



TECNOLÓGICO
DE MONTERREY.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2016

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 Triscioglio, *Università di Torino*; Marco Ventura, *Università di Siena, Centro per le Scienze Religiose (F-BK-ISR)*; 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; Giuseppe Palazzolo.

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

2016

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

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 5-58 MARIO I. ÁLVAREZ LEDESMA
Un Approach teórico-funcional a la situación de los derechos humanos en México
- 59-80 JOHN ALBERTO TITO-AÑAMURO
Against the universal Application of Human Rights
- 81-106 MARIALUISA NAVARRA
La «poena» del carcere per debiti in Ambrogio di Milano
- 107-122 CARLO LORENZI
Disciplina domestica e autorità imperiale in epoca severiana
- 123-172 ANDREA SASSI
L'accertamento giudiziale dello stato di figlio nel sistema italiano
- 173-198 GIANCARLO SAVI
Nuova convivenza familiare e revoca dell'assegno divorzile
- 199-260 LORENZA BULLO
Donazione di bene altrui e comunione ereditaria nel sistema giuridico italiano
- 261-288 ROBERTO CIPPITANI
«Property paradigm» and protection of rights concerning genetic information
- 289-318 ALESSANDRA LANGELLA
Equità, buona fede e principio di proporzionalità

- 319-344 ANTONIO MIELE
La responsabilità medica alla luce della «legge Balduzzi»
- 345-366 DANIELE CHIAPPINI
The Xylella fastidiosa case: a way for thinking on research damage in the italian legal system

Overviews

- 367-373 *Riflessioni leggendo «The American Pope – Costruire ponti per costruire la pace»* [ANTONIO PALAZZO]
- 374-387 *La frammentazione del diritto mondiale come determinante della sua armonizzazione* [JOANNA OSIEJEWICZ]
- 388-392 *The Human Rights in Eu Law* [TUNJICA PETRAŠEVIĆ]
- 393-404 *Protección de la biodiversidad y conocimiento tradicional asociados a los recursos genético en la «Sociedad del Conocimiento»* [VALENTINA COLCELLI]
- 405-431 *Lastrico solare e responsabilità* (nota a Cass., Sez. un., 10 maggio 2016, n. 9449) [SILVIO PIETRO CERRI]
- 432-443 *Aumentare la Social Acceptance attraverso l'uso di contratti plurisoggettivi con comunione di scopo: studiando la realizzazione di un impianto a biomassa da residui dell'olivicoltura e della produzione di olio d'oliva* [MARINA BUFACCHI, VALENTINA COLCELLI, MICHELANGELO DE DONNO]

In memoriam

- 444 *In memory of Peter Stein* (Antonio Palazzo)

MARIO I. ÁLVAREZ LEDESMA (*)

UN *APPROACH* TEÓRICO-FUNCIONAL A LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Abstract: This article presents an innovative approach to the current situation of human rights in Mexico. First, this essay shows that it is necessary to understand that the human rights initiative falls within the scope of a deontological theory of justice, meaning that it needs to accomplish very specific moral principles. Second, for human rights to be considered a viable endeavor, it must be amenable to certain factual requirements, such as: a functional democratic system founded upon the rule of law and a certain level of economic and educational development. This article holds that the human rights crisis in Mexico is due to the critical situation of its factual requirements, even though, in theory, the Mexican legal system provides for the human right's moral principles.

SUMARIO: 1. A modo de introducción. – 2. Los derechos humanos como teoría de la justicia: sus presupuestos. – 3. Las condiciones fácticas o funcionales de los derechos humanos. – 4. Estado actual de los derechos humanos en México.

1. — *A modo de introducción.*

Este ensayo constituye una somera aproximación a la situación de los derechos humanos en México⁽¹⁾ y constituye, antes que un análisis sociológico o meramente descriptivo para poner en evidencia datos duros acerca de

(*) Profesor-investigador de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, *Co-Editor in Chief*.

(1) Este ensayo constituye la base conceptual de mi participación en el Seminario Internacional «Defensa Judicial de los Derechos Humanos» que organizaran la Escuela Libre de Derecho y el CONACYT en octubre de 2014 y fue originalmente publicado por la primera institución académica. Dicha versión se apoyó en datos estadísticos disponibles entonces. La primera investigación y recopilación del aparato estadístico y documental fue realizada por mi alumno Luis Eduardo Álvarez Velázquez. La versión del ensayo que aquí se presenta contó, para los mismo propósitos, con el apoyo de dos discípulas mías, estudiantes ambas

dicha situación, un sucinto diagnóstico, y no por ello reduccionista, basado en una hipótesis propuesta por mí en un artículo publicado el año 2006⁽²⁾, hipótesis que me ha permitido enfocar desde entonces y de forma singular la problemática relacionada con la vigencia de los derechos humanos.

La hipótesis de referencia sostiene que, si tales derechos vienen a ser concebidos en función de su naturaleza técnica, es decir, como parte de un *tipo o clase de teoría de la justicia*, resulta menester determinar, primero que nada, cuáles son esos presupuestos teóricos que permiten identificarla inequívocamente como ese *tipo o clase* de teoría de la justicia. En tal virtud, su función consistiría en establecer aquello que se consideraría como justo o injusto para una sociedad, a partir de los criterios paradigmáticos en que tal teoría se apoya⁽³⁾.

Asimismo, la hipótesis de marras considera que, a más de dichos presupuestos teóricos, *toda teoría de la justicia requiere una serie de condiciones funcionales (o fácticas) sin las cuales resulta imposible que ésta se concrete en la realidad*. Si tales condiciones no están dadas, teorías de la justicia como la de los derechos humanos (más allá de su validez intrínseca o teórica) se hallan condenadas, desde el inicio y desafortunadamente, al fracaso. Habría que añadir que este peligro corre, en realidad, cualquier tipo de teoría de la justicia, sea deontológica o teleológica.

Esta forma de enfocar los derechos humanos comporta, entre otras, varias ventajas:

- Ofrece una visión técnica de los mismos, que intenta inocular contra el emocionalismo que suele rodearlos y que influye en la adopción de actitudes fundamentalistas en torno a tales derechos;

de la carrera de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, Isabela Marta Giordano Pacheco y Melissa Ivonne Torres Hernández.

⁽²⁾ *Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia*, en *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, año 1, n. 1, 2006, pp. 9-29.

⁽³⁾ Esta forma de abordaje del tema derechos humanos fue ampliamente desarrollado por el profesor Jesús González Amuchastegui en su libro: *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2004.

- Da cuenta de sus alcances y límites, ubicándolos en su justa medida, lejos de la visión idílica que suele implicar la idea hiperbolizada de que una teoría de la justicia de este tipo puede fructificar en cualquiera clase de condiciones, o que la sola creencia en los derechos humanos – cual dogma de fe –, vencerá por sí misma los obstáculos fácticos con los que tiene, necesariamente, que lidiar;
- Permite distinguir cuándo, efectivamente, estamos ante una teoría de los derechos humanos y cuándo frente a formulaciones sobre la justicia que, aunque se motejen a sí mismas como parta de aquélla, plantean postulados incompatibles con sus presupuestos teóricos (por ejemplo, el colectivismo o el comunitarismo)⁽⁴⁾;
- Hace hincapié en que los derechos humanos poseen carácter instrumental y, por ende, pueden ser empleados – como de hecho sucede – por ignorancia o mala fe, con fines espurios, muy alejados de su original teleología;

⁽⁴⁾ Dice al respecto y precisamente el referido González Amuchastegui: «(...) entre los diferentes tipos de teorías de la justicia existentes, las teorías de los derechos humanos constituyen un tipo especial. Mi objetivo es señalar cuáles son las características que sirven para identificar a las teorías de los derechos humanos y para diferenciarlas de las demás teorías de la justicia. Obviamente (...) esas características están presentes en todas las teorías de los derechos humanos, si alguna teoría se presenta como teoría de los derechos humanos y no respeta las notas que considero características de ellas, no será propiamente tal. A pesar de que (...) podemos detectar dos grandes tipos de teorías de los derechos humanos – las liberal conservadoras y las socialistas liberales – con notables diferencias entre ellas, mi tesis es que todas ellas comparten las siguientes cuatro notas: 1. Los individuos son concebidos como agentes morales racionales. 2. Los individuos son la unidad moral básica y los titulares de los derechos básicos. 3. Todos los individuos deben ser tratados como iguales. 4. Su ámbito de validez es universal». Cfr. *ibid.*, p. 105.

De lo anterior se deduce que desde posiciones comunitaristas o colectivistas suelen sostenerse postulados que pugnan con los presupuestos anteriores, por ejemplo, afirmar que los titulares de los derechos básicos no son los individuos sino las comunidades o colectivos humanos, lo cual, asumen, es perfectamente conteste con la idea de derechos humanos. Evidentemente esta posición contradice el segundo de los presupuestos arriba indicados por González Amuchastegui.

Una visión sobre las teorías y posiciones críticas a los derechos humanos se puede encontrar en: R.K.M. Smith, C. VAN DEN ANKER, *The essentials of ... Human Rights*, Hodder Arnold, Great Britain, 2005. Véase en particular los artículos reunidos en el apartado intitulado *Theories and critiques of human rights*.

- Finalmente, permite comprender que las soluciones de justicia que los derechos humanos ofrecen son singulares y obviamente distintas a las que postularían, aunque parezca obvio decirlo, otro tipo de formulaciones éticas como las arriba mencionadas.

Todo lo anterior es útil, en última instancia, en la medida en que nos alerta acerca de los inconvenientes que conlleva sostener que los derechos humanos conforman una especie impar de teoría de la justicia. Pensar así supone, por extensión, que las respuestas que ésta ofrece constituyen salidas únicas e irrefutables a problemas complejos. De ese modo, desafortunadamente, los derechos humanos terminan por convertirse en algo que su naturaleza rechaza: *un conjunto de verdades morales incontestables fuera de las cuales cualquier solución divergente será, por consecuencia, incorrecta*. Desde el punto de vista científico esta actitud no constituye un buen síntoma⁽⁵⁾.

La antedicha actitud, por más que la teoría de los derechos humanos nos parezca una de las más depuradas concepciones morales que de la persona humana la civilización moderna se haya dado, no es única y, por supuesto, no está exenta de críticas, ni deja de plantear problemas que deben ser resueltos tanto *a priori* como en su proceso de instrumentación. Entre tales problemas ocupan un lugar singular el estado que guardan, principalmente, las siguientes *condiciones fácticas*:

- *el modo y manera en que tiene lugar el avance y vigencia de la democracia en un país;*
- *el nivel de desarrollo económico de la sociedad en cuestión;*
- *el grado de vigencia del Estado de Derecho;*
- *la pluralidad política reinante y los niveles de tolerancia de una sociedad;*
- *el estado que guarda la educación y la cultura cívica de la población.*

Las anteriores constituyen condiciones que producen un entorno en el que la teoría de la justicia de los derechos humanos – y cualquier teoría, por cierto – deben procesarse y operar.

⁽⁵⁾ Sobre este tipo de actitudes dogmáticas en relación con los derechos humanos nos alerta la obra de M. IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e idolatría*, trad. F. Beltrán Adell, Paidós, Barcelona, 2003.

Luego entonces no está por demás apostillar que cuando una idea se torna dogmática, la sana crítica y revisión respecto de la misma pueden ser interpretadas como sospechosas (reversionistas, precisamente), lo que impide que esa idea se ventile y mantenga abierta a su análisis y discusión racional. Una actitud de apertura en este sentido comporta la posibilidad de fortalecer los postulados en que se asienta la teoría de los derechos humanos para hacer frente a las críticas, dudas, malos entendidos, tergiversaciones y prejuicios de los que suele estar rodeada.

Una vez planteada la anterior circunstancia, es posible comprender a qué obedece que el *approach* que sucintamente aquí se ofrece requiere una mínima explicación, primero, de los señalados *presupuestos teóricos* de los derechos humanos (se insiste, como un tipo específico de teoría de la justicia) y, luego, de los *presupuestos o condiciones funcionales*, como los arriba enlistados, en cuyo entorno esos derechos operan.

Procediéndose así lo que sucede es que al repasar datos concretos que den cuenta de la situación de dichos presupuestos funcionales, por ejemplo, en el México de hoy, será posible contar, en principio, con dos elementos de análisis clave:

- una visión muy aproximada (un *approach*, en efecto) del estado que guardan los derechos humanos en ese país; y,
- una implícita y clara indicación de las causas y condiciones que explican tal estado.

2. — *Los derechos humanos como teoría de la justicia: sus presupuestos.*

A fin de entender a cabalidad qué pretendo decir cuando hago alusión a los presupuestos teóricos de los derechos humanos, es necesario señalar, según se mencionó antes, que los derechos humanos constituyen una *teoría de la justicia*. Más puntualmente, una *teoría deontológica de la justicia*.

Para empezar y a efecto de distinguir desde un principio los alcances de aquello que constituye y busca una teoría de la justicia, deben precisarse

varias cuestiones. Lo primero es que cuando hablamos de una *teoría* a lo que hacemos concretamente referencia es a *una interpretación de la realidad*⁽⁶⁾ y, en este caso particular, a *una interpretación de cómo es que debe ser concebida la idea de persona humana y, por extensión, cómo debe ser tratada ésta por sus congéneres (conciudadanos) y, principalmente, por el poder público.*

De tal guisa, las teorías de la justicia constituyen *planteamientos orientadores, criterios de deber ser* (deónticos, de ahí el nombre de este tipo de teorías), para hacer frente, según dicen algunos, al laberinto⁽⁷⁾ y a las dificultades que nos plantea la realidad. En este caso y particularmente a fenómenos como la injusticia misma, el abuso del poder, la discriminación, la inequidad y escases de recursos, por mencionar los más obvios y recurrentes.

En tal virtud, los planteamientos de las teorías de la justicia son *un punto de vista de aquello que, desde una perspectiva particular, debe tenerse por lo justo*, al final, un conjunto de proposiciones acerca de cómo es que deben prevenirse y atacarse ese tipo de problemas que son comunes a la convivencia histórica de todo grupo humano en sociedad⁽⁸⁾.

Subrayar el carácter inicialmente teórico de los derechos humanos implica varios propósitos. El inicial es dejar en claro que su justificación y validación no poseen carácter empírico. Sostener, como sostiene la teoría de la justicia de los derechos humanos, que los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, *constituye un enunciado de tipo moral, no una descripción de cómo es la*

⁽⁶⁾ Cfr. J.H.S. PESCADOR, *Principios de Filosofía del Lenguaje*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1989, p. 16.

⁽⁷⁾ Ibid.

⁽⁸⁾ Dice al respecto Brian Barry: «(...) ¿qué es la justicia? Puede decirse que el planteo de esa pregunta por parte de Platón inauguró la filosofía política en el mundo occidental. Pero la pregunta misma surge inevitablemente en cualquier sociedad cuando sus miembros comienzan a pensar reflexivamente acerca de las disposiciones dentro de las cuales transcurren sus vidas. A través del contacto con otras sociedades, la gente llega a tomar conciencia de que las disposiciones sociales no son un fenómeno natural sino una creación humana. Y lo que los seres humanos hicieron puede ser cambiado por los seres humanos. Esta percepción prepara el escenario para el surgimiento de teorías de la justicia. Pues una teoría de la justicia es una teoría de los tipos de disposición social que pueden defenderse». Véase, del autor, *Teorías de la Justicia*, trad. C. Hidalgo, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 19.

persona humana en la realidad (social, biológica, antropológica, genética, etc.), sino de cómo debería ser vista y, por ende, en esa tesitura, tratada⁽⁹⁾.

Es por causa de lo anterior que toda teoría de la justicia posee *carácter paradigmático*, funciona como modelo en relación al cual comparar lo que de hecho sucede. De ahí que, y este sería el segundo propósito de enfrentar los derechos humanos como teoría de la justicia, la validez y justificación racionales de los derechos humanos no dependen de su coincidencia con la realidad. Podría incluso decirse que teorías de la justicia como la de los derechos humanos poseen, claramente, *naturaleza contrafáctica*: prescriben lo que debe o debería hacerse en sociedad, precisamente, para modificar los efectos negativos que conlleva tratar a las personas con base en aquellas diferencias sobre las cuales no tienen control (sexo, edad, color de piel, raza) o que son éticamente irrelevantes (preferencias sexuales o políticas, religión, etc.) para los efectos de los derechos y deberes fundamentales que, se piensa, deben poseer o el trato que debe de brindárseles.

Ahora bien, *el estatus de los derechos humanos como teoría de la justicia* (o sea, el de su validez y consistencia racional) *es distinto* – lo que explica la necesidad

⁽⁹⁾ Suele no repararse en que únicamente una teoría moral está en condiciones de ofrecer un concepto de persona que se halle por encima de las diferencias que, de facto, nos distinguen. El propósito no es borrar esas diferencias sino descartarlas como la base para determinar aquello que las teorías de la justicia buscan establecer, entre otras cuestiones, qué derechos o deberes básicos o fundamentales son asignables a las personas. Descarte este que no hicieron, por ejemplo, el nazismo o el *apartheid*, en tanto que sí consideraban éticamente relevantes las diferencias biológicas o de raza para esa asignación de derechos o deberes. Por otra parte, debe quedar claro que la idea de igualdad básica desde este punto de vista no descarta el papel relevante que juegan los méritos productos del esfuerzo de cada uno, lo cual da lugar a prerrogativas o tratamientos diferenciados como, por ejemplo, premiar el heroísmo, el esfuerzo y la disciplina ya intelectual, ya física que determinados seres humanos realizan; empero, el mérito tampoco parece un criterio justo para establecer o fundar en ellos derechos y deberes básicos. Por último, cabe decir que una concepción moral de la persona humana permite amparar y tratar como tal, a aquellas que padezcan problemas genéticos. Así las cosas, una persona con síndrome de Down, que es una alteración genética debida a la presencia de un cromosoma extra en el par número 21, se considera un ser humano, con derechos y deberes básicos a pesar de ser, por así decirlo, genéticamente diferente. Véase al respecto F.J. LAPORTA, *El principio de igualdad. Introducción a su análisis*, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, no. 67, Editorial Sistema, Madrid, 1985, pp. 3-31.

de hacer esta aclaración desde el principio —, *al hecho de afirmar que de no presentarse ciertas condiciones fácticas de realización dicha teoría tendría dificultades incluso insalvables, pudieran pensar algunos, para concretar sus propósitos*. La justificación y validez racional de una teoría es lógicamente independiente de cuán factible sea convertirla en realidad.

Lo anterior es de singular importancia ya que, por irónico que parezca, aunque una teoría de la justicia resulte de difícil o hasta imposible realización, tal circunstancia no le resta validez racional o moral, ni la descalifica de suyo. Sí, empero, pone en evidencia su eficacia mayor o menor en función de las condiciones en las cuales debe operar.

Ahora bien, tradicionalmente se ha clasificado a las teorías de la justicia en dos tipos básicos: *deontológicas* y *teleológicas*. Las primeras determinan la corrección o incorrección de las acciones humanas con base en las *cualidades intrínsecas de esas acciones o de ciertos atributos morales de las personas humanas, acciones o atributos de los que se derivan para los individuos derechos y deberes*. Las teorías *deontológicas* dan prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno, de donde para éstas la justicia de una acción no radica en el hecho de alcanzar determinados fines, objetivos o metas. En suma, será justo aquello que así resulte conforme al principio o criterio de corrección cuyo contenido se considera como correcto y del que se derivarían derechos tales, por citar sólo algunos y de distinto tipo, como el de libertad de conciencia, opinión, salud, educación, trabajo, etc.

El otro grupo de teorías de la justicia, las *teleológicas*, *se caracterizan por hacer depender la determinación de lo justo en función de los fines, objetivos o metas que con ellas se alcancen*; de ahí su nombre. La teoría teleológica más conocida e influyente es el *utilitarismo*, mismo que basa su concepto de justicia en la consecución de un fin u objetivo específico, a saber, que los seres humanos, según su naturaleza — así lo consideran quienes postulan esa teoría⁽¹⁰⁾ —,

⁽¹⁰⁾ El utilitarismo ha sido presentado tradicionalmente como una teoría antagónica a las teorías de los derechos humanos: teleología *versus* deontología. El tema es sumamente complejo, para empezar, es ciertamente difícil referirse al utilitarismo como un corriente de pensamiento de notas absolutamente distinguibles. En realidad, de lo que se trata es de una serie de distintos autores y teorías de la justicia que, en efecto, poseen algunos rasgos

deben alcanzar, a saber, la felicidad o el bienestar. En tal virtud, todo aquello

comunes pero que no constituyen ninguna clase de escuela o movimiento intelectual así organizado.

Í. ÁLVAREZ GÁLVEZ ha escrito al respecto: «(...) aunque es posible hacer una caracterización de la doctrina, no se puede pretender (mucho menos cuando no estamos hablando de una escuela formal ni estructurada) que todos los autores utilitaristas compartan el mismo credo hasta sus últimas consecuencias. Y siendo así, se hace difícil trazar un límite preciso que divida lo que es utilitarismo de lo que no lo es». Cfr., del autor, *Utilitarismo y derechos humanos: La propuesta de John Stuart Mill*, Theoria cum Praxi, Studia 6, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Plaza y Valdés, Editores, Madrid-México, 2009, p. 50.

Sin embargo, siguiendo al anterior autor, *cabe presentar el perfil de utilitarismo con base en los siguientes rasgos más o menos comunes* que una pléyade de autores comparten, encabezados por cuatro centrales (David Hume, Jeremy Bentham, James Mill y John Stuart Mill), a más de otros tantos como Francis Hutcheson, Joseph Priestley, William Paley, William Godwin, Henry Sidgwick, Richard Cumberland, John Gay, Claudio Helvecio, Cesare Beccaria, el barón d'Holbach y, por supuesto, otros más contemporáneos como George Edward Moore, Hastings Randall, Richard Brandt, R. F. Harrod, John C. Harsanyi, Richard M. Hare, J. J. C. Smart y Donald Regan.

Los rasgos comunes que permitirían motejar a tales autores como utilitaristas serían, básicamente, los siguientes: *valoran los comportamientos humanos como justos o injustos en función de las consecuencias que estos tienen para conseguir determinados estados de cosas que se consideran buenos, estamos ante lo que se denomina consecuencialismo ético; el placer es indicativo de que algo es bueno y el dolor de que ese algo es malo; el principio moral básico en el que se sustentan es el de utilidad, el cual predica que debe perseguirse la mayor felicidad para el mayor número; de acuerdo con lo anterior, un todo es intrínsecamente bueno si el resultado final del cómputo de placeres y dolores es positivo; es intrínsecamente malo si tal resultado es negativo, e intrínsecamente indiferente si el resultado es cero.*

Como es de suponerse y a pesar de tales rasgos comunes, es posible dar cuenta entre los autores citados de diferentes tipos de utilitarismo, entre los que destacan: el *egoísta* (la bondad de las consecuencias es determinada por el propio agente) y el *universalista* (las acciones son buenas en la medida en que lo son para todos); el *hedonista* (el criterio de lo bueno lo determina el agrado o el placer en su sentido más amplio) y el *idealista* (el concepto de bondad depende de otros estados de cosas como la adquisición del conocimiento, por ejemplo); el *positivo* (se basa en la maximización de lo bueno, sea placer o felicidad) y el *negativo* (se sustenta en la minimización de lo malo, del sufrimiento); el *total* (valora el monto de la felicidad conseguida en términos totales) y el *de la media* (se valora la media aritmética de la felicidad); el *de la preferencia* o *utilitarismo económico* (una acción contraria a la preferencia de cualquier ser es injusta, a menos que tal preferencia se dé contrapesada por preferencias contrarias); el *de actos* (si lo que se juzga mejor para producir la felicidad son las consecuencias del acto, de la acción individual misma) y *de reglas* (el criterio para determinar la felicidad es la consecuencia que produce el cumplimiento de una regla en la que está inserto el acto, regla que todo el mundo habría de cumplir en circunstancias semejantes). Cfr. *ibid.*, pp. 51-95.

que contribuya a maximizar tal objetivo será justo, es decir, moralmente correcto.

El utilitarismo como modelo de teoría teleológica posee una evidente base empírica, pues es David Hume, con su famoso «Treatise of Human Nature», uno de sus principales creadores, según hemos citado antes. En efecto, para Hume la única fuente del conocimiento son los *sentidos*, precisamente, aquello que se puede conocer empíricamente, conocimiento en el que incluso la razón juega un papel secundario. Para él el único recurso con el que los seres humanos cuentan para determinar si algo es bueno o malo, está en función de lo que nuestros sentidos (a través de las percepciones e impresiones) y el sentido moral identifican, respectivamente, con el dolor y el placer⁽¹¹⁾. El utilitarismo, según se vio antes, posee esa base, lo que explicaría su distintivo carácter hedonista y, por supuesto, consecuencialista, ya que el resultado de toda acción que se traduce en placer o dolor determinará con tal efecto – consecuencia – su naturaleza buena o mala.

De manera diametralmente opuesta, las teorías de la justicia deontológicas, poseen un fundamento precisamente contrario, son kantianas – y de tal guisa –, *anti empíricas* y *anti consecuencialistas*. En efecto, en su «Crítica de la Razón Pura» lo que Immanuel Kant se propone es determinar las condiciones *a priori* (no empíricas) de validez del conocimiento, de donde la objetividad

⁽¹¹⁾ El extraordinario y precoz trabajo de David Hume sienta las bases del utilitarismo, pero va más allá, pues se le considera precursor del positivismo lógico del Círculo de Viena y del naturalismo psicológico. Hume en el libro I, intitulado «Of the Understanding», del ya referido *A Treatise of Human Nature*, señala que todas las percepciones que la mente humana recibe se convierten en *impresiones* e *ideas*. *La diferencia entrambas depende de la fuerza y vivacidad con las que impactan a nuestra mente y dejan su marca en nuestros pensamientos y consciencia*. Las que impactan con más fuerza son las impresiones, como, por ejemplo, todas nuestras sensaciones físicas, pasiones y emociones como primero quedan plasmadas en nuestra alma. En cambio, las ideas están constituidas por aquellas imágenes vagas que dichas impresiones dejan en nuestra inteligencia y razonamiento, las cuales se originan en las percepciones que, por ejemplo, se derivan de la lectura de algún texto, salvo aquellas que tienen su origen en la sensación de placer o desagrado que producen ya a nuestra vista, ya al tacto. En suma, concluye Hume: «(...) that all our simple ideas in their first appearance are derived for simple impressions, which are correspondent to them, and which they exactly represent». Véase, del autor, *A Treatise of Human Nature*, The Project Gutenberg EBook (#4705), 2010, pp. 29-30 y 36.

está en tal conocimiento y no en el objeto, ya que *la experiencia no se halla en la percepción, sino en el juicio sobre la percepción*⁽¹²⁾.

La tensión que subyace entrambos tipos de teorías y no obstante los múltiples matices que deben tenerse en cuenta, radica en el hecho de que por su naturaleza estructural, *mientras que para las teorías teleológicas de la justicia el fin podría justificar los medios* (porque lo que importa para que algo sea moralmente correcto es el resultado, no el instrumento o medio que para ello se emplea)⁽¹³⁾, *las teorías deontológicas operan precisamente de modo contrario, ya*

⁽¹²⁾ Abunda al respecto A. del Palacio Díaz: «Objetivo es lo conforme a las leyes del conocimiento; quienes atribuyen la objetividad a la realidad –sea esto lo que pretendan– parten de un mundo en sí, pre existente y substancial, poseedor de una estructura originaria y propia, fuente de nuestro conocimiento y obra de algún dios; ello echa por tierra, dice Kant, el pensamiento filosófico verdadero urgido de ser reconstruido en el conocimiento mismo. En el criticismo la verdad cobra una nueva dimensión, no es ya la simple adecuación del pensamiento a los hechos, según postula el realismo ingenuo, ni la labor del filósofo es la del investigador dedicado a descubrir la verdad ya dada; la verdad se construye por la razón y los hechos han de plegarse a sus principios, el filósofo es el legislador que crea las normas de la verdad». Por ende, la materia del conocimiento «(...) no es la existencia – la substancia – de las cosas (su en sí), sino las condiciones de posibilidad de su conocimiento, esto es, las leyes rectoras de las funciones de la razón, cuya pureza – sostiene Kant – le proviene de su ser a priori, independiente de la experiencia, a la cual determina estableciendo las condiciones de su objetividad, mediante un proceso de síntesis por el cual lo múltiple y caótico de las percepciones sobre orden y unidad, conforme a las leyes necesarias. (...) La naturaleza en sí misma queda fuera de la posibilidad del conocimiento, y no es ésta el objeto del conocimiento del criticismo, la naturaleza de Kant es una relación lógica, el conjunto de los juicios sintéticos referidos al conjunto de objeto de la experiencia». Cfr., del autor, *Razón en alto justicia desde abajo. Razón y justicia de Bruno a Hegel*, Claves Latinoamericanas, México, 1995, pp. 132-133.

⁽¹³⁾ Hay que tener presente, como escribe el ya referido Á. Gálvez, que si bien es cierto «(...) que el utilitarismo propugna la consecución de la máxima felicidad para el mayor número, (...) parece una tergiversación pretender que lo que se postula es que ese objetivo se puede conseguir de cualquier manera». Cfr. *ibid.*, p. 116. No obstante ello, las críticas al utilitarismo desde las posiciones que sostienen los filósofos que defienden las teorías de los derechos humanos suelen ser, para con el utilitarismo, muy severas y hartamente conocidas. Dos de los principales filósofos contemporáneos que se han manifestado en contra del utilitarismo son, por ejemplo, John Rawls y Ronald Dworkin.

El primero considera que es posible construir principios de justicia gracias al equilibrio reflexivo que pudieran llevar a cabo individuos libres y racionales colocados en un estado de naturaleza en el que prive una radical igualdad (*original position*) y donde ninguno conozca

que la condición de la cual depende la corrección o incorrección de acciones u omisiones está en función de que éstas satisfagan el predicado de principios o derechos (derivados de tales principios) que se consideran en sí mismo correctos⁽¹⁴⁾. Lo anterior, obviamente, con

(*veil of ignorance*), ni por tanto obtenga, ventajas de sus dotes personales o posición social. Los principios de justicia construidos en tal tesitura habrán de buscar la mayor libertad posible para todos; en su caso, las desigualdades habrán de servir también para el beneficio de todos. El modelo de justicia rawlsiano es evidentemente anti empírico pues los principios de justicia dependerán de la intrínseca corrección de los mismos en términos de maximizar la libertad y la igualdad, lo cual podría implicar, como de hecho mantiene Rawls, un equilibrio axiológico donde el sacrificio de un bien o valor (la igualdad o la libertad) se justifican para potenciar, según sea el caso, otro bien o valor (la libertad o la igualdad). El utilitarismo se plantea, en cambio, la acumulación de felicidad o bienestar del mayor número, al margen de los sacrificios que ello pudiera implicar, al parecer sin otros límites que la maximización misma. ¿La igualdad o la libertad absolutas justifican el sacrificio de alguna de ellas? Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 1980, pp. 19-34.

Por su parte Dworkin, de forma abiertamente contraria al utilitarismo, considera que cualquier pretensión colectiva, inclusive, hipotéticamente generadora de felicidad, no puede pasar por sobre los derechos de los individuos, si es que tales derechos como ‘cartas de triunfo social’ son efectivamente tomados en serio. Echa de verse que, justamente, contra lo que Dworkin quiere inmunizarnos es contra decisiones utilitaristas que estén dispuestas a sacrificar, a cambio de la maximización de la felicidad o bienestar del grupo social, valores, principios o derechos individuales de importancia fundamental (la libertad de pensamiento, opinión, credo, circulación, etc.) que no son negociables bajo tal argumento, pues de lo contrario no habría límite alguna a cualquier pretensión colectiva que enarbole la utilidad del sacrificio de tales bienes en función de la felicidad de todos. Véase, del autor, *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1978.

⁽¹⁴⁾ La pretensión kantiana de fundar la corrección de las acciones en el deber y no en los resultados, implica un elaborado y complejo razonamiento filosófico que se propone otorgar a los seres humanos un método para poder determinar el principio supremo de la moralidad, a saber, la ley moral. Explica John Rawls al respecto, en su extraordinario trabajo *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Moral*: «(...) Kant no pretende enseñarnos lo que está bien y mal (lo consideraría pretencioso) sino hacernos conscientes de la ley moral arraigada en nuestra libre razón. Cree que una plena consciencia de ella despierta un fuerte deseo de obrar conforme a esa ley (Gr. II: 9n, [411]; 44n [426]. Este deseo (es lo que llamamos en Hume II: párrafo 5) un deseo dependiente de concepciones: es un deseo, que nos pertenece en cuanto personas razonables, de obrar según un ideal expresable en una concepción de nosotros mismos como autónomos en virtud de nuestra libre razón, tanto teórica como práctica. En su filosofía moral, Kant busca el autoconocimiento: no un conocimiento de lo que está bien y mal –que ya poseemos– sino un conocimiento de lo que deseamos como

independencia de las consecuencias, incluso negativas, que tal asunción de conductas implique.

Huelga decir que esta afirmación posee, una vez más, acento típicamente kantiano, puesto que la validez de una ley moral deviene de su contenido, de su coincidencia con los principios de la razón pura práctica⁽¹⁵⁾, a través del imperativo categórico⁽¹⁶⁾. Así, por ejemplo, si lo correcto es decir la verdad,

personas con la facultad de la libre razón teórica y práctica». Véase J. RAWLS, *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Moral*, trad. A. de Francisco, Paidós, Barcelona, 2001, p. 166.

En efecto, para Kant, los seres humanos y como regla general, sabemos lo que es correcto o incorrecto, empero, solemos estar tentados a actuar siguiendo malas razones, sin darnos cuenta de ello. Justo para eso sirve el famoso y normalmente muy mal explicado, imperativo categórico kantiano, esto es: «(...) expresar una forma razonable de reflexión que pudiera ayudarnos a protegernos de esa eventualidad (las malas razones), verificando si la máxima (o sea un principio de conducta formulado por cualquier persona) desde la que actuemos es legítima, esto es, permitida por la razón práctica». Cfr. *ibid.*

Por lo tanto, la ética que predica Kant, es la derivada en la buena voluntad humana, es decir, aquella volición que actúa movida por el deber y no por las inclinaciones de la persona en cuestión. En tal virtud, las acciones hechas por deber derivan su valor moral del principio de la voluntad desde el cual se hacen, y no en función de los propósitos (objetivos, estados de cosas o fines) que la acción siempre implica. Las acciones hechas por deber son acciones hechas por respeto a la ley moral, ley suprema, según dijimos, de la moralidad. El *procedimiento* que el imperativo categórico supone y que Kant se encarga en mostrarnos en su obra, es precisamente, el que nos permitirá determinar el contenido de la ley moral.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. DEL PALACIO DÍAZ, *op. cit.*, p. 144.

⁽¹⁶⁾ Kant elaboró *un imperativo categórico* que presentó en *tres formulaciones*. La primera formulación, a la que en el texto hago alusión, es la que se plasma en la siguiente y conocida fórmula: «Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre como principio de la legislación universal».

Ahora bien, es muy importante distinguir entre el *procedimiento del imperativo categórico* (procedimiento-IC) del *imperativo categórico mismo*. Y es importante porque siendo los derechos humanos una teoría de la justicia deontológica y por ende kantiana, estos derechos se sustentan en principios morales razonables, precisamente, como los imperativos categóricos, y el procedimiento que a ellos conduce, efectivamente, lo constituye el referido procedimiento-IC.

Pero, ¿en qué consiste dicho procedimiento? Tratase de una fórmula que se aplica en las condiciones normales de la vida humana y a través del cual se «(...) determina el contenido de la ley moral tal como se aplica a nosotros en cuanto personas razonables y racionales en el mundo natural, dotadas de conciencia y sensibilidad moral, y afectadas, pero no determinadas, por nuestros deseos e inclinaciones naturales. Estos deseos e inclinaciones reflejan nuestras

las consecuencias que ello comporte son irrelevantes para efectos de la determinación de aquello que resulta moralmente bueno. Es fácil suponer que actuar con honestidad al decir lo que se piensa, por ejemplo, puede traer aparejados ciertos efectos no siempre deseables ni necesariamente positivos o agradables. Empero, actuar de esta manera, desde el punto de vista de la ética kantiana, constituye lo que debe de ser conforme a la razón, vía los juicios sintéticos *a priori*. La verdad y la moralidad no dependen de la conformidad con la realidad y las leyes naturales (supuestamente objetivas, según el utilitarismo, por ejemplo) sino con la razón pura.

Así las cosas, las teorías de los derechos humanos en cuanto teorías deontológicas *parten del presupuesto de que la persona humana está dotada de una serie de atributos que son valiosos en sí mismos, de los cuales se derivan derechos cuya protección y promoción constituye el origen y la razón de ser del Estado – por eso son criterio de legitimidad política –, al mismo tiempo que tales derechos sirven como parámetro de justicia que permite medir el funcionamiento de las instituciones sociales*⁽¹⁷⁾. Esto es, que la satisfacción o no de tales derechos (y los atributos humanos que salvaguardan) permitirá determinar si una institución pública (jurídica, de salud, educativa, etc.), procede con justicia o sin ella.

necesidades como seres finitos que ocupamos un lugar particular en nuestro mundo social y estamos situados en el orden de la naturaleza». J. RAWLS, *Lecciones*, cit., p. 181.

⁽¹⁷⁾ Me parece que resulta de enorme utilidad no sólo aludir a los aspectos estructurales de los derechos humanos (o sea, qué son o cómo es que se componen los derechos humanos, de lo que por cierto intentan dar cuenta sus presupuestos teóricos), sino rescatar y realzar su dimensión funcional (o sea, plantearse que metas o fines persiguen dichos derechos). Es por ello que al aludir a los derechos humanos mi planteamiento intenta establecer un equilibrio entre ambos enfoques, puesto que, como bien apuntó A.-E. Pérez Luño, una de las virtudes del análisis funcional de los derechos y libertades, «(...) se refiere a su contribución a plantear el sistema de los derechos fundamentales como un todo dinámico, o sea, como categorías históricas, que deben ser interpretadas y aplicadas en forma evolutiva. (...) Por ello, el decantamiento desde la estructura a la función ha supuesto la aceptación explícita de que los derechos fundamentales, al igual que las restantes normas de la Constitución, deben ser entendidos desde el contexto que los produce y en el que van a ser aplicados». En efecto, dicho contexto de producción y aplicación de los derechos humanos es lo que llamo presupuestos fácticos o funcionales. Véase, del autor, *Análisis funcional de los derechos humanos*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, n. 5, 1988-89, p. 201.

En consecuencia, aquello que hace valiosa a la persona humana es la posesión consustancial de esos *atributos* que, según la fundamentación de los derechos humanos de que se trate, devienen ya de la naturaleza humana (*fundamentación iusnaturalista*); ya de las consecuciones de cada pueblo o comunidad y de su reconocimiento, plasmación y garantía en textos jurídicos (*fundamentación histórico-positivista*); ya de su naturaleza moral (*teoría ética* o de los *moral rights*).

Evidentemente los atributos de marras constituyen el centro de gravedad de toda teoría de la justicia de este tipo, por ende, su satisfacción o vulneración será lo que determine que una acción u omisión de quien detenta el poder público sea considerada violatoria o no de derechos humanos. Entonces, *la justificación del contenido y de las características de esos atributos como presupuestos teóricos va a ser fundamental*, como lo es también la posesión, preservación y aseguramiento de los mismos, para lo cual se instituyen derechos humanos como facultades que el poder público hace efectivos para garantizarlos en la realidad económica, política y social en la cual se desenvuelve la vida de las personas. Todo lo anterior, como resulta obvio, está plagado de dificultades epistemológicas y conceptuales, de donde el esfuerzo por justificar racionalmente esos atributos o presupuestos es lo que constituye el objeto de la abundante y, a veces, ciertamente densa, literatura filosófica sobre la materia⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Así, por ejemplo, C.S. Nino, en su libro *Ética y derechos humanos*, busca fincar una teoría de tales derechos en una racionalidad moral que propicie una conciencia del mismo tipo en tanto la mejor garantía para asegurar su vigencia. Desafortunadamente, como Nino reconoce, son los propios defensores de los derechos humanos los que suelen rehuir ese tipo de discusión. «Ellos asumen – dice textualmente dicho autor – que es posible tomar partido por la consagración práctica de esos derechos sin encarar la engorrosa cuestión de las razones que fundamentan moralmente la necesidad de esa consagración. Pero esto es un error: esa toma de posición es de índole moral y si no se la justifica con razones se queda inerte frente a la adopción de posiciones opuestas. Por otra parte, no se trata sólo de optar entre una posición que reconoce y otra que desconoce los derechos del hombre: se trata de determinar también cuáles son esos derechos que deben ser reconocidos y qué alcance debe asignárseles, cosa que no puede zanjarse de otra forma que no sea a través de la discusión racional en el plano de la filosofía moral». Véase, del autor, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 16.

Aunque parezca una obviedad, no es ocioso insistir en que las razones que arguyen las teorías de la justicia tipo derechos humanos para justificar éstos no son de tipo legal, porque su plasmación en las Constituciones de los Estados y tratados internacionales, lo que pretende es asegurar su eficacia, en todo caso, reafirmar su validez político-jurídica; a tales instrumentos no corresponde la tarea de justificar su corrección moral o razonabilidad, sino garantizar el respeto y vigencia de los derechos humanos.

En efecto, la argumentación en torno a estos derechos tiene por objeto ofrecer las razones últimas de su corrección o bondad, razones que sólo parcialmente se evidencian por el hecho de que los derechos humanos se plasmen en normas jurídicas. Sobran ejemplos de principios o criterios vistos como injustos que no han perdido tal carácter por el hecho de haber sido consagrados en la ley. Parece claro que convertir un valor o principio en norma jurídica no lo torna, automáticamente, justo, razonable o moralmente aceptable.

Ahora bien, los presupuestos teóricos de los derechos humanos – y esto es de suma importancia, aunque suele con frecuencia olvidarse – derivan de *un perfil o modelo de persona humana* que constituye la base de una teoría humanista-individualista-liberal en la que aquéllos se apoyan. Dichos presupuestos, en mi criterio, están contenidos y predicados, básicamente, en *tres* principios:

- *autonomía de la voluntad;*
- *dignidad;* y,
- *universalidad.*

Los dos primeros principios atienden a las propiedades morales o éticas que definen el concepto de persona humana que está detrás de la idea de derechos humanos; el último tiene que ver con su estatus epistemológico y su ámbito espacial de validez. Veamos brevemente en qué consisten tales presupuestos teóricos.

2.1. – *El principio de autonomía de la voluntad.*

Éste postula que la persona humana es un ente dotado de *razón*, por lo tanto, con la capacidad para distinguir entre lo correcto y lo incorrecto. Posee,

en tal virtud, sentido de lo justo y de lo injusto. Además, dada esa autonomía moral, *su voluntad es relevante desde el punto de vista ético, jurídico y político*, dado que la persona humana está dotada para elegir racional y libremente respecto de su forma de vida, sus preferencias y su destino. Es un ser apto – a pesar de sus propias circunstancias adversas, de ser el caso –, para diseñar su proyecto vital y modificarlo cuantas veces considere menester.

Huelga decir, aunque a veces no hayamos reparado suficientemente al respecto, que la práctica totalidad de las instituciones morales (las promesas), políticas (la democracia) y jurídicas (los contratos, el testamento, etc.) de la civilización occidental moderna están asentadas en este principio y constituye, como puede suponerse, el centro de gravedad no sólo de las teorías de los derechos humanos sino de las distintas formas de organización política y, por supuesto, del Derecho.

Piénsese tan solo que el Derecho civil sustenta la mayor parte de sus instituciones jurídicas en la teoría del consentimiento (la voluntad del individuo y de las partes en los contratos, las obligaciones, las sucesiones, los bienes y derechos reales); que el Derecho constitucional (o político) gira en torno al principio de la voluntad soberana de los ciudadanos que dan origen al Estado, a los procesos de selección y elección de sus gobernantes y sus instituciones públicas de carácter democrático; que el Derecho penal justifica la imposición de sanciones porque las personas humanas son capaces de discriminar entre lo correcto y lo incorrecto, circunstancia esta que explica también que las personas afectadas en su razón sean considerados inimputables.

Como puede verse las implicaciones de este primer presupuesto son enormes, porque delinea a un ser humano desde la ética; su carácter es, como antes se decía, contrafáctico, ya que conviene que lo que define a la persona humana – al margen de sus diferencias culturales, de sus características físicas o raciales, de sus preferencias de todo tipo o de su sexo, inteligencia o salud – *es su capacidad* – así sea potencial – *de decidir y optar respecto de su vida y destino*.

De este primer presupuesto teórico se deriva, a su vez, la idea de *igualdad básica de los seres humanos* en tanto entes, todos, dotados de razón, libres y capaces de decidir y, por ende, con la correspondiente responsabilidad de

asumir las consecuencias (éticas, políticas y jurídicas) de sus decisiones y de sus actos. Por supuesto, no es este el momento de traer a colación los contrargumentos que estos postulados han generado. Baste decir que el *escepticismo ético*⁽¹⁹⁾ y el *determinismo*⁽²⁰⁾, tanto *lógico* como *fáctico*, sostienen una

⁽¹⁹⁾ Deben distinguirse, para entender los alcances de esta clase de escepticismo, sus distintos tipos. Podemos hablar, entonces, de: escepticismo teórico, aquel que pone en duda por diversas razones la solidez o la base de un sistema de creencias o de pensamiento; escepticismo radical: el que sostiene que un sistema de creencias o de pensamiento no posee base racional alguna; escepticismo moderado: aquel que pone en cuestionamiento un sistema de creencias o de pensamiento porque considera que está menos fundado de lo que se supone; escepticismo normativo: el que prescribe que debemos suspender la aceptación correspondiente o restarle crédito a un sistema de creencias o de pensamiento con base en los datos que proceden de poner en práctica un ejercicio de escepticismo teórico; escepticismo epistemológico: aquel que si bien acepta un sistema de creencias o de pensamiento como significativo e inteligible, cuestiona su fundamento o que dicho sistema se halle asentado en razones; escepticismo conceptual: el que niega, incluso, que un sistema de creencias sea significativo e inteligible. Cfr. J. RAWLS, *Lecciones*, cit., p. 42.

Pues bien, el *escepticismo ético*, como puede inferirse de lo anterior, es un tipo de *escepticismo epistemológico*, en tanto corriente de pensamiento que descalifica la relevancia de la voluntad humana (y, por ende, de la autonomía moral y de la ética), toda vez que considera que la base de las acciones humanas se explica en función de deseos, impulsos y emociones que no están controlados por criterios de racionalidad. Las decisiones éticas son equivalentes, por ejemplo, a la elección de un color, de una prenda de vestir o del sabor de un helado; se explican por inclinaciones, costumbres o tradiciones. Por lo tanto, la voluntad humana es significativa e inteligible, empero, carece de fundamento racional. En suma, deviene inútil elaborar aparatos teóricos, como la filosofía moral, para justificar o criticar las acciones u omisiones humanas cifradas en la autonomía de la voluntad, ya que éstas pueden describirse y hasta explicarse desde la antropología o la psicología, pero es imposible formular respecto de dichas acciones u omisiones razones de fundamentación (huelga decir, con estatus epistemológico).

⁽²⁰⁾ El *determinismo* constituye una corriente filosófica que formula una tesis particular acerca de la naturaleza del mundo y, por ende, de la conducta humana. Ésta afirma que la totalidad de los acontecimientos se producen en función de un modelo ordenado de leyes naturales. En tal virtud, existen una serie de leyes causales que determinan los estados del universo y marcan el curso de la historia hacia una meta determinada. Huelga decir que en este contexto los individuos no pueden ser libres ni protagonista de su historia ni de la Historia, carecen de autonomía moral, toda vez que su libertad es el resultado de fenómenos sobre los cuales no tienen control.

Nino clasifica el determinismo en dos clases: el *lógico* y el *fáctico*. Al *determinismo fáctico* corresponderían tres vertientes muy conocidas que predicen que los seres humanos no podemos ser libres porque nuestras acciones están condicionadas por sucesos o inclinaciones

larga lista de razones en contra de la idea de que las personas humanas

de carácter mental (*determinismo psicológico*); que nuestros actos son el resultado causal de factores físicos, químicos, biológicos o genéticos (*determinismo físico*); que los seres humanos actuamos por factores que están determinados por la pertenencia a una clase social, por el rol que jugamos en una estructura productiva, por un proceso de socialización y educación, por tradiciones culturales, hábitos sociales y/o influencias propagandísticas (*determinismo social*). A su vez, al determinismo lógico se asignarían las siguientes posturas que niegan la libertad humana: los hombres no pueden dejar de hacer el bien, las malas acciones tienen su origen en la compulsión o el error (*determinismo ético*); que Dios es omnisciente y sabe por anticipado lo que los hombres harán, por ende los seres humanos no pueden actuar de modo distinto porque frustrarían las expectativas de aquél (*determinismo teológico*); que el valor de verdad es una proposición atemporal, en tal virtud lo que una persona haga en el futuro constituye una proposición verdadera o falsa, la cual no puede cambiar el status que la proposición ya tenía por la conducta de la persona en cuestión (*determinismo lógico*). Véase, del citado autor, *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 159-183.

He querido plantear aquí las características del determinismo, porque su presencia es mucho más vigente y peligrosa de lo que se supone, amén de que se ignora que en el fondo lo que dicha posición plantea es una negación de la libertad humana. Las posturas deterministas son enemigas juradas no solo de teorías de la justicia apoyadas en derechos humanos, sino que están en el fondo de la conformación de gobiernos totalitarios o Estados éticos (talibanes, yihadistas, verbigracia), cuyas políticas públicas –para llamarlas de algún modo– se sustentan en la negación de la autonomía y libertad humanas, y se aferran acriticamente a leyes naturales que consideran están por encima de cualquier esfuerzo humano por ser responsable de su vida y su destino, imponiendo a raja tabla, literalmente a sangre y fuego, la obediencia ciega a tales leyes.

Isaiah Berlin, uno de los más severos críticos del determinismo ha escrito con lucidez respecto de lo anterior: «Sea como sea, si no se presupone la libertad de elección y la responsabilidad, en el sentido que Kant usó estos términos, se aniquila, por así decirlo, por lo menos una de las maneras en que normalmente se usan ahora. El determinismo claramente priva a la vida de toda una escala de expresiones morales. Muy pocos de sus defensores se han hecho la pregunta de qué es lo que contiene esta escala (sea o no deseable) y de cuál sería el efecto que su eliminación produciría en nuestro pensamiento y en nuestro lenguaje. De aquí que yo crea que, sea o no sea verdad alguna forma de determinismo, están equivocados aquellos historiadores o filósofos de la historia que sostienen que la responsabilidad y el determinismo no son nunca compatibles entre sí, y que, a su vez, esté o no esté justificado algún tipo de creencia en la realidad de la responsabilidad moral, lo que parece claro es que estas posibilidades se excluyen mutuamente: ambas creencias pueden ser infundadas, pero las dos no pueden ser verdad al mismo tiempo. No he intentado dar la razón a ninguna de estas alternativas, sino sólo defender que los hombres siempre han presupuesto en su discurso ordinario la libertad de elegir». Véase, del autor, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Bayón, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 13.

puedan ser efectivamente libres y que su voluntad deba ser realmente tomada en serio y devenir vinculante.

El argumento central de una y otra posición, lo constituyen, respectivamente, *ya el dudoso estatus racional de la ética* (ésta tiene su origen en la costumbre, la cultura, los hábitos; no tiene sentido entonces intentar cuestionar racionalmente las actitudes morales de las personas); *ya el hecho de que la voluntad humana se encuentra condicionada – determinada, justamente – por leyes naturales que lo exceden teológica, ética, biológica, social y culturalmente*. En suma, las personas son como son por el lugar de donde provienen, el sexo con el que nacen, las secreciones glandulares que las dominan, el ambiente en que vivieron y se educaron, etc.

Así las cosas, es inútil querer otorgarle carácter científico y estatus epistemológico (la ética no es legítimo conocimiento) a los aspectos éticos. Por eso, la voluntad humana no puede ser tomada realmente en serio, ya que es el resultado de una serie de circunstancias que sobrepasan y condicionan la capacidad de decisión de las personas determinándola.

2.2. – *El principio de dignidad humana.*

Predicar que los individuos estén dotados de dignidad consiste en sostener que *las personas humanas son fines en sí mismos y nunca medios*. Se piensa, de ahí la referencia previa a Immanuel Kant, que este principio se apoya en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, que reza: «Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio»⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Para una explicación rigurosa acerca de esta segunda formulación del imperativo categórico kantiano consúltese: J. RAWLS, *Lecciones*, cit., pp. 199-217.

En dicho texto Rawls traduce esta segunda formulación del imperativo categórico de forma harto inteligible en los siguientes pasos: «1. Sea A un ser (humano) razonable cualquiera (arbitrariamente elegido). / 2. Entonces A concibe necesariamente la naturaleza razonable de A como un fin en sí misma. / 3. Así, la naturaleza razonable de A es un fin subjetivo para A. (Definición de fin subjetivo, II: 46 [427-428]). / 4. Pero, puesto que A es un ser razonable cualquiera (de 1), todo ser razonable concibe necesariamente su propia

Este segundo presupuesto teórico de los derechos humanos está íntimamente ligado con el primero de la siguiente manera: para que la persona humana no sea tratada como un medio u objeto (como una cosa, a final de cuentas) la relación (moral, política o jurídica) que con ella se entable debe estar basada en las decisiones que ésta adopte, es decir, respetando su autonomía moral, su voluntad. Por ende, si los seres humanos son fines en sí mismos, tendrán que ser considerados y tratados *como la unidad moral básica y, entonces, como los titulares de los bienes y derechos básicos, precisamente, los que están caracterizados y contenidos bajo la figura de derechos humanos*.

Es por causa de lo anterior que las teorías de los derechos humanos giran en torno a la idea de individuos autónomos, dato especialmente relevante, pues hace colisionar a tales teoría, como es obvio, con aquellas que atribuyen entidad moral a los grupos humanos (verbigracia, el colectivismo), como pueblos o etnias, o con decisiones o prácticas utilitaristas, dispuestas teóricamente (y en la vida real, claro) a sacrificar al individuo en aras de

naturaleza como un fin en sí misma. (Generalización de 3). / 5. Además, A concibe la naturaleza razonable de A como un fin en sí misma por las razones igualmente válidas por las que todo ser razonable asimismo concibe la naturaleza de A como un fin en sí misma. / 6. Ahora bien, sea B cualquier ser razonable distinto de A. Entonces (de 5) las razones por las que A considera la naturaleza de A como un fin en sí misma son las razones igualmente válidas por las que B considera la naturaleza de A como un fin en sí misma; y viceversa / 7. En consecuencia (de 6), todo ser razonable concibe necesariamente la naturaleza razonable de los demás como un fin en sí misma. (Generalización de 6). / 8. Así, la naturaleza razonable es vista necesariamente como un fin en sí misma por todo ser razonable, por lo que es un principio objetivo el que todo ser razonable deba concebirla así» (Definición de principio objetivo, II: 46 [427-428]). Con base en lo anterior, Rawls dirige la siguiente crítica a las teorías consecuencialistas: «(...) los utilitaristas mantienen que el principio de utilidad, al tomar en cuenta los deseos e inclinaciones de todos con imparcialidad, trata a todos como fines en sí mismos y nunca solo como medios. Tratar a las personas solo como medios, dice, es desatender sus deseos e inclinaciones, o no darles el debido peso. Menciono esta manera equivocada de interpretar el argumento de Kant para indicar lo que hay que evitar. Porque, al concebir a las personas como sujetos de deseos e inclinaciones y asignar valor a su satisfacción en cuanto tal, el utilitarismo (clásico) se opone a la doctrina de Kant en un nivel fundamental. Kant no puede haber entendido de ese modo el argumento II: 49 (428-429); para él, sólo los deseos e inclinaciones permisibles –los que son sugeridos por las máximas aceptables para el procedimiento-IC- pueden especificar buenas razones».

Cfr. *ibid.*, p. 215.

maximizar el bienestar en función del grupo con el que interactúa y al que se debe incluso la propia cosmovisión.

Es oportuno decir, asimismo, que para estar en aptitud de afirmar técnicamente que existe una violación a derechos humanos, debe necesariamente darse una vulneración al principio de dignidad humana. *Cualquier clase de abuso que trate* (disponga de los sentimientos, confianza, trabajo, tiempo de alguien para obtener un provecho propio o para que una colectividad se beneficie con ello) *a las personas como objetos o cosas* (huelga citar el caso de la esclavitud o la explotación sexual como antivalores paradigmáticos de vulneración a este principio), *sacrificando sus preferencias o intereses para beneficiar a otros u obtener cualquier clase de ventajas* (políticas, crematísticas, etc.), constituye una grave afrenta a este principio.

Hay quienes sostienen, incluso, que aún en aquellos casos en donde se procure un bien a alguien haciendo caso omiso o, de plano, en contra de la voluntad del individuo supuestamente beneficiado, estamos frente a una vulneración no sólo de la autonomía sino de la dignidad de las personas. De este planteamiento se ha derivado el llamado *principio de inviolabilidad de la persona humana*, el cual postula, precisamente, que no puede sacrificarse a un individuo para alcanzar fines ajenos a los suyos propios. Evidentemente no hay tal sacrificio si el individuo en cuestión ha elegido libremente dicho sacrificio⁽²²⁾.

La vulneración sistemática al principio de inviolabilidad suele hallar terreno fértil en aquellos sistemas políticos de corte totalitario (independientemente de su signo de derecha o de izquierda) o de Estados éticos (cristianos, talibanes o yihadistas, hoy estos últimos tristemente de moda). Ambos esquemas de organización del poder político son proclives a tomar decisiones en lugar de sus gobernados, argumentando que actúan así para proteger o salvaguardar la salud, la integridad o hasta la salvación eterna de aquéllos e, inclusive, en contra de la voluntad (según consideran, ignorante o incapaz de distinguir lo que para ellos es lo bueno o lo correcto). Tal circunstancia explica que las instituciones públicas de ese tipo de Estados se permitan prescribir a

⁽²²⁾ Cfr. C.S. NINO, *op. cit.*, pp. 109-130.

quienes en ellos habitan, una multitud de aspectos que desde las teorías liberales de la justicia quedarían circunscritas, sólo y exclusivamente, a la decisión individual de las personas, como por ejemplo qué comer, en que Dios creer, qué leer, cómo vestir, qué práctica sexual adoptar, qué beber y, así, hasta el infinito.

Existe detrás de esas políticas de Estado o de gobierno un argumento típicamente determinista: dado que la inteligencia humana posee limitaciones naturales (no es omnisciente), en la mayor parte de las ocasiones está imposibilitada para saber lo que es bueno para las personas; en tal virtud, correspondería al poder público, a los líderes iluminados y a los sacerdotes, entre otros guías, decírnoslo e incluso, si es el caso y necesario por nuestro propio bien, imponérselo.

2.3. – *El principio de universalidad.*

Este principio, no obstante que su enunciación hace pensar que sólo alude al ámbito de vigencia y aplicación de los derechos humanos, posee, a más de éste, otro significado, uno de orden epistemológico, a saber: «Que son universales los sistemas normativos morales ⁽²³⁾ que hacen de los atributos de los individuos su elemento básico y, por ende, que los derechos que de éstos se derivan – los ‘derechos humanos’ – pueden comunicarse y discutirse intersubjetivamente entre seres racionales – personas autónomas – independientemente de la cultura, etnia, raza o sexo al que pertenezcan».

En consecuencia, a diferencia de otro tipo de teorías de la justicia, *para entender los argumentos en que se sustentan los criterios de corrección en que pretenden basarse los derechos humanos, no se requiere ser nativo de cierta raza, pertenecer a una u otra comunidad humana, practicar cierto credo o religión, verbigracia.*

⁽²³⁾ En el sentido, precisamente, del primer imperativo categórico: «Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza». Esto es, como la exigencia que nos obliga a expresar nuestras razones universalmente cuando asumimos un punto de vista moral.

El anterior principio moral es de una enorme elegancia⁽²⁴⁾ y en ello radica, precisamente, su fuerza argumentativa y persuasiva: *la única condición operativa para la comprensión del fundamento racional de los derechos humanos (y la participación en el diálogo que sobre estos se dé) es la de ser persona humana en tanto ser racional y razonable, dotado de conciencia y sensibilidad moral, afectado pero no determinado por sus deseos e inclinaciones naturales, entendidas éstas como necesidades de seres finitos, que ocupan un lugar en el mundo social y están situados en el mundo de la naturaleza.* De donde, salvo la anterior condición, no es menester poseer requisitos físicos, biológicos, sexuales o culturales para ostentar, gozar y participar en el discurso racional de los derechos humanos.

Echa de verse que los derechos humanos poseen, dada la naturaleza que se les concede, un cariz claramente universal y que, en consecuencia, se hayan abiertos a una discusión racional en la que puede intervenir todo ente autónomo, amén de que su vigencia estaría dada por la validez (se repite, universal) que de suyo éticamente poseen; lo anterior, al margen del reconocimiento que puedan o quieran otorgarle las instituciones públicas de cualquier Estado, a cuya protección inicial quedan originalmente encomendados.

Gracias a las consecuencias del principio de universalidad de los derechos humanos, la comunidad internacional de las naciones estaría éticamente (y, en su caso, política y jurídicamente) posibilitada para interesarse legítimamente y cuestionar los abusos que los Estados nacionales y sus agentes pudieran cometer en contra de los derechos humanos⁽²⁵⁾. La validez universal de éstos

⁽²⁴⁾ En el campo de la filosofía de la ciencia la simplicidad o sencillez (sea sintáctica u ontológica) de una teoría, es considerada como una cualidad a la cual se califica como 'elegancia'. Es en este sentido que aquí empleo este término que me parece perfectamente aplicable a la misma cualidad o virtud cuando así lo evidencien las teorías morales y sus principios.

⁽²⁵⁾ Uno de los efectos más importantes que conlleva en términos estrictamente procesales el principio de universalidad, es el de propiciar el surgimiento de otro principio singular, a saber, el de *justicia o jurisdicción universal en materia de derechos humanos*. Evidentemente existe una tensión natural entre este principio y la idea tradicional de soberanía, inclusive cuando han de determinarse los alcances de la competencia, por ejemplo, de instancias de tipo supranacional como la Corte Penal Internacional, la cual se considera depositaria

explicaría, también, el surgimiento del llamado Derecho internacional de los derechos humanos, de las instituciones y tratados internacionales en los cuales se basa, y que subsidiaría o supletoriamente prevengan o traten de enmendar los abusos de poder cometidos por tales Estados nacionales. Esto último técnicamente procede en aquellos casos en los que dichas instituciones se han mostrado incapaces de poner coto a las violaciones de derechos humanos de los que sus gobernados o cualquier otra persona pudieran haber sido objeto.

natural de dicha clase de jurisdicción. Empero, la jurisdicción universal en materia de derechos humanos ha sido ejercida también por jueces nacionales para llamar a cuentas a “ex dictadores” que, al salir de su país, fueron citados a comparecer ante tales tribunales distintos a los de su propia nación. Es famoso y conocido el arresto domiciliario dictado a Augusto Pinochet por el juez español Baltazar Garzón ejerciendo el principio de justicia universal, cuando aquél viajó a Londres a recibir tratamiento médico. Es el caso que las autoridades británicas retuvieron a Pinochet el 16 de octubre de 1988 con base en su presunta responsabilidad en la violación de derechos humanos cometidos contra ciudadanos españoles (la supuesta tortura de 94 personas, así como el homicidio del diplomático Carmelo Soria, todos nacionales del país ibérico) cuando encabezó, luego de un golpe de Estado, el gobierno de su país natal, Chile. En marzo del año 2000, luego de su enjuiciamiento, fue liberado. Cfr. W. CADENA AFANADOR, *El principio de jurisdicción universal de los derechos humanos desde la globalización y el constructivismo*, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2010, XIII (25), en www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617271014.

Para ciertos autores como Bruce Broomhall, dicho principio es un elemento esencial del sistema internacional de protección a los derechos humanos por más que se enfrenta, según se dijo antes, a la reticencia tradicional de las autoridades nacionales en dar plena vigencia al ejercicio de la jurisdicción universal. Así lo dice expresamente Broomhall: «(...) if regular enforcement (as it should be) a goal of the emerging system of international justice, the universal jurisdiction will be an essential part of that system. At the same time, applying universal jurisdiction is laden with difficulties, not least because of its reliance on national authorities to enforce international norms, given the historical reluctance of those authorities to play this role. As reticence to apply (or indeed to implement) this doctrine rest in importance part on fear of its uncontrolled exercise, it is argued below that the necessary controls be imposed through criteria –insufficiently clarified so far- that are applied in a transparent manner. Universal jurisdiction will not become a reliable pillar of the international rule of law until these difficulties are squarely faced, although the current trend supports a guarded optimism». Véase, del autor, *International Justice & the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2004, p. 105.

En virtud de todo lo anterior, podríamos circunscribir para los efectos de este ensayo, a tres los postulados o principios morales que constituirían los denominados presupuestos teóricos característicos de los derechos humanos y de las teorías de la justicia en ellos sustentadas: *autonomía moral de la persona, dignidad y universalidad*.

Huelga decir, según se ha insinuado en los párrafos precedentes, que cada uno de esos presupuestos tiene por objeto configurar un específico *concepto moral de persona humana*, a saber: «Un ser racional, dotado de una voluntad autónoma y libre, capaz (incluso potencialmente) de distinguir entre lo correcto y lo incorrecto, de optar por planes de vida y de modificarlos siendo, en consecuencia, responsable de sus propias y libres decisiones. Cuando la manifestación de su voluntad es libre esta posee, por ende, relevancia ética, política y jurídica. En consecuencia, dado que la persona humana está dotada de voluntad, debe ser tratada como un fin en sí misma y nunca como un medio, lo que significa que el ser humano posee dignidad. Esta dignidad se vulnera cuando se actúa en contra de dicha voluntad, incluso por parte de aquellos que pretendan procurarle algún bien sin consultarla. El reconocimiento a la autonomía y dignidad de la persona se otorga en función de la posesión de esa sola condición, con independencia de cualquier otra circunstancia sobre la cual no se tengan control (raza, sexo, color de piel, etc.) o que resulta éticamente irrelevante. Por lo tanto, la autonomía y la dignidad son atributos morales que poseen validez universal y pueden ser comprendidos y transmitidos intersubjetivamente entre cualquier miembro de la raza humana. De los principios de autonomía y dignidad derivan una serie de derechos universales sin los cuales resulta imposible su concreción y realización: los derechos humanos. En tal virtud, cuando estos derechos son vulnerados, se daña, por extensión, la autonomía y dignidad de las personas, cuya conservación y cuidado han sido encomendados a las instituciones estatales que justifican su origen y su funcionamiento al cumplimiento de dicha tarea y que, en su defecto o falta, son sustituidos por el sistema de medios que configura el Derecho internacional de los derechos humanos».

3. — *Las condiciones funcionales o fácticas de los derechos humanos.*

Evidentemente, las teorías de los derechos humanos no nacieron por generación espontánea, *surgieron y cobraron sentido en un entorno social, cultural, económico y político singular* antes del cual rigieron otras teorías de la justicia, mismas que organizaron e hicieron funcionar – con más o menos fortuna, como es natural – a sociedades enteras de diferentes latitudes.

Empero, es sólo a partir de aquel *momentum* que algunos llaman ‘tránsito a la modernidad’⁽²⁶⁾, que puede hablarse con rigor de derechos humanos y,

⁽²⁶⁾ El concepto de ‘tránsito a la modernidad’ se debe a G. Peces-Barba. Concepto al que algunos califican críticamente de constituir una visión “historicista” de los derechos humanos y se le rechaza porque, supuestamente, implica concebir la historia como un proceso que evoluciona sin saltos, sin estancamientos ni retrocesos. La historia sería ese proceso de permanente evolución que ha dado como frutos los derechos humanos, entre otros valores o logros sociales.

Sin embargo, hay otra acepción del carácter historicista de los derechos humanos, distinta en algún modo a la primera, que sostiene que los derechos humanos fueron “inventados” en un determinado momento de la historia europea. Quienes critican esta posición, por ejemplo, E. Garzón Valdés (en el prólogo a la citada obra de González Amuchastegui: *Autonomía, dignidad y ciudadanía*, cit., p. 15 ss.) dirigen sus baterías a la idea del ya referido tránsito a la modernidad como el momento de creación de los derechos humanos.

Para el autor anterior, esta posición es tan moralmente desconcertante como empíricamente falsa, en la medida en que conlleva imponer una limitación temporal a la validez de los derechos humanos, cuando éstos se suponen universales, a más de que «aceptar la tesis de la ‘invención’ significaría o bien que hasta su invención los seres humanos no eran personas o si lo eran entonces no es verdad que valgan sin más para todas las personas, ya que sólo valdrían para quienes han tomado conocimiento de esta invención».

Coincido parcialmente con ambas críticas, en tanto que rechazo que la historia tenga una lógica de desarrollo definida, siempre positiva, como también rechazo la idea, al parecer implícita en el llamado tránsito a la modernidad, de que los derechos humanos como concepto de justicia fueron “inventados”.

Me parece, en cambio, que si bien es cierto que muchos de los contenidos valorativos o morales, así como el sentido humanista implícitos en la idea de derechos humanos son antiguos, tan antiguos quizás como el hombre, y fueron aplicados por diferentes culturas y sociedades, la concreción de los derechos humanos como un modelo de justicia para legitimar el poder político y constituirse en paradigma de corrección de las instituciones sociales, sí es producto de la modernidad en la que operaron ciertas condiciones culturales, sociales, políticas y económicas que lo hicieron posible.

consecuentemente, de modelos de justicia basados en sus presupuestos teóricos fincados en un concepto moral de persona humana descrito en el inciso anterior.

El denominado *tránsito a la modernidad* constituye, en resumen, aquello que da pauta a un antes y un después para referirse a una teoría de la justicia basada en derechos individuales, de vigencia universal, los derechos humanos. Éstos predicen una concepción específica de persona humana en tanto ser libre, capaz de concebir criterios de justicia y de optar libremente por su destino, según he explicado previamente.

Es importante hacer hincapié en que el *tránsito a la modernidad* subraya la naturaleza histórica de los derechos humanos, lo cual quiere decir que éstos son el resultado de un proceso evolutivo o de cambio de paradigmas que concluyó, en cierto momento y en determinados países como Francia, Inglaterra y las trece colonias de Norteamérica, con la *elaboración filosófico-política* y la *convicción político-jurídica* de que las personas poseen unos derechos fundamentales que le deben ser respetados por la autoridad para ser esta legítima, dado que dicha autoridad política nace para proteger y hacer efectivos esos derechos, lo cual justifica no sólo su nacimiento sino que constituye la medida y fin último de su actuar.

No es, por tanto, en mi criterio, el carácter histórico de los derechos humanos un mero ejercicio temporal en el que viejos conceptos de justicia fueron nombrados o incorporados al lenguaje de la moral, las condiciones históricas y sociales que hacen viables los presupuestos teóricos de los derechos humanos no pueden ser identificados como un simple proceso de “invención de nombres”.

Considero que el elemento central que subyace en la idea del ‘tránsito a la modernidad’ como *momentum* de partida de las teorías de los derechos humanos se halla en lo siguiente: un cierto momento histórico en que coincidieron circunstancias de orden político, social y económico-cultural. Momento que hizo posible la creación de un modelo de justicia basado en principios morales tales como la autonomía moral de la persona, su dignidad y la universalidad de los derechos que le son inherentes (derechos de impronta, ya natural, ya positiva, ya moral según sea la fundamentación que se adopte). En esa concepción las personas son fines en sí mismos, con igual dignidad y centro de referencia de los bienes básicos, así como de una organización social que gira, y éste es un elemento clave, en torno a la realización de esos elementos insoslayables (los derechos humanos, precisamente) a que aspira un Estado para ser legítimo y justo. Véase de G. PECES-BARBA, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 227 ss.

Este proceso evolutivo tuvo como crisoles una teorización de filosofía política (el iusnaturalismo contractualista del siglo XVIII) y el consenso político necesario – luego de las revoluciones o movimientos sociales de cada caso – para llevarla a la realidad (reflejados, verbigracia y modélicamente, en documentos de índole político-ideológica como la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789)⁽²⁷⁾.

Fue la aparición histórica de varios elementos de naturaleza compleja – *tales como la economía dineraria y de mercado; la secularización; el individualismo (que en el campo del Derecho se refleja en la creación de las teorías del derecho subjetivo y del consentimiento); la teoría de la legitimidad política basada en el concepto del contrato social como explicación racional del origen de las sociedades; y la aparición del Estado* –, lo que dio como resultado, precisamente, ese conjunto de procesos de orden histórico, social y económico e impronta filosófica, política y jurídica a los que puede catalogarse como *presupuestos funcionales* de los derechos humanos. Procesos y circunstancias que son visibles a partir de los siglos XVII y XVIII, y que constituyen el marco de fondo, el telón en el que nacen y a partir del cual se desenvuelven y explican los derechos humanos. Antes y fuera de este contexto, por más que esta afirmación pueda ser matizada, no es posible explicar la aparición y la evolución de las teorías de la justicia basadas en la vigencia de tales derechos⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Cfr. R. DE ASÍS ROIG, *El modelo americano de derechos fundamentales*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, n. 6, 1990, pp. 39-40.

En ese momento histórico, el del Iluminismo y las revoluciones democráticas de ese período, también localizan el surgimiento de los derechos humanos, los más recientes estudios históricos sajones. Al efecto puede consultarse, por ejemplo: L. HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, New York, 2007.

⁽²⁸⁾ El apasionante ejercicio intelectual de “revisiónismo histórico” en torno a los derechos humanos (así llamado por los propios intelectuales norteamericanos) de autores como Samuel Moyn, pone el acento en que el principal problema de dotar a los derechos humanos de una historia, es que este intento ha incurrido en el frecuente error de distorsionar el pasado para justificar el presente. Moyn lo plantea textualmente en los siguientes términos: «The most troubling shortcoming of the contemporary attempt to give human rights history is that it distorts the past to suit the present. An in this gambit, it

En tal virtud, pienso que la estructura política, económica y social, cuyas características se delinean a partir del tránsito a la modernidad y que permiten la instauración y el desarrollo natural del modelo de justicia propuesto por los derechos humanos, puede resumirse hoy en día en *cinco presupuestos funcionales básicos*, a saber:

- 1) un sistema político estructurado con base en una efectiva *democracia representativa*;
- 2) un sistema de instituciones jurídicas que hagan posible el llamado *Estado de Derecho*;
- 3) una economía de mercado *que garantice cierto nivel de bienestar, crecimiento y desarrollo para la mayoría de la población*;
- 4) un entorno cultural en el que prive el *pluralismo moral y político*;
- 5) un entorno que garantice acceso a una educación de calidad para la población y libre acceso a la información y al conocimiento.

Ahora bien, debe reiterarse que los presupuestos funcionales anteriores tienen que ver, desde el origen de los derechos humanos, con un conjunto de conceptos y concepciones filosóficas, condiciones económicas, sociales, políticas e ideológicas que dan pie a un tipo específico de teoría de la justicia y que hemos sustancialmente esbozado al hablar de los *presupuestos teóricos*. Evidentemente, pueden existir, como de hecho existen, variados planteamientos que explican el nacimiento de los derechos humanos desde distintas hipótesis y contextos⁽²⁹⁾.

is late, fatally late: the current wave of human rights history is the tardy fruit of the fashion of human rights politics, and contributors to the genre clearly set out to provide backstories to the vogue of human rights just a few years ago, when they exercised a literally millennial appeal. But the vine withered as the fruit ripened. The sad fact is that historiography has not caught up with history, and even the professionals – especially the professionals – are still providing the prologue to the idealism so powerful during Bill Clinton's presidency». Véase del autor: *Human Rights and the Uses of History*, Verso, London-New York, 1-2.

En otra parte, pero en el mismo sentido, Moyn apunta: «(...) human rights history should turn away from ransacking the past as if it provided good support for the astonishingly specific international movement of the last two decades». *Ibid.*, p. xiii.

⁽²⁹⁾ Existen justificaciones de los derechos humanos que parten de presupuestos ya

Al margen de lo anterior, cabría inquirirse: ¿es posible el florecimiento de los derechos humanos en medio de la marginación y la pobreza? ¿Estos derechos pueden medrar en una sociedad que se encuentre a merced de la criminalidad organizada y común? ¿Pueden los derechos humanos hacerse efectivos en un Estado donde la aplicación y vigencia de la ley o el acceso a la justicia sean, de facto, imposibles? ¿Pueden ejercer y hacer efectivos sus derechos humanos ciudadanos que no saben de su existencia y/o que carezcan de los medios propios e institucionales para exigirlos a pesar de que tales derechos estén plena o formalmente consagrados en la ley? ¿Es dable que en Estados o regímenes de gobierno donde el principio de la autonomía de la voluntad no es ética ni políticamente relevante (piénsese en países como China o Cuba) puedan los derechos humanos tener éxito? ¿Cómo hacer prosperar la idea de igualdad básica entre las personas humanas en una sociedad donde prive la xenofobia, la homofobia, en suma, la discriminación y la intolerancia en sus múltiples manifestaciones? ¿Los derechos humanos pueden ser viables en sociedades sin acceso a la educación y, ya no se diga, a las llamadas tecnologías de la información y la comunicación (las TIC)?

Por supuesto, no puede perderse de vista que es también perfectamente

históricos, ya teóricos distintos al aquí planteado. Por ejemplo, hay autores que piensan que es en el debate entre Fray Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria sobre los naturales de América (y no en las teorías contractualistas-iusnaturalistas) donde se halla la base conceptual y teórica de los derechos humanos.

Asimismo, desde el segundo presupuesto, el teórico, encontramos el planteamiento de los derechos humanos entendidos o concebidos como necesidades humanas (cuyo fundamento es, obviamente, distinto de las teorías consecuencialistas o deontológicas). Esta teoría (*Needs and human rights*) de algún modo intenta sintetizar y ser dialécticamente superadora del debate acerca del momento histórico (*tránsito a la modernidad*) en el que surgieron los derechos humanos, ya que de acuerdo con dicha teoría, para entender adecuadamente la historia de los derechos humanos, es menester, primero, discernir acerca de la naturaleza de los derechos, por lo tanto: «The idea of human rights, therefore, is a social construct which reflects social acknowledgements of individual and communal basic and perceived needs in a particular historical period. In short, human rights are statements of human needs». J. WRONKA, *Human Rights and Social Policy in the 21st Century*, University Press of America, Lanham-New York-Oxford, 1998, p. 24.

Véase, también, de Des Gasper, *Needs and human rights*, en *The essentials of... Human Rights*, cit., pp. 269-272.

comprensible y hasta previsible que bajo otras condiciones funcionales surjan distintos tipos de teorías de la justicia. Conclusión que puede inferirse a partir de la idea de que es el conjunto sistemático de ideas, conceptos y concepciones propias de un cierto entorno histórico-económico-social, lo que explica y hace fructificar teorizaciones respecto de lo que debe considerarse como correcto y adecuado en una sociedad. Así, economías de Estado, criterios de organización social fundados, por señalar un caso, en el materialismo dialéctico y una organización socialista o comunista, requieren de modelos de justicia que sean contestes con la idea de que las personas, y sus conceptos de corrección, se forjan no en la conciencia individual autónoma, sino que son el resultado del grupo y entorno comunitario al que se pertenece⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ De manera análoga a como sucede con el utilitarismo, el comunitarismo es también una corriente de pensamiento en la que destacan autores como Michael Sandel, Charles Taylor y Alasdair Chalmers MacIntyre, entre otros. Todos ellos, sin conformar propiamente dicho un movimiento o escuela filosófica, coinciden básicamente en lo siguiente: *los individuos deben a su comunidad tanto las concepciones del bien que consideran propias como la imagen que tienen de sí mismos; los vínculos sociales forman parte de nuestra identidad individual, la sociedad no se explica como el mero conjunto de individuos que eligen “libremente” su modelo de vida; los principios de justicia preexisten a los individuos, cuya función es únicamente descubrirlos, no crearlos ni modificarlos; la identidad moral de las personas se conforma como parte de una narrativa histórica que proporciona al individuo un trasfondo de significado, ese trasfondo hace posible que vía la autointerpretación cada individuo incorpore como parte constitutiva de su identidad moral ciertos fines y valores que descubre en su contexto de referencia, por ende sólo implicándose en la comunidad podrá el sujeto moral descubrir su identidad; el “universalismo moral” es imposible, los individuos sólo adquieren la condición de agentes morales en el contexto de lealtades compartidas que es propio de cada comunidad.*

Evidentemente, los postulados del comunitarismo rechazan la concepción de individuos como agentes morales para actuar de acuerdo con principios de justicia, elaborar y revisar sus planes de vida. González Amuchastegui ha escrito al respecto: «(...) los comunitaristas han criticado estos planteamientos ilustrados por haber olvidado la necesaria dimensión contextual de la ética, por haber despreciado el importante papel que la comunidad – sus tradiciones, sus costumbre, sus vínculos – desempeña en la conformación de la idéntica moral de los individuos, y por haber ignorado que los seres humanos, lejos de ser anteriores a – e independientes de – sus fines, están constituidos precisamente por ellos. (...). De nuevo – insiste González Amuchastegui – la vieja crítica contextualista esgrimida por el romanticismo y el historicismo a la idea ilustrada del sujeto y a la pretensión liberal de reconstruir más allá del contexto una forma ideal de organización social y de razonamiento moral». J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *op. cit.*, p.124.

Finalmente, debe tenerse presente que la determinación del *minimum minimorum* a partir del cual puede hablarse de una efectiva vigencia de los derechos humanos en los cinco presupuestos funcionales apuntados, no es una cuestión sencilla. Sin embargo, sí es posible, procediendo justo a la inversa, según veremos ahora, demostrar que es a partir del deterioro de las condiciones en que se encuentran esos presupuestos funcionales que puede explicarse, al unísono, el deterioro paralelo de los derechos humanos. Lo anterior permite sugerir la siguiente fórmula: *la vigencia y respeto a los derechos humanos resulta directamente proporcional al estado que guardan sus presupuestos funcionales*. O, dicho de otro modo: *a mayor desarrollo de dichos presupuestos funcionales es que están dadas las condiciones (existen pues, mayores probabilidades) de una mayor vigencia, protección, respeto y promoción de los derechos humanos*⁽³¹⁾.

En atención a todo lo dicho pueden, a continuación, presentarse algunos datos duros que configuran la situación que guardan dichos presupuestos funcionales en el México actual, los cuales podrían explicar en buena medida, sin subjetivismos ni visiones maniqueas, el estado ciertamente complejo de los derechos humanos en nuestro país.

Ello es así, precisamente, porque opera la triste pero, al parecer, insoslayable fórmula antes explicitada y que podría, igualmente, replantearse

⁽³¹⁾ Es obvio que sin las condiciones mínimas para ambos presupuestos, resulta imposible garantizar la vigencia de dichos derechos. Esta afirmación es ciertamente incómoda en la medida en que hace depender la funcionalidad de tales derechos a condiciones fácticas, lo que lleva a pensar inicialmente que una teoría de la justicia de este tipo sólo es dable en naciones desarrolladas y que en el Tercer Mundo aspirar a que la justicia de los derechos humanos prospere, pasa por alcanzar estadios de bienestar muy lejanos que, por cierto, no siempre dependen exclusivamente del esfuerzo y voluntad de las naciones y las poblaciones ubicadas en ese sector del planeta.

Lo anterior, de ninguna manera constituye una concepción elitista de los derechos humanos sino realista. Asimismo, esta concepción pone en evidencia que la vigencia de los derechos humanos y la justicia bajo los presupuestos teóricos de una teoría de este tipo, requiere más que buenas intenciones y discursos apasionados en favor de tales derechos. Es menester la existencia de políticas públicas eficaces y eficientes que hagan que los derechos humanos se conviertan en una realidad, más allá, precisamente, de los propósitos y las declaraciones en favor de aquéllos.

de la siguiente manera: *si conocemos cuál es el estado que guarda la economía, la democracia, el Estado de Derecho, el entorno cívico, educativo y de acceso a la información y al conocimiento de los mexicanos, estaremos en aptitud de saber cuál es el estado que guardan los derechos humanos, incluso por anticipado.*

Así las cosas, a continuación, se da cuenta de algunos reportes de organismos internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, que permitirán conocer el estado que guardan actualmente los derechos humanos en México. Luego, simplemente, se ofrecerán una serie de datos duros que, a su vez, presentan la situación en que se hallan los cinco presupuestos funcionales enumerados antes, lo que en cumplimiento de la fórmula antes enunciada, nos permitirá saber a qué obedece al estado calamitoso de los derechos humanos en ese país.

4. — *Estado actual de los derechos humanos en México.*

De acuerdo con el Consejo de Derechos Humanos de la ONU vía el Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (EPU) aplicado a México en 2013, dicho país pasó de las 91 recomendaciones que arrojó el EPU del 2009 a, prácticamente, el doble, 180. Si bien es cierto que el sólo incremento del número de recomendaciones no necesariamente refleja un deterioro de la vigencia de los derechos humanos, sí pone en evidencia un aumento significativo de los componentes de la problemática.

Lo cierto, es que más allá de la posible hiperbolización explicable en el informe conjunto tomado en cuenta por el Consejo y elaborado por las organizaciones de la sociedad civil, la ONU corrobora que en México prevalecen las siguientes condiciones generales en materia de derechos humanos:

1. existe un contexto de violencia generalizada. El ominoso caso de la desaparición forzada de los 43 estudiantes en Ayotzinapa, Guerrero, es sólo la punta del *iceberg* que descubre el grado de penetración institucional

que ha logrado la delincuencia organizada y la impunidad existente en muchas partes del país⁽³²⁾;

2. se han implementado políticas de seguridad basadas en la militarización de los espacios públicos, implementación que no ha reducido los niveles de violencia ni ha ofrecido un entorno más seguro a la población y sus bienes. En cambio, irónicamente, las violaciones a los derechos humanos (tortura,⁽³³⁾ desapariciones forzadas y no, homicidios y abusos de poder

⁽³²⁾ El homicidio a manos de la delincuencia organizada de 43 estudiantes de una escuela rural en Ayotzinapa, Guerrero, en los que hubo una clara connivencia de las autoridades municipales quienes, según resulta de las investigaciones llevadas a cabo por la Procuraduría General de la República (PGR), pusieron en manos de los ejecutores a dichos estudiantes, denota que la policía del municipio de Iguala se encontraba sujeta a las órdenes de dichos criminales y que, dada dicha participación de funcionarios públicos, puede calificarse ese caso como uno de desaparición forzada, a la sazón, una violación a derechos humanos lesa humanidad. La PGR atrajo al ámbito federal las investigaciones y ha detenido a todos los involucrados, no obstante que el reconocimiento de los cuerpos calcinados de las víctimas sólo ha permitido la identificación pericial de uno de ellos, por lo que los padres de los estudiantes se resisten a creer la versión oficial brindada. El caso es de suyo emblemático pues no obstante existir evidencia de que el partido político (PRD) que postuló y apoyó al Presidente Municipal de Iguala y su esposa, contaba con sólidos indicios de que éstos se hallaban sumamente, y desde antiguo, involucrados con la delincuencia organizada, apoyaron su postulación y se resistieron a actuar en contra de ellos a pesar de los serios señalamiento que apuntaban a tales personajes como responsables del estado de incertidumbre y las graves violaciones a derechos humanos que se suscitaban en ese municipio. Falta todavía que los presuntos responsables sean juzgados y sentenciados por los tribunales. Un reporte de la investigación oficial llevada a cabo por la autoridad federal puede consultarse en: www.elfinanciero.com.mx/pages/caso-ayotzinapa-informe-completo-de-pgr.html. Cabe agregar, que el grupo de expertos independientes que vinieron a México por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado el informe final y las conclusiones a que llegara la PGR y ha incluso descalificado al jefe de las investigaciones de ese caso.

⁽³³⁾ A pesar de los esfuerzos aislados en materia de lucha contra la tortura, ésta sigue siendo un problema muy grave y extendido en México, que si bien no necesariamente acepta el término de generalizado, como lo califica técnicamente en su reciente informe el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la ONU, Juan E. Méndez, sí requeriría una atención más rigurosa no únicamente por parte de las distintas autoridades en cuyos ámbitos de competencia se comete, sino de las instituciones encargadas de combatirla como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: «La tortura es generalizada en México – »59

reza textualmente el informe del Relator Especial. Ocurre especialmente desde la

imputables a los cuerpos militares encargados de la seguridad civil), han aumentado exponencialmente. El caso Tlatlaya⁽³⁴⁾ es muestra inequívoca de lo anterior;

detención y hasta la puesta a disposición de la justicia, y con fines de castigo e investigación. El Relator Especial identificó varias causas de la debilidad de las salvaguardias de prevención y recomienda medidas para atenderlas. Observó también serios problemas en las condiciones de detención, especialmente hacinamiento».

En las conclusiones de su informe, el Relator es aún más puntual: «76. La tortura y los malos tratos durante los momentos que siguen a la detención y antes de la puesta a disposición de la justicia son generalizados en México y ocurren en un contexto de impunidad. Generalmente la finalidad es castigar o extraer confesiones o información. Hay evidencia de la participación activa de las fuerzas policiales y ministeriales de casi todas las jurisdicciones y de las fuerzas armadas, pero también de tolerancia, indiferencia o complicidad por parte de algunos médicos, defensores públicos, fiscales y jueces. / 77. Las salvaguardias son débiles, especialmente para detectar e impedir la tortura en esos primeros momentos y asegurar su investigación pronta, imparcial, independiente y exhaustiva. Frecuentemente el registro de detención y los exámenes médicos son deficientes y no constatan alegaciones o evidencias de torturas; no existe control adecuado sobre la legalidad de la detención ni del plazo para la presentación al Ministerio Público; no se accede a una defensa adecuada en forma inmediata; las declaraciones se prestan sin intervención judicial ni presencia del abogado; no se inician investigaciones de oficio ni se excluyen de oficio pruebas obtenidas bajo tortura; y se hace una interpretación restrictiva e incorrecta del Protocolo de Estambul».

Cfr. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes, sobre su misión a México (21 de abril a 2 de mayo de 2014), 29 de diciembre de 2014, pp. 1 y 18.

El diferendo del Relator y las autoridades mexicanas sobre si la tortura es o no generalizada distrae la atención del problema central. La tortura existe en México a niveles muy preocupantes, un solo caso de tortura debería poner sobre aviso a dichas autoridades, porque si bien la generalización de la tortura implica un cuadro sistemático y, por lo tanto, generalmente consentido por la autoridad –lo que el Gobierno mexicano rechaza –, no es menos preocupante la incidencia y falta de atención que, desde algunos años para acá, ha presentado este problema. Lo anterior, provocado en buena medida, por la decisión adoptada por el entonces presidente de la República, Felipe Calderón, de llevar al Ejército mexicano a las calles a combatir abiertamente y por vía de las armas, principalmente, a la delincuencia organizada. Esta decisión desató un clima de violencia extrema inédita en México, en el cual el incremento de la tortura constituye uno de sus efectos más claros. Cabe señalar, que el informe del Relator Especial pone también el acento en otros tipos de tortura como el hacinamiento carcelario, uno más de los endémicos problemas del sistema de justicia mexicano.

⁽³⁴⁾ Para entender lo paradigmático y simbólico de este caso, atendamos al párrafo 117,

3. funcionarios mismos del gobierno federal han afirmado que México vive una situación de emergencia humanitaria⁽³⁵⁾: aproximadamente 185,448 personas han sido asesinadas entre los años 2007 y 2015⁽³⁶⁾, y al menos 25 mil personas se dan por desaparecidas, careciéndose incluso de una base de datos confiable al respecto⁽³⁷⁾. Ya en febrero de 2015, por ejemplo,

del capítulo de *observaciones* de la recomendación 51/2014 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos al señalado Caso Tlatlaya: «Los hechos que dan motivo a la presente recomendación, ocurrieron en la localidad de Cuadrilla Nueva, comunidad de San Pedro Limón, municipio de Tlatlaya, (...). En este lugar, 22 personas perdieron la vida, siendo el caso que cuatro de ellos (V6, V9, V19 y V20) presumiblemente fueron heridos a causa del enfrentamiento librado con elementos del ejército mexicano, tres personas (V7, V8, y V21) fueron heridas presumiblemente en medio del intercambio de disparos, o bien, en un contexto de fuego cruzado y 12 personas fueron presumiblemente privadas arbitrariamente de su vida por personal militar, incluyendo dos adolescentes (V1, V2, V3, V4, V5, V10, V14, V15, V16, V17, V18 y V22). Por lo que hace a las víctimas V11, V12 y V13 no es posible establecer ubicaciones y posiciones originales, debido a que fueron movidos de su ubicación, circunstancia que hace presumir que fueron privados de la vida de manera arbitraria». Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Recomendación 51/2014*, México, CNDH, 21 de Octubre de 2014, p. 27, en www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Recomendaciones/2014/REC_2014_051.pdf.

⁽³⁵⁾ «México vive una crisis humanitaria en el caso de las desapariciones de personas ante la cantidad de víctimas de este crimen (...)», reconoció el subprocurador de Derechos Humanos de la Procuraduría General de la República (PGR), Ricardo García Cervantes. Al intervenir en el Foro Internacional de Desapariciones Forzadas e Involuntarias de México, García Cervantes dijo que «(...) muchos de los desaparecidos fueron vistos por última vez “en manos” de las autoridades como el Ejército, la Marina o policías federales y municipales. Se reconoce que hay un periodo de violencia que ha tenido como consecuencia lo que no he tenido empacho en señalar como crisis humanitaria por la cantidad de personas cuyo paradero se desconoce», dijo el subprocurador en su mensaje. «Debido a que ningún país está preparado para sufrir los niveles de violencia que ha enfrentado México, este requiere de hacerse de capacidades que no tiene para la búsqueda de personas desaparecidas y el acceso a la verdad y justicia. Durante la gestión de Felipe Calderón (2006-2012), se registraron 26,121 casos desapariciones, reconoció en febrero la Secretaría de Gobernación (Segob). Esto se convirtió en un “patrón sistemático” ignorado por el gobierno, indicó Amnistía Internacional (AI)». Cfr. mexico.cnn.com/nacional/2013/06/06/mexico-enfrenta-una-crisis-humanitaria-en-los-casos-de-desapariciones-pgr.

⁽³⁶⁾ Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Defunciones por Homicidio*, México, 2015, www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?proj=.

⁽³⁷⁾ La última década en México ha sido caracterizada por la violencia generalizada

el Comité de Desapariciones Forzadas de la ONU exigió a México la adopción de medidas en ese tema dada la gravedad de la situación⁽³⁸⁾. De acuerdo a estadísticas del INEGI se registraron aproximadamente 64,614 homicidios durante los primeros tres años de administración de Peña Nieto (2013-2016), cifra que ha aumentado un 7.5% desde 2015 hasta el presente año. Evidentemente, de continuar esta tendencia, para el final del sexenio se superará la cifra de 129,218 homicidios y si a esa cantidad se suman los perpetrados en los dos sexenios anteriores (Vicente Fox y Felipe Calderón), ésta llegaría a la friolera de 310,543 personas asesinadas. Lo que precede, sin mencionar las 27 mil 659 personas registradas como desaparecidas en

en diferentes zonas del país, lo que ha dado lugar a infinidad de violaciones a derechos humanos, entre las que destacan las desapariciones tanto forzadas como no forzadas. Estadísticas hay muchas, tanto oficiales como privadas, y lo que es realmente preocupante es la disparidad que se encuentra entrambas.

En primera instancia, y como ejemplo de las versiones oficiales del Estado mexicano, el Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas (RNPED), dependiente del Sistema Nacional de Seguridad Pública, establece en su informe oficial que, de 2007 a la fecha, el número de personas no localizadas en el país asciende a la cantidad de 26,898 en el territorio nacional. Cfr. *Reporte Nacional de Personas Extraviadas o Desaparecidas. México*, 2016, en gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2016/sep/Inf_RNPED-20160908.pdf.

Una cifra similar era manejada desde años atrás por Human Rights Watch, la que en su *informe mundial 2014 establecía que eran más de 26,000 personas las desaparecidas en México*. Cfr. Human Rights Watch, *Informe mundial 2014: México*, Febrero de 2014, pp. 1-2, en www.hrw.org/sites/default/files/related_material/mexico_sp_4.pdf.

⁽³⁸⁾ El Comité de Desapariciones Forzadas de la ONU (CED por sus siglas en inglés) refirió en su informe del 13 de febrero del 2015, que México debía adoptar una serie de medidas en cuanto al tema, entre las cuales destacan: el reconocimiento de la competencia del CED para recibir y examinar comunicaciones individuales e interestatales; aprobar a la mayor brevedad posible una ley general que regule de manera integral los aspectos de la desaparición forzada contenidos en la Convención; contar con un registro único de personas desaparecidas a nivel nacional; tipificar el delito de “desaparición forzada” a nivel federal y local; establecer en el ámbito de la PGR una unidad fiscal especializada en la investigación de desapariciones forzadas, entre otras. Cfr. COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, *Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*, Suiza, CED, 13 de febrero de 2015, en tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/MEX/INT_CED_COB_MEX_19564_S.pdf.

- el período 2007-2015⁽³⁹⁾;
4. el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, a través de la Comisión Interamericana y de su Corte, han hecho público que México es el país que más quejas y juicios tiene pendientes en ambos órganos del sistema⁽⁴⁰⁾;
 5. los organismos no gubernamentales internacionales tampoco dan buena cuenta de la situación de los derechos humanos en México. Amnistía Internacional (AI), por ejemplo, descalifica severamente los medios internos de protección no jurisdiccional de dichos derechos, enjuiciando con mucha severidad el deterioro tanto de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) – sobre todo en el período de su anterior presidente, Raúl Plascencia –, así como de las comisiones estatales. De hecho, el referido Plascencia Villanueva fue prácticamente echado de la CNDH cuando pretendió, de modo por demás infructuoso, ser refrendado en su cargo. Rupert Knox, investigador especial de Amnistía Internacional, señala en el documento «Fuera de Control. Tortura y Otros Malos Tratos en México», que la CNDH «no actúa a favor de las víctimas» y, por otro lado, en casos de tortura el organismo puede considerarse «parte del problema y no de la solución»⁽⁴¹⁾. Según AI, pese a las reformas legales destinadas a fortalecer las instituciones de derechos humanos, la capacidad

⁽³⁹⁾ Cfr. *El Economista* “Reporta el INEGI estadísticas de homicidio para el sexenio de Peña” (04.04.2016), en itesm.summon.serialsolutions.com/millennium.itesm.mx/#!/search?bookMark=ePnHCXMw42JgAfZbUz/gnR5jQxNzTgYuD9Ae28yUzPxiBgZVN9cQZw9dWNEXD2o_FiQWAs78Ybm5sAGbAOA11WTJw6ADCmIc0. Cfr. *Excelsior* “Hay 27 mil 659 desaparecidos; reporte oficial del gobierno” (11/02/2016), en www.excelsior.com.mx/nacional/2016/02/11/1074404.

⁽⁴⁰⁾ En su Informe Anual 2015, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos refirió haber recibido 849 peticiones y 160 solicitudes de medidas cautelares a ser adoptadas por México, siendo éste el país con más quejas ante dicho organismo. Por otra parte, dicho Informe hace referencia al cumplimiento de los casos/peticiones que ha tenido México ante dicha CIDH en los siguientes términos: cumplimiento total 54% de los casos; parcial en el 18%; y pendiente de cumplimiento el 27%. Cfr. Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Informe Anual 2015, EUA, CIDH, en www.oas.org/es/cidb/multimedia/estadisticas/estadisticas.html.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Rupert Knox, *Out of Control: Torture and other Ill-Treatment in Mexico, Estados Unidos*, 4 septiembre 2014, en <https://www.amnesty.org/es/documents/amr41/020/2014/en/>.

y la imparcialidad de muchas de estas instituciones siguen siendo limitadas. La CNDH está bien dotada de recursos y realiza una importante labor de investigación que conduce a la publicación de informes, sobre todo en relación con los abusos cometidos por cargos públicos federales. Sin embargo, es burocrática y tímida, a menudo no puede completar oportunamente los miles de denuncias que recibe y, con frecuencia, es poco efectiva y eficiente a la hora de garantizar el cumplimiento de sus recomendaciones. Pese a ello, los propios gobiernos federal y estatales recurren sistemáticamente a éstas como el único elemento para medir las violaciones a derechos humanos. Las comisiones locales de derechos humanos de la mayoría de las entidades federativas son muy débiles, con excepciones importantes, como la de la Ciudad de México, según AI⁽⁴²⁾;

6. la situación de los derechos económicos, sociales y culturales no es, claramente, mejor. Millones de mexicanos viven en situación de pobreza extrema e, irónicamente, cada vez más personas destacan en la lista de la revista Forbes como parte del selecto grupo de los ciudadanos más acaudalados del mundo. En México la distribución de la riqueza es terriblemente desigual, lo que se explica en buena medida porque el Estado mexicano ha sido incapaz de evitar el surgimiento y la entronización de monopolios en distintas áreas de su economía, provocando con ello una concentración absurda de la riqueza. Paralelamente, falta de competitividad impide ofrecer mejores servicios y alternativas a los consumidores mexicanos.

Las pinceladas anteriores son de suyo muy preocupantes y dan objetivamente cuenta de la difícil e inocultablemente grave situación de los derechos humanos en México.

Ahora bien y de acuerdo con lo hasta aquí dicho, es el deterioro institucional y social que se ha producido durante décadas lo que ha impactado severamente en los presupuestos funcionales que son *conditio sine*

⁽⁴²⁾ Cfr. Amnistía Internacional México, *Aumento de las violaciones de los derechos humanos y de la impunidad*, México, Amnesty International, marzo de 2013, p. 6, en amnistia.org.mx/nuevo/wp-content/uploads/2014/07/Mexico_Aumento_Violaciones_DH_01_03_2013.pdf.

qua non para una vigencia efectiva de los derechos humanos en este país. ¿De qué tamaño es ese deterioro?

A continuación se citan una serie de datos elucidadores y corroborables relativos al estado actual de los presupuestos funcionales multicitados. Veamos.

4.1. – *Situación de la democracia mexicana.*

En México se cuenta con una democracia formal (electoral) dominada por los partidos políticos (partidocracia), éstos se representan a sí mismos y a sus intereses. Quienes arriban como parte de esos partidos ya a la administración pública o al poder legislativo – tanto a nivel federal como estatal – se ocupan básicamente del reparto del poder y a las prebendas que los partidos se disputan en función de los resultados en las elecciones. Los partidos y sus funcionarios, salvo honrosas excepciones, no se ocupan de los intereses y problemática de la ciudadanía a la que malamente dicen representar⁽⁴³⁾.

Existe, por lo tanto, un grave déficit de representación el cual se refleja en una escasa participación ciudadana y, salvo algunos sectores de la sociedad civil que está organizada y cuestiona severamente al sistema político –incluida una parte importante de la *intelligenza* mexicana –⁽⁴⁴⁾, la mayoría de la población

(43) Véase E. NATERAS, *Sentimiento de representación política de los mexicanos*, en A.M. ÁLVAREZ, M. CEBOLLADA GAY (compiladores), *Opinión pública, representación política y democracia en México*, ITAM – Cámara de Diputados, Comité de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2013, pp. 43-60, en departamentodecienciapolitica.itam.mx/sites/default/files/u327/opinion-publica_amoreno_y_m_cebollada_2013.pdf. Y también, A. SOTELO GUTIÉRREZ, *La opinión pública como paradigma de la representación política*, en *Quid Juris*, México, año II, volumen 5, octubre de 2007, pp. 71-83, en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/5/cnt/cnt4.pdf.

(44) «Según El Informe País sobre Calidad de la ciudadanía en México el 66% de los mexicanos dudan la eficiencia de las leyes, como resultado sólo el 4% considera que las leyes se respetan en México, contra 29% que dice que no se respetan. El apoyo a la democracia se ha reducido en un 12% en los últimos 18 años. En cuanto a la confianza en los partidos políticos, sólo 19% expresó su confianza sobre ellos, mientras que sobre los diputados la confianza es apenas de 17% de los 19,000 encuestados». Cfr. J. MONROY, *El Economista*, 2014, en eleconomista.com.mx/sociedad/2014/06/16/mexicanos-no-creen-su-justicia-

le ha dado la espalda a la participación política y se ha desinteresado de la misma⁽⁴⁵⁾. Las encuestas y las redes sociales⁽⁴⁶⁾ dan cuenta de una percepción muy negativa de la política y de los políticos, ambiente en que se piensa priva la corrupción, el nepotismo y la improvisación profesional a la hora de gobernar⁽⁴⁷⁾. Desafortunadamente, dada la conformación del sistema político mexicano, lleno de candados legales y muy a pesar de la inclusión en la Constitución federal de las candidaturas ciudadanas independientes, los partidos políticos dominan la escena pública ante la pasividad o el desencanto ciudadanos. Muy grave ha sido que dichos partidos se hayan apoderado de órganos ciudadanos, construidos con mucho esfuerzo durante la transición, sino democrática al menos electoral, del año 2000, como el IFE, mismo que se transformó en Instituto Nacional Electoral (INE), el cual fue literalmente usurpado por los partidos políticos, quienes ahí se reparten el poder según

democracia-ni-políticos.

⁽⁴⁵⁾ El Instituto Nacional Electoral (órgano que se encarga de realizar las elecciones federales en este país), publicó en 2015 el Informe País sobre la calidad de la ciudadanía en México, en donde lleva a cabo un estudio comparado acerca del grado de participación y abstencionismo en las elecciones federales en nuestro país a lo largo de los años. Los resultados descritos en el apartado “Vida política y calidad de la ciudadanía” dan cuenta del grado de participación electoral por entidad federativa dentro de la República Mexicana. Así las cosas, el nivel de abstencionismo promedio es del 57.305% en las elecciones federales intermedias, esto es, las realizadas cada tres años. Dichas cifras aluden al período 1994 al 2012. Véase M.F. SOMUANO ET AL., *Informe País sobre la calidad de la ciudadanía en México*, Colegio de México-Instituto Federal Electoral, México, 2015, pp. 53-66, en www.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCivica/Documento_Principal_23Nov.pdf.

⁽⁴⁶⁾ Para conocer la manera en que las redes sociales son empleadas en México, principalmente por jóvenes, para manifestar su hartazgo, véase el estudio de M.E. MENESES ROCHA, *Ciberutopías. Democracia, redes sociales, movimiento-red*, Colección de publicaciones de Educación, Humanidades y Ciencias Sociales, Porrúa - Tecnológico de Monterrey, México, 2015.

⁽⁴⁷⁾ El Informe del IFE antes citado, deja constancia que el 49.61% de los mexicanos piensa que los políticos no se preocupan por la gente, lo que explica que el nivel de confianza en éstos sólo alcance menos del 20% de la ciudadanía. Véase PROGRAMA UNIVERSITARIO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Análisis: Informe País sobre la calidad de la ciudadanía en México*, México – UNAM, julio de 2014, en www.pudh.unam.mx/perseo/?p=8336.

las cuotas que su influencia les da⁽⁴⁸⁾.

La democracia electoral mexicana es muy costosa⁽⁴⁹⁾, las elecciones sólo sirven para legitimar el acceso del poder de quienes generalmente se dedican a usufructuar su posición antes que servir a la ciudadanía⁽⁵⁰⁾.

Lo que precede da buena cuenta del estado lastimoso de los derechos políticos de los mexicanos⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Véase al respecto J.S. CASTILLO ET AL., *Instituto Federal Electoral. La reforma y el Conflicto*, en J. LLAROSA HARO, J.S. CASTILLO (compiladores), *Elecciones y Partidos Políticos en México 2010*; México, Senado de la República – UAM, 2010, pp. 95-132, en csh.izt.uam.mx/cen_doc/cede/mp-content/uploads/publicaciones/2010.pdf, con relación a la transformación del IFE al INE, véase E.J. MOLINA, *La reforma electoral de 2014: ¿un nuevo sistema electoral?*, Cotidiano–Revista de la Realidad Mexicana, México, vol. 19, septiembre-octubre de 2014, pp. 13-22.

⁽⁴⁹⁾ La *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados* publicó en noviembre de 2014 los dictámenes respecto del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2015, en donde da cuenta que para el Instituto Nacional Electoral se destinaron \$18, 572, 411,236 para hacer frente al costo de las elecciones, así como el presupuesto destinado a los partidos políticos para su financiamiento y el desarrollo de campañas electorales para el año 2015. Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS, *Gaceta Parlamentaria No. 4155-B*, México, 13 de Noviembre de 2015, en gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2014/nov/20141113-B.pdf.

⁽⁵⁰⁾ Para O. Ramírez Peraza, «Cuando los gobernantes pierden el vínculo con sus representados, y, en consecuencia, se liberan de su responsabilidad respecto al mandato constitucional, trastocan los objetivos para los que fueron electos, orientando su función hacia el crecimiento de su propio poder».

Este fenómeno de desapego político y moral explica que *Transparency International* coloque a México en el lugar 123, en cuanto hace a su nivel de corrupción, de entre 176 países. Asimismo, el informe señala que más de la mitad de la población (el 52%) piensa que los esfuerzos por parte del Gobierno para combatir la corrupción son hartamente ineficientes.

Cfr., del autor, *Síntomas de la Corrupción en México*, *Rc Et Ratio – Revista de la Contraloría del Poder Legislativo del Estado de México*, México, Año II, No. 4, enero-diciembre de 2011, pp. 35-48, en www.contraloriadelpoderlegislativo.gob.mx/Revista_Rc_et_Ratio/Rc_et_Ratio_4/RC_ET_RATIO_NO_4.pdf, respecto de *Transparencia Internacional*, véase *Transparency International, Corruption by Country*, Mexico, 2016, en <https://www.transparency.org/country/MEX>.

⁽⁵¹⁾ Un ejemplo muy claro del abuso que los partidos políticos cometen contra los derechos individuales de los ciudadanos mexicanos, se presentó cuando luego de las elecciones del 2006 que llevaron a la Presidencia de la República a Felipe Calderón, dichos partidos modificaron la Constitución General de la República para limitar la libertad de expresión, bajo el manido argumento de que el duopolio televisivo (Televisa y TV Azteca), había “abusado” de dicha libertad, permitiendo que los ciudadanos pagaran costosa propaganda política televisiva

4.2. – *Situación del Estado de Derecho en México.*

Definir qué significa un Estado de Derecho es teóricamente relativamente simple: tratase de un Estado de leyes, donde prevalece, en última instancia, la decisión basada en la norma jurídica y ésta se impone, inclusive y por lo general, a los intereses económicos y políticos. Esta mecánica en la toma de decisiones y la resolución de conflictos sociales otorga certidumbre a la ciudadanía, lo que explica que las personas confíen, principalmente, en sus policías, fiscales y jueces. Pero, ¿cómo es que funcionan al respecto las cosas en México? Vayamos, de nueva cuenta, a los datos duros:

1. la cifra negra en materia de delitos cometidos y la consecuente impunidad sigue siendo en nuestro país una de las más altas del mundo. De cada 100 delitos que se cometen sólo 7 se denuncian y exclusivamente 1 recibe sentencia condenatoria⁽⁵²⁾;
2. los datos acerca de la corrupción a nivel de la procuración de justicia (ministerios públicos) y de la impartición de la misma (jueces) es consistente con la muy mala percepción que existe al respecto. Ello explica que la gente no acuda a las autoridades a denunciar las injusticias de múltiple tipo de las que es objeto, pues piensa que se trata de un trámite inútil, peor aún, costoso en términos de tiempo y dinero invertido⁽⁵³⁾. La

para apoyar o, incluso degradar, a ciertos candidatos. La interpretación acerca de que la libertad de expresión tenía que ser limitada para evitar abusos en las campañas electorales, propició una reforma constitucional que, en el criterio de muchos, cercena gravemente las posibilidades de expresión ciudadana en las elecciones. Al respecto, puede consultarse G. LÓPEZ MONTIEL, E. TAMÉS MUÑOZ (coordinadores), *La libertad de expresión en el proceso electoral 2012*, COPARMEX - Tecnológico de Monterrey, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, México, 2012. Véase en particular, dentro de dicha obra, el capítulo denominado *La libertad de expresión en el sistema electoral mexicano*, desde una perspectiva jurídica, pp. 27-88.

⁽⁵²⁾ Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción Sobre Seguridad Pública 2016*, México, 27 de septiembre de 2016, INEGI, en www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2016/especiales/especiales2016_09_04.pdf.

⁽⁵³⁾ La confianza ciudadana hacia las autoridades, según algunos los sondeos más recientes, muestra el estado de la situación: el 54 % de los ciudadanos considera que acudir al Ministerio Público para resolver un problema no le sirvió de nada; el 42 % de la población

gratuidad de la justicia se halla sólo consignada en la Constitución, pues para tener éxito en México en la sustanciación de un conflicto judicial de la materia jurídica de que se trate – civil, penal, mercantil, administrativo, etc. –, debe contarse con recursos económicos. El acceso a la justicia en México es, evidentemente, elitista, sólo quienes poseen dichos recursos y relaciones en las esferas de poder está en aptitud de contratar abogados solventes profesionalmente y recurrir a las altas instancias decisorias, en el supuesto de que la tramitación del juicio o queja en cuestión se compliquen o empantanen en los laberintos kafkianos de la burocracia de los tribunales mexicanos;

3. la idea de reformar sistemáticamente la ley pensando que ello tendrá repercusión inmediata y automática en la realidad, es una falacia tenida increíblemente por cierta por los congresos federal y estatales de este país. Esta tara explica las constantes e innumerables reformas a la Constitución Federal (y obviamente a todo el ordenamiento jurídico) que casi nunca se ven reflejadas en una ascenso en la calidad de vida y una mayor protección de los derechos de la mayoría de la población⁽⁵⁴⁾. La implementación de las reformas estratégicas llevadas a cabo por la administración del presidente Enrique Peña Nieto, han naufragado ante los problemas reales y chocado con los grupos de poder que se oponen a ellas en materia energética, de telecomunicaciones y educativa, para citar tan sólo las más sonadas dificultades. Reformas a las que, por cierto, dicha administración otorgó una atención inusitada, descuidando gravemente,

acepta no confiar en absoluto en las autoridades; el nivel de confianza en los diputados federales y partidos políticos apenas alcanza el 17%. Cfr. *Informe País sobre la calidad de la ciudadanía en México*, cit.

⁽⁵⁴⁾ Así por ejemplo, durante la presidencia de Felipe Calderón Hinojosa se reformaron 110 artículos constitucionales, el récord hasta ahora. Sin embargo, en menos de dos años de gobierno, la administración de Enrique Peña Nieto promovió la reforma de 66 artículos. Si se piensa que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos posee 136 numerales, durante cada sexenio, de facto, se construye un nuevo modelo de Carta Magna sin que ello se refleje en una mejora de la realidad nacional. Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS, *Sumarios de Reformas a la Constitución y Leyes Federales*, México, julio de 2014, en www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario.htm.

entre otros aspectos pero principalmente los indicadores de seguridad y desarrollo económico⁽⁵⁵⁾;

4. en esa misma tesitura, la implementación del nuevo sistema de justicia penal producto de la reforma constitucional del 2008, está dando evidentes síntomas de que las carencias de planeación y de implementación podrían dar al traste con dicha reforma, lo que antes que disminuir podrían ahondar los niveles de impunidad existentes⁽⁵⁶⁾. Lo anterior es aún más grave si se considera que el nuevo sistema de justicia penal ha sido promocionado ante los ojos de la población, como una especie de panacea que resolverá los problemas de criminalidad, antes que hacer ver que los objetivos del nuevo sistema están más dirigidos a elevar la calidad de la justicia y, por ende, van orientados a disminuir la discrecionalidad de los jueces; asegurar el debido proceso y la presunción de inocencia; disminuir el hacinamiento carcelario; acelerar el tiempo de resolución de los asuntos penales a través de una justicia democratizada que privilegie las vías alternas y la terminación anticipada de los procesos.

⁽⁵⁵⁾ El gobierno federal sobredimensionó el impacto que tendrían las reformas estructurales en la calidad de vida de los mexicanos en el corto plazo. Más aún, ciertos estudios económicos consideran que de tener un efecto positivo dichas reformas, éste se presentará en el mediano y largo plazos y, siempre y cuando, coincidan múltiples variables que no dependen de la economía mexicana. Al respecto véase: www.forbes.com.mx/manejable-impacto-de-reformas-en-empresas-mexicanas-fitch/herzog.economia.unam.mx/cempe/PDFs/Reuniones/143_Impacto_macroeconomico_de_las_reformas_estructurales_en_Mexico.pdf.

⁽⁵⁶⁾ Estas son algunas de las conclusiones que arroja el reporte elaborado por el Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC) sobre el estado de la implementación de la reforma penal: «(...) se observa que los planes de implementación son documentos poco utilizados, inexistentes o que fueron elaborados después de haber implementado la reforma penal. Tampoco son considerados como un instrumento guía para la implementación. Además, ninguno toma en cuenta la transición del sistema tradicional al nuevo, entendida como el cierre total del sistema de justicia inquisitorio o mixto para dar paso al acusatorio. (...) Las instituciones están implementado el SJP a distintos ritmos y con diferente calidad, lo que ocasiona asimetrías tanto en el proceso de implementación como en la operación. Esto deriva probablemente en sistemas con deficiencias y debilidades institucionales por parte de algunos operadores que no conducirán un desempeño adecuado». Véase *Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., Reporte de Hallazgos para el seguimiento y la evaluación de la implementación del nuevo sistema de justicia penal en México*, México, 2013, p. 84.

En suma, acabar con un sistema penal rígido, escrito y lento, que limita sustancialmente las posibilidades de una buena defensa y que no pone el acento en las víctimas del delito;

5. el estado de la justicia en materia civil y familiar, a pesar de la incorporación paulatina de la oralidad en los procedimientos, sigue siendo pobre, tardada, costosa e ineficiente⁽⁵⁷⁾;
6. en materia de juicios mercantiles – respecto del tiempo y costos de la resolución de los procesos que afectan el comercio y los negocios –, México sigue ocupando el último lugar en materia de competitividad de la OCDE, lo que afecta la calidad del clima para hacer negocios (*Doing Business*);
7. las cárceles mexicanas son escuelas del crimen antes que instancias que reinserten a la sociedad y reformen a los procesados luego de purgar sus penas. La sobrepoblación y la corrupción ahí prevaleciente, el dominio de los grupos delincuenciales sobre las autoridades penitenciarias, la falta de normatividad y de sistemas de administración eficientes constituyen, simplemente, el reflejo de la galopante descomposición del sistema político y judicial mexicanos⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. A. SZÉKELY, *Democracia, Reforma Judicial, Estado de Derecho en México*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jacdermx/cont/237/art/art13.pdf.

Cfr. H. FIX-FIERRO, S. LÓPEZ-AYLLÓN, *El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/92/8.pdf.

⁽⁵⁸⁾ Hasta 2015 había más de 250.000 personas privadas de su libertad en México y reclusas en un espacio diseñado para 169,227, lo que explica que el índice de sobrepoblación en las cárceles mexicanas sea del 28.6%. En la mayoría de los centros penitenciarios las celdas están construidas para recibir de 6 a 8 personas, pero en la realidad albergan de 14 a 20. Este fenómeno de hacinamiento genera, entre otros problemas, una corrupción galopante que toca tanto a los servidores públicos que administran las cárceles como a los internos, donde todo tiene un “precio”: el uso del teléfono público; el pase de lista; el quedar exento de realizar labores de limpieza, entre otros muchos. Un indicador adicional sumamente preocupante, es que el costo promedio anual por interno, en un centro penitenciario de este país, es de alrededor \$51,100, por lo que se tienen que destinar 17 mil 379 MDP al año por concepto de una supuesta reinserción social. O sea que el crimen en México es doblemente costoso. Cfr. *La Cárcel en México: ¿Para qué?*, México Evalúa México, México

¿Puede un Estado de Derecho en esas condiciones convertirse en una garantía para hacer efectivos los derechos que la ley consigna en lo general y los derechos humanos en particular?

4.3. – *El estado de la economía mexicana.*

De acuerdo con los expertos, la economía mexicana tiene que crecer de modo continuado a un ritmo del 6 ó 7% para satisfacer los déficits de desarrollo y generación de empleos, sobre todo, para una población de jóvenes mexicanos que se incorporan a la vida laboral con muy pocas posibilidades de éxito (lo que explica, entre otras causas, su éxodo a los Estados Unidos de Norteamérica). Los datos duros que lo impiden, según los expertos son, entre otros, los siguientes:

1. la economía mexicana cayó, en un solo año (2013), del lugar 32 al 41 de acuerdo con el Índice global de competitividad (IMD). Hoy en día (2017), México se halla en el lugar 51⁽⁵⁹⁾;
2. eficiencia gubernamental se rezagó, también, 12.1 puntos⁽⁶⁰⁾;
3. en el desarrollo de infraestructura descendimos en 2 puntos;
4. el año 2012, 38% de ciudadanos pensaba que su situación económica era peor que antes. En 2013 esa percepción ascendió al 61% entre la población económicamente activa. La gente siente mermada su capacidad adquisitiva y sus posibilidades de mejora son muy pocas, por ello sólo para el 13% su situación económica es halagüeña;
5. según el INEGI, México creció tan sólo 1.8% durante el primer trimestre del 2012, cifra inferior al 2% al que apostaban los analistas menos optimistas. En el 2013 el crecimiento fue del 1.1% y las perspectivas para

Evalúa - Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2013, pp. 31-51, en www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/08/MEX-EVA_INDX-CARCEL-MEXICO-VF.pdf.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. imco.org.mx/wp-content/uploads/2016/09/2016-WEF-Perfil_Mexico.pdf.

⁽⁶⁰⁾ Ibid.

este año y el 2016, debido a la baja en los ingresos producto de la venta de petróleo y los efectos de una reforma fiscal confiscatoria, no se espera pueda elevarse;

6. el país padece un rezago ancestral: 55.3 millones de mexicanos son pobres y, al mismo tiempo 11 mexicanos acaudalados aparecen en la lista de la revista Forbes entre las personas más ricas del mundo (éstos tienen en su poder el 10% del Producto Interno Bruto del país)⁽⁶¹⁾.

Resulta literalmente imposible que bajo tan pobre desarrollo el país pueda asegurarle a sus ciudadanos mejores servicios de justicia, salud, educación, entre otros. Porque a pesar del evidente esfuerzo realizado en ciertas áreas, los recursos destinados suelen no llegar al objetivo previsto debido a la corrupción.

4.4. – *El entorno del pluralismo y la cultura mexicanos.*

Diferentes estudios en torno al comportamiento de la mayoría de la población mexicana, da cuenta de una bajo interés por las cuestiones públicas. Los mexicanos participan poco en política y están desinformados y desorganizados. Ello es el resultado de las características del sistema político mexicano donde el ciudadano, en el mejor de los casos, circunscribe su participación a ir a votar, lo cual es debido a un evidente déficit en cultura política y cívica de una población inmersa principalmente en la lucha por la

⁽⁶¹⁾ Para 2014 se reportaron 55.3 millones de personas pobres en México, lo que representa el 46.2% del total de la población de este país. De esta cifra alarmante, 11.4 millones se encontraban en pobreza extrema, es decir, casi el 10% de la población total (9.5%) padece tres o más carencias sociales y perciben un ingreso inferior a la línea de bienestar mínimo. Por otra parte, solamente el 20.5 % de la población de este país (24.6 millones), se encontraba más allá de alguna situación de vulnerabilidad. Los Estados con mayor índice de pobreza son Chiapas y Oaxaca, pobreza que afecta la friolera del 76.2% y 66.8 %, respectivamente, de su población. Véase COMISIÓN NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, *Medición de la Pobreza en México 2014: Comunicado de Prensa*, México, 2015, en www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/Pobreza%202014_CO-NEVAL_web.pdf.

supervivencia.

La CONAPRED en sus diferentes informes subraya que en México persisten niveles de discriminación e intolerancia todavía muy altos dirigidos, sobre todo, a ciertos estratos de la población, básicamente los indígenas y las personas de bajos recursos económicos⁽⁶²⁾.

Asimismo, la violencia familiar arroja cifras alarmantes que afectan, principalmente, a las mujeres y a la niñez del país, lo que está paulatinamente generando masas de resentidos que son remitidos a la sociedad para perpetuar el mismo modelo de intolerancia, violencia y discriminación.

4.5. – *El estado de la educación mexicana, acceso a la información y a las nuevas tecnologías.*

La reforma educativa a nivel constitucional emprendida por la actual administración federal iba dirigida a resolver uno de los más graves problemas de este país, problema endémico, que repercute en todos los ámbitos de la vida nacional: la educación.

Desafortunadamente, las fuerzas vivas en ese territorio, los sindicatos y las mafias instaladas en la burocracia educativa han venido a dar al traste con dicha reforma. Las siguientes cifras resultan más que elucidadoras:

1. en México, la cobertura educativa entre la población de 5 a 14 años es universal;
2. los estudiantes mexicanos de 15 años, consiguieron 81 puntos menos que el promedio de 494 que registra la OCDE en matemáticas, lo que equivale a alrededor de dos años de escolaridad;
3. solamente el 53 % de los jóvenes entre 15 a 19 años están matriculados en educación. El promedio de la OCDE es de 84%;
4. únicamente el 30% de los jóvenes de 20 años están matriculados en educación media superior y superior;
5. la proporción de jóvenes adultos que no tienen empleo ni están

⁽⁶²⁾ Cfr. *Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, CONAPRED, SEGOB, 2010, www.conapred.org.mx/userfiles/files/Enadis-2010-RG-Accs-002.pdf.

- matriculados en educación o formación es del 20% de la población;
6. 1 de cada 10 hombres jóvenes y 3 de cada 10 mujeres jóvenes no se encuentran estudiando, ni tienen empleo;
 7. la inversión anual promedio por estudiante desde la educación primaria hasta la superior es del 19% del PIB per cápita, lo que constituye el segundo promedio más bajo dentro de la OCDE;
 8. México tiene las proporciones más altas de estudiante por maestro: 28 estudiantes por maestro en educación primaria (comparado con el promedio de la OCDE de 15) y 30 en educación secundaria y media superior (comparado con el promedio de la OCDE de 13);
 9. México tiene la menor proporción de docentes que hayan completado una educación para ser maestro o un programa de entrenamiento, a saber, del 62%. Por otra parte, el 72% de los maestros no cuentan con inducciones formales o programas de seguimiento en sus instituciones⁽⁶³⁾.

Otra reforma constitucional, la de comunicaciones, intenta revertir el rezago en la llamada brecha digital. Rezago que arroja también los siguientes datos:

1. solamente el 45% de los hogares disponen de una computadora;
2. el acceso a Internet en los hogares para 2015, correspondía al casi 39.2 % de la población, aumentado 9%, en comparación con 2003;
3. el crecimiento más notorio para las Tecnologías de la Información en México es la telefonía celular, donde un 77.7 millones de mexicanos cuentan con un teléfono móvil;
4. el hogar es el lugar en el que mayor acceso se tiene a Internet y al uso de una computadora, correspondiente a un 60%;
5. respecto de la frecuencia en el uso del Internet, el 46% lo utiliza diariamente;
6. los precios por el uso de tecnologías de la información como lo son

⁽⁶³⁾ Los datos fueron recogidos del informe Panorama de la Educación 2014: Indicadores de la OCDE para México, emitido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Véase: OCDE, *Panorama de la educación 2014: México*, OCDE Publicaciones, 2014, en www.oecd.org/edu/Mexico-EAG2014-Country-Note-spanish.pdf.

teléfono, televisión e Internet, son altos y variados, partiendo desde \$350 y hasta \$1800 al mes, dependiendo del proveedor y los servicios contratados;

7. el mayor número de planes ofrecidos por compañías vendedoras del servicio de internet es mensual, correspondiente al 41%;
8. el acceso a Internet desde cualquier teléfono celular, tiene un costo promedio de \$1 el *Megabyte*⁽⁶⁴⁾.

5. — *A modo de conclusiones.*

La indudable consistencia teórica y la nobleza de propósitos implícitos en las teorías de la justicia de los derechos humanos no son suficientes para sobreponerse a cualquier clase de condiciones sociales, culturales, económicas y políticas del lugar y el momento histórico en el que les corresponda operar.

Aún demostrada – si es que así lo aceptamos –, la superioridad teórica de las teorías de los derechos humanos respecto de teorías consecuencialistas, como el utilitarismo, las medidas que este último predica suelen ser preferidas, toda vez que su implementación y la medición de los resultados (incluso en democracias donde se sostiene que son los derechos humanos el criterio de justicia vigente), es más simple, demanda menos condiciones de aplicación y, en principio, beneficiaría a mayor número de personas en un lapso más corto de tiempo.

Los derechos humanos sólo pueden fructificar en sociedades donde los niveles de desarrollo de sus presupuestos funcionales analizados, se identifica

⁽⁶⁴⁾ Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Estadísticas sobre disponibilidad y uso de tecnología de información y comunicaciones en los hogares*, México, 2016, p. 724, en www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2016/especiales/especiales2016_03_01.pdf. Véase, asimismo, A. BEADE RUELAS, E. GARCÍA SOTO, *Telefonía Fija Residencial ¿Bueno, Bueno?*, en www.profeco.gob.mx/encuesta/brujula/bruj_2014/bol283_Telefonia_fija.asp.

Puede consultarse, también, *Estadísticas a propósito del día Mundial de Internet*, en www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2016/internet2016_0.pdf.

Resultados de la encuesta sobre satisfacción del servicio de telefonía móvil, en www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/63049/Encuesta_satisfacci_n_telefon_a_m_vil_2015.pdf.

con los alcanzados por los economistas como países de renta alta. Y ello es así, no porque las sociedades con niveles de desarrollo menor merezcan menos o no sean suficientemente capaces de hacer efectivo el principio de universalidad de los derechos humanos, sino porque las condiciones fácticas en las que deben operar los derechos humanos impiden que éstos sean respetados dadas las carencias estructurales de orden económico, jurídico y político que se oponen o, simplemente obstaculizan, su adecuada salvaguarda.

La falta de vigencia de los derechos humanos en los países cuyas condiciones funcionales hace difícil su realización o de plano prácticamente imposible, produce que dichos derechos experimenten entre la población y entre las autoridades mismas, dos fenómenos: el de la *relativización de su importancia* y su *manipulación*.

La *relativización de los derechos humanos* es un fenómeno que se produce cuando, ante la imposibilidad efectiva y reiterada de su realización, éstos dejan de ser vistos como una condición de justicia y legitimidad política de la mayor importancia y trascendencia. Ello es así, porque la vulneración sistemática de los derechos humanos proviene de condiciones endémicas de deterioro o descomposición de sus presupuestos económicos, sociales, culturales y políticos. En este marco, los derechos humanos se convierte en una pieza negociable de la praxis política que en la realidad no constriñe efectivamente a los detentadores del poder ni aporta resultados prácticos tangibles para los gobernados. Los derechos humanos se tornan (se relativizan, precisamente) en un elemento necesario para la correcta retórica de la democracia y de las instituciones jurídicas del Estado (de la Constitución, por ejemplo), pero nada más; es decir, juegan sólo un papel simbólico, o peor aún, demagógico.

La *manipulación de los derechos humanos* puede explicarse como una deformación de sus contenidos y de sus finalidades en tanto teoría de la justicia; lo que es producto, a su vez, de su ineficacia en la realidad social. Este fenómeno da por resultado un “vaciamiento” conceptual y la tergiversación de la teleología original de los derechos humanos, toda vez que sus nuevos usos y empleos, al carecer de sentido práctico, adoptan en la realidad alcances que los vuelven irreconocibles. (Un ejemplo paradigmático de lo anterior, es

aquella frase expresada por un político mexicano, Arturo Montiel, quien señaló en su campaña: los derechos humanos “*son para los humanos y no para las ratas*”).

El estado que guardan los presupuestos funcionales de los derechos humanos en México, explica directamente su grado de vulneración. De tal suerte, si no mejoran las condiciones de dichos presupuestos, dicha violación continuará como un problema endémico y las políticas públicas para solucionar esta circunstancia continuarán siendo sólo parcialmente eficaces, toda vez que la naturaleza de las violaciones a los derechos humanos en ese país es de naturaleza estructural.

Huelga decir que solucionar el problema del grave estado que guarda el respeto y protección de los derechos humanos en México, atraviesa necesariamente por la solución de los problemas que padecen sus presupuestos funcionales, es decir, la estructura social, política, económica, educativa y cultural del Estado y sociedad mexicanas.

México padece, por consecuencia, índices importantes de relativización y manipulación de los derechos humanos, los cuales vienen acompañados con una infravaloración colectiva que, al unísono experimentan, las instituciones democráticas y los demás componentes del sistema político mexicano.

La inferencia obvia que resulta de lo que precede, es que el grado de deterioro de la situación de los derechos humanos no podrá corregirse ni mejorarse sustancialmente hasta que no opere un cambio estructural en los presupuestos funcionales de los derechos humanos, por lo que no es difícil visualizar – al menos en el corto y mediano plazos –, un estancamiento o un mayor deterioro, respectivamente, del respeto a tales derechos y, por consecuencia, de la calidad de vida de quienes habiten en ese país.

JOHN ALBERTO TITO-AÑAMURO (*)

AGAINST THE UNIVERSAL APPLICATION
OF HUMAN RIGHTS (**)

Abstract: The present study realizes a critical analysis of the universal application of the Human rights. The starting point is the analysis of two sinister cases of violation of Human rights, one in Rwanda and other in Republic of the Congo. This study tries to demonstrate the hypothesis that the rules of the human rights do not apply to all equally. There are privileges as the American exceptionalism. Therefore, the universal application of the human rights is doubted.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. A starting premise: Congo *v.* Belgium and the problem of applying human rights. – 3. Guantanamo (Bay Detention Camp): torture and human dignity. – 4. *American exceptionalism* and the (gray) areas where human rights are not applied. – 5. Back to reality. – 6. Conclusions.

1. — *Introduction.*

The regulation of the human rights lies more upon moral and political meaning rather than legal. Proof of that, is the problem regarding international jurisdiction effectiveness against national States, and also the rule of law in criminal issues where national law do not previously regulate the alleged crime, or doing so, it is not compatible with the international prohibition. Both cases then, represent a problem in the effectiveness of human rights.

In contrast, and referring to practical matters, it is possible to acknowledge

(*) PhD from *Universidad de Salamanca* (Spain), researcher for the *Max-Planck-Institut* in Hamburg (Germany) and professor of Private Property Law at *Universidad del Norte* (Colombia).

(**) This article is part of the research project *Critical to the universality of human rights* of the Universidad del Norte, Colombia.

a double standard for complying human rights law; on one hand, those who promote them, impose the observance of human rights and democracy as if they were normative statements, and even finance projects and mega projects as a means to sensitize people and nest the idea of human dignity in their hearts. While, on the other hand, they fail to comply their own imperatives regarding human rights compliance.

If this is not a contradiction then, the compliance standards of human rights are deliberate consequences of political power of their promoters rather than a legal issue. A current example of this, would be Guantanamo Bay detention camp and the open practice of torture. In the same sense, historical examples would be the sponsorship of *coups d'état* in Latin America, the refusal to ratify multilateral United Nations instruments and the nonintervention in Israel and Turkey. All of the above contrast, from every point of view, with the contents and application of human rights.

Moreover, since this category does not belong to all legal systems around the world, it becomes more than difficult to defend its worldwide legal legitimacy. Then, if we add to it the vocation of universality, we come up with more than one controversial issue worth analyzing, not only because it compromises their application, but also because it contributes to the idealism of a series of generic, self-proclaimed global rights. In that sense then, we undoubtedly face a problem in the foundation of human rights.

Nevertheless, and despite all the problems this category entails, it seems like there is no way back, as one who saw the light and has no thought of coming back to the dark. Yet, we consider it needs to structure, re-found and re-adapt itself to the demands of a real not utopian society.

Certainly, at this point, there is a risk that should be avoided: the legitimization of a malign syllogism, which means establishing the consequences before justifying their basis. Since that is not the aim of this paper, it is important to state this text intends to show the scars of a society, produced by the biased application of the normative statements' theory, which includes human rights.

2. — *A starting premise: Congo v. Belgium and the problem of applying human rights.*

In 1998, Belgium accused Abdoulaye Yerodia, the Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo, of crimes against humanity before the International Court of Justice, based on the Belgian Universal Jurisdiction Law (*Loi du 16 juin 1993*). This law regulated the criminal prosecution of the offenders in events of violation of human rights (HR), regardless the place they were located.

According to Jacques Verges, counsel of the Republic of the Congo, in a speech broadcasted on TV on August 4, 1998, Yerodia encouraged “his brothers” to «rise up as one to expel the common enemy of the country, using all possible weapons, including guns, machetes, picks, arrows, sticks and stones», adding that «they are scum, germs which must be methodically eradicated»⁽¹⁾.

The execution of these actions led Brussels’s judges to issue an arrest warrant against Yerodia, and to activate the application of a universal justice, which caused unexpected consequences not only for them, but also for those who issue and impose norms of global reach.

Now that the dispute had been initiated, the first reaction of the Republic of the Congo was to file a petition against Belgium before the ICJ for the annulment of the arrest warrant, arguing that under customary international law, a Minister for Foreign Affairs enjoys diplomatic immunity; therefore, the Belgian Universal Law clearly violated this right. After a series of objections, the most relevant action by the Congolese defense was when the judge *ad hoc* Bula-Bula from the Republic of the Congo stated that Belgium was guilty not only of moral arrogance, by appointing itself as the prosecutor of all humanity, but also of imposing its economic and political interests using human rights standards as an excuse. Bula-Bula also reminded that Belgium had inflicted control over Congolese people, based on threats and persecution for decades⁽²⁾.

(1) D. LUBAN, *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*, Bogotá, 2011, p. 161.

(2) *Ibidem*.

Given the circumstances, how could Belgium demand obedience to Human Rights when it had previously been involved in Patrice Lumumba's, the Congolese Nationalist Prime Minister, death? Besides, since Yerodia was his supporter, Belgium's intervention had a more political character rather than legal; as a matter of fact, it supported the Congolese opposition party. In addition to this, Belgium had no comments regarding the illegal exploitation of Congolese natural resources by Belgian companies. Logically then, the material application of universal justice differed in this particular case. Now, if there was any justification for this, it would be that the protection of second-generation and third-generation HR turns out to be more difficult than first-generation HR. In this regard, De Sousa emphasized on the fact asking whether «the consensus only refers to first-generation human rights or if it encompasses as well second and third-generation rights»⁽³⁾.

Nonetheless, there is no excuse for not prosecuting those responsible for the deaths of millions of Congolese people in the recent war against Rwanda and Uganda; a fact that has almost been forgotten by the international press, and it seems no one is willing to activate the universal justice machinery in order to prosecute these actions as crimes against humanity. The real question is: Why is that? It is a question that should be examined piece by piece by those who optimistically state that when it comes to HR, there is the «widespread belief that they are already well based»⁽⁴⁾ and, consequently, they merely need to be applied.

If we analyze it thoroughly, we comprehend both deviate from reality. Regarding the latter, the application of human rights is not based on equality terms; the severity of a law is applied to some and not to others, which means the selection process does not follow a legal criterion, although it is well known that laws are general and applicable to everybody. Yet, due to the aforementioned facts, is not totally convincing. Regarding the former, HR are based on the fragile notion of being a *widespread belief*; once again, a

⁽³⁾ B. DE SOUSA, *Los derechos humanos en la posmodernidad*, in M.A. ALONSO, J. GIRALDO, *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Andalucía, 2001, p. 170.

⁽⁴⁾ N. BOBBIO, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, en *Anuario de Derechos Humanos*, I, Madrid, 1981, p. 10.

highly questionable conception, especially because of its subjective nature, which means in other words, the lack of comprehension and delimitation of what a widespread belief is. In fact, it seems to be based on *ius naturalism* rather than in Positive Law. If obedience to HR is a *duty* for some, but not for others, then the result would not be a *widespread belief*, but a *partially shared believe*, which essentially happens in practice.

But the most particular aspect in the Congo-Belgium case was the objection claiming for an equal prosecution for Israel; in this way, the Congolese defense threw a dart regarding the application of law regarding the crimes committed by Ariel Sharon. Neither the frenetic eagerness for persecution, as a subjective component, nor the arrest warrant, as an objective component, occurred in Israel. To nobody's surprise, one of the most recalcitrant opponents to the application of the Belgian law was the United States of America. In addition to Sharon's prosecution, the trigger in this case was the investigation held against former President George W.H. Bush, Vice President Dick Cheney, Secretary of State Collin Powell and late General Norman Schwarzkopf for crimes against humanity, specifically for the bombing to the al-Amiriyah shelter in Baghdad during the Gulf War in 1991.

North American pressure exerted by the Secretary of Defense, Donald Rumsfeld, against Belgium was so overwhelming that they immediately caved in, changed the law and held back the investigations. Precisely, this is not a correct, legal and by no means, elegant way to deprive the law from its legal effect. However, at this point, one question arises: what opposing argument could be presented to the HR promoters and the hegemony they normally exert? Perhaps, it could be the idea of the universality of the law, though it is not enough, given that «Rumsfeld's ultimatum of moving NATO headquarters from Brussels to another country, unless the Belgian law was repealed»⁽⁵⁾ was loaded with American anger, which naturally no country would dare to contradict, let alone, Belgium.

Frankel, citing one of the supporters of the law concerning North

⁽⁵⁾ V. LOEB, *Rumsfeld Says Belgian Law Could Imperil Funds for NATO*, in *Washington Post*, 2003, 13 June, p. A24.

American irruption, pointed out that: «We didn't lose everything, but we lost a lot. We have to live in the real world. It was an excellent law, but unfortunately it was used in a political way, and at the end of the day, we moved backward rather than forward. It's a setback»⁽⁶⁾. Precisely because of these facts, and others which will be commented on the following pages, both the universal vocation of the law, and the fragile foundation of human rights, are absurd.

3. — *Guantanamo bay detention camp, torture and human dignity.*

A well-known case of human rights denial is the practice of torture and other abuses to the dignity in Guantanamo. Like in the former case, the USA, one of the promoters of the defense and application of HR, act contrary to their discourse full of rhetoric about the protection of human dignity.

One of the clearest examples of this contradiction is the situation (illegal in every aspect of the HR) of prisoners in Guantanamo, and the use of torture as an instrument to obtain and manage information. As it is well known, since January 2002, more than six hundred detainees from Afghanistan, including minors under thirteen, are held in Guantanamo detention camps, in Cuba, with no formal charges or access to the court, lawyers, or even family visits⁽⁷⁾. According to Amnesty International reports, these people, who should not be excluded from the application of HR laws, are compelled to wear shackles on their ankles and blindfolded with goggles covered with black tape, as well as other offenses to the dignity determined by the need to obtain information in Guantanamo bay cells⁽⁸⁾.

Protests around the world have had little to no impact. The USA refused to acknowledge the detainees as prisoners of war under Geneva Conventions,

⁽⁶⁾ G. FRANKEL, *Belgian War Crimes Law Undone by its Global Reach. Cases Against Political Figures Sparked Crises*, in *Washington Post*, 2003, 30 September, p. A15.

⁽⁷⁾ A. ESTÉVEZ, *El excepcionalismo estadounidense y los derechos humanos: los retos de Obama tras el desastre de George W. Bush*, in *Norteamérica*, 2008, pp. 69-89.

⁽⁸⁾ Cfr. *The Amnesty International Report*, of 2003, London: Amnesty International.

consequently causing the non-application of HR⁽⁹⁾, and, what is worst, there was no possibility of legal questioning on this conduct against HR. Under these circumstances, this situation verges on the borders of impunity. A proof of this is the fact prisoners are even subjected, as stated by Hoffman, to «military tribunals which do not fulfill the standards to guarantee a fair trial under international legislation»⁽¹⁰⁾.

Forsythe⁽¹¹⁾ is right by stating that Guantanamo bay was deliberately selected with the sole objective of avoiding the international court's jurisdiction, and even the American courts, to certain extent Guantanamo, as remarked by Hoffman, is a "human rights-free zone"⁽¹²⁾.

This evidence reveals the prioritization of political power and the double standard discourse on the protection of HR. Some people may wonder why these political issues have not been yet confronted by legitimizing torture, and in that sense, disengaging from the false universal and legal rigor of HR. However, it is clear that giving up the *simulated* protection of HR is not contemplated in the US foreign policy plan, since it is more convenient for them to keep their double standard discourse, rather than a consistent and realistic one. In consequence, the "American Exceptionalism" concept has been legitimated, representing an extremely controversial variation of Human Rights components, which will be addressed in the following pages.

As a general reflection on the foundation of HR, we could assert that if they have universal value, it would be irrelevant whether they are contemplated in a State's positive law or not, and in the same way, they would be applied to North Americans and people with other nationalities, to an equal extent. So, if an exception is to be conferred within this framework, first of all, it should be noted that it would fragment the universality criterion, and secondly, if the exception is still to be legitimated, it should be done under the approval

⁽⁹⁾ Cfr. *The Amnesty International Report*, of 2003, London: Amnesty International.

⁽¹⁰⁾ P. HOFFMAN, *Human Rights and Terrorism*, in *Human Rights Quarterly*, 4, no. 26, 2004, pp. 932-955.

⁽¹¹⁾ D.P. FORSYTHE, *United States Policy toward Enemy Detainees in the War of Terrorism*, in *Human Rights Quarterly*, 2, no. 28, 2006, pp. 465-491.

⁽¹²⁾ *Ibidem*.

of every country around the world. Since this instrumental condition has not been exploited yet, the theory of *American exceptionalism* emerges on the dangerous borders of immunity to the application of HR.

Since, pragmatically, both demands (the universal application of HR and the legitimization of the American exception by every country) have few possibilities to be fulfilled, the foundation of HR appears fragile in the real world once again.

As shocking as it may seem, Anglo-Saxon countries have been contemplating the possibility of legitimizing torture in order to mitigate the currently persecutory effects it bears. Regarding this particular topic, Tony Blair has declared that in the United Kingdom, «Let no one be in any doubt that the rules of the game are changing»⁽¹³⁾ and, at the time, former president G. Bush sought the way to legitimize a method called *torture lite*, justified by the fact of obtaining information in life-saving situations⁽¹⁴⁾.

From a utilitarian point of view, torturing in order to save more lives is perfectly justifiable, and regardless of what we do, the authorities will continue torturing detainees as a means to protect us. Therefore, it is better to make legal what is real⁽¹⁵⁾.

Nonetheless, I do not consider that the end justifies these means; due to the fact that criminal law has already featured equivalent formulas in this respect. The grounds for excluding criminal responsibility, when the preservation of another equivalent or superior legal right is legitimized on the same plane of circumstances (with no intention of injuring another person's legal interest), is an example of the above. For this reason, it is necessary to precisely establish criminal defense devices; having this in mind, we can discern from the facts, torture is never inflicted without the intention to harm others' well-being. Plus, even if legitimate torture was subjected to judicial oversight, as proposed by the utilitarian theory, it would be unfeasible in practice.

⁽¹³⁾ C. CASTRESANA, *La tortura como mal mayor*, in *El viejo topo (Derechos Humanos)*, 2012, pp. 16-25.

⁽¹⁴⁾ D.P. FORSYTHE, *United States Policy toward Enemy Detainees in the War of Terrorism*, cit., p. 470 ff.

⁽¹⁵⁾ C. CASTRESANA, *La tortura como mal mayor*, cit., p. 21.

Let us consider that in most of the cases of torture, the grounds for excluding criminal responsibility are not dragged to the limit, that is, when two or more protected legal rights are facing imminent danger. The usual proceeding then is the indiscriminate use of torture; there is no time for a legal assessment, especially for judicial oversight or authorization, since time in these circumstances is essential. In relation to this, Castresana indicates that «during Latin America's dirty wars that took place in the 70's and 80's, torture was a race against the clock»⁽¹⁶⁾, because the information obtained from the tortured person was useful only during the first few hours following the detention; after that, it became useless, especially because once the news of the capture were known, the incriminating evidence would disappear. Similarly, yet with more voracity, it occurs nowadays and can be observed, for instance, in the events taking place in the Middle East.

Under this perspective, to reactivate the practice of torture as an exception to the general rule of universal application of HR laws is highly harmful to human dignity. It would imply to “dust off” the old arguments about the infliction of torture from the Middle Ages and directly attacking the prohibition, which started in the 18th century, first in Naples in 1738, then England in 1762, Austria in 1776 and, finally, France in 1780 to nowadays were the prohibition of torture as a universal sphere is more specific. This can be deduced from the rules of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December, 1984, which is based on the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted by the UN General Assembly on 9 December 1975. In this sense, to reactive the practice of torture clashes with the defense of human dignity, in every way.

The structure of any democratic country relies on the pillar of human dignity, leaving torture behind the threshold delimited not only by legal

⁽¹⁶⁾ C. CASTRESANA, *La tortura como mal mayor*, cit., p. 22.

principles and rules, but by political and moral principles as well, relegated to a place where it should remain. Crossing this threshold, by adapting it to the interests of a handful of individuals, clearly violates not only a State's objective interests, but also the essential interests of any citizen across the world: human dignity.

Moreover, given the fact that dignity is a material condition of the universal character of HR, its non-observance or violation from the creation of the protection law -as in the case of *American exceptionalism*, and in the instances of application of the Belgian law-, removes the material content from HR universal laws and, therefore, hinders the defense of the universal character of HR.

4. — *American exceptionalism and the (gray) areas where human rights' are not applied.*

American exceptionalism embodies the most perverse paradox of the strategy of USA's political power in contrast to the general rule of defense of human rights. Proclaiming the protection of universal human dignity through HR on the one hand, and violating their application instruments on the other, reveals an extremely cynical attitude, banned from any moral, and even empirical, point of view.

Mertus⁽¹⁷⁾, Ignatieff⁽¹⁸⁾ and Forsythe⁽¹⁹⁾ agree that the USA has created a double standard discourse regarding HR. *American Exceptionalism* is the theory in which the American government promotes plans of indoctrination with HR, along with electoral, judicial and civil society reforms. Though, at

⁽¹⁷⁾ J. MERTUS, *The New US Human Rights Policy: A Radical Departure*, in *International Studies Perspectives*, 4, no. 4, November, 2003, pp. 371-384.

⁽¹⁸⁾ M. IGNATIEFF, *Introduction: American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, 2005, pp. 1-26.

⁽¹⁹⁾ D.P. FORSYTHE, *United States Policy toward Enemy Detainees in the War of Terrorism*, cit., p. 477 ff.

the same time, it measures itself (and its allies) under different and more privileged standards in their commitment to those ideals⁽²⁰⁾.

The legitimation of this exception has allowed this nation to sponsor *coups d'état* in the Southern Cone, impose reserves regarding the prescriptive commands of the ICC, avoid ratifying the Pact of San José, and withdraw its signature from the Rome Statute, which set the basis of creation of the ICC. In addition to the aforementioned threat to the Belgian law, Reagan accused the ICJ of becoming politicized and anti-American when the court upheld a judgment against the USA for having violated customary international law and the bilateral agreement signed with Nicaragua. In this case, the Central American country had previously complained before the ICJ about the USA sponsoring policies against them and sabotaging its ports. However, Reagan simply ignored the verdict⁽²¹⁾.

The list of cases proving this double standard toward the defense of HR in (gray) areas, where the universal norms in favor of human dignity are not applied is very extensive, yet I consider the ones that have already been exposed are sufficient. Now, what is convenient to examine in detail is the three types of *American exceptionalism* that have been identified by Ignatieff⁽²²⁾; first, the tendency to exempt themselves from treaties they impose; second, the double standards (some for friendly nations and others for the enemies); and, third, legal isolationism.

With regard to the first category, Americans are willing to sign any HR treaty that emerges, but, afterwards, they either refuse to ratify them, or doing so, they exempt themselves from its provisions. Mertus⁽²³⁾ has called this issue “exceptional exceptionalism”. A sample of this was that the USA

⁽²⁰⁾ A. ESTÉVEZ, *El excepcionalismo estadounidense y los derechos humanos: los retos de Obama tras el desastre de George W. Bush*, cit., p. 70.

⁽²¹⁾ A. ESTÉVEZ, *El excepcionalismo estadounidense y los derechos humanos: los retos de Obama tras el desastre de George W. Bush*, cit., p. 78.

⁽²²⁾ Cfr. M. IGNATIEFF, *Introduction: American Exceptionalism and Human Rights*, cit., p. 3 ff., who distinguishes types of American Exceptionalism, saying that the American exceptionalism has at least three separate elements.

⁽²³⁾ J. MERTUS, *The New US Human Rights Policy: A Radical Departure*, cit. p. 375.

manipulated the ICJ's silent attitude so that no American politician, diplomat or military was involved. They achieved their objective, first, through their withdrawal from the Rome Statute and, second, by also withdrawing financial and humanitarian aid from the countries that did not agree to such immunity before the Court⁽²⁴⁾.

In relation to the second one, the USA handles a quite particular concept of application of HR principles and laws. On the one hand, if those laws are to be applied to them and their friendly nations, such standards are permissive and extremely flexible. On the other hand, they are stringent if they are to be applied to enemy nations⁽²⁵⁾. An accurate example of this is the case of Israel which, as everyone knows, performs a systematic violation of Palestinians' HR. What have the USA done? 'Not a thing' would be a neutral and extremely positive response; yet, as the facts show us, Americans instead of withdrawing their economic, military and logistical aid from Israel, openly supports it and, naturally, has not reported it before multilateral fora. A similar case was the one of Kosovo: the separatist actions were subjected to repressive measures similar to those in Israel, but exceptionally in this circumstance, the USA opted for an open and direct intervention. Everybody remembers they led the occupation of Kosovo together with the NATO forces, an action which, according to Turner⁽²⁶⁾, influenced the growth and importance of American power as well.

For Hongju Koh, this double-faced attitude of Americans towards HR, is the most dangerous and damaging type of exceptionalism, since it places them at the same level of authoritarian and repressive regimes, undermining their global leadership, among other things⁽²⁷⁾.

Regarding the third category (legal isolationism), the US opposes the

⁽²⁴⁾ K. MEYER, *American Unlimited: The Radical Sources of the Bush Doctrine*, in *World Policy Journal*, 21, no. 4, 2004, pp. 1-13.

⁽²⁵⁾ M. IGNATIEFF, *Introduction: American Exceptionalism and Human Rights*, cit., p. 21 ff.

⁽²⁶⁾ S. TURNER, *The Dilemma of Double Standards in U.S. Human Rights Policy*, in *Peace and Change*, 28, no. 4, 2003, pp. 524-554.

⁽²⁷⁾ Cfr. H. HONGJU KOH, *On America's Double Standards*, in *The American Prospect*, no. 15, October 2004, pp. 16-19.

application of the International Human Rights Law under the argument that their constitutional tradition is superior in terms of protecting civil and political rights than any other country in the world. They provide evidence of this, such as during a state of emergency, where their citizens' civil guarantees are not suspended. However, if the issue is analyzed in detail, social and economic rights of constitutional character are not recognized in it, although they are contemplated in most constitutions around the world. In consequence, carrying weapons is legal, regardless of the negative effects it entails. Not even the murder of dozens of children in Connecticut by a teenager has weakened the American legislator's pulse and will in order to change the laws. The only thing they have taken into consideration, in addition to the tragic scene, is the weight of the non-binding nature of the Convention on the Rights of the Child of 1989, which they did not ratify, regardless of the fact it is one of the most ratified agreements for the protection of HR in history. Contrary to what everyone might expect, given that they were the most active in the negotiations after only eleven days following the fall of the Berlin wall.

Donnelly⁽²⁸⁾ has also exposed serious circumstances such as failing to ensure the access to medical services, violations of the right to health, and police brutality, which bring into question the reality of the American double standard and legal isolationism.

In short, the interests in which this exceptionalism is based diverge from those of HR. A further proof of this was the report by Samantha Power⁽²⁹⁾, the Pulitzer prize-winning journalist, which brought to light that in the case of the death of more than a million people in Rwanda, the interests of the US and not the values of HR determined the nonintervention and the failure to prevent Rwanda's deplorable genocide⁽³⁰⁾. In addition to this, another journalist, Philip Gouveritch, documented the White House's

⁽²⁸⁾ J. DONNELLY, *International Human Right*, 3rd ed., Boulder, 2007, pp. 15-19.

⁽²⁹⁾ S. POWER, *Problema infernal: Estados Unidos en la era del genocidio*, Mexico: FCE, 2005, pp. 16-33.

⁽³⁰⁾ P. GOUVERITCH, *We wish to inform you that tomorrow we will be killed with our families: Stories from Rwanda*, New York, 1998, p. 15 ff.

refusal to intervene in Rwanda. The title of his book speaks for itself: *We wish to inform you that tomorrow we will be killed with our families* (the book's title). It was precisely the title of the statement sent from Rwanda to the UN, and due to their delay from New York, the prediction came true the following day: almost a million human beings were killed⁽³¹⁾.

5. — *Back to reality.*

As much as the idea that human rights are universal and applied as such in all corners of the globe, and intended to be planted in the minds of every citizen of the world through the manipulation of their emotions and use of control strategies over them, it surely odds with its actual practice. The problem lies on their origins, since universal moral, as a foundational argument of HR, motivates in human beings the idea of an alternative response to the explanation of individual moral and its global standardization. However, it is devoid of reality, of the heterogeneity of practical reality, and the importance of uncertain and instability of the ideal constructs in practical reality.

Human beings have been dragged toward the dream of the global neutralization of anti-human rights behaviors through the inconsistent path of justifying human nature and the always controversial *iter* of the idealization of its effects, by standardization, either through the law or the strength of the facts. Sincerely, I find a treacherous connection between philosophical premises and empirical results. A connection where a *must be*, with no empirical justification, is imposed to the behavior of a human being who *is* part of an unstable and heterogeneous reality and, therefore, far from universal, closed and perfect solutions.

This does not imply that the whole legal machinery for the protection of HR at a global level must be stopped, but that this type of solution not

⁽³¹⁾ P. GOUVERITCH, *We wish to inform you that tomorrow we will be killed with our families: Stories from Rwanda*, cit., p. 3.

only has to be gradual; instead, it means that reality must be re-inserted in its foundations, processes and applications. From the political point of view, from the pragmatic reality of human beings in their factual circumstances, the metaphysical foundation is an anachronistic ambition for the application of HR, especially because its access to the universe of the *being* is highly objectionable and its introduction to the world of human *being's* reality is, ultimately, unacceptable. In line with the previous reasoning, its removal (or overcoming) from the metaphysical creation of an «abstract humanism which proposes the idea of the human condition as something eternal and uniform, which spreads by itself throughout the centuries»⁽³²⁾, is a criterion that must be followed by the human being.

a) Objection to the ideological subsumption

The current logic of the application of HR has led human beings to the futility of an only (universal) thought, disengaged from reality, that results from the abstraction in ideal premises, such as the metaphysical essentialism of the nature of human being, without considering historical, contingent, unstable and cultural facts. On the basis of these criteria, as Herrera notes, «our reality has been ideologically stolen»⁽³³⁾ we should ask ourselves: is it necessary to recover it? Certainly, this is the context for a very remote possibility, provided we consider that under these ideals the individual has already been almost inevitably absorbed by those who build, organize and control through those ideological subsumptions. But there are always spaces, such as the university, which should be useful for more important things than just discussing this or that paragraph by some professor, jurist or philosopher yielded to the logic of the only language he/she understands: the language of domination⁽³⁴⁾ and lack of critical sense of reality.

⁽³²⁾ J. HERRERA, *Los derechos humanos como productos culturales, crítica del humanismo abstracto*, Madrid, 2005, p. 77.

⁽³³⁾ J. HERRERA, *Los derechos humanos como productos culturales, crítica del humanismo abstracto*, cit., p. 24.

⁽³⁴⁾ J. HERRERA, *Los derechos humanos como productos culturales, crítica del humanismo abstracto*, cit., p. 249.

Returning to reality becomes the central objection against the ideal constructs. One of the first steps towards this goal, as Rorty indicates, is the rejection of the foundationalism of human rights, due to the fact that abstraction, which defines this discourse, makes impossible to understand and clarify a problem where, essence is irrelevant⁽³⁵⁾, since all that matters is the existence of historical, heterogeneous and unstable facts.

Herrera remarks that we have been led to think that there is no other reality than the one this ideology offers to us, and that we have to accept that we can only fight within the standards of ideally recognized rights, oblivious to our reality⁽³⁶⁾. It is necessary to put an end to those foundational myths, which are led by the specific interest of historically legitimizing a universal being, with the serious consequence of constraining his/her possibility for the future, by placing him/her in a teleology in an inevitable horizon, where history will eventually come to an end. It is necessary to leave that world subsumed in ideological justifications. It is necessary to leave the logic of abstract humanism behind, refining it to the actual condition of the human being in life, where he/she is regarded as a conscious agent that requires gradual cooperation from others in order to survive a reality that is unrelated to superstition.

In that sense, a *concrete humanism* – instead of the abstract one –, would reject this imposing logic, which lies on a fragile moral guarantee that is grounded on suspicion, metaphysics and the ahistorical condition of the human being. Given this circumstance, it is necessary to reflect on the reality that over fifty years after the establishment of human rights law, they are still disregarded by most countries worldwide; in addition to this, further action must be taken, such as proposing alternative solutions or redefining or adapting the ones in use. In such endeavor, it is essential to take into account the fact that a handful of countries have hampered the real and concrete application of HR. To bring the idea of dignity to a field of more pragmatic than ideal actions, it would be enough to insert that real premise

⁽³⁵⁾ R. RORTY, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad*, in S. LUCKES, *De los derechos humanos*, 1993, pp. 119-132.

⁽³⁶⁾ J. HERRERA, *Los derechos humanos como productos culturales, crítica del humanismo abstracto*, cit., p. 23.

in the ideological syllogism of the universality of HR. As noted by Rorty, «it is necessary to overcome a philosophy which has manifested itself in a metaphysical outmoded language, and which has set the foundationalist argument of human rights around the principles of freedom and dignity»⁽³⁷⁾.

Therefore, it is crucial to explain reality from social practices, from the prospection of not universal but rather stable rules, in line with the heterogeneity of the world; rules that are not immutable, not even verifiable, but unpredictable in their actual strict sense, as argued by Prigogine⁽³⁸⁾.

In such a world, the contingent, circumstantial, historical and cultural facts are bound to be the core of the analysis, the center of logic and ideological reductions, since these facts are what separate humans from other creatures. Therefore, it is relevant to analyze what human beings can make of us, rather than analyzing our nature.

The human rights culture is recent within the history of humanity and, as such, it should not only be included in the biased logic of an idea alone, but in that of a paradigm that integrates pragmatism and reality. It should as well not be simply reduced as the common idealization of human beings, but a complex one, where the non-determinism has its place in the evaluation and search of solutions.

As stated by Rorty, the aim is no to answer the question «what is man?», since it is well known that it is «the most sordid and dangerous of animals»⁽³⁹⁾, and this empirical reflection, this attribute, cannot be left behind, cannot be removed from human nature. Therefore, prioritizing the least sordid aspect corrupts the analysis as well as the conclusion; for this reason, taking this as a foundation makes the identification and evaluation of the existence of rights regarding human dignity unfeasible. Finally, by integrating these factual variables to the equation, it may be possible to come to the formulation of a set of common principles on which the culture of universal human rights may be built anew.

⁽³⁷⁾ R. RORTY, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad*, cit., pp. 119-120.

⁽³⁸⁾ I. PRIGOGINE, *El fin de las certidumbres*, Santiago de Chile, 1997, pp. 9-16.

⁽³⁹⁾ R. RORTY, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad*, cit., pp. 126-127.

b) *Stability instead of universality*

If we take into account what we have commented above, the first thing to be said is that the idea of universality is inconsistent. Pragmatism or, more exactly, pragmatic anti-rationalism, has been decisive for breaking down the idealization of constructs oriented towards the standardization of the conduct of the *being* in a world full of instability, heterogeneity and the uncertainty of any conjecture that result from the cognitive and cultural construction of human beings.

From our point of view, Rorty reveals the inconsistencies where the category of universal HR is grounded, based on the reality of human action of the *being* in his/her relative life. If we continue this path, the protection of HR «would be condemned to failure because of the impossibility to access the being»⁽⁴⁰⁾ and, ultimately because of the failure to integrate it to these global equations and solutions.

This does not mean that, with regard to HR policies and the current legislative policy, it verges on nihilism and, even less, on relativism or intolerance (as is usually argued: If God does not exist, then everything is permitted), but it does verge on the understanding and integration into a new paradigm (a new unit of analysis) of the evaluations and conclusions on both the cognitive and political aspects. Consequently, this does not imply destroying the empirical or the dogmatic opponent but, on the contrary, it is necessary to value the *rationalizations* it used as a support for his idealizations, by re-thinking those solutions, which are simply the stigmas of the classic legacy of humanity, and a result of an anthropology based on the absolute reason.

From pragmatism, and the logic of complex thinking, which integrate, on one hand, the simplicity of the rational and absolute solutions, and on the other, by extension those nonlinear, which means, those who do not rely on the traditional reduction that when facing a fact, what needs to be done is to *idealize, streamline and standardize*⁽⁴¹⁾. This reasoning that consists on

⁽⁴⁰⁾ R. RORTY, *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad*, cit., pp. 119-127.

⁽⁴¹⁾ E. CIURANA, *Introducción al pensamiento complejo*, Valladolid, 1997, pp. 11-15.

reducing reality to simplifying schemes is grounded on the classical science, and has evolved from Plato to current thinkers. The ultimate goal is to bring ideals closer to realities, and to break the pattern of “victims of tyranny”, and to gradually favor respect and protection of human dignity.

Finally, it is necessary to note that this new pattern of thought is not definite or absolute but, with no end, as stated by Morin⁽⁴²⁾. This implies that there will never be a comprehensive map of all the procedures and solutions that the being formulates facing the phenomena. To think otherwise would be to return to the model where reality can be reduced to an idea and subjected to standards and reasoning. For this reason, it is rather necessary to start from scratch by selecting ideas, concepts, ways of thinking, solutions, among others, so that, according to Ciurana⁽⁴³⁾, they contribute to the creation of an atlas of cognitive schemes of a no ending thought, always open to the construction and re construction of the obtained categories; that is, to place ourselves in a new mental space, in a new ecology of the spirit, as indicated by Benson in Ciurana’s words⁽⁴⁴⁾.

If the formulation of human rights is seen from the standpoint of this new logic or thought pattern, it is necessary to reformulate everything that has been said about or applied to the resolutions of specific HR disputes by selecting ideas, concepts, processes and positive results, and by reconsidering those which verge on incoherence and hinder the gradual increase of respect for human dignity dictated by the legal norm. As it has been said several times, in this prediction, especially on the extension of a legal norm which includes the gradual protection of HR, it is important to leave universality out of the equation, and instead of this, it is necessary to work on the stability of the rule, since it is closer to reality than logic, especially because its sensitivity to transformation and change are characteristics missing from the paradigm of universality.

⁽⁴²⁾ E. MORIN, *On Complexity. Advance in systems theory, complexity, and human sciences*, New York, 2008, pp. 37-51.

⁽⁴³⁾ E. CIURANA, *Introducción al pensamiento complejo*, cit., p. 13.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*.

It has already been said that «stability is a paradigm which belongs to the practice rather than the form, to the dynamics of fluctuations or changes rather than the immutability of a legal structure in the world of the reality of the conducts of human beings toward Law»⁽⁴⁵⁾. For this reason, the foundational origin of HR law, based on the essence of the universal, unmodifiable, abstract and eternal nature of human being, must be re-adjusted and must re-organize itself within the framework of fluctuation and changes of reality and law. In the meantime, the application of those human rights law, grounded on the flaws of the metaphysical essence, is bound to be a failure.

6. — *Conclusions.*

a) The design of the normative contents regulating the protection of human rights, that is, with double standards depending on who must be prosecuted and sanctioned, evidences a problem of effectiveness, especially when the legal systems around the world do not have the same standard regulations, and when the international prohibitions do not exist.

b) The reality of things brings to light the fact that the law of protection of human rights is not regulated by the domestic law of all countries worldwide, making the defense of their global legal validity inconsistent.

c) The category of human rights built on the idea of the common human nature, which seeks to organize the conduct of the human being based on his encounter with the essence, is inconsistent and, as indicated by Rorty, is bound to fail since it abstracts from reality a humanism that does not belong to it.

d) The paradigm of universality lies on the logic of a simplifying scheme that, from Plato to classical science, reduces the explanation of facts with arguments of idealizing, rationalizing and standardizing, leaving aside the

⁽⁴⁵⁾ J. TITO, *Modernización e integración del derecho contractual latinoamericano*, Barranquilla, Bogotá, Lima, 2010, p. 15.

impact of the fluctuations and changes relevant to the non-universal validity or stability of those standardization norms. Consequently, the uncertainty has been reduced to formulations and equations opposing the facts or, as indicated by Prigogine, the certainties, and this is not convenient for the global protection of human rights. For this reason, instead of universality, the paradigm of stability is closer to the reality of protection of the human beings' dignity, because a legal norm is intended to remain stable within the aggressive and constant sphere of fluctuations present in the heterogeneous world of facts, a characteristic which is not attributable to norms like those of human rights, which are based *ab initio* on the standardization of the essential nature of human beings.

MARIALUISA NAVARRA (*)

LA «POENA» DEL CARCERE PER DEBITI IN AMBROGIO DI MILANO

Abstract: The essay analyses some Ambrogio's works concerning personal execution. The pieces, taken from *De Nabuthae* and *De Tobia*, prove reliably the persistence in the IV Century A.D. of the *ductio* of the debtor, in a condition of poverty, to the creditor's private prison. This praxis is not in contrast with the law in force, but totally in accordance with it. The increase of socio-economic inequalities enhances the preservation, in the advantage of *potentes*, of a juridical means which had, still in the late imperial age, an afflicting nature.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La testimonianza del *De Nabuthae historia*. – 3. La testimonianza del *De Tobia*. – 4. Conclusioni.

1. — *Premessa.*

In tema di esecuzione personale, cioè l'esecuzione forzata che colpisce la persona del debitore nella sua fisicità, «un campo che andrebbe arato a fondo è certamente quello delle fonti cristiane»: l'invito, rivolto da Leo Peppe nell'ormai lontano 1981⁽¹⁾, a distanza di oltre un trentennio, non è stato ancora raccolto.

In effetti, si tratta di un compito complesso: la vastità del potenziale materiale da scandagliare può scoraggiare dal cimentarsi in un'impresa dagli esiti incerti e che rischiano, con molta probabilità, di non essere comunque esaustivi. Va da sé che un modo, ancorché parziale, per raccogliere materiali che attestino riferimenti alla normazione e alla prassi dell'esecuzione

(*) Università degli Studi di Perugia. Accademia Romanistica Costantiniana.

⁽¹⁾ Cfr. L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, *Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981, p. 18, nt. 29.

personale nel tardo impero romano può consistere in una ricerca per parole-chiave con l'ausilio degli strumenti sia di tipo tradizionale sia informatici (lessici, banche dati) che sono oggi ampiamente disponibili. Tuttavia, negli scritti patristici la terminologia giuridica attinente all'esecuzione sul corpo del debitore è sovente impiegata in modo figurato. Gli esempi sono numerosi⁽²⁾ e indubbiamente notevoli perché tracce dell'appropriazione, seppure strumentale, da parte dei Padri della Chiesa di lessico e concetti giuridici. D'altro canto, proprio la ricorrenza di vocaboli tecnici al di là del loro specifico significato impone molta prudenza e un'accurata selezione delle fonti.

Alla luce di queste considerazioni, con il presente contributo si intende richiamare l'attenzione su alcuni testi appartenenti ad Ambrogio di Milano, per lo più già segnalati da Gustav Ernst Heimbach⁽³⁾, parzialmente ripresi da Ludwig Mitteis nel fondamentale lavoro su *Reichsrecht* e *Volksrecht* nelle province orientali romane⁽⁴⁾, ma successivamente in gran parte poco valorizzati da chi si è occupato di esecuzione personale nel tardo impero senza

⁽²⁾ A titolo meramente esemplificativo, si veda la ricorrenza dell'espressione «*servus addictus est*» nelle opere di Agostino: *Contra Iul.* 5.3.12; *De civ. Dei* 4.3 e 19.15; *De fide et op.* 24.45; *De fide spe et char.* 9.30 e 31.118; *De nuptiis et concup.* 2.3.8; *De perfect. iust. hom.* 4.9; *De spiritu et litt.* 30.52; *Epist.* 145.2; *Opus imperf. contra secund. respons. Iul.* 1.74; 1.107 e 1.112; *Sermo.* 156.11.12, cui possono aggiungersi, tra altre, le locuzioni «*nec sententiae quodammodo addictus alienae*» (*De civ. Dei* 18.41.1), «*homini addicto et vendito*» (*De fide et op.* 9.30), «*peccato sicut servus addictus*» (*Opus imperf. contra secund. respons. Iul.* 1.98), «*anima carnalis carni addicta*» (*Sermo.* 255.7.7) e molteplici usi del verbo *addico* per significare «assoggettamento», p. es., in *Contra Faustum Manich.* 8.1: «*si me ultra addixerō servitutē*»; in *De libero arb.* 3.10.29: «*principi huius mundi ... addictus est*»; in *Opus imperf. contra secund. respons. Iul.* 1.76: «*peccato addicti sumus*». Considerazioni generali sull'utilizzo di *addictus* «nelle fonti extragiuridiche, fino alla tarda antichità», in L. PEPPE, *Fra corpo e patrimonio. Obligatus, addictus, ductus, persona in causa mancipi*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, p. 446.

⁽³⁾ Cfr. G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig, 1970 (rist. facs. dell'ed. Leipzig 1849), p. 17 ss.

⁽⁴⁾ L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891 (rist. 1984), p. 453 ss., ove 'accusa' Heimbach di essere «wenig wählerisch» e di citare anche passi che contengono «bloss rhetorische Bildersprache». Sul punto, v. oltre, p. 102.

che, peraltro, sulla loro attendibilità e ancor più sulla loro portata si sia giunti a una concordanza di opinioni tra gli studiosi⁽⁵⁾.

2. — *La testimonianza del De Nabuthae historia.*

La rassegna può cominciare da un passo tratto dal *De Nabuthae historia*, opera in cui Ambrogio, commentando la vicenda biblica del povero Naboth sopraffatto dal ricco Achab, denuncia i soprusi dei *potentes* di ogni tempo e descrive la sorte che, ancora nel IV secolo d.C., spetta ai debitori. Ambrogio, in altre parole, attualizza l'episodio biblico che assume a prototipo di una situazione diffusa nella realtà tardoimperiale⁽⁶⁾ e oggetto di una polemica sociale che sarebbe riduttivo considerare un mero topos o, peggio ancora, un banale cliché⁽⁷⁾. Come è stato autorevolmente affermato, invero «fortissime furono sempre in lui l'insofferenza per le ineguaglianze sociali e la sollecitudine per i poveri»⁽⁸⁾ bisognosi di protezione.

⁽⁵⁾ V. oltre, ntt. 19 e 20.

⁽⁶⁾ Sull'attualizzazione della vicenda di Naboth, cfr. R. BOHLEN, *Täglich wird ein Nabot niedergeschlagen. Zur homiletischen Behandlung von 1 Kön 21 in Ambrosius De Nabuthe*, in *Trier Theologische Zeitschrift*, 88, 1979, p. 221 ss.

⁽⁷⁾ Sulla dottrina sociale di Ambrogio v. la bibliografia citata ora da G. HEIDL, *Wealth and Poverty St. Ambrose's Spiritual and Social Teaching*, in *Povert  e ricchezza nel cristianesimo antico (I-V sec.)*. XLII *Incontro di studiosi dell'antichit  cristiana*, Roma, 2016, p. 399, nt. 1, da integrare con A.O. LOVEJOY, *Notes and Documents. The Communism of St. Ambrose*, in *Journal of the History of Ideas*, 3, 1942, p. 458 ss. Tra gli studi pi  recenti v., in particolare, P. BROWN, *Through the Eye of a Needle: Wealth, the Fall of Rome, and the Making of Christianity in the West, 350-550 AD*, Princeton-Oxford, 2012, p. 131 ss.; e ora R. LIZZI TESTA, *'Praesul et possessor': Ambrogio e la propriet  privata*, in *Ambrogio e la questione sociale. Dies Academicus (Milano, 4-5 Aprile 2016)*, in corso di stampa, ove l'A. affronta, tra altre questioni, il tema dell'uso della ricