è ridotta in caso i terzi abbiano eseguito l'aborto in ambienti sanitari ma senza tener conto degli elementi ammissibili per ricorrere a tale interruzione». Il medico che, per ragioni di salute o in presenza di controindicazioni ritenesse di non procedere all'interruzione di gravidanza doveva mettere per iscritto la propria determinazione, e comunicarla ad una commissione medico-legale, la quale era composta da tre medici ginecologi, cui spettava il parere finale sull'autorizzazione.

⁽⁸⁾ *Ibid.*, pp. 91-94.

⁽⁹⁾ Organo legislativo nei Paesi comunisti, che aveva le stesse funzioni del Parlamento.

2. — *Le modifiche tra gli anni Sessanta e la fine del regime.*

A partire dal 1964 viene istituita una nuova commissione per lo studio del nuovo codice penale, approvato nel 1969⁽¹⁰⁾, nel quale la disciplina dell'aborto illegale è dettata dagli artt. 153, 154 e 157. Il primo assoggettava alla reclusione da 6 mesi a 8 anni chiunque costringesse, usasse violenza sulla donna con la minaccia o pressione psicologica perché abortisse o danneggiasse il feto, al pari di chi provocasse l'interruzione della gravidanza fuori dei casi di legge. L'art. 154 era invece riferito all'azione coincidente col consenso materno, di chi eseguisse l'aborto in casi non ammessi o non sussistendone le condizioni di legge, ma la pena era inferiore e poteva raggiungere, nel massimo, i tre anni di reclusione. La profonda novità di questa legislazione è l'esclusione, in ogni caso, della responsabilità penale della donna.

Negli anni Ottanta l'opinione pubblica cattolica e lo stesso clero avviarono un movimento di opposizione all'aborto, ma il regime comunista non lo prese in considerazione, ed anzi si oppose fieramente alla Chiesa, nonostante a capo della Santa Sede fosse stato eletto un Polacco, Karol Wojtyła. La materia fu oggetto solo di interventi minori, con circolari ministeriali nel 1980 e nell'anno successivo. A novembre del 1980, la circolare n. 26 del Ministro della Salute stabiliva che il medico autorizzato ad eseguire l'aborto non potesse essere un professionista di medicina generale, ma un medico specializzato in ginecologia oppure un'ostetrica⁽¹¹⁾. La condizione si verificava raramente fuori dei centri urbani e specialmente nei villaggi, dove il personale altamente specializzato era carente. Per tale ragione, il professionista di medicina generale che raccogliesse la richiesta dalla interessata, doveva immediatamente metterla in contatto con un medico specializzato, non potendo esprimere il nulla osta.

Prima dei lavori del nuovo codice penale del 1990⁽¹²⁾, una nuova circolare del Ministero della Salute cercò di restringere ancora la concreta praticabi-

⁽¹⁰⁾ S. GAL, *Reproducing Gender. Politics, Publics and everyday life after socialism*, New Jersey, Princetown University Press, 2000, pp. 21-23.

⁽¹¹⁾ A. BREZKA, *Podmiotowość prawa człowieka w warunkach postępu biotechnologicznego*, Białystok, Temida, 2011, p. 205.

⁽¹²⁾ J. LACHOWSKI, *System Prawa Karnego*, t. IV, Toruń, p. 442.

lità della procedura, confermando la competenza del medico specialista e sancendo, nel primo paragrafo, il suo obbligo di accertare che la vita della madre fosse in serio pericolo, e che l'intervento interruttivo fosse necessario per escludere conseguenze nefaste⁽¹³⁾. Specifica inoltre, e per la prima volta, il ruolo del consultorio, nell'informativa alla paziente circa i pericoli e gli effetti collaterali dell'intervento, ed in particolare sul rischio cui la gravidanza espone la vita della donna, e sull'utilità dell'aborto ad evitarlo.

Alla donna si offriva, dunque, l'assistenza psicologica e quella sanitaria, e spettava al consultorio ed al medico curante la formazione di un fascicolo con tutti gli esami clinici ed il cosiddetto "storico del paziente", contenente tutti i dati anamnestici. In nessun modo, comunque, il consultorio poteva opporsi alla decisione della gestante⁽¹⁴⁾.

3. — *La disciplina vigente.*

Con la caduta del muro di Berlino e l'avvio anche in Polonia del conseguente processo di democratizzazione, venne novellata anche la disciplina in materia. Eletto Lech Walesa⁽¹⁵⁾, un elettricista divenuto popolare in tutta l'Europa comunista per aver guidato il movimento *Solidarnosc*, proveniente dalla classe operaia e cattolico devoto, ne fu subito chiara la forte opposizione all'aborto e al riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali. Per sua stessa dichiarazione, non avrebbe mai firmato una legge che in qualche modo legittimasse l'interruzione della gravidanza oppure la convivenza omosessuale⁽¹⁶⁾. Nei primi anni del suo mandato cambiò quindi la legge del 1956, la più liberale conosciuta dal Paese, e siglò il concordato con la Santa Sede, cui diede attuazione anche con la legge sull'aborto. Il concordato,

⁽¹³⁾ *Ibid.*, p. 256.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 257.

⁽¹⁵⁾ Leader della rivolta anticomunista a Danzica, diventato simbolo della resistenza in Polonia. Fonda il movimento «Solidarietà». Tra il 1990 e il 1995 è Presidente della Repubblica Polacca. Premio Nobel per la Pace.

⁽¹⁶⁾ Articolo in «Repubblica», *Lech Walesa minaccia di indire elezioni anticipate*, 2 luglio 1992.

firmato a Varsavia il 27 luglio del 1993, riconosceva il ruolo millenario della Chiesa, l'aiuto ed il significato del Pontefice Giovanni Paolo II, l'esigenza di regolare la moralità del Paese, con l'efficacia di convenzione internazionale superiore a qualsiasi legge nazionale⁽¹⁷⁾.

Il concordato stabiliva che entrambi i soggetti di diritto internazionale fossero liberi e sovrani ciascuno nel proprio ordine⁽¹⁸⁾, ma garantiva alla confessione cattolica privilegi sconosciuti alle altre religioni, sottolineando il ruolo primario della religione cattolica in funzione della coesione sociale. Ruolo richiamato nel preambolo e con riguardo alle competenze della Chiesa nell'educazione ed il sostegno ai corpi militari, alle istituzioni scolastiche, ospedaliere e penitenziarie, attraverso l'opera personale, dipendente dallo Stato, in funzioni di guida morale e religiosa. Vennero altresì riconosciuti gli effetti civili del matrimonio canonico, quando richiesto dai coniugi, mentre nessuna norma si riferiva esplicitamente al diritto alla vita o, comunque, alla protezione del feto dall'interruzione volontaria di gravidanza.

Non era necessario, essendo approvata nello stesso anno la legge del 7 gennaio 1993 «*Sulla pianificazione familiare, la protezione del feto e le condizioni per l'interruzione della gravidanza*»⁽¹⁹⁾, su cui si concentrarono il dibattito e l'opposizione all'ala più radicale della coalizione di governo, che insisteva per la totale abolizione dell'aborto legale, mentre l'opposizione si preparava al referendum abrogativo. La maggioranza si divise, la camera bassa «Sejm» si oppose, ma la legge fu infine approvata, soprattutto per la determinazione di Walesa. La Polonia entrò così a far parte della ristretta lista di Stati europei che vietano generalmente l'aborto, salvo sia necessario per salvare la vita della madre, così come si prevedeva in Irlanda⁽²⁰⁾. I conservatori del parti-

⁽¹⁷⁾ Disponibile anche in lingua italiana sul sito della Santa Sede, http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19930728_sede-ap-polonia_it.html.

⁽¹⁸⁾ Art. 1 del Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia.

⁽¹⁹⁾ Disponibile sul sito ufficiale del Parlamento Polacco, vers. trad. in inglese dalla Federazione delle Donne Polacche.

⁽²⁰⁾ *Eight Amendment Constitution Act*, fu inserito dopo un referendum tenutosi in Irlanda nel 1983 sull'abolizione dell'aborto. G. DOEKER MACH, K. ZIEGERT, *Law, Legal Culture and Politics in the twentieth Century*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2004, pp. 429-431.

to di Walesa affermavano che solo negli anni Ottanta furono eseguiti oltre 500.000 aborti, e per questo ritenevano la legge del 1956 troppo liberale, da riformare in nome della difesa della vita e dell'embrione.

La legge sulla pianificazione familiare, la protezione del feto e l'aborto richiama il diritto fondamentale, che costituisce correlativo dovere dello Stato, di proteggere la vita e prendersi cura del cittadino, della società e della famiglia. Il principio, affermato nella Costituzione polacca e richiamato nel preambolo della legge in commento, è attuato attraverso il diritto di formare una famiglia ed avere dei figli, di avere accesso alle informazioni circa la sua espressione, e di beneficiare dell'educazione e della consulenza necessarie ad attuarlo. Il primo articolo afferma la protezione della vita umana fin dalla fase prenatale, e fa obbligo alla pubblica amministrazione ed agli organi locali, entro le proprie competenze e risorse, di mettere a disposizione delle madri in stato di gravidanza il sostegno sociale ed economico, quello sanitario e l'assistenza legale, specificando che la cura si estende al feto.

L'aiuto economico deriva dalla legge n. 29 del 1990, che prevede uno stanziamento annuale nella legge finanziaria del governo, ed assegna una somma di denaro per le madri in stato di gravidanza, nonché cure gratuite prima e dopo il post parto. L'assistenza psicologica ed educativa è estesa anche alla famiglia, agli altri figli ed al marito della gestante.

Altro diritto fondamentale riaffermato nella legge è quello all'istruzione ed alla educazione⁽²¹⁾. Per le giovani madri, impossibilitate a frequentare i corsi oppure a sostenere esami nel periodo di gestazione e subito dopo la nascita del figlio, le istituzioni scolastiche devono organizzare corsi specifici e prevedere appelli di esame straordinari, per consentire loro di non interrompere gli studi. La legge obbliga le istituzioni sanitarie ed i consultori ad offrire gratuitamente l'informazione sulla procreazione, e tutti gli esami ed i test utili per uno sviluppo della gestazione senza complicazioni per la salute materna e fetale⁽²²⁾. Oltre alle istituzioni statali, la legge prevede che anche le

⁽²¹⁾ Art. 53 della Cost. Polacca.

⁽²²⁾ Legge del 7 gennaio 1993 *Sulla pianificazione familiare, protezione del feto e le condizioni per l'interruzione della gravidanza*, disponibile nel sito www.sejm.gov.pl.

istituzioni ecclesiastiche siano coinvolte, richiedendone all'art. 3 la collaborazione con gli enti locali, per organizzare corsi e sostegno alle madri ed alle famiglie, e curare le adozioni.

Fondamentale è dunque l'informazione dei cittadini in tutto ciò che attiene alla procreazione, attraverso corsi di educazione sessuale e prenatali, per formare genitori responsabili e coscienti, relegando la disciplina dell'obiezione di coscienza ai curricula scolastici, sotto la guida dei programmi ministeriali circa i contenuti dei corsi e la professionalità degli insegnanti.

L'interruzione volontaria della gravidanza può dunque eseguirsi in Polonia soltanto quando il medico certifica uno dei casi previsti per legge:

- a) quando la gravidanza espone a serio pericolo la vita della madre;
- b) quando i test prenatali oppure altri accertamenti indicano un rischio molto alto di difetti cromosomici, oppure di patologie fetali incurabili;
- c) quando sussistono seri motivi per ritenere che la gravidanza sia frutto di un atto criminale, con riferimento allo stupro, oppure alla relazione incestuosa.

La riforma del 1993 ha escluso il motivo economico e sociale⁽²³⁾, assumendo lo Stato l'obbligo di garanzia e protezione della donna che versi, eventualmente con la propria famiglia, in difficoltà economiche. A tale scopo è stato introdotto un *bonus bébé* di Euro 250,00 mensili⁽²⁴⁾, erogato alle famiglie iscritte nelle liste di disoccupazione presso gli uffici di collocamento.

L'interruzione di gravidanza è in ogni caso praticata da un medico, in ospedale, e per patologie fetali consente l'intervento fino al momento in cui il feto abbia capacità di vita autonoma, mentre in caso di atto criminale il termine è fissato nelle dodici settimane di gestazione. L'accertata patologia non prescinde comunque dal consenso della madre, espresso in forma scritta e raccolto dal medico competente. Se la gestante è minorenne o incapace, il consenso è espresso dal tutore, ma si raccoglie quello della donna che

⁽²³⁾ Il motivo economico fu introdotto per la prima volta nella legge del 1956.

⁽²⁴⁾ Sono 1000 zloty nella moneta nazionale, quando lo stipendio medio è 2500 zloty.

abbia compiuto i tredici anni di età, salva la sua incapacità mentale. Quando non sia in alcun modo possibile raccogliere il consenso scritto del tutore, è necessaria l'autorizzazione del Tribunale per i Minori.

Espresso tale consenso ed il parere del medico curante o di uno specialista che eseguirà l'intervento, la donna deve consegnare questo rapporto scritto, dichiarando che è cosciente delle conseguenze della scelta e delle possibili complicazioni cui si espone. Ricevuta l'assistenza psicologica, è comunque necessario verificare che non sia maturato un ripensamento, e si procede all'intervento dopo almeno tre giorni.

Scopo della consultazione e compito degli operatori del consultorio è offrire un'assistenza totale, psicologica, sanitaria, ma soprattutto assicurare tutto l'aiuto che le istituzioni offrirebbero dopo il parto. Anche i membri della famiglia possono partecipare alle consultazioni, e viene offerto un quadro informativo legale sulla protezione della maternità e le conseguenze sanzionatorie di dichiarazioni mendaci, parziali, o comunque non veritiere.

La legge specifica che la disciplina si applica anche alle strutture sanitarie private e convenzionate, che non offrono, a differenza di quelle pubbliche, un servizio consultorio, oppure lo prevedono in forma semplificata. A tale scopo, il Ministro della Sanità, di concerto con l'ordine dei medici, fissa la professionalità richiesta ai sanitari autorizzati a praticare l'interruzione della gravidanza, al pari di quanto dispone per i consultori, in collaborazione col Ministero degli Affari sociali. Il servizio è gratuito per le donne assicurate secondo la legge al Servizio sanitario nazionale, oltre che per altre categorie che usufruiscono dell'accesso gratuito. Le strutture private hanno invece autonomia rispetto ai programmi di informazione, e spesso di fatto non li offrono, sebbene molte donne vi si rivolgano perché offrono un servizio migliore ed una procedura più veloce, meno scrupolosa che nei servizi pubblici. Il Ministero della Sanità e quello del Welfare stabiliscono, dunque, e definiscono attraverso un programma concordato, la specifica professionalità dei medici abilitati ad eseguire l'aborto, cui impongono il dovere di riservatezza, salvo il risarcimento del danno.

Il testo di riforma così dettato è collegato a due nuove disposizioni, inserite nel codice civile a protezione dei diritti del feto. L'art. 8, § II, riconosce

la proprietà ed il godimento dei beni fin dal momento del concepimento, mentre l'art. 445 prevede che «*Il bambino, una volta nato, può richiedere il risarcimento del danno a lui procurato durante il concepimento*»⁽²⁵⁾.

Ulteriori modifiche sono apportate al codice penale, che si premurava solo della salute materna, e viene riscritto inserendo tra le persone offese il feto ed il nato. I test prenatali, che comprendono tutti gli esami medici durante la gravidanza e possono esporre a rischi la salute embrionale, possono essere praticati soltanto se il medico abbia seri dubbi sull'esistenza di patologie fetali, e ne attesti l'utilità unicamente nei seguenti casi:

- a) in presenza di patologie familiari ereditarie;
- b) per il fondato sospetto che il feto soffra di una malattia che non si può curare, limitare oppure controllare durante la gravidanza;
- c) quando il feto presenti malformazioni irrimediabili.

Rimane invariato il dettato dell'art. 149 del codice penale del 1956, che punisce chiunque cagiona la morte del bimbo concepito con la reclusione non inferiore a due anni. La mancata responsabilità penale della madre viene riconfermata, prevedendosi la sanzione penale solo a carico dei terzi. Vengono inoltre stabiliti casi di esonero del medico da responsabilità per l'interruzione della gravidanza o i danni al feto⁽²⁶⁾:

- a) intervento necessario per salvare la vita della madre, purché ciò sia accertato da altri due medici oltre a quello che ha eseguito l'intervento;
- b) danno al feto causato per la necessità di salvare la vita della madre;
- c) test prenatali ed esami comprovanti le malformazioni irrimediabili del feto, la cui patologia deve comunque essere confermata da altri due medici;
- d) autorizzazione giudiziale in caso di gravidanza conseguente ad atto criminale.

⁽²⁵⁾ E. GNIEWEK, *Kodeks Cywilny*, Sub Artt. 444-445, Warszawa, 2014.

⁽²⁶⁾ A. ZOLL, *Kodeks karny część szczególna*, t. II, Warszawa, Lex, 2013, p. 331.

Chiunque opera al contrario di quanto stabilito, si tratti del medico oppure di persona non autorizzata, esercitando violenza o provocando la morte della madre, è punito con la reclusione da otto a dieci anni.

La discrezionalità del medico è dunque minima, perché sarebbe sufficiente che un altro sanitario dichiarasse che era possibile salvare il feto, o che mancavano le condizioni per l'aborto, per sostenerne la responsabilità penale. Per tali ragioni l'obiezione di coscienza dei medici è molto diffusa, anche perché stabilire l'irrimediabilità delle patologie fetali è apprezzamento ampiamente criticabile, ed in molti casi per difendere il diritto alla vita del feto i medici hanno rifiutato di eseguire l'aborto, pur provocando alla madre seri danni. Uno di questi ha richiamato l'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di cui si darà traccia qui di seguito.

4. — *La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

Il caso è stato deciso nel 2007⁽²⁷⁾, e si riferisce ad una cittadina polacca, Alicia Tysiac, nata a Varsavia nel 1971, alla quale era stata diagnosticata una severa miopia all'età di 6 anni, in entrambi gli occhi. Nel 2000, alla sua terza gravidanza e dopo due parti cesarei, la sua miopia era gravemente peggiorata, e la retina aveva subito un drastico indebolimento. Dopo aver consultato tre diversi oculisti, i quali sostenevano che il peggioramento fosse conseguenza della gravidanza, costei apprese la concreta possibilità di perdere definitivamente la vista, sebbene nessuno dei medici rilasci un certificato in cui attesti che la sua salute fosse in pericolo, consentendo di procedere all'interruzione della gravidanza. Nell'aprile del 2000 un medico di base dichiarò un diverso presupposto per l'intervento interruttivo, consistente nel rischio di lacerazioni dell'utero conseguenti ai due precedenti parti cesarei. Prescrisse inoltre alla gestante il riposo e l'astensione da qualsiasi sforzo, anche in considerazione del fatto che doveva comunque accudire gli altri due figli. Al secondo mese di gravidanza, un nuovo controllo oculistico certifica il peggioramento

⁽²⁷⁾ Caso n. 5410/03: *hudoc.echr.coe*, in Alicia Tysiac v.s Poland.

della miopia, ed in conseguenza di tutti questi accertamenti la donna fissa, per il 26 aprile del 2000, un appuntamento con il direttore del centro ginecologico di Varsavia, area medica a lei assegnata in base alla residenza, e richiede l'interruzione della gravidanza. Il direttore della clinica effettua una nuova visita medica, senza prendere in considerazione gli accertamenti precedenti, e certifica che sia la vista che la lacerazione dell'utero non costituiscono rischi, per la sua salute, tanto gravi da legittimare l'aborto. In quella occasione consulta peraltro un endocrinologo senza informarne la paziente, e le consiglia di proseguire la gravidanza programmando il taglio cesareo, assicurandole che potrà avere altri figli senza rischi. La gravidanza prosegue ed il bambino nasce con parto cesareo. Esattamente dopo sei settimane, la donna viene ricoverata con urgenza nel reparto di oculistica per una emorragia alla retina, avendo perso del tutto la vista. La situazione è così grave che non può contare nemmeno le dita ad una distanza di circa un metro e mezzo, ed il medico specialista attesta che nemmeno con un intervento chirurgico può più correggersi la vista. Alla signora viene riconosciuta l'invalidità da una commissione medico legale, che la dichiara inabile alle attività lavorative.

La paziente deposita nel 2001 denuncia nei confronti del direttore del reparto di ginecologia per aver negato l'aborto così come raccomandato dal suo medico curante, in violazione della legge sulla interruzione della gravidanza e dell'art. 156 del codice penale, per le procurate lesioni fisiche permanenti e irreparabili.

Le indagini compresero le deposizioni dei medici curanti, gli oculisti ed il medico di famiglia che aveva rilasciato l'autorizzazione dell'aborto, e venne disposta la consulenza tecnica di un medico legale e di un esperto dell'Accademia delle Scienze di Bylastok⁽²⁸⁾. Il Pubblico Ministero concluse escludendo la causalità tra miopia e la gravidanza, ritenendo che il peggioramento della vista non fosse il risultato di un'azione umana ma l'esito di un procedimento naturale già in atto, e di conseguenza archiviò la notizia di reato.

La Corte d'Appello di Varsavia si occupò dell'impugnativa della paziente, che denunciava di non essere mai stata esaminata dai due specialisti incaricati

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, Tysiac v.s Poland.

dal Procuratore, ma soltanto dall'oculista, e per una visita di routine di non più di dieci minuti, non essendo stati presi in esame i referti medici precedenti, né disposti altri esami approfonditi. Sosteneva, soprattutto, che il peggioramento del suo *visus* e l'emorragia erano intervenute durante la gravidanza e dopo il parto, proprio perché da questa determinato. Denunciava inoltre la violazione del suo diritto al consenso informato, anche per non aver potuto leggere il materiale consegnatole proprio a causa della sua miopia.

La decisione del giugno del 2002 ribadì che il procuratore distrettuale aveva seguito la procedura corretta per garantire il giusto processo, avendo i due specialisti incaricati avuto ampia conoscenza dei suoi referti medici e degli esami clinici in precedenza svolti; escluse altresì la negligenza tanto del primario che aveva rifiutato l'aborto, che dei consulenti del Pubblico Ministero, e confermò l'archiviazione. Dello stesso avviso era anche l'ordine professionale dei medici, che non sanzionò in alcun modo gli indagati né, tantomeno, gli impedì di esercitare la professione.

Le norme interne applicabili, assunte dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a fondamento della decisione sul ricorso della paziente contro la Polonia, sono la Costituzione, la legge sulla pianificazione familiare e l'interruzione della gravidanza, le citate disposizioni del codice penale e di procedura penale, e la giurisprudenza sulla loro applicazione. La Costituzione polacca, artt. 38 e 47, *«garantisce il diritto alla vita per tutti gli esseri umani [...] tutti debbono godere la propria vita privata, una buona reputazione, e possono decidere autonomamente sulla propria vita»*.

La legge sulla pianificazione familiare ed il diritto all'aborto permettono alla gestante, secondo la Corte, di interrompere volontariamente la gravidanza entro le prime dodici settimane nei casi in cui la sua vita sia in pericolo, oppure quando la gravidanza comporti danni parziali o totali alla sua salute. Tale pericolo deve essere certificato da un medico di base o specialista, dopo i necessari esami. Il regolamento del Ministero della Salute del 1997 precisa però che la competenza è unicamente dello specialista, ed una direttiva dell'ordine dei medici chiarisce che nei casi in cui il medico abbia dubbi o non sia del tutto sicuro del caso, può chiedere per iscritto il parere di un altro specialista.

Il codice penale non punisce i medici che eseguono l'aborto in una struttura ospedaliera, per il bene della salute della madre, senza l'intenzione di provocare a essa la morte o altri danni alla salute, ma sanziona l'intervento effettuato senza attenersi alle disposizioni dell'art. 4, comma 1, ed il margine differenziale è davvero stretto. Il codice di procedura penale prevede che alle persone coinvolte in un processo, le quali non possano permettersi l'assistenza legale per motivi economici, debba essere offerto il patrocinio a spese parte dello Stato, mentre era mancato per la signora, disoccupata e con tre figli a carico.

Il codice civile della Repubblica di Polonia, art. 448, prevede il diritto al risarcimento del danno biologico di colui cui siano causate lesioni, anche senza colpa, risarcimento che era stato negato, avendo il Tribunale di Varsavia ritenuto non provato il nesso di causalità col rifiuto dei medici di autorizzare l'interruzione della gravidanza.

Infine, la Corte esamina alcune pronunce di merito: la prima, del 2003⁽²⁹⁾, si riferiva al rifiuto di autorizzazione ad interrompere una gravidanza frutto di stupro, attestato con certificati medici, e riconosceva alla gestante un indennizzo; la seconda⁽³⁰⁾ riguardava il rifiuto, da parte di sanitari, di effettuare esami prenatali idonei ad accertare le condizioni fetali, ed anche in questo caso veniva riconosciuto un indennizzo.

Il governo polacco, sostenuto dalle associazioni delle famiglie cattoliche polacche, dichiara il mancato esaurimento dei gradi interni di giudizio, a norma dell'art. 35 della Convenzione, giustificando il mancato risarcimento per l'impossibilità di configurare alcuna negligenza nell'operato dei medici, funzionale alla tutela della salute materna, come previsto dalla legislazione nazionale. Contesta anche un vizio di procedura, domandandosi con unico giudizio l'accertamento penale e la sanzione civile, e sottolinea le differenze

⁽²⁹⁾ Caso n. CV K 167/03, Corte Suprema di Polonia, 2006, R. Slaska v.s Szpitala Miastej: «È illegale rifiutare l'aborto quando sia accertato che questo è avvenuto dopo uno stupro, perciò, come previsto dalla legge 1993, art. 4, par. 3, si obbliga le strutture sanitarie ad un risarcimento pecuniario».

⁽³⁰⁾ CV J161/05, B. Agnieszka v.s Ospedale Regionale di Bialostok: «così come sancito dalla legge del 1993, art. 4, par. 1, rifiutare quando vi è un rischio per la vita della madre e del concepito, dà diritto alla gestante ad un indennizzo».

con i casi di certificato impedimento dell'esercizio del diritto ad interrompere la gravidanza, nei quali era stato riconosciuto il risarcimento, per sottolineare che la signora Alycia Tysiac non aveva patito il deterioramento della vista per conseguenza della gravidanza.

La ricorrente, la Federazione delle donne polacche e la Comunità per la difesa dei diritti in Polonia sostengono l'opinione contraria, evidenziando come sia i medici che il sistema giudiziario abbiano ignorato il diritto alla salute della signora, e non tenendo nella dovuta considerazione il motivo per cui lei aveva presentato ricorso: il mancato risarcimento conseguente all'omessa verifica della responsabilità medica per le lesioni e i danni provocati alla sua salute dall'essergli impedito di interrompere la gravidanza in atto. Denunciano quindi la violazione degli artt. 8 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il caso era effettivamente complesso: i medici temevano danni alla propria reputazione ove avessero autorizzato l'aborto, ed il processo che li vedesse indagati per il reato connesso era danno anche maggiore, e la stessa Federazione delle donne polacche evidenzia alla Corte che la legge polacca non fa chiarezza circa i problemi di salute la cui insorgenza durante la gravidanza autorizza l'aborto, sicché era difficile comprendere se il peggioramento della vista potesse considerarsi, a tale stregua, un problema grave.

La Corte di Strasburgo, rigettata l'obiezione preliminare del governo polacco, ha escluso all'unanimità la violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU, e a maggioranza⁽³¹⁾ ha affermato la violazione dell'art. 8 per non avere, lo Stato, garantito alla signora Tysiac il rispetto della propria vita privata. Nella decisione ritiene assorbita la censura riferita agli artt. 13 e 14 della Convenzione CEDU. Di conseguenza, ha disposto il pagamento di un risarcimento per danni non patrimoniali e spese legali.

La corte evidenzia che la legislazione polacca, pur restrittiva, permette l'interruzione della gravidanza quando la vita della donna sia in pericolo, quindi non spetta alla corte medesima evidenziare se esista o meno il diritto

⁽³¹⁾ Due giudici hanno espresso voto contrario, il giudice Borrego si è opposto fermamente.

di abortire. Violando però l'art. 8 della Convenzione, lo Stato in qualche modo ha interferito nella vita privata della sig.ra Tysiac. Il non interferire nella vita privata secondo la corte significa, infatti, anche garantire l'integrità morale e fisica dei cittadini, evitare che siano sotto la pressione collettiva, e soprattutto sotto la pressione della autorità pubblica. Infine, assicurando un diritto fondamentale come la difesa della vita dei cittadini, lo stato polacco ha in qualche modo messo in pericolo la vita della cittadina stessa. In questo caso, non vi è stata proporzione tra protezione della vita, di rilievo diritto costituzionale, e applicazione delle misure previste dalla legge sull'aborto. Secondo la corte, si è realizzata una chiara violazione dell'obbligo, gravante sullo Stato, di garantire l'integrità fisica della madre. Sia la legge del 1993 che le direttive da parte del ministero non chiariscono inequivocabilmente, ai medici, quali siano i casi in cui è consentito intervenire, ma si limitano a stabilire a quali medici è consentito rivolgersi. Nel caso di specie, la decisione dei sanitari e dell'ospedale pubblico si sono risolte in un divieto dell'aborto, mancando la previsione normativa di una procedura valutativa sulla richiesta materna di interruzione della gravidanza che da un lato possa riconoscere la possibilità alla donna di esprimere il proprio dissenso dinanzi ad un organo competente (struttura ospedaliera in questo caso) e, dall'altro, la documentazione per iscritto di entrambe le posizioni. Questa situazione ha creato in ogni caso, ed a prescindere dal fatto che sussistessero i presupposti legali per l'interruzione di gravidanza, uno stress e stato di angoscia in capo alla signora Tysiac, violando il suo diritto alla vita privata e familiare.

5. — *Il dibattito attuale sulla totale abolizione dell'aborto in Polonia.*

Il partito di maggioranza polacco ⁽³²⁾, conservatore ed ispirato ai valori della patria e del cattolicesimo, ha di recente proposto l'abrogazione di ogni

⁽³²⁾ Denominazione originale *Pravo i Sprawiedliwość*: diritto e giustizia. Attualmente ha la maggioranza sia Senato che alla Camera Bassa Sejm, sufficiente anche ad una legge di revisione costituzionale. È stato fondato dai fratelli Kaczyński, uno dei quali deceduto durante la tragedia di Smolensk.

disposizione che legittima l'interruzione volontaria di gravidanza, ed in questo senso si è espresso il primo ministro ⁽³³⁾, ribadendo che la famiglia è al centro dell'attenzione del governo, e proponendo l'istituzione di un *bonus* esteso fino ai 18 anni per tutti i nuovi nati.

La proposta prevede d'intitolare la legge del 1993 dalla «*pianificazione familiare*» alla «*educazione e preparazione per la famiglia*» e si basa sulla riforma della costituzione in funzione della protezione della vita umana fin dal concepimento, sul presupposto per cui la vita è un valore fondamentale fin dal suo inizio, e per tale ragione si impone la proibizione dell'aborto. Di conseguenza sono vietati i test prenatali funzionali ad accertare patologie fetali. Il progetto legislativo incarica la pubblica amministrazione e gli enti locali di prendersi cura della madre e dei bambini nati con patologie fisiche o psichiche i mentali, come delle donne che abbiano subito uno stupro, offrendo a loro ed al nato assistenza psicologica ed economica.

Le critiche sono vivaci, come l'opposizione della società civile, che accusa il Governo di prestabilirsi una maggioranza favorevole presso la Corte costituzionale, sostituendone i membri ⁽³⁴⁾. Il problema resta un altro, quello della sostanzialità della legge. Nel caso attuale, è vero che esistono casi quando si può ricorrere all'aborto, però è altrettanto vero che è difficile ottenere l'autorizzazione. La mancata chiarezza della legge attuale sui casi fa sì che molti medici esitano, per il rischio di essere incriminati, in ragione dell'ostilità dell'intero sistema e non solo dei singoli operatori.

Uno dei fattori più frequentemente denunciati rimane la pressione sociale e professionale sui pochi medici non obiettori di coscienza. Ammessa la buona volontà del medico, e considerato che egli agisce in ogni caso per salvare la vita della madre, resta nell'ambiente lavorativo la diffusa opinione che egli si sia risolto ad un atto contrario alla morale ed ai dettami religiosi. Questo è abbastanza comune negli ospedali pubblici, nei quali spesso si aggrava la pressione sui medici ginecologi da parte dei dirigenti.

⁽³³⁾ [Http://www.tpi.it/mondo/polonia/polonia-marcia-indietro-legge-proibire-aborto](http://www.tpi.it/mondo/polonia/polonia-marcia-indietro-legge-proibire-aborto).

⁽³⁴⁾ [Http://www.theguardian.com/world/2016/mar/09/poland-constitutional-court-law-and-justice-government-reforms](http://www.theguardian.com/world/2016/mar/09/poland-constitutional-court-law-and-justice-government-reforms).

A distanza degli anni dalla ricordata pronuncia della Corte di Strasburgo, la situazione non è dunque migliorata: lo Stato non ha reso effettivo il diritto riconosciuto dalla legge del 1993, come attesta una nuova vicenda, giunta all'attenzione della Corte Europea a distanza di cinque anni, il caso R.P. v.s Polonia del 2012⁽³⁵⁾. Ancora una volta, la Corte ha dichiarato che le autorità polacche non garantiscono effettività alla norma dell'art. 4, § 1 della legge, evidenziando anche la discriminazione in danno dei medici e delle strutture ospedaliere, anche conseguente alla commistione dei dettami confessionali con la deontologia professionale. Tale pressione sui medici si riverbera in ostacoli che lo Stato non può colmare, in ragione del fatto che la maggior parte dei sanitari sono obiettori di coscienza, oppure temono l'incriminazione o la sanzione disciplinare, e di conseguenza la maggior parte degli ospedali pubblici non garantiscono il diritto previsto dalla legge del 1993, e di conseguenza quello costituzionale alla salute.

La situazione sarebbe diversa nelle strutture private, presumendosi una procedura meno burocratizzata, e maggiore presenza di medici che non si avvalgono del diritto all'obiezione di coscienza. Di fatto, tuttavia, non si ha notizia di alcuna controversia tra pazienti e cliniche private per aver impedito di effettuare test prenatali o per aver negato l'interruzione volontaria di gravidanza. Ne deriva il doppio fallimento dello Stato, da una parte incapace di garantire il servizio pubblico gratuito perché si ostacola in vari modi l'applicazione della legge in materia, e dall'altra parte non riesce neppure a proteggere la vita il feto quando non ricorrono i presupposti normativi, perché è sempre aperta la soluzione del ricorso alle strutture private.

Pertanto, la totale preclusione dell'aborto finirebbe per rendere illegale qualsiasi intervento che possa danneggiare il feto, ma non risolverebbe affatto la situazione. Aumenterebbero gli interventi clandestini, come ha dimostrato l'esperienza di Paesi che attuano la più rigida proibizione, ovvero il ricorso ad interventi praticati all'estero, nei vicini Stati dell'Unione Europea in cui tale facoltà è garantita.

⁽³⁵⁾ R.R. v.s Polonia, caso 27617/04: «I medici non hanno preso in considerazione la malformazione del feto e il pericolo che la signora correva, ed hanno rifiutato l'aborto anche influenzati dal parroco della zona».

Profili multidisciplinari del parto anonimo dopo la declaratoria di incostituzionalità. Note a margine di un recente saggio.

[BRUNO DE FILIPPIS^(*)]

Leggere il libro ‘Il parto anonimo’⁽¹⁾ curato dalla professoressa Stefanelli è come aprire un piccolo scrigno entro il quale sia custodito un gioiello di analoghe dimensioni, perfetto e luccicante nelle sue forme.

Ottima la ricostruzione giuridica della normativa e della giurisprudenza, completa e convincente la parte che illustra le motivazioni della proposta e le ragioni psicologiche ed esistenziali dei promotori, incisive e coinvolgenti le storie infine raccontate.

Proprio queste ultime aggiungono al volume un tocco di umanità e, direi, di poesia, intendendo quest’ultima come ciò che riesce a parlare direttamente al cuore delle persone.

Per chi, come me, ha seguito da tempo la tematica del parto anonimo e si è conseguentemente già documentato nella giusta misura, i contenuti del volume appaiono inoppugnabili ed alcune sue dimostrazioni addirittura pleonastiche: chi può dubitare del fatto che conoscere le proprie origini sia un elemento indispensabile nella formazione della personalità e nella ricerca dei propri equilibri esistenziali? Evidentemente, invece, viste le incertezze ed i tempi dei nostri politici, tutto ciò era necessario ed è bene averlo fatto.

La normativa esistente va cambiata. È consona ad un passato nel quale, a prescindere dalle arcaiche concezioni “moralì” che dominavano (e che la letteratura, da “La lettera scarlatta” ad “Anna Karenina” ha così bene descritto), comprendere il disagio sociale ed economico della donna era se-

^(*) Presidente f.f. del Tribunale di Salerno

⁽¹⁾ S. STEFANELLI (a cura di), *Il parto anonimo. Profili giuridici e psicosociali dopo la declaratoria di incostituzionalità*, Capua, 2015.

gno di grande sensibilità, ma non erano ancora maturate altre sensibilità, ugualmente importanti, che la coscienza collettiva ha poi evidenziato e che rendono oggi ineludibile un contemperamento di valori costituzionalmente protetti.

Né il tema trattato è fine a sé stesso, poiché si inquadra in un contesto di battaglie per il riconoscimento dei diritti delle persone e per l'ammodernamento del codice civile, che ha conosciuto altre tappe e che ancora, si spera presto, potrà conseguirne altre.

Intanto, attendiamo, con sentimenti del tutto analoghi a quelli dei promotori, l'esito parlamentare di questa vicenda.

Tra statuto normativo della proprietà e diritto 'vivente'. Note a margine di un recente saggio.

[ADRIANO PISCHETOLA ^(*)]

1. – La lettura edificante delle pagine del libro ‘Studi sulla proprietà’ del professore Scozzafava ⁽¹⁾ – segnatamente nel capitolo XVII intitolato appunto ‘La proprietà’ – lascia il lettore fortemente attratto dalla prospettiva efficacemente colta dall’Autore ove annota «Il diritto di proprietà attualmente è disciplinato da molteplici fonti normative, con la conseguenza che, se si vuole determinare il relativo concetto, occorre aver riguardo alle norme che nel nostro sistema concorrono a delineare la struttura di tale diritto».

Al giurista che in particolare s’interessa di dinamiche contrattuali (come il sottoscritto) questa è un’espressione che suona forte e veridica, perché è proprio nella definizione dell’esatto quadro normativo – come annota il professore Scozzafava – che può essere individuata il concetto e la struttura del diritto di proprietà.

Eppure, proprio nella tormentosa attività di conio normativo svolta dal nostro legislatore nell’ultimo decennio, si sta facendo strada un percorso parallelo: sembra talora che il concetto e la struttura di quel diritto non derivino più solo dall’astratta regola contenuta nella norma definitoria concepita ed elaborata dal legislatore e nemmeno più solo da un disposto lapidario come può essere quello dell’art. 42 Cost. Concetto e struttura del diritto di proprietà sembrano sempre più spesso pre-definiti e poi in sede interpretativa valorizzati in funzione dei ‘bisogni’ sociali (presunti o reali) che costituiscono essi stessi probabilmente – mi si passi l’espressione – la ‘presupposizione’ del precetto normativo statuente modalità e contenuto del diritto cui esso pertiene.

^(*) Notaio in Perugia

⁽¹⁾ O.T. SCOZZAFAVA, *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014.

Mi riferisco – è ovvio – alla normazione di recente conio, ad istituti con i quali siamo stati costretti nei tempi più recenti ad assumere confidenza e far sì che l'assumano anche i cittadini (cui il precetto normativo è finalisticamente veicolato); con la difficoltà, di pari passo, di dover giustificare e illustrare meccanismi operativi non del tutto agevoli a chi è figlio di una civiltà giuridica che qualifica tutt'ora il diritto di proprietà come 'il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo' (art. 832 c.c.).

Ad esempio il trust (anche di cd. diritto interno ove l'elemento di internazionalità è dato solo dalla legge applicabile): ove risulta di non agevole e immediata comprensione lo statuto della proprietà dei beni e ove, più che definire bene tale statuto, si disciplina più analiticamente il 'controllo' cui soggiacciono i beni conferiti in trust, dice infatti la Convenzione de l'Aja 1° luglio 1985 ratificata con legge n. 364/89 che per trust s'intendono «i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico; beni che costituiscono una massa distinta pur non facendo parte del patrimonio del trustee e pur essendo intestati a nome del trustee stesso o di un'altra persona per conto del trustee; trustee che pure è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge».

Se non si fa ricorso a meccanismi eventualmente previsti dalla legge straniera (la cui conoscenza comunque non appare agevole), resta problematico sapere (la Convenzione non lo dice) se è possibile ipotizzare e come articolare una eventuale risoluzione convenzionale di un siffatto trust, soprattutto ove non sia solo 'di scopo' ma risultino esservi anche beneficiari di reddito e, soprattutto, beneficiari 'finali'; poi se questi sono minorenni l'orizzonte si complica. La valutazione degli interessi di quest'ultimi (anche della sola e mera aspettativa d'acquisto) infatti non potrà non essere affidata allo scrutinio di un Giudice tutelare. E peraltro la ipotesi della necessità di addivenire ad una risoluzione successiva alla costituzione del trust non è poi così peregrina se il settlor (o costituente) soltanto dopo si rende conto della vincolatività dello strumento negoziale posto in essere e manifesta segni di

irrequietezza rispetto al congegno negoziale costituito forse senza eccessiva meditazione.

2. – E discorso in parte analogo va condotto con riferimento agli atti di destinazione previsti dall'art. 2645-*ter* c.c. (inserito da d.l. n. 39/2005 convertito in l. n. 51/2006) 'per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322 c.c.'.

A fronte proprio della difficoltà della conoscenza della legge straniera applicabile al trust, gli atti destinativi di cui si discorre operano al contrario sotto l'ombrello della legge italiana e realizzano una di quelle ipotesi legali di cui al 2° comma dell'art. 2740 c.c. di limitazione della responsabilità patrimoniale *ope legis* (perché, come è noto, i beni conferiti e i loro frutti possono essere oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per gli scopi da conseguire a mezzo della destinazione vincolata).

Ma resta il dubbio – affiorato anche di recente nella giurisprudenza di merito – se siffatti atti possano essere utilizzati – così come invece pacificamente ammesso per i trust – nella formula della destinazione 'autodichiarata', e cioè senza conferimento di alcun bene o diritto ad un soggetto attuatore diverso dal proprietario dei beni e dei diritti stessi.

Se, come è stato rilevato da questa giurisprudenza, l'art. 2645-*ter* c.c. non è norma sostanziale (ma solo procedurale) e quindi non elabora un istituto negoziale ulteriore o alternativo rispetto a quelli già ammessi dal sistema giuridico vigente, non se ne può immaginare la operatività se non a fronte e in combinazione con un trasferimento ad 'altri' delle situazioni soggettive proprietarie: il vincolo 'autodichiarato' sarebbe affetto da nullità non potendone concepircene una valida fondatezza causale.

3. – Eppure sappiamo che nel caleidoscopio delle multiformi vicende esistenziali al vincolo 'autodichiarato' di cui si tratta si è fatto e si fa ricorso proprio laddove il proprietario dei beni (immobili o mobili registrati) non possa contare sulla disponibilità di terzi soggetti attuatori che assumano a proprio carico (spesso gratuitamente) un onere così assorbente come quello

di dare attuazione ad una destinazione parametrata ad esempio sulla durata della vita di un beneficiario portatore di grave handicap. L'alternativa allora in tal caso è quella di farsi esso stesso proprietario carico dell'onere di dare attuazione al vincolo, autodichiarandolo, e così preservando – rispetto alle ragioni di creditori estranei rispetto ai fini della destinazione – la titolarità e la disponibilità dei beni e diritti oggetto di vincolo.

4. – Si può a buon diritto ritenere che in questo caso lo statuto della proprietà (e delle vicende relative alla sua rilevanza e alla eventuale circolazione del diritto di proprietà) debba 'sopravanzare' le esigenze di natura sociale che l'istituto disciplinato dall'art. 2645-*ter* c.c. è destinato a soddisfare? O piuttosto non è da argomentare circa una lettura di quello statuto conforme alle finalità di meritevolezza umana e quindi anche giuridica perseguite dalla norma, confermando il sospetto esposto in esordio circa il 'ribaltamento' del rapporto tra statuto normativo della proprietà e bisogni sociali? È la norma stessa che esige che siano realizzati interessi meritevoli di tutela riferibili a particolari soggetti; al punto che in mancanza di siffatta meritevolezza si è anche ritenuto che l'atto destinativo – se non affetto da nullità almeno – sia inidoneo a produrre l'effetto di quella separatezza patrimoniale costitutiva della limitazione della responsabilità cui si alludeva e caratterizzante uno dei profili più interessanti del vincolo destinativo.

5. – Se poi si volesse allargare la prospettiva a quei diritti 'edificatori' di nuova generazione che, in superamento della limitata prospettiva degli atti di cessione di cubatura, hanno visto di recente la loro valorizzazione anche nell'ambito della pubblicità immobiliare (potendo ora trasciversi *ex* art. 2643, n. 2-*bis* c.c. atti che trasferiscono, costituiscono o modificano tali diritti comunque denominati, previsti da normative statali o regionali ovvero da strumenti di pianificazione territoriale), ci renderemmo conto che realmente la definizione astratta di uno statuto della proprietà è operazione concettuale sempre più avversa alle pressioni cui il legislatore è costretto a cedere a fronte della emergenza di situazioni e di bisogni diciamo del 'diritto vivente'. I diritti edificatori, distaccati dai beni immobili che li originano,

ora possono formare oggetto di contrattazione immobiliare separatamente dall'area cui pertengono originariamente, e tale contrattazione si svolge tra soggetti non più titolari di alcun diritto di proprietà sull'area originante né è necessario che i soggetti beneficiari aventi causa siano a loro volta titolari di alcun diritto di proprietà di lotti ove allocare i diritti edificatori negoziati. Assistiamo così a fenomeni di circolazione di tali diritti che - con neologismo applicato a questo settore del diritto - vengono a 'decollare' da un'area originaria di proprietà del soggetto 'A', restano 'in volo' (divenendo di titolarità di altro soggetto 'B' cui siano ceduti), possono ulteriormente essere negoziati a favore di un soggetto 'C' che a sua volta potrà ritrasferire tale diritti ad un quarto soggetto 'D', magari solo lui proprietario di un'area di 'atterraggio'.

6. – Dov'è qui l'inerenza del diritto (se è diritto reale) alla cosa? Ma prima ancora dov'è la 'cosa' di cui il proprietario secondo la definizione dell'art. 832 c.c. può godere e disporre in modo pieno ed esclusivo. Parleremo allora di un diritto reale 'sui generis', atipico? o forse 'tipico' perché ormai previsto e disciplinato da un precetto normativo sia pure dettato in ambito di pubblicità immobiliare? Ciò non comporterebbe la definitiva cancellazione del consolidato principio del 'numerus clausus' dei diritti reali? Potremmo ancora a buon diritto ritenere che tali diritti siano rinvenibili in quel 'fascio' di diversificate situazioni soggettive cumulativamente costituenti il diritto di proprietà?

Converrà forse optare per un concetto di 'beni' o diritti' immateriali diversi da quelli reali sia pure qualificandoli di origine immobiliare o, addirittura, deflettere – come ha fatto autorevole dottrina – verso un non meglio identificato concetto di 'chance edificatoria', valorizzando piuttosto l'intervento dell'amministrazione comunale nel rilascio del titolo abilitativo edilizio (cui la cessione di un diritto edificatorio è in ultima analisi finalizzata) che non il profilo della rilevanza privatistica di siffatte negoziazioni?

Ci asteniamo dal prendere posizione, tanto fitta ed accesa è la riflessione dottrina al riguardo; ma certamente non possiamo ignorare ancora una volta come il rapporto tra quello che abbiamo definito lo statuto normativo della proprietà e il 'vissuto' socio-giuridico sempre più registri una divarica-

zione tra i due termini del rapporto stesso. E quindi un progressivo scivolamento del primo verso il secondo.

7. – Anche la novella recata dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che ha inserito nell'art. 2643 c.c. in materia di trascrizione un nuovo n. 12-*bis* in forza del quale possono appunto essere trascritti “gli accordi di mediazione che accertano l'usucazione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato” ci sembra dettata dall'esigenza sociale – più che altro di maggiore snellezza ed operatività rispetto ai tempi lunghi di una sentenza dichiarativa di usucapione – di definire situazioni proprietarie talora consolidate nel tempo, ma non ancora formalmente definite. Si tratta talora solo di dare un assetto e una evidenza di pubblicità immobiliare a situazioni di oggettivo e incontestato possesso pluridecennale da parte di soggetti che hanno occupato e utilizzato con l'*animus rem sibi habendi* immobili, anche abitativi, lasciati incustoditi ed abbandonati dai formali proprietari, ormai scomparsi da tempo se non emigrati in paesi lontani all'estero con la propria famiglia e i discendenti. La possibilità che ora è data ai soggetti dell'ordinamento di far emergere queste situazioni da un titolo ricognitivo (che è poi un tipico negozio di accertamento) reso pubblico con il mezzo della trascrizione immobiliare – invece di far ricorso ad un'articolata procedura giudiziale – ‘bypassa’ in qualche modo le categorie canoniche dei modi di acquisto della proprietà (nel nostro caso ovviamente a titolo originario), e, pur non ignorandole, costruisce mezzi, scorciatoie, strumenti e meccanismi che pervengono al risultato ‘pratico’ di consacrare e rendere valevole *erga omnes* l'acquisizione della proprietà (diversamente poco ‘spendibile’ nelle relazioni tra i consociati in assenza della formale sentenza dichiarativa emessa dall'autorità giudiziaria).

8. – Del resto quel diritto pieno a ‘disporre’ del proprietario nella definizione sopra ricordata dell'art. 832 c.c. trova oggi sul campo effettivo delle negoziazioni e dei rapporti economici molta difficoltà a farsi strada dinanzi a concorrenti situazioni giuridiche soggettiva ritenute dal legislatore egual-

mente (se non più) meritevoli di tutela preferenziale. Non è che si contesti l'esperibilità di quel diritto a disporre ma in pratica lo si esautora, privandolo di effettività ed incidenza nelle relazioni reali tra i soggetti.

Pensiamo ad esempio a tutte le problematiche connesse con la circolazione di situazioni proprietarie di provenienza donativa: il proprietario cui il bene è pervenuto con atto liberale non è che non possa 'disporre' del bene stesso, ma di fatto si troverà molto spesso a non 'poter' disporre a favore di alcuno che acquisisca quel bene per timore di esserne privato in esito al fruttuoso esercizio dell'azione di restituzione esperibile anche nei confronti dei terzi ai sensi dell'art. 563 c.c. Basti qui ricordare le forti titubanze nutrite dagli Istituti di credito a concedere prestiti e finanziamenti a chi possa offrire in garanzia ipotecaria solo immobili pervenuti per donazione o per acquisti effettuati da proprietari già donatari, e ciò pure a fronte di eventuali rinunce da parte di altri legittimari all'opposizione alle donazioni poste in essere, rinunce considerate dagli Istituti creditizi misura 'debole' e comunque non rassicurante.

Di fatto privo del necessario prestito sarà impossibile talvolta per il potenziale acquirente/mutuatario accedere all'acquisto e a sua volta il proprietario, già donatario, si troverà nella condizione di non poter disporre del bene a favore del primo, se non addivenendo ad un discutibile atto di risoluzione della pregressa donazione, ricostitutivo con effetti retroattivi della proprietà già in capo al donante (o ai suoi eredi, seppure una siffatta operazione risolutiva possa essere considerata in tal caso in se stessa ammissibile e legittima).

9. – A ciò si aggiunga che la più recente legislazione – nel timore che si possa ricorre all'abuso di atti liberali o anche destinativi (ivi compresi gli atti costitutivi di fondi patrimoniali) per sottrarre indebitamente alle ragioni di eventuali creditori del donante o del costituente beni facenti parte del loro patrimonio – ha introdotto nel codice civile, con effetto dal 27 giugno 2015, la nuova norma dell'art. 2929-*bis* che in buona sostanza, sino ad un anno dalla trascrizione dell'atto ritenuto sottrattivo e senza dover prova dell'eventuale pregiudizio subito, quindi prescindendo dai requisiti dell'azione revocatoria ordinaria, abilita i creditori del disponente muniti di titolo esecutivo a promuovere la procedura esecutiva pignorando i beni trasferiti a titolo gra-

tuito o vincolati, anche qualora siano stati trasferiti a terzi magari del tutto ignari e in perfetta buona fede.

E analogamente nel secondo comma dell'art. 64 l.fall. è stata inserita una norma che ha previsto un meccanismo di automatica acquisizione alla massa fallimentare dei beni che hanno formato oggetto di atti dispositivi a titolo gratuito o vincolativi nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, senza dare la preventiva dimostrazione dei requisiti in base ai quali operi la revocatoria fallimentare. La norma infatti ora stabilisce che i beni oggetto degli atti di cui s'è detto sono 'acquisiti' al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento.

10. – Dove più sia – a fronte di queste novelle normative in riferimento agli atti in oggetto – il pieno potere di 'disporre' del proprietario è difficile stabilirlo.

Ma forse la esplicitazione del ragionamento qui svolto appare particolarmente evidente se si ha riguardo alle applicazioni contrattuali elaborata da recente dottrina con riguardo ai principi della 'fiducia' e del trasferimento della proprietà come si dice 'nell'interesse altrui'.

Ci si riferisce a quel congegno negoziale che valorizza l'elemento della 'fiducia' accordata da un soggetto (affidante) ad altro (affidatario) perché questi svolga un'attività gestoria di beni di proprietà del primo appunto 'affidati' al secondo nell'interesse di terzi beneficiari (o anche talora anche a favore dello stesso affidatario che riveste in tal caso anche il ruolo di beneficiario), terzi che alla fine del 'programma destinatorio' acquisiranno i beni stessi affidati in piena proprietà e liberi da ogni vincolo di sorta. Si tratta del cd. 'contratto di affidamento fiduciario' (già previsto dalla l. n. 43/2010 della Repubblica di San Marino) che sta riscuotendo le simpatie di dottrina e giuristi del contratto perché da un lato consente di prescindere da un elemento (la necessaria conoscenza della legge straniera) che invece è richiesto nel 'trust', e dall'altro di creare uno 'status' giuridico vincolante e obbligatorio per l'affidatario (che invece di regola manca per il soggetto attuatore di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*). Tra l'altro l'affidamento fiduciario può riguardare ogni genere di beni (immobili, mobili registrati o

non, crediti, quote societarie, ecc.) – mentre nel vincolo destinativo *ex art. 2645-ter c.c.* è possibile dedurre solo beni immobili e mobili registrati. Esso crea – al pari del vincolo destinativo – un patrimonio segregato perché non confondibile con quello dell'affidatario ed escutibile dai creditori solo per interessi ed affari attinenti all'attuazione del programma destinatorio.

È possibile per il nostro statuto normativo e concettuale della 'proprietà' pensare ad una diversificazione delle situazioni soggettive scaturenti da un complesso negoziale siffatto senza dover necessariamente rifluire nell'alveo di istituti in parte diversi quanto a finalità, articolazione e presupposti (appunto, il trust, il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, il mandato senza rappresentanza, ecc.)?

11. – Ad un giudice tutelare di Genova (decreto del 31 dicembre 2012) è sembrato possibile autorizzare la stipula di un contratto di affidamento fiduciario nell'interesse di un minore X che, in esito ad un grave incidente stradale, e ad un conseguente lungo periodo di coma, è rimasto gravemente lesa nel corpo e nella mente. Il genitore 'A', tra l'altro divorziato dalla madre 'B', intenzionato a ricostituire con un'altra compagna una relazione affettiva e non più in grado di assistere in prima persona e da solo il minore (come aveva fatto fino a quel momento), ha pensato bene – per precostituire al minore la possibilità di disporre di un'abitazione – di trasferirne la proprietà al 'fondo affidato' in persona della madre 'B' che, ben disposta a sua volta, ha accettato come affidataria e nell'interesse del minore stesso, cui l'abitazione perverrà quando il programma destinatorio si potrà ritenere concluso, e cioè all'auspicabile raggiungimento da parte del minore X di un sufficiente stato di normalità psico-fisica. Tra l'altro il trasferimento così congegnato ha evitato i problemi connessi con una provenienza donativa di cui innanzi si è accennato, ha attribuito alla moglie affidataria (o a qualsiasi altro soggetto ad essa eventualmente subentrata nell'incarico fiduciario) la legittimazione a servirsi dei beni rientranti nel 'fondo' affidato e dei loro frutti per la migliore attuazione del programma destinatorio, sia pure sempre sotto la vigilanza di un 'garante' che si è individuato nella fattispecie concreta nella persona dell'affidante stesso, in grado a sua volta di sostituire l'affidataria nominata con altri soggetti.

12. – Ebbene qui lo statuto della proprietà appare profondamente conformato alle esigenze di dinamicità e di funzionalità che il prospettato contratto di affidamento fiduciario è inteso a soddisfare. La situazione proprietaria riconosciuta all'affidataria non è autoreferenziale (come normalmente accade) né è soltanto gestita in qualità di mero mandatario (con o senza rappresentanza) perché i beni 'affidati', se da un lato non rientrano nel patrimonio personale dell'affidataria, dall'altro saranno trasferiti al beneficiario finale, minore X, solo in esito all'attuazione del programma destinatorio, risultando nelle more costituire parte integrante del 'fondo' affidato, munito anche di un suo codice fiscale e indicato nelle risultanze pubblicitarie immobiliare come effettivo soggetto avente causa. D'altra parte come si è visto solo la duttilità di un congegno così ipotizzato consente di perseguire i molteplici obiettivi dei soggetti interessati e nel contempo di costituire uno strumento di efficace tutela nel tempo della ragioni di un soggetto debole e bisognoso di aiuto ed assistenza durevoli.

Siamo allora al tempo di una rifondazione dello statuto della proprietà, come si accennava, in 'work in progress', parametrata sui bisogni dei soggetti e sulle aspettative di funzionalità e di rispondenza a quei bisogni?

Il giurista può rispondere a questo interrogativo con cognizione di causa a seguito di una lettura attenta della pregevole opera del professore Scozzafava.

Corte di Cassazione, Sez. I civile, 22 luglio 2015, n. 15367 – Pres. Forte – Est. Valitutti – P.M. Fresia (diff.) – A e X (Avv. Frattarelli) c. C (Avv. Della Rocca).

Cassa parz., senza rinvio, App. Roma, 18 giugno 2013, n. 3532.

Matrimonio – Cessazione effetti civili – Assegnazione della casa coniugale – Alienazione della casa a terzi – Sopravvenuta condizione di indipendenza del figlio maggiorenne – Causa di estinzione del titolo – Sussistenza – Accertamento e rilascio – Tutela del terzo acquirente – Legittimazione.

Il terzo acquirente della casa coniugale, già assegnata in uso al coniuge affidatario di prole in età minore o maggiorenne non ancora autosufficiente economicamente, non è legittimato, venuti meno i presupposti per l'assegnazione stessa, a domandare la revisione delle condizioni ai sensi dell'art. 9 l. div., ma è ammesso ad instaurare un giudizio di ordinaria cognizione, al fine di: a) far accertare l'insussistenza delle condizioni per la prosecuzione dello stesso diritto personale di godimento a favore del coniuge assegnatario della ex casa coniugale; b) conseguire la declaratoria di inefficacia del titolo che ne legittimava il godimento e la conseguenziale condanna al rilascio, con eventuale indennizzo a decorrere dalla illegittima permanenza.

(*Omissis*). Con sentenza 18 gennaio 1994, n. 680, il Tribunale di Roma pronunciava la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario contratto da A e B in data 27 agosto 1972. Tale decisione, per quel che interessa in questa sede, confermava l'assegnazione della casa coniugale, sita in (*omissis*), di proprietà del B, alla signora A, come già disposto in sede di separazione, con provvedimento trascritto il 1° agosto 1987.

1.1. Con rogito notarile in data 5 giugno 1998, B alienava, peraltro, il suddetto immobile in favore di C, il quale veniva, pertanto, reso edotto della sussistenza del diritto di godimento del bene in capo alla A, in quanto affidataria della figlia – allora minorenni – X.

1.2. Con successivo provvedimento del 4 maggio 2004, emesso in sede

di revisione delle condizioni del divorzio, ai sensi dell'art. 9 della L. n. 898 del 1970, il Tribunale di Roma revocava l'assegno di mantenimento disposto dalla predetta sentenza n. 680/1994 in favore di X, divenuta, nelle more, maggiorenne ed economicamente autosufficiente, senza pronunciarsi sul provvedimento di assegnazione della casa coniugale.

2. Il C, visto l'esito negativo della richiesta di rilascio dell'immobile in questione, proposta in via stragiudiziale con missiva del 15 novembre 2005, instaurava, pertanto, dinanzi al Tribunale di Roma, un giudizio di accertamento dell'insussistenza del diritto di A e di X a continuare ad occupare l'ex casa coniugale, con domanda di condanna delle medesime al rilascio del bene e alla corresponsione di un'indennità per l'illegittima occupazione dello stesso, a far data dal dicembre 2005.

2.1. Tali domande venivano rigettate dal Tribunale adito, con sentenza n. 3489/2008.

2.2. L'appello avverso tale pronuncia proposto da C, veniva, peraltro, accolto dalla Corte di Appello di Roma, con sentenza 18 giugno 2013, n. 3532, con la quale il giudice di seconde cure riteneva che il venir meno del diritto al mantenimento, in capo alla figlia X, comportasse anche l'insussistenza del diritto della medesima e della madre A a continuare ad abitare nella ex casa coniugale.

3. Per la cassazione della sentenza n. 3532/2013 hanno proposto, quindi, ricorso A e X nei confronti di C, affidato a cinque motivi. Il resistente ha replicato con controricorso.

Motivi della Decisione

1. Con i primi tre motivi di ricorso – che, per la loro evidente connessione, vanno esaminati congiuntamente – A e X denunciano la violazione e falsa applicazione degli artt. 6, comma 6, 9, comma 1, della L. n. 898 del 1970, 1599 e 155-*quater* c.c., 112 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 4 c.p.c.

1.1. La Corte di Appello di Roma avrebbe, invero, fondato la decisione – a parere delle ricorrenti – sull'erroneo presupposto che il riconoscimento, in sede di divorzio, di un assegno di mantenimento a favore della figlia della coppia, X, costituisse la *condicio iuris* della permanenza degli effetti dell'assegnazione della casa coniugale, di proprietà del padre B, alla madre A. Sicché,

la revoca di tale assegno, comportando il venir meno della condizione per l'assegnazione di detto bene al coniuge non titolare, costituita dalla convivenza con il medesimo di figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, avrebbe imposto, a giudizio della Corte territoriale, la revoca anche del provvedimento di assegnazione.

Per converso, ad avviso delle istanti, il diritto della madre assegnataria e della figlia, con lei convivente, di abitare nell'immobile in parola non verrebbe automaticamente meno – contrariamente a quanto infondatamente ritenuto dal giudice di seconde cure – per effetto della revoca dell'assegno di mantenimento per la figlia convivente, bensì esclusivamente a seguito di una specifica richiesta in tal senso da parte del proprietario del bene, ed in forza di una pronuncia giudiziale che rivaluti le condizioni poste a fondamento del provvedimento di assegnazione, alla luce del prioritario interesse della figlia.

1.2. La decisione impugnata avrebbe, peraltro, disposto il rilascio dell'immobile in discussione, senza che una specifica richiesta di revoca del menzionato provvedimento di assegnazione della casa coniugale fosse stata proposta – oltre che dall'originario proprietario B, nel corso del procedimento *ex art.* 9 della L. 898 del 1970 – dal successivo acquirente del bene, nel successivo giudizio incardinato dinanzi al Tribunale di Roma. Per il che la Corte di Appello sarebbe, altresì, incorsa – a parere delle ricorrenti – nel vizio di ultrapetizione *ex art.* 112 c.p.c., avendo disposto la revoca di detto provvedimento in totale assenza di una specifica domanda al riguardo.

1.3. Ad ogni buon conto, quand'anche la richiesta di revoca dell'assegnazione della casa coniugale dovesse intendersi – in via di mera ipotesi – implicita nella domanda di accertamento dell'insussistenza del diritto della X e della A ad abitarla, secondo le istanti il giudizio incardinato dal C e la sentenza che lo ha concluso, sarebbero pur sempre affetti da nullità, per non essere stata l'azione di rilascio proposta nelle forme e con la procedura prevista dall'*art.* 9 della L. n. 898 del 1970, ossia con domanda di revoca dell'originario provvedimento di assegnazione del bene.

1.4. Le censure suesposte sono infondate.

1.4.1. Va osservato, al riguardo, che – sia in sede di separazione che di divorzio – gli artt. 155-*quater* c.c. (applicabile alla fattispecie concreta *ratione*

temporis) e 6, comma 6, della L. n. 898 del 1970, come modificato dall'art. 11 della L. n. 74 del 1987, consentono al giudice di assegnare l'abitazione al coniuge non titolare di un diritto di godimento (reale o personale) sull'immobile, solo se a lui risultino affidati figli minori, ovvero con lui risultino conviventi figli maggiorenni non autosufficienti. Tale *ratio* protettiva, che tutela l'interesse dei figli a permanere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti, non è configurabile, invece, in presenza di figli economicamente autosufficienti, sebbene ancora conviventi, verso i quali non sussiste, invero, proprio in ragione della loro acquisita autonomia ed indipendenza economica, esigenza alcuna di speciale protezione (cfr., *ex plurimis*, Cass. 5857/2002; 25010/2007; 21334/2013). Devesi – per il vero – considerare, in proposito, che l'assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario risponde all'esigenza di tutela degli interessi dei figli, con particolare riferimento alla conservazione del loro *habitat* domestico inteso come centro della vita e degli affetti dei medesimi, con la conseguenza che detta assegnazione non ha più ragion d'essere soltanto se, per vicende sopravvenute, la casa non sia più idonea a svolgere tale essenziale funzione. (Cass. 6706/2000).

1.4.2. Come per tutti i provvedimenti conseguenti alla pronuncia di separazione o di divorzio, dunque, anche per l'assegnazione della casa familiare vale il principio generale della modificabilità in ogni tempo per fatti sopravvenuti. E tuttavia, tale intrinseca provvisorietà dei provvedimenti in parola non incide sulla natura e sulla funzione della misura, posta ad esclusiva tutela della prole, con la conseguenza che anche in sede di revisione – come in qualsiasi altra sede nella quale, come nel presente giudizio, sia in discussione il permanere delle condizioni che avevano giustificato l'originaria assegnazione – resta imprescindibile il requisito dell'affidamento di figli minori o della convivenza con figli maggiorenni non autosufficienti.

Ne discende che, se è vero che la concessione del beneficio ha anche riflessi economici, particolarmente valorizzati dall'art. 6, comma 6 della legge sul divorzio, nondimeno l'assegnazione in questione non può essere disposta al fine di sopperire alle esigenze economiche del coniuge più debole, a garanzia delle quali è unicamente destinato l'assegno di divorzio (Cass. 13736/2003; 10994/2007; 18440/2013).

1.4.3. Ebbene, non può revocarsi in dubbio che i principi di diritto suesposti debbano costituire le linee guida per risolvere anche il caso – ricorrente nella specie – in cui (la casa adibita a residenza coniugale sia stata alienata, dopo l'assegnazione all'altro coniuge (affidatario di figli minori o convivente con figli maggiorenni non autosufficienti), dal coniuge proprietario dell'immobile.

1.4.3.1. Ed invero, ai sensi dell'art. 6, comma 6, della legge n. 898 del 1970 (nel testo sostituito dall'art. 11 della l. n. 74 del 1987), applicabile anche in tema di separazione personale, il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario, avendo per definizione data certa, è opponibile, ancorché non trascritto, al terzo acquirente in data successiva per nove anni dalla data dell'assegnazione, ovvero – ma solo ove il titolo sia stato in precedenza trascritto – anche oltre i nove anni.

Tale opponibilità conserva, beninteso, il suo valore finché perduri l'efficacia della pronuncia giudiziale, costituente il titolo in forza del quale il coniuge, che non sia titolare di un diritto reale o personale di godimento dell'immobile, acquisisce il diritto di occuparlo, in quanto affidatario di figli minori o convivente con figli maggiorenni non economicamente autosufficienti (cfr. Cass. Sez. un. 11096/2002, in motivazione; Cass. 5067/2003; 9181/2004; 12296/2005; 4719/2006). È fin troppo evidente, infatti, che il perdurare *sine die* dell'occupazione dell'immobile – perfino quando ne siano venuti meno i presupposti, per essere i figli divenuti ormai autonomi economicamente – si risolverebbe in un ingiustificato, durevole, pregiudizio al diritto del proprietario terzo, di godere e disporre del bene, ai sensi degli artt. 42 Cost. e 832 c.c. Una siffatta lettura delle succitate norme che regolano l'assegnazione della casa coniugale (v. ora l'art. 337-*sexies* c.c.), del resto, presterebbe certamente il fianco a facili censure di incostituzionalità.

1.4.3.2. Ciò posto, va rilevato che l'efficacia della pronuncia giudiziale del provvedimento di assegnazione in parola può essere messa in discussione tra i coniugi, circa il perdurare dell'interesse dei figli, nelle forme del procedimento di revisione previsto all'art. 9 della L. n. 898 del 1970, attraverso la richiesta di revoca del provvedimento di assegnazione, per il sopravvenuto venir meno dei presupposti che ne avevano giustificato l'emissione.

Per converso, deve ritenersi che il terzo acquirente – non legittimato ad attivare il procedimento suindicato – non possa che proporre, instaurando un ordinario giudizio di cognizione, una domanda di accertamento dell'insussistenza delle condizioni per il mantenimento del diritto personale di godimento a favore del coniuge assegnatario della casa coniugale, per essere venuta meno la presenza di figli minorenni o di figli maggiorenni non economicamente autosufficienti, con il medesimo conviventi. E ciò al fine di conseguire una declaratoria di inefficacia del titolo che legittima l'occupazione della casa coniugale da parte del coniuge assegnatario, a tutela della pienezza delle facoltà connesse al diritto dominicale acquisito, non più recessive rispetto alle esigenze di tutela dei figli della coppia separata o divorziata (cfr. Cass. 18440/2013, secondo cui ogni questione relativa al diritto di proprietà della casa coniugale o al diritto di abitazione sull'immobile esula dalla competenza funzionale del giudice della separazione o del divorzio, e va proposta con il giudizio di cognizione ordinaria). In mancanza, il terzo – non potendo attivare il procedimento, riservato ai coniugi, di cui all'art. 9 della legge sul divorzio – resterebbe, per il vero, del tutto privo di tutela, in violazione del disposto dell'art. 24 Cost.

1.4.4. Ebbene, nel caso di specie, la Corte di Appello, sul presupposto del venir meno dell'assegno di mantenimento a favore della figlia divenuta economicamente autosufficiente, ha ritenuto non sussistere le condizioni per conservare l'assegnazione della casa coniugale alla A, essendo, in tal caso, le esigenze patrimoniali dell'acquirente dell'immobile divenute prevalenti rispetto alle esigenze di tutela della prole, ormai del tutto venute meno. La pronuncia impugnata si palesa, in forza delle considerazioni che precedono, del tutto condivisibile.

1.4.4.1. In assenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti, non giova, difatti, alle ricorrente invocare il principio, più volte affermato da questa Corte e posto a fondamento della decisione della Corte Costituzionale n. 308/2008, secondo cui la revoca dell'assegnazione della casa coniugale non può essere disposta se non all'esito di una valutazione di conformità di tale pronuncia all'interesse del minore (o del maggiorenne economicamente non autosufficiente). È, invero, di tutta evidenza, che la mancanza di una prole

da tutelare con l'assegnazione del bene in questione, rende improponibile un giudizio di comparazione tra le esigenze della proprietà (nella specie del terzo) e quelle di tutela dei figli della coppia separata o divorziata.

1.4.4.2. Né la giustificazione del protrarsi dell'occupazione dell'immobile da parte della C. potrebbe essere ancorata, nella specie, alla tutela del preteso coniuge economicamente più debole, atteso che – come dianzi detto – il diritto personale di godimento in questione esula dal tema dei diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di divorzio.

1.5. Per tutte le ragioni esposte, pertanto, i motivi in esame non possono che essere disattesi.

2. Con il quarto motivo di ricorso, A e X denunciano la violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1219, 1223, 1226, 1227, 2043, 2056, 155-*quater* c.c., 6, commi 6 e 9, comma 1, della L. n. 898 del 1970, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.

2.1. Avrebbe, invero, errato la Corte di Appello nel ritenere che le ricorrenti fossero da considerarsi occupanti abusive dell'immobile fin dal dicembre del 2005, in conseguenza della diffida effettuata dal C, in via stragiudiziale, con missiva del 15 novembre 2005. La sussistenza, all'epoca di tale diffida, di un titolo giudiziale – regolarmente trascritto – di assegnazione dell'immobile in questione alla A comporterebbe, infatti, ad avviso delle ricorrenti, che l'abitazione delle medesime nella casa coniugale non potrebbe considerarsi illegittima, fino all'emissione di un successivo provvedimento di revoca dell'originaria assegnazione.

2.2. Il motivo è fondato.

2.2.1. Non può revocarsi in dubbio, infatti che, finché perdura il titolo in forza del quale il coniuge assegnatario della casa coniugale occupa l'immobile, è escluso qualsiasi obbligo di pagamento da parte del beneficiario per tale godimento. Ed invero, ogni forma di corrispettivo verrebbe a snaturare la funzione stessa dell'istituto, in quanto incompatibile con la sua finalità esclusiva di tutela della prole, fintantoché siffatta finalità non venga ritenuta insussistente con provvedimento giudiziale che revochi o dichiari inefficace detta assegnazione (Cass. 12705/2003; 18754/2004).

2.2.2. Ed è, del pari, indubitabile che tale conclusione si attagli pienamen-

te anche al caso – ricorrente nella specie – in cui sia un terzo, e non il coniuge originario proprietario dell'immobile, a richiederne il rilascio, mediante l'esperimento di un'apposita azione di accertamento dell'insussistenza dei presupposti per il perdurare dell'occupazione dell'ex casa coniugale da parte del coniuge non proprietario della stessa, nonché da parte della prole divenuta economicamente autosufficiente. È di chiara evidenza, infatti, che la sussistenza di un provvedimento di assegnazione di detto immobile, regolarmente trascritto, obbliga il terzo – divenutone proprietario – al rispetto della destinazione dal provvedimento stesso impressa al bene, fino a che, con una successiva pronuncia giudiziale, il suddetto vincolo non venga ad essere caducato.

2.2.3. Orbene, nel caso di specie, la Corte territoriale ha condannato la A a corrispondere al C un'indennità di occupazione fin dal dicembre 2005, quando ancora l'occupazione del bene *de quo* da parte della medesima era giustificata dalla pronuncia di divorzio, che aveva confermato l'assegnazione della casa coniugale alla madre – convivente con la figlia, all'epoca minore – disposta in sede di separazione. Il provvedimento in parola, pertanto, per le considerazioni in precedenza svolte non può essere considerato legittimo, dovendo il diritto di abitazione delle due donne ritenersi venuto meno solo per effetto della sentenza impugnata, con la quale è stato accertato il venir meno delle condizioni che avevano legittimato l'assegnazione della casa coniugale alla A.

2.3. Il mezzo in esame va, di conseguenza, accolto.

3. L'accoglimento della suindicata censura comporta la cassazione della sentenza impugnata, restandone assorbito il quinto motivo di ricorso, concernente le spese del giudizio di appello. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto la Corte, nell'esercizio del potere di decisione nel merito di cui all'art. 384, comma 2 c.p.c., dichiara cessato il diritto di godimento dell'immobile per cui è causa in capo alle ricorrenti a far tempo dal 18 giugno 2013, data di deposito della sentenza di appello che ha accertato l'illegittimità del perdurare dell'occupazione del bene in parola. Di conseguenza, dalla stessa data dovrà essere corrisposta dalle ricorrenti la relativa indennità di occupazione. (*Omissis*).

Assegnazione della casa familiare e tutela del terzo acquirente.

[GIANCARLO SAVI^(*)]

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Evoluzione e natura dell'assegnazione in uso della casa familiare. — 3. Estinzione del diritto riconosciuto con l'assegnazione in uso dell'abitazione. — 4. I soggetti legittimati al contraddittorio nel giudizio volto alla declaratoria di estinzione del diritto d'uso sulla casa assegnata. — 5. La posizione del terzo acquirente della casa già assegnata in uso. — 6. Conclusioni.

1. Nelle crisi delle relazioni familiari che producono la dissoluzione della convivenza ricorre frequentemente l'assegnazione in uso dell'abitazione già destinata a soddisfare questo primario bisogno, in favore del genitore collocatario od esclusivo affidatario dei figli in età minore, ovvero maggiorenni portatori di *handicap* grave, o convivente con figli maggiorenni economicamente non ancora autosufficienti, secondo l'attuale disposto *ex art. 337-sexies*, comma 1 c.c.⁽¹⁾

Il vincolo di destinazione della casa stessa, così impresso al diritto reale⁽²⁾, anche parziario, di cui è titolare l'altro genitore, come noto, è opponibile ai terzi, ove trascritto sino al venir meno del bisogno tutelato, od altrimenti,

(*) Avvocato del Foro di Macerata; Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia.

(1) Norma che ha raccolto l'eredità dell'antecedente 155-*quater* c.c.

(2) La successione legale che invece produce l'assegnazione in uso nell'evenienza che sussista un diritto di godimento personale contrattualmente stabilito ed in corso di durata, seppur anch'essa opponibile, è solo assimilabile sotto l'aspetto funzionale, subendo inevitabilmente le sorti del rapporto contrattuale stesso, di locazione, di comodato, di concessione, etc.; in tema, tra numerose fattispecie, cfr. Cass., 17 giugno 1995, n. 6910, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 186; Cass., 22 settembre 1999, n. 10268, *ivi*, 2000, p. 909; Cass., 7 febbraio 2006, n. 2627, in *Banca dati Pluris*; Cass., 28 dicembre 2009, n. 27398, *ivi*; Cass., 11 agosto 2010, n. 18619, in *Fam e dir.*, 2011, p. 121, con nota di C. MAGLI, *Comodato e "casa familiare": la limitazione della portata applicativa della decisione delle Sezioni Unite nella prospettiva delle successive pronunce di legittimità*; Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, in *Contratti*, 2015, p. 129, con nota di S. PERSIA, *Comodato precario ed esigenze abitative della famiglia*; ed in *Fam. e dir.*, 2015, p. 5, con nota di R. RUSSO, *Le Sezioni Unite si pronunciano nuovamente sul comodato di immobile destinato ad abitazione della famiglia*.

comunque, per un periodo massimo di nove anni⁽³⁾ (artt. 2643 e 1599 c.c.).

Il genitore titolare del diritto dominicale, pur gravato temporalmente di quella limitazione alla fruizione del bene in conformità al titolo, mantiene ovviamente tutte le altre prerogative *ex* artt. 42 Cost. e 832 c.c., ivi compresa, quindi, la facoltà di alienazione a terzi⁽⁴⁾ del bene immobile, fermo quel vincolo di godimento destinato all'adeguata crescita ed all'educazione della prole.

Cosa accade quando, venuta meno la condizione dei figli che legittimava quella misura, con il raggiungimento dell'autonomia economica, il terzo acquirente domanda il ripristino del possesso in conformità al proprio titolo?

La fattispecie, invero rara nella casistica, si presenta disagiata, non tanto sotto il profilo sostanziale, quanto sotto quello processuale; infatti, i termini di merito dell'estinzione del diritto al godimento dell'abitazione familiare sono esattamente gli stessi, mentre divergono le sedi competenti al relati-

⁽³⁾ In tal senso, già Cass., Sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, in *Giur. it.*, 2003, p. 1133, con nota di A. CARRINO, *Opponibilità dell'assegnazione in uso della casa familiare in seguito alla crisi del rapporto familiare* e in *Fam. e dir.*, 2002, p. 461, con nota di V. CARBONE, *Assegnazione della casa coniugale: la Cassazione compone il contrasto giurisprudenziale sull'opponibilità ai terzi*.

⁽⁴⁾ Ma non quella di locarlo, concederlo in comodato o cederne in altro modo a titolo personale il godimento, essendo questo obiettivamente incompatibile con la coeva destinazione già in atto. Invero, il provvedimento di assegnazione non può che incidere sul valore dell'immobile negoziato o venduto giudizialmente (il godimento attribuito al genitore con l'assegnazione in uso è scervo da qualsivoglia forma di corrispettivo; cfr., tra altre, Cass., 15 settembre 2004, n. 18574, in *Guida al dir.*, 2004, 40, p. 67, e Cass., 29 agosto 2003, n. 12705, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1555); questa la conclusione consolidata della giurisprudenza, in passato altalenante; in tal senso l'*obiter dictum* del coevo arresto di Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, in *Guida al dir.*, 2015, 41, p. 52; e le specifiche, Cass., 17 aprile 2009, n. 9310, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, p. 73; Cass., 15 ottobre 2004, n. 20319, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 611, con nota di G. DE MARZO, *Assegnazione della casa coniugale, scioglimento della comunione e valore del bene; contra*, Cass., 17 settembre 2001, n. 11630, in *Giur. it.*, 2002, p. 1147, con nota di L. COSTANTINO, *Assegnazione della casa familiare e natura del diritto di abitazione*, indirizzo da ritenersi superato. Si consideri anche il novellato art. 568, comma 2 c.p.c., che nel dettare i criteri di determinazione del valore del bene immobile sottoposto ad esecuzione forzata (azione non paralizzata dall'assegnazione in uso: Cass., 11 luglio 2014, n. 15885, in *Riv. esec. forz.*, 2014, p. 804) espressamente dispone di considerare sia lo «*stato di possesso che i vincoli ed oneri giuridici non eliminabili nel corso del procedimento esecutivo*». Coerentemente, il terzo acquirente in buona fede può adire anche la tutela risarcitoria; cfr., Cass., 8 aprile 2003, n. 5455, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 439.

vo accertamento ed ovviamente i riti che conducono alla statuizione sulla domanda di revoca dell'assegnazione, di condanna al rilascio⁽⁵⁾ ed eventualmente al ristoro del pregiudizio prodottosi nel ritardo.

Come noto, le condizioni di affidamento e mantenimento dei figli, fissate nel loro preminente interesse, rispondono alla clausola *rebus sic stantibus*: il giudicato, ferma la sua intangibilità a situazione presupposta data, è passibile di legittima riconsiderazione al mutamento delle circostanze o delle condizioni in base alle quali si era formato⁽⁶⁾; la tipica circostanza sopravvenuta rilevante anche per il venir meno della conservazione dell'*habitat* domestico a favore della prole è rappresentata proprio dal raggiungimento dell'autonomia adulta, condizione che, anzi, il nostro ordinamento positivo reputa costituire il termine di durata massima per il sacrificio del diritto reale appartenente al genitore.

Con questo arresto la Corte di legittimità segna importante chiarimento in merito all'azione esperibile dal terzo acquirente della casa, subentrato al genitore gravato, configurando tale questione più di una problematica operativa; la sua analisi sistematica costituisce perciò occasione non trascurabile.

2. Un conciso cenno all'istituto induce in primo luogo a ricordare come il diritto in questione sia stato riconosciuto solo di recente dal nostro ordinamento positivo; infatti, la sua introduzione si rinviene nell'art. 155, comma 4 c.c. (cioè in sede di regolamentazione della separazione dei coniugi), come modificato con la fondamentale riforma del diritto di famiglia di cui alla l.

⁽⁵⁾ Si consideri invece come, secondo orientamento giurisprudenziale avallato dalla Corte di legittimità, il provvedimento di revoca dell'assegnazione pronunziato nel corso dei giudizi di separazione e divorzio, ovvero successivamente nei giudizi di modificazione e revisione delle condizioni, costituisce titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile, ancorché privo di una corrispondente statuizione di condanna formale; cfr., Cass., 31 gennaio 2012, n. 1367, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 880, con nota di A. TRINCHI, *È titolo esecutivo il provvedimento che revoca l'assegnazione della casa familiare?* Per la giurisprudenza di merito, cfr., Trib. Milano, 11 ottobre 2013, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 1023, con nota di M. GIORGETTI, *Il provvedimento di assegnazione della casa familiare come titolo esecutivo per il rilascio in via coattiva*.

⁽⁶⁾ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

19 maggio 1975, n. 151; seguì, la l. 6 marzo 1987, n. 74, di emenda dell'originario tenore della l. div.⁽⁷⁾, che con l'introduzione del comma 6, all'art. 6, ne dettò una più efficace formulazione; tanto che il primo autentico riconoscimento della misura assistenziale in parola, ad opera della giurisprudenza di legittimità, interviene nel 1987⁽⁸⁾; la previsione viene così ad applicarsi nei giudizi di separazione o divorzio (ivi comprese le sedi di modificazione e revisione) e, solo in esito all'intervento della Corte delle leggi, estesa alla crisi del rapporto familiare costituitosi nei fatti, con il riconoscimento della posizione di diritto anche in caso di cessazione della convivenza tra genitori non uniti in matrimonio, cioè sulla cd. casa parafamiliare⁽⁹⁾.

Con la l. 8 febbraio 2006 n. 54, c.d. sull'affidamento condiviso, l'istituto

⁽⁷⁾ Utile rammentare che anteriormente la Corte di legittimità, in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, negava la pretesa sulla casa avanzata dal coniuge non proprietario, anche nell'ipotesi in cui questi avesse concorso con denaro o con la propria attività all'acquisto della casa stessa; cfr., Cass., 7 aprile 1975, n. 1239, in *Mass. Giust. civ.*, 1975, p. 553; Cass., 18 maggio 1978, n. 2462, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 547.

⁽⁸⁾ Cass., Sez. un., 28 aprile 1987, n. 4089, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 623, con nota di C. MAGGIO, *L'assegnazione della casa familiare nelle fasi patologiche della vita coniugale*, ma anche Cass., 9 luglio 1989, n. 3247, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, p. 772.

⁽⁹⁾ Corte cost., 7 aprile 1988 n. 404, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1627, con nota di A. TRABUCCHI, *Il diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti*; Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, in *Foro it.*, 1989, c. 3336, con nota di A. JANNARELLI, e in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 225, con nota di richiami di S. GIACOBBE; Corte cost., 20 dicembre 1989, n. 559, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1465; Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 678, con nota di G. FERRANDO, *Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare*, nonché in *Fam. e dir.*, 1998, p. 205, con nota di V. CARBONE, *La consulta non riconosce la famiglia di fatto, ma tutela il diritto dei figli all'abitazione*, e in *Giur. cost.*, 1998, p. 2518, con nota di R. BIN, *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*; Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 1037, con nota di C. MURGO, *Famiglia di fatto. Affidamento dei figli naturali ad un genitore. Diritto di abitazione sulla casa familiare. Trascrivibilità*, e in *Corr. giur.*, 2005, p. 1675, con nota di V. CARBONE, *Anche il genitore affidatario di figli naturali può trascrivere il titolo di assegnazione della casa familiare*. La questione è oggi assolutamente pacifica in giurisprudenza, anche in sede di legittimità; cfr., tra altri precedenti, Cass., 15 settembre 2011, n. 18863, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 579, con nota di A. VESTO, *Affidamento condiviso e assegnazione della casa familiare in caso di rottura della convivenza more uxorio*, e l'arresto di Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, cit., peculiarmente rilevante anche ai fini specifici che qui ci occupano.

riceve definitiva sistemazione⁽¹⁰⁾ attraverso l'introduzione dello specifico art. 155-*quater* c.c., oggi riprodotto nell'art. 337-*sexies* c.c., con il d. lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, che ha portato a compimento l'attuazione della riforma fondata sul principio dell'unicità dello *status* filiale, riconosciuto nella l. 10 dicembre 2012 n. 219.

Il risultato dell'elaborazione, secondo il diritto vivente faticosamente formatosi, sul presupposto dell'interruzione della convivenza tra le due figure genitoriali, vede in sostanza il seguente quadro, oramai ermeneuticamente fermo e pressoché pacifico:

a) la funzione della norma⁽¹¹⁾ si rinviene nell'esigenza di tutelare l'interesse⁽¹²⁾ dei figli alla conservazione dell'ambiente domestico, quale centro degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime e si articola la vita familiare, evitando, in un momento di precario equilibrio relazionale, l'ulteriore trauma di un allontanamento connesso al prevalere del titolo di godimento dell'uno o l'altro genitore, secondo il diritto comune; assicurando così una prospettiva di stabilità al bisogno abitativo⁽¹³⁾, dove si realizza

⁽¹⁰⁾ Le norme introdotte dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54, per espressa disposizione finale, «*si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*» (art. 4, comma 2).

⁽¹¹⁾ Art. 337-*sexies*, comma 1 c.c.: «*Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*» (tenore identico all'abrogata disposizione).

⁽¹²⁾ La posizione soggettiva dei figli in età evolutiva è qualificata come di rango superiore, secondo noto canone generale che permea l'odierno ordinamento positivo, ispirato appunto a preminente riguardo all'esigenza di loro tutela. Tra i molteplici contributi, cfr. da ultimo, E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma "Bianca"*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 817; F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 162.

⁽¹³⁾ Cass., 23 maggio 2000, n. 6706, in *Banca dati Pluris*; Cass., 22 aprile 2002, n. 5857, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1805, con nota di G. FREZZA, *Casa familiare e figli maggiorenni, tra convivenza e mantenimento*; Cass., 6 luglio 2004, n. 12309, in *Banca dati Pluris*; Cass., 17 dicembre 2004, n. 23570, *ivi*; Cass., 2 ottobre 2007, n. 20688, in *Guida al dir.*, 2007, 45, p. 72, con nota di C. MANTELLI, *La casa ricopre un ruolo centrale per formare la personalità dei figli*; Cass., 23 novembre 2007, n. 24407, in *Banca dati Pluris*; Cass., 30 novembre 2007, n. 25010, in *Il civilista*, 2010, 12, p. 26, con nota di M.C. CAMPAGNOLI; Cass., 22 novembre 2010, n. 23591, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1100, con nota di F. GALLUZZO, *L'assegnazione della casa familiare: un difficile bilanciamento di interessi*; Cass., 21 gennaio 2011, n. 1491, in *Banca dati Pluris*; Cass., 18 settembre 2013 n. 21334, *ivi*.

la formazione e lo sviluppo psico-fisico della personalità dell'individuo; il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli comprende sia il soddisfacimento delle esigenze materiali⁽¹⁴⁾ che di quelle spirituali e, tra esse, la predisposizione e conservazione della dimora⁽¹⁵⁾, cui l'ordina-

⁽¹⁴⁾ Il diritto all'utilizzo della casa d'abitazione familiare non si connota come provvidenza di mantenimento dei figli in senso stretto, quale è invece l'onere economico corrente sia ordinario che straordinario (assolto che sia direttamente od in via perequativa), in quanto avente finalità proprie; il consapevole distinguo dal mero contributo economico al mantenimento dei figli emerge nei percorsi argomentativi della giurisprudenza, nel momento in cui evidenzia sia la funzione e la portata del diritto al mantenimento che quella del diritto all'assegnazione dell'abitazione; cfr., a titolo esemplificativo, da ultimo, Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, cit.; Cass., 20 agosto 2014, n. 18076, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1021. Come vedremo *infra* nel testo, è inoltre opportuno evidenziare che soltanto la condizione di non autosufficienza economica del figlio, il cui vaglio deve confrontarsi anche in termini di non colpevolezza, costituisce il presupposto comune di tutte le provvidenze a favore dei figli e, quindi, anche della diversa ed ulteriore pretesa di assegnazione in uso della casa d'abitazione ove era stabilito l'*habitat* domestico al momento della crisi relazionale tra le figure genitoriali; cfr. anche gli arresti cit. in nota precedente.

⁽¹⁵⁾ Per l'individuazione della casa familiare quale potenziale oggetto dell'assegnazione in uso, secondo i principi generali in tema di residenza delle persone, rileva sia l'elemento obiettivo dello stato di fatto della permanenza in una data abitazione, che quello subiettivo costituito dall'intenzione di avervi stabile dimora, quale risulta in *primis* quella dichiarata dai genitori ed accertata dalla competente autorità anagrafica, idonea potenzialmente a durare nel tempo; non sfugge in proposito il rilievo sistematico dell'art. 144 c.c., che rinviene nel principio dell'accordo la fissazione della residenza familiare; varie ed eterogenee le questioni che offre il ricco panorama giurisprudenziale; sommariamente ed a titolo esemplificativo, si fa riferimento, agli arresti di Cass., 29 maggio 1979, n. 3075, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1144; Cass., 9 luglio 1989, n. 3247, cit.; Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1510, con nota di A. QUARANTA, *Osservazioni in tema di opponibilità ai terzi del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 591, con nota di M. DI NARDO, *Casa familiare, comodato ed opponibilità a terzi del provvedimento di assegnazione*; Cass., 27 febbraio 1998, n. 2159, in *Giur. it.*, 1998, p. 1794, con nota di E. BERGAMO, *L'oggetto del diritto di abitazione riservato al coniuge superstite*; Cass., 3 maggio 1999, n. 4370, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 496; Cass., 10 aprile 2000, n. 4502, in *Banca dati Pluris*; Cass., 9 settembre 2002, n. 13065, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 587, con nota di A. LIUZZI, *Assegnazione della casa coniugale e indennità sostitutiva del mancato godimento*, e in *Dir. fam. e pers.*, 2003, p. 36, con nota di M.F. TOMMASINI, *Il problema dell'assegnazione della casa familiare "non disponibile" e della natura giuridica del contributo compensativo*; Cass., 8 settembre 2003, n. 13085, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 261, con nota di E. MARELLO, *Agevolazione "prima casa" per i coniugi in comunione legale: necessaria la residenza nel medesimo comune?*; Cass., 18 settembre 2003, n. 13736, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, p. 33,

mento ha espressamente attribuito penetrante rilevanza, quale luogo di vita funzionale alla comunità familiare e delle relazioni sociali; il suo fondamento primario si colloca quindi nell'alveo di operatività del principio di "responsabilità genitoriale" di cui all'art. 30, comma I, Cost.

b) l'individuazione dell'assegnatario è univocamente conformata al criterio del prevalente espletamento nel quotidiano della funzione genitoriale; la scelta cade perciò sul genitore che continuerà prevalentemente a convivere con la prole, occupandosi delle esigenze che ne discendono, ad iniziare proprio dall'organizzazione abitativa; figura genitoriale oggi infelicemente definita "collocataria"; la soluzione, a maggior ragione, si giustifica nell'eccezionale evenienza in cui l'affidamento sia statuito in regime esclusivo, ai sensi dell'attuale art. 337^{quater} c.c.; mentre per i figli maggiorenni, non ancora autonomi, vale il criterio della prosecuzione della convivenza con l'uno o con l'altro genitore;

c) la connotazione di tale diritto, deducibile dal detto criterio del "prio-

con nota di D. PIRILLI, *L'assegnazione della casa familiare: sussidio o strumento di tutela del coniuge "debole" e dei figli?*; Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Famiglia*, 2004, II, p. 867, con nota di L.A. SCARANO, *Comodato di casa familiare e provvedimento di assegnazione in sede di separazione personale dei coniugi o di divorzio*, e in *Corr. giur.*, 2004, p. 1439, con nota di E. QUADRI, *Comodato e "casa familiare": l'intervento delle Sezioni Unite*; Cass., 20 gennaio 2006, n. 1198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 1164, con nota di M. DI NARDO, *Assegnazione della casa familiare al coniuge convivente con figli maggiorenni: condizioni e limiti del provvedimento*; Cass., 26 giugno 2007, n. 14741, in *Riv. giur. edil.*, 2008, p. 504; Cass., 28 gennaio 2009, n. 2109, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 241, con nota di M. GREGGI, *Abitazione principale e requisito di residenza a confronto nella disciplina tributaria di agevolazione del nucleo familiare*; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26586, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1821; Cass., 4 luglio 2011, n. 14553, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 655, con nota di C. IRTI, *La casa familiare come habitat domestico*; Cass., 15 settembre 2011, n. 18863, cit.; Cass., 11 novembre 2011, n. 23631, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 476, con nota di V. ALVISI, *L'assegnazione parziale della casa coniugale*; Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 712, con nota di U. ROMA, *La nozione di convivenza del figlio maggiorenne con il genitore ai fini dell'assegnazione della casa familiare*; Cass., 16 maggio 2013, n. 11981, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 717; Cass., 11 aprile 2014, n. 8580, in *Banca dati Pluris*. Con precipuo riferimento alle pertinenze dell'abitazione familiare, cfr., Cass., 28 dicembre 2011, n. 29468, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 564, con nota di A. STORARI, *Assegnazione della casa familiare e onere della prova dei vincoli pertinentenziali*. Peraltro, giova rammentare l'evenienza di alcune forme di abitazione, ove la fissazione della dimora familiare è caratterizzata da intrinseca mobilità, quale l'ipotesi fatta oggetto di analisi nel singolare arresto di Cass., 13 maggio 1986, n. 3168, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2147.

ritario” interesse dei figli, ha portato da tempo a ritenere che l’assegnazione possa disporsi unicamente in presenza di prole ⁽¹⁶⁾ della coppia genitoriale ⁽¹⁷⁾ che veda dissolversi il rapporto di relazione personale, esclusa ogni altra funzione “secondaria”, quale quella di colmare l’eventuale condizione economica svantaggiata, di precaria salute, di bisogno alimentare, *etc.*, del coniuge ⁽¹⁸⁾, cui sono funzionalizzate le apposite misure assistenziali; tuttavia,

⁽¹⁶⁾ Indirizzo consolidatosi con la composizione degli anteriori contrasti, in esito all’arresto di Cass., Sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11297, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 521, con nota di V. CARBONE, *La soluzione sofferta delle Sezioni Unite: l’assegnazione della casa familiare presuppone la prole*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 517, con nota di E. QUADRI, *Assegnazione della casa familiare e tutela del coniuge più debole*; il principio si rinviene sostanzialmente in tutti i precedenti successivi, cfr., comunque, Cass., 5 settembre 2008, n. 22394, in *Il civilista*, 2009, 3, p. 6, con nota di G. BUFFONE, *Assegnazione della “casa coniugale” solo nell’interesse di figli o anche del coniuge debole?*; Cass., 12 novembre 2010, n. 23591, cit.; Cass., 16 settembre 2011, n. 18992, in *Banca dati Pluris*; Cass., 13 gennaio 2012, n. 387, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 772, con nota di A. ARCERI, *Gli accordi sul godimento della casa familiare al vaglio della Cassazione*; da ultimo, Cass., 3 giugno 2014, n. 12346, in *Banca dati Pluris*, testualmente: «l’assegnazione della casa coniugale, secondo l’unanime orientamento della giurisprudenza di legittimità è eziologicamente ed esclusivamente connesso all’affidamento o alla collocazione dei figli». In dottrina, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2013, p. 724.

⁽¹⁷⁾ Cioè figli di entrambi, risultando ininfluenza la presenza di eventuale prole in rapporto di filiazione con uno soltanto dei coniugi o *partners*: Cass., 2 ottobre 2007, n. 20688, cit.; Cass., 3 settembre 1996, n. 8058, in *Dir. fam. e pers.*, 1997, p. 566.

⁽¹⁸⁾ Sul punto parte della dottrina esprime dissenso: cfr., M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2015, p. 303; ipotesi ermeneutica non esclusa da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 221; in tal senso anche isolate e risalenti espressioni della giurisprudenza; cfr. a titolo esemplificativo, Cass., 28 gennaio 1998, n. 822, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 195, con nota di G. DE MARZO; Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, in *Giur. it.*, 2000, p. 2235; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1783, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 558, con nota di E. PATANIA, *L’assegnazione della casa coniugale, in assenza di prole, si configura come misura integrativa o sostitutiva dell’assegno di mantenimento per il coniuge più debole*; il consolidato indirizzo contrario emerge sia negli arresti citati in note 13 e 16 e diffusamente nelle altre citazioni, come in quelli enumerati nella pronuncia in commento; *ex pluribus* v. anche, Cass., 28 agosto 2003, n. 12705, in *Giur. it.*, 2004, p. 1176; Cass., 14 maggio 2007, n. 10994, *ivi*, 2008, p. 56, con nota di O. MAROTTA, *In tema di assegnazione della casa coniugale*; Cass., 20 aprile 2011, n. 9079, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, p. 1660. V’è invero da rilevare come la tesi oggi si dovrebbe fondare, da un lato, sul tenore testuale dell’art. 6, comma 6, l. div., norma da ritenersi perciò in vigore nonostante il nuovo art. 337-*sexies* c.c. sia espressamente applicabile anche al giudizio divorzile (art. 337-*bis* c.c.) e, dall’altro lato, su una esaltazione del significato dell’espressione «tenendo

consolidato il canone secondo cui del beneficio economico che di riflesso si avvantaggia l'assegnatario⁽¹⁹⁾ deve utilmente tenersi conto in sede di regolazione dei rapporti economici e, quindi, delle contribuzioni al mantenimento – incidendo sia sulla capacità contributiva che sul criterio di proporzionalità –, ivi compresa la determinazione del *quantum* dell'eventuale assegno di contributo al mantenimento del coniuge o di quello *post* coniugale, particolarmente rilevante in connessione con un titolo di proprietà “sacrificato”;

d) il provvedimento di assegnazione presuppone ovviamente la sussistenza di un titolo di godimento dell'immobile, reale o personale⁽²⁰⁾, in capo

prioritariamente conto», secondo cui allora sarebbe ammissibile anche una funzione “residuale” o “secondaria” dell'assegnazione in parola, in considerazione della condizione del solo coniuge od ex coniuge. Tale prospettazione estensiva non appare in principio condivisibile; in linea con la consolidata giurisprudenza, anche a voler tacere le forzature logiche e sistematiche, la soluzione elude quella adeguata considerazione del diritto di cui è titolare il genitore onerato, soggetto ad un tale eccezionale sacrificio, giustificabile soltanto in termini di temporaneità. Ciò non di meno, va segnalata la peculiarità che ricorre nella fattispecie in cui l'abitazione sia di comune appartenenza; questa ipotesi, invero diffusa, trova adeguato rimedio nel diritto comune che regola la gestione d'utilizzo della comproprietà, ovvero della contitolarità del diritto di godimento a titolo personale; a tal proposito, non è certo fuori luogo porre richiamo, ad esempio, all'istituto della divisione, sempre possibile anche in relazione ai beni ricadenti sotto il regime patrimoniale della comunione, una volta verificatosi l'evento idoneo a produrne lo scioglimento (riguardo all'ipotesi di scioglimento maggiormente ricorrente, oggi v'è immediata coincidenza con l'instaurazione della separazione di vita coniugale, per effetto della previsione *ex art. 2, l. 6 maggio 2015, n. 55*). Cfr., comunque, Cass., 18 agosto 1981, n. 4938, in *Mass. Giur. it.*, 1981; Cass., 9 dicembre 1983, n. 7303, in *Foro it.*, 1984, I, c. 419; Cass., 22 dicembre 1988, n. 7010, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 584; Cass., 17 settembre 2001, n. 11630, cit.; Cass., 18 settembre 2003, n. 13736, cit.. Sotto il profilo eminentemente processuale, cfr., Cass., 12 gennaio 2000, n. 266, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, p. 544, con nota di L. LIBERTI, *L'assegnazione della casa familiare: un contrasto perpetuo*; Cass., 19 gennaio 2005, n. 1084, in *Banca dati Pluris*; Cass., 1° agosto 2013 n. 18440, *ivi*.

⁽¹⁹⁾ La giurisprudenza ha invero avuto modo di prendere in esame anche l'ipotesi inversa, e cioè il vantaggio del coniuge/genitore proprietario che sia rimasto nella disponibilità della casa pur in presenza dei presupposti del diritto all'assegnazione in capo all'altro, quale elemento valutabile ai fini dell'individuazione della concreta capacità contributiva, secondo il criterio orientativo del valore locativo; in tal senso la recente Cass., 17 dicembre 2015, n. 25420, in *Banca dati Pluris*.

⁽²⁰⁾ Importante rilievo operativo assume in proposito la fattispecie del comodato concesso dagli ascendenti o da altri soggetti del ceto parentale, senza prefissione di un termine

al genitore onerato di una tale responsabilità, anche nell'ipotesi che ricorra una comunione o contitolarità del contratto; nella diversa ipotesi che non si deroghi al titolo si reputa superfluo – od addirittura inammissibile – un provvedimento di assegnazione⁽²¹⁾;

e) la natura del diritto di godimento attribuito con il provvedimento di assegnazione viene qualificato come atipico diritto di godimento⁽²²⁾ personale, siccome strettamente correlato alla funzione genitoriale (il che lo rende intransmissibile ed incedibile), non rientrante né nel novero dei diritti reali – tassativamente prefigurati dalla legge –, né in quello degli obblighi di cooperazione contrattualmente fissati secondo schema di tipo locativo o comodatario; l'atipicità risiede nel potere di utilizzo temporaneo della cosa, riconosciuto in via diretta all'assegnatario ed ammesso alla trascrizione secondo le regole della pubblicità immobiliare; l'attuale tenore normativo ha consentito di superare le anteriori incertezze e difficoltà, risultando oggi nitido il canone secondo cui il provvedimento di assegnazione è opponibile⁽²³⁾ al terzo acquirente (in epo-

di durata, frutto di infinite disquisizioni e di altalenanti indirizzi giurisprudenziali; cfr., per tutte, Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, cit.; Cass., 21 luglio 2004, n. 13603, cit.

⁽²¹⁾ Tra altre, cfr. Cass., 17 gennaio 2003, n. 661, in *Guida al dir.*, 2003, 9, p. 60; Cass., 24 luglio 2007, n. 16398, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 695, con nota di G. GRASSO, *L'assegnazione della casa familiare e la tutela del coniuge più debole: "corsi e ricorsi" in dottrina e giurisprudenza*.

⁽²²⁾ Cfr., Cass., 19 settembre 2005, n. 18476, in *Giur. it.*, 2006, p. 2277, con ampi richiami; Cass., 3 marzo 2006, n. 4719, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 1097; Cass., 16 marzo 2007, n. 6192, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 614, con nota di C. CICALA, *Ici e assegnazione della casa coniugale*, e in *Fam. e dir.*, 2007, p. 775, con nota di A. SALVATI, *Assegnazione della casa familiare e imposta comunale sugli immobili*; Cass., 20 ottobre 2008, n. 25486, in *Corr. trib.*, 2008, p. 3525; Cass., 24 febbraio 2009, n. 4445, in *Banca dati Pluris*; Cass., 14 luglio 2010 n. 16514, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 945.

⁽²³⁾ Tra i molti precedenti, v., Cass., Sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, cit.; Cass., 2 aprile 2003, n. 5067, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 17, con nota di S. WINKLER, *Assegnazione della casa familiare e opponibilità ai terzi*; Cass., 29 agosto 2003, n. 12705, cit.; Cass., 19 giugno 2005, n. 12296, in *Imm. e propr.*, 2005, p. 522; Cass., 3 marzo 2006, n. 4719, cit.; Cass., 18 settembre 2009, n. 20144, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 137, con nota di E. PATANIA, *Opponibilità, al terzo acquirente dell'immobile, del provvedimento di assegnazione della casa coniugale di proprietà esclusiva di un coniuge*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 390, con nota di C. ABATANGELO, *Questioni in tema di opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare*; Cass., 19 luglio 2012, n. 12466, in *Banca dati Juris*; Cass., 18 dicembre 2013, n. 28229, *ivi*.

ca successiva), sino alla naturale estinzione del diritto, nell'ipotesi di eseguita formalità di trascrizione del titolo, mentre, in difetto, è attenuata garantendosi solo la durata infravennale, secondo la previsione dell'art. 2643, n. 8 c.c.

3. Come appena ripercorso, il genitore assegnatario è *ab initio* consapevole della durata temporanea del diritto di godimento attribuitole con l'assegnazione in uso dell'immobile e, per converso, il genitore onerato può contare sulla previsione di estinzione del vincolo che ne compromette l'appartenenza dominicale.

L'ipotesi prima di estinzione del diritto in questione è il venir meno della ragione sostanziale che ne aveva giustificato il riconoscimento e cioè, il collocamento prevalente o l'affidamento esclusivo della prole in età minore presso il genitore assegnatario, ovvero la convivenza di questi con figli maggiorenni incolpevolmente non autosufficienti da un punto di vista economico⁽²⁴⁾; trattasi dell'ontologico limite che pone riparo al sacrificio *sine die* del genitore onerato; salvo che il *dies ad quem* non sia concordemente prefissato, risulta ovvio che l'eventuale dissidio in ordine al concreto venir meno di tali presupposti è riservato all'accertamento giudiziale dell'evento circostanziale sopravvenuto, invero ed in genere, involgente una complessa posizione di diritto appunto in divenire.

Avuto riguardo alla nostra fattispecie, l'estinzione in parola veniva domandata relativamente al raggiungimento della detta condizione di autonomia adulta da parte della figlia maggiorenne, ancora convivente con il genitore già assegnatario.

Le ulteriori ipotesi codificate sono sostanzialmente riconducibili al venir meno dell'utilizzo dell'abitazione stessa, dismessa dal genitore assegnatario che si trasferisce in modo stabile in altro immobile, ovvero altri

⁽²⁴⁾ L'art. 6, comma 6, l. div., col considerare rilevante anche l'interesse dei figli maggiorenni non autonomi economicamente, aveva eliminato il fondamento dell'indirizzo tendente a ritenere implicitamente limitata, dal punto di vista temporale, l'efficacia del provvedimento di assegnazione già al mero raggiungimento della maggiore età, secondo le conclusioni, tra l'altro, di Cass., Sez. un., 23 aprile 1982, n. 2494, in *Dir. fam. e pers.*, 1982, p. 1204.

radicalmente la destinazione dell'uso a favore della prole⁽²⁵⁾, contraendo nuove nozze ovvero intraprendendo una convivenza *more uxorio*, secondo il criterio di autoresponsabilità per le scelte di libertà individuali; invero, a quest'ultimo proposito, l'originario tenore dell'art. 155-*quater* c.c., rimasto identico nell'odierno art. 337-*sexies* c.c. – il legislatore della riforma sulla filiazione non ha colto l'opportunità di una migliore formulazione – è stato oggetto di importante intervento della Corte delle leggi⁽²⁶⁾, che seppur ne ha escluso l'illegittimità a fronte dei canoni *ex* artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., ne ha tracciato la sua corretta interpretazione, nel senso che la revoca dell'assegnazione non opera di diritto al verificarsi degli eventi indicati (costituzione di un nuovo nucleo familiare), rimanendo pur sempre subordinata alla verifica di conformità all'interesse dei figli.

Le vicende dell'assegnazione che segnano l'estinzione del diritto al godimento della casa familiare costituito a seguito del provvedimento di assegnazione, così come ogni altra vicenda modificativa del regime di separazione, divorzio ed affidamento della prole nata fuori dal vincolo di coniugio⁽²⁷⁾, dipendono perciò dal mutamento delle circostanze che inizial-

⁽²⁵⁾ In punto cfr. il precedente di Cass, 16 aprile 2008, n. 9995, in *Banca dati Juris*.

⁽²⁶⁾ Corte cost., 29 luglio 2008, n. 308, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3031, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1661, con nota di E. QUADRI, *Vicende dell'assegnazione della casa familiare e interesse dei figli*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1155, con nota di F. SUBRANI, *Riflessi della convivenza more uxorio su assegno divorzile e assegnazione della casa familiare*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, p. 20, con nota di S. CANATA, *La revoca dell'assegnazione della casa familiare nell'affidamento condiviso: questioni di legittimità costituzionale*, e in *Fam. e dir.*, 2009, p. 62.

⁽²⁷⁾ L'art. 337-*quinquies* c.c., che ha raccolto l'eredità dell'art. 155-*ter*, non allude all'assegnazione della casa familiare, quale possibile oggetto del provvedimento di modificazione/revisione, richiamando solo la «*revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alle modalità del contributo*». Ciò nonostante è stato sempre considerato del tutto pacifico che le norme contemplanti la modificazione dei «*provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole*» (art. 710 c.p.c.) e «*delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondere*» (art. 9, comma 1, l. div.), vadano senz'altro riferite anche alle statuizioni concernenti l'assegnazione della casa familiare, siccome ricomprese tra le misure da adottare a tutela dei figli; cfr., *ex multis*, Cass., 15 maggio 1993, n. 5567, in *Banca dati Pluris*; Cass., 1° marzo 2005, n. 4291, *ivi*; Cass., 28 aprile 2010, n. 10222, *ivi*.

mente l'avevano giustificata; ma, come noto, nessun evento sopravvenuto opera in via diretta, necessitando dell'intervento giudiziale di modificazione e revisione, con nuova valutazione alla luce della situazione venutasi a creare.

D'altro canto, un provvedimento che segni l'estinzione dell'assegnazione in uso, adottato dal tribunale ai sensi dell'art. 337-*sexies* c.c., risulta necessario non soltanto per la soluzione dell'eventuale controversia sulla questione, ma in relazione alle forme di pubblicità che garantiscono la compiuta opponibilità del vincolo sul bene immobile derivante dall'assegnazione, attraverso la sua trascrizione nei registri immobiliari: infatti, l'annotazione (ai sensi dell'art. 2655 c.c.) del provvedimento che accerti la sopravvenuta carenza dei presupposti dell'assegnazione, revocandola, vale a definire, nei confronti dei terzi, la situazione del bene; il dato normativo, del resto, prevede espressamente la trascrivibilità nei registri di pubblicità immobiliare, non soltanto del provvedimento di assegnazione, ma anche di "*quello di revoca*".

In sostanza, la via del giudizio di modificazione/revisione sembra dover essere comunque percorsa dal coniuge/genitore interessato alla eliminazione dell'efficacia dell'assegnazione, ed al medesimo interessato non può che competere in via esclusiva ogni iniziativa in proposito, non foss'altro che per il rilievo secondo cui si tratta della modificazione o revisione di un giudicato, formatosi con la salvaguardia secondo la clausola generale in materia, c.d. *rebus sic stantibus*.

4. Il quesito sembra del tutto scontato, competendo al coniuge/genitore titolare del diritto reale temporalmente sacrificato la legittimazione a proporre la domanda ed al coniuge/genitore assegnatario la legittimazione passiva.

Anche il rito riservato dal nostro ordinamento positivo alla soluzione di tali controversie di modificazione/revisione si staglia in conformità alla natura primaria delle posizioni soggettive coinvolte, per loro natura in divenire nel corso del tempo, rispondendo univocamente alle esigenze di celerità ed

efficacia⁽²⁸⁾, destinate come sono a regolare basilari tratti esistenziali di vita quotidiana originati da relazioni familiari.

Limitando l'attenzione alla fattispecie estintiva correlata alla sopravvenuta condizione del figlio maggiorenne divenuto economicamente autosufficiente, si potrà al più disquisire se questi possa intervenire nel giudizio⁽²⁹⁾, ovvero se possa comunque essere evocato in giudizio al fine di estendere l'efficacia dell'accertamento proposto, prevenendo anche eventuali difficoltà di ordine esecutivo, magari onde conseguire una statuizione di condanna al rilascio direttamente efficace anche nei suoi confronti⁽³⁰⁾.

La presenza processuale dei coniugi/genitori appare comunque assolutamente indispensabile, attingendo un tale contraddittorio la modificazione/revisione del giudicato che aveva riconosciuto il diritto all'assegnazione in uso della casa, giudizio che comporta l'indicata nuova valutazione dell'interesse della prole alla conservazione o meno dell'*habitat* domestico.

⁽²⁸⁾ Per un inquadramento delle questioni, cfr., C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2012, IV, p. 388 ss.

⁽²⁹⁾ Secondo la conclusione oggi consolidata, riconosciuta con l'arresto di Cass., 19 marzo 2012, n. 4296, in *Giur. it.*, 2013, p. 1288, con mia notazione, *Legittimazione del figlio maggiorenne ad intervenire nel giudizio di separazione coniugale dei genitori*; soluzione invero precorsa da Trib. Macerata, 27 ottobre 2009, *ivi*, 2011, p. 81, con mia notazione, *Intervento del figlio maggiorenne nei giudizi coniugali/genitoriali aventi ad oggetto il proprio mantenimento*; il precedente risulta qui peculiarmente rilevante nel momento in cui reputa ammissibile l'intervento volontario del figlio maggiorenne spiegato nel giudizio di revisione delle condizioni divorzili, *ex art.* 9, l. div.

⁽³⁰⁾ L'ipotesi risulta in concreto rilevante nel caso in cui, ottenuto dal coniuge/genitore titolare del diritto reale il rilascio della casa da parte del coniuge/genitore già assegnatario, il figlio maggiorenne affermi un proprio autonomo diritto all'ulteriore godimento, possesso o detenzione, dell'immobile abitativo (magari opponendo la non estensibilità del giudicato formatosi tra i propri genitori), con necessità di ricorrere ancora ad ulteriore azione, quale la domanda di rilascio per detenzione *sine titulo*, sino all'*actio rei vindicatio*. In punto alla valenza soggettiva del giudicato formale reso nel contraddittorio tra i genitori rispetto al figlio maggiorenne, v. Cass., 21 giugno 2002, n. 9067, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 651. La tutela della posizione dominicale, ovvero di quella possessoria, vede distinte azioni esercitabili ed un vasto panorama di fattispecie concrete, mentre questa sede non ne consente neppure cenni sommarî; tuttavia, nel contesto dei rapporti che qui interessano, oltre quanto richiamato in nota 5, utili spunti possono trarsi dagli arresti di Cass., 25 maggio 1983, n. 3598, in *Banca dati Juris*; Cass., 3 agosto 1990, n. 7836, *ivi*; Cass., 19 maggio 2000, n. 6510, *ivi*; Cass., 6 marzo 2003, n. 3290, *ivi*; Cass., 9 maggio 2012, n. 7041, *ivi*.

Questa valutazione peraltro è di norma connessa al raggiungimento dell'autosufficienza economica personale da parte del figlio.

Persino ovvio perciò che un tale accertamento, da un lato, si debba necessariamente svolgere nella presenza processuale dei due genitori, quali soggetti coobbligati a tutti gli oneri di assistenza e mantenimento della prole, che trae fonte dall'instaurato rapporto di filiazione, sino a tale maturità adulta, la quale ne segna il traguardo naturale, mentre, d'altro lato, una tale valutazione è anche assolutamente riservata allo stesso ceto genitoriale.

In buona sostanza, è unicamente nel rapporto di filiazione che una tale controversia trova origine e regolamento, cosicché anche il contraddittorio non può che conformarsi allo stesso rapporto sostanziale personalissimo.

5. Le mille sfaccettature delle umane vicende ci pongono però di fronte all'evenienza secondo cui il genitore titolare del diritto dominicale sulla casa familiare assegnata in uso, trasferisca ad altri il proprio diritto reale, con gli strumenti negoziali di diritto comune, nella vigenza del vincolo d'uso stesso, opponibile come detto anche ai terzi.

Ovviamente l'ipotesi è scarsamente ricorrente atteso che, di tutta evidenza e come sopra rilevato, il valore di un bene immobile abitativo così vincolato ne risulta compromesso, richiamando una qualche similitudine con l'alienazione di una nuda proprietà.

Omessa ogni divagazione, ora possono cogliersi i tratti critici dell'arresto in commento.

La Suprema corte indica che il soggetto terzo che abbia acquistato la proprietà vincolata all'uso familiare in questione, non può certo accedere agli speciali procedimenti di modificazione/revisione ridetti, potendo contare per l'accertamento della sopravvenuta causa estintiva del diritto d'uso, soltanto sull'ordinaria cognizione.

L'assunto si palesa condivisibile poiché il diritto reale del terzo acquirente, seppur avente causa dal genitore gravato, è del tutto estraneo al rapporto di filiazione da cui origina quella misura assistenziale, prefigurata per l'adeguata crescita della prole sino al traguardo dell'autonomia adulta.

La stessa corte però non si pone alcun interrogativo sulla singolare assenza di uno dei genitori da un tale contraddittorio⁽³¹⁾, che pur sempre deve, come abbiamo visto, procedere alla nuova valutazione dell'interesse della prole alla conservazione o meno di quell'*habitat* domestico.

Eppure non si può dubitare del fatto che il terzo acquirente della casa assegnata in uso non succede in alcun senso, né si surroga, nella posizione genitoriale del suo dante causa: il subentro a titolo derivativo riguarda unicamente la posizione dominicale.

Invero, i giudici di legittimità, in conformità al responso della corte territoriale, come a scansare ostacoli, derivano un tale presupposto dal giudicato già formatosi tra i due genitori, in sede di revisione delle condizioni divorzili, che aveva concluso per la revoca dell'assegno di contributo al mantenimento in favore della stessa figlia maggiorenne da parte del genitore già proprietario della casa assegnata in uso.

Un tale percorso desta più d'una perplessità.

In primo luogo s'impone una fondamentale riflessione: il giudizio di revisione delle condizioni del regime divorzile relativamente all'assegno periodico per il figlio maggiorenne, già posto a carico del genitore non convivente, pur fondato sulla emancipazione economica filiale, non è esattamente sovrapponibile.

In realtà, un conto è l'assegno perequativo di contributo al mantenimento corrente del figlio ed altro conto è l'ulteriore misura che garantisce il primario bisogno abitativo quotidiano nello stesso *habitat* domestico esistente al momento della crisi del rapporto tra le due figure genitoriali; il raggiungimento della condizione di autosufficienza economica può non essere completo e l'analisi necessariamente coinvolge anche tale importante aspetto; infatti, non v'è chi non veda come al termine del progetto educativo anche la percezione di redditi correnti da parte del figlio può non corrispondere a quella soglia minima obiettivamente sufficiente per coprire gli oneri essen-

⁽³¹⁾ Il recente arresto di Cass., 23 giugno 2015, n. 12495, in *Banca dati Pluris*, descrive ipotesi in cui il giudice adito in primo grado ha ordinato l'intervento in causa del genitore.

ziali a sostenere una vita adulta autonoma⁽³²⁾, cosicché tale elemento certamente compone il coacervo delle valutazioni che portano a ritenere o meno raggiunta la nuova condizione emancipata, tale da giustificare la revoca di ogni ulteriore obbligo genitoriale.

Questa riflessione induce perciò alla conclusione secondo cui il giudizio di merito avente ad oggetto quella nuova valutazione dell'interesse della prole non è affatto detto che possa considerarsi assorbito.

Decisamente più impegnative si profilano le problematiche afferenti la natura e/o la rilevanza di un tale anteriore giudicato (quello formatosi nel giudizio di revisione delle condizioni divorzili nel contraddittorio proprio del rapporto di filiazione), nel giudizio di ordinaria cognizione successivamente instaurato dal terzo proprietario della casa già assegnata in uso, ammesso che la Corte ciò abbia effettivamente inteso; in realtà, seppur non emergono dalla motivazione in commento espliciti tratti concreti dell'anteriore accertamento, sembra però appropriato dedurre che la revoca dell'assegno di contributo al mantenimento già fissato in favore della figlia maggiorenne sia stata fatta discendere dalla rinvenuta condizione di piena – nel senso appena sopra indicato – autonomia adulta.

Intanto giova richiamare il limite generale all'estensione soggettiva del contraddittorio già concluso, risultando in principio necessario che il giudicato si sia formato tra le stesse parti, i loro eredi od aventi causa⁽³³⁾ in senso proprio; ed anche in tal caso, ove l'accertamento sia riferibile ad una questio-

⁽³²⁾ In proposito giova considerare che la condizione di autosufficienza economica adulta raggiunta dal figlio prescinde anche dal criterio di corrispondenza al tenore di vita familiare; il rilievo emerge correntemente nella giurisprudenza; v., Cass., 23 gennaio 1996, n. 496, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 364; Cass., 4 marzo 1998, n. 2392, in *Giur. it.*, 1999, p. 252, con nota di A. AMATO; Cass., 2 dicembre 2005, n. 26259, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 592, con nota di V. LO IACONO; Cass., 3 settembre 2013, n. 20137, in *www.ilcaso.it*, ma anche Cass., 8 agosto 2013, n. 18974, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 80.

⁽³³⁾ Secondo la fondamentale regola sancita dall'art. 2909 c.c., cui corrisponde l'eccezione di inopponibilità della sentenza pronunciata *inter alios*, che il terzo può sollevare anche con le forme dell'opposizione *ex art.* 404 c.p.c.; il basilare principio già presente nelle fonti (D. 42.1.63; 44.2.1), «*res inter alios indicata aliis non praeiudicatur*», trova oggi fondamentale riconoscimento nei canoni del giusto processo, come garantiti dagli artt. 3, 24 e 111 Cost.

ne di fatto comune ad entrambe le cause⁽³⁴⁾, il suo apprezzamento positivo è frutto di attività ermeneutica tesa a verificarne la concreta rilevanza nel successivo giudizio.

Come noto, il giudice ha il potere di valutare in modo autonomo il cd. giudicato esterno od implicito, come pure le prove raccolte in un separato procedimento⁽³⁵⁾; il fenomeno processuale emerge nell'incessante lavoro della giurisprudenza ogni qual volta vi sono elementi costitutivi della fattispecie ovvero qualificazioni giuridiche della stessa, aventi valore "condizionante" o che comunque inducono "effetti riflessi", già risultati oggetto di accertamento, anche solo implicito, ovvero allorché ne venga invocata una rilevanza probatoria.

Non essendo certo questa la sede ove anche soltanto riassumere i termini del confronto su tema così impegnativo e che da tempo occupa straordinarie energie della nostra dottrina processualcivile⁽³⁶⁾, basterà qui por mente ai

⁽³⁴⁾ Persino in settori peculiari, cfr., Cass., 8 aprile 2015, n. 6953, in *Banca dati Juris*; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27822, in *Fisco*, 2014, p. 381, con nota di A. BORGOGGIO; Cass., 15 settembre 2008, n. 23658, in *Mass. Giur. it.*, 2008; Cass., Sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1694, con nota di E. MANZON, *I limiti oggettivi del giudicato tributario nell'ottica del "giusto processo": lo swing-over della Cassazione*; Cass., 24 marzo 2004, n. 5925, in *Gius*, 2004, p. 3121.

⁽³⁵⁾ A mero titolo esemplificativo, tra i numerosi precedenti, cfr., Cass., 29 luglio 2003, n. 11682, in *Arch. civ.*, 2004, p. 654; Cass., 9 maggio 2013, n. 10989, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1190, con nota di A. GIUSSANI, *Intorno alla "riflessione" del giudicato contro il terzo*; Cass., 28 luglio 2014, n. 17069, in *Banca dati Pluris*.

⁽³⁶⁾ A fronte della vasta letteratura, opportuno in primo luogo il richiamo dell'insegnamento di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, p. 378, nel momento in cui, ferma l'efficacia incontrovertibile tra le parti e rilevati i contorni del potenziale pregiudizio nei confronti dei terzi, giunge a distinguere tra terzi titolari di un diritto compatibile e terzi titolari di un diritto incompatibile con quello deciso. Straordinariamente incisivo poi il contributo di E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, tornato a più riprese sul tema, sino al saggio introduttivo in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973; e di E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1962, rist. 1992; ID., *Manuale dir. proc. civ.*, Milano, 1981, p. 441; ID., *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989. Inoltre, E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1968, p. 785; F. CARPI, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milano, 1974; G. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978; F.P. LUISO, *Principi del contraddittorio ed efficacia della*

due tradizionali profili dell'analisi e cioè, ai limiti obiettivi ed a quelli soggettivi del giudicato, in uno all'autorità della sentenza in sé e per sé considerata.

Posti tali essenziali richiami, giova riprendere la disamina dell'arresto che qui ci occupa.

Invero, analizzata la fattispecie come emergente dalla descrizione della vicenda processuale, si coglie come nel giudizio di revisione delle condizioni divorzili svoltosi nel contraddittorio tra i genitori, concluso con il provvedimento del tribunale del 4 maggio 2004, non risulta proposta la domanda volta allo specifico accertamento in ordine alla persistenza o meno degli estremi per la revoca dell'assegnazione in uso della casa che il genitore onerato aveva appunto alienata da anni in favore di quel soggetto terzo.

Ora, se si riprende in considerazione quanto appena qui sopra osservato sulla non sovrapponibilità, nell'ambito di questa complessa posizione di diritto, tra la revoca dell'assegno di mantenimento e la revoca dell'assegnazione in uso della casa d'abitazione, già sostanzialmente delineata anche al richiamo di nota 14, ci si avvede come l'anteriore accertamento non possa dirsi rivestire quell'utile anteriore "giudicato" specifico; e, come sopra rilevato, neppure è dato evincere dalla stessa descrizione processuale, in che termini concreti era stata esattamente ricostruita la sopraggiunta indipendenza economica del figlio maggiorenne e cioè, quale fosse l'elemento reddituale o la valutazione delle altre circostanze sopra enumerate; in una parola, anche il versante di logica pregiudizialità ovvero della mera rilevanza probatoria (questione di per sé problematica), rinvenibile nell'anteriore accertamento

sentenza verso terzi, Milano, 1981; A. PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2385; ID., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 386; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, ampia analisi ripresa nel successivo scritto, *Il giudicato civile*, Torino, 2002; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 475; E.F. RICCI, *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, in AA.VV., *Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un Maestro*, Milano, 2004; C. CAVALLINI, *L'efficacia (riflessa) della sentenza nel pensiero di E.T. Liebman*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1221; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011; L. GALANTI, *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1359; per una ricognizione delle diverse posizioni sviluppata in tema di interessi collettivi, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 459 ss.

giudiziale, non consente di verificare se la conclusione di autosufficienza economica avesse o meno preso in considerazione, tra gli altri elementi, l'onere abitativo (come già sopra rilevato, lo possiamo solo in qualche modo presumere in termini di ragionevole affidabilità astratta, normalmente insita nelle statuizioni giudiziali).

In sostanza, l'anteriore giudicato non risultava conformato allo stesso precipuo oggetto rilevante ai fini del decidere, travalicandone i limiti, mentre è indubitabile come l'eventuale estensione *ultra partes* non può prescindere dalla sua portata oggettiva; e ciò tanto se la riflessione nella seconda controversia sia diretta, come indiretta; comunque, tali ipotetiche valenze possono rilevare soltanto se nel giudizio anteriormente reso si rinvenga un accertamento dal quale dipenda, od al quale sia logicamente subordinato il diritto del terzo proprietario dell'abitazione in uso⁽³⁷⁾.

Una prima conclusione porta quindi a rilevare come il profilo oggettivo del giudicato anteriore non presenta quella necessaria coincidenza e questo costituisce ostacolo che si somma univocamente alla diversa criticità inerente il profilo soggettivo dello stesso giudicato; quest'ultimo inciso induce ad evidenziare come il problema si ponga semmai in riferimento alla estensione logica dell'accertamento in punto di fatto, ma la questione così ridotta impone di verificare sempre con prudenza e rigore la concreta estensione *ultra partes*, caso per caso.

Nella specie appare ad ogni modo rilevante la constatazione secondo cui la stessa Suprema corte riconosce che nel giudizio di ordinaria cognizione ove il terzo è ammesso a far valere la fondatezza della propria pretesa soggettiva, l'accertamento in revoca presuppone il superamento delle condizioni che avevano giustificato l'originaria assegnazione; ed allora, proprio ove la portata oggettiva e l'estensione soggettiva del contraddittorio già concluso ne pregiudichi l'efficacia in questa diversa sede di confronto, ricorre l'esigenza di un tale autonomo accertamento, se si vuole, incidentale rispetto alla condanna al rilascio, come pure di adeguato supporto probatorio autonomamente e liberamente apprezzabile.

⁽³⁷⁾ Come alla prospettazione rinvenibile in Cass., 9 maggio 2013, n. 10989, cit.

In questo risiede contraddizione della motivazione; comunque, prescindendo per un attimo dall'arresto in commento, questo pericolo di una scivolosa contraddizione risulta intrinseco alla fattispecie.

Si consideri che l'eventuale accertamento anteriore che abbia concluso in termini di legittima permanenza delle condizioni che avevano giustificato l'originaria assegnazione, non vincola od ostacola l'autonoma iniziativa del terzo ammesso allo scrutinio nel merito del proprio diritto, viepiù ove il primo contraddittorio si stagli con connotati collusivi tra le parti (le figure genitoriali).

Questi tratti critici ci consentono di meglio evidenziare ulteriore profilo del punto *dolens*, che peraltro può adeguatamente intendersi ancora esemplificando.

Allora, se si pone attenzione all'ipotesi inversa alla fattispecie oggetto del caso sottoposto alla Corte di legittimità e cioè, del terzo divenuto *medio tempore* proprietario della casa d'abitazione, che nell'assoluta inerzia del genitore onerato suo dante causa ed in assenza di qualsivoglia anteriore contraddittorio anche soltanto connesso, promuove un giudizio di ordinaria cognizione per l'accertamento della sopravvenuta estinzione di quell'assegnazione in uso, domandandone la sua revoca (art. 337-*sexies*, comma 1 c.c., «*Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca*»), come si individuano i soggetti da convenire in giudizio necessariamente per conseguire una efficace statuizione in merito?

In tale evenienza non sembra potersi dubitare che la revoca del provvedimento di assegnazione, pur non potendo essere proposta nelle sedi processuali riservate ai coniugi/genitori, secondo i riti semplificati e celeri delle relazioni familiari in crisi, debba obiettivamente pronunziarsi nel contraddittorio dei soggetti già presenti nel giudizio che aveva portato all'assegnazione, oggetto della domanda di sua revoca (tra i quali soggetti potrebbe annoverarsi il figlio maggiorenne che abbia spiegato intervento in lite); la ragione è rinvenibile in quella esigenza di nuova valutazione della condizione della prole, sopra individuata, che vede obiettivamente coinvolto il rapporto di filiazione, fonte da cui origina il complesso dei diritti-doveri genitoriali.

Trova così razionale conferma che anche il genitore che abbia alienato al terzo la casa assegnata in uso è contraddittore necessario del giudizio di

ordinaria cognizione promosso dallo stesso terzo per ottenerne il rilascio, sull'impugnato presupposto dell'estinzione del diritto, per effetto della raggiunta condizione di indipendenza economica filiale.

L'occasione però propizia la constatazione secondo cui la soluzione ottimale idonea a contemperare le esigenze di tutti i soggetti coinvolti, si sostanzierebbe nel riconoscere al terzo acquirente della casa già assegnata in uso, divenuto *medio tempore* proprietario (nella specie dopo dodici anni dall'assegnazione in uso fissata in sede divorzile), la legittimazione a spiegare intervento volontario in lite (sempre ove venga a tempestiva conoscenza della sua pendenza), nel giudizio di modificazione delle condizioni di separazione o di revisione delle condizioni divorzili e solo in questi, in sintonia con la sopravvenuta circostanza sostanziale dell'operato acquisto della proprietà vincolata all'uso e con rigorosa limitazione ad un tale contraddittorio.

Il tema, fortemente disagiata, trova nel panorama giurisprudenziale un solo precedente di merito⁽³⁸⁾, almeno a quanto consta, che in qualche modo si è avvicinato al problema.

La conclusione cui giunse quel collegio, di inammissibilità dell'intervento in lite da parte del terzo soggetto proprietario della casa familiare, nel giudizio di separazione coniugale, oggi si staglia più lucidamente; seppur quel responso condivisibile, il diverso contesto della fattispecie che qui ci occupa sembra idoneo ad ipotizzare l'opposta conclusione; v'è però da superare lo scoglio dell'identità degli attori del processo di revisione, che in linea generale non può vedere altri partecipi che gli stessi soggetti del giudicato da sottoporre appunto a revisione; invero, in tale prospettiva dovrebbe considerarsi dirimente la sopravvenuta successione nel diritto dominicale sulla casa d'abitazione, trasmesso in costanza del vincolo d'uso dal coniuge/genitore, quale rapporto inscindibilmente dipendente dal regolamento degli oneri che rinvengono la loro fonte nel rapporto di filiazione.

⁽³⁸⁾ Trib. Venezia, 18 aprile 2007, in *Corr. merito*, 2007, p. 1404, con nota di M. CIRESE, *Il mantenimento del figlio maggiorenne tra evoluzione del costume e dinamiche familiari alla luce della legge n. 54/2006*.

6. Ferma l'esattezza della soluzione processuale, individuata nella sede dell'ordinaria cognizione, quale allora la possibile soluzione che possa condurre ad una piena condivisione dell'arresto in commento ?

Unicamente nell'ipotesi in cui l'accertamento giudiziale anteriore si sia sostanziato nella concreta verifica della sopravvenuta autonomia economica adulta del figlio maggiorenne, secondo valutazione che abbia preso in considerazione anche l'onere abitativo, si può prendere in positiva considerazione la logica rilevanza dello stesso accertamento anche nel giudizio di ordinaria cognizione successivamente promosso dal terzo proprietario della casa d'abitazione già vincolata all'uso coniugale/genitoriale, nonostante il contraddittorio instaurato difetti delle stesse parti; consigliando peraltro, tali fattispecie, l'ideale instaurazione di una contestuale sede di confronto processuale, estesa al terzo proprietario, in modo da consentire il simultaneo contraddittorio.

Nel concludere, non è senza significato pratico che il terzo acquirente la casa assegnata in uso ha impiegato ben dieci anni – a far data poi dalla revisione delle condizioni divorzili – per veder affermato il proprio buon diritto; da prendere in considerazione peraltro, come nella specie non ricorreva l'ipotesi di una qualche collusione tra gli attori della relazione familiare/genitoriale, come la situazione obiettiva in fondo ne agevola l'occasione; perciò, al confronto, il rito della revisione divorzile è strutturato su scansioni temporali davvero efficienti; ciò nonostante, l'indennizzo per l'ingiusto protrarsi del godimento di fatto della casa è stato parametrato con decorrenza dalla data della sentenza d'appello che aveva accolto la domanda, riformando la sentenza di prime cure; come si può constatare, ancora una volta, la realtà fa riflettere in ordine all'individuazione del “soggetto debole” di turno, quantomeno sul versante processuale.



Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006 (rist. 2011), p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra diritto interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.
14. GIUSEPPE PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, 2012, p. 220.
15. ROBERTO CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, 2012, p. 406.
16. ANDREA PIERINI, *Crisi finanziarie e regulation dei mercati negli Stati Uniti d'America*, 2012, p. 264.
17. DANIELE CORVI, *Frode e affidamento*, 2013, p. 298.
18. ALESSANDRO PORCELLATI PAZZAGLIA, *Equità nel mercato e tutela della concorrenza*, 2014, p. 232.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... comparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.

3. GIUSEPPE PALAZZO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.
4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSI, *Le fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI e FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.
2. ANDREA SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra america latina ed europa*, 2011, pp. XX-468.
3. ANTONIO PALAZZO e ANDREA SASSI (a cura di), *Class Action. Una prima lettura*, 2012, pp. X-232.
4. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, pp. XXVI-538.
5. ROBERTO CIPPITANI e STEFANIA STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, 2013, pp. VI-370.

Jean Monnet Chair TeKla Studies:

1. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, 2012, p. 170.

Publicato nell'anno 2015
Impresso in Italia nel dicembre 2015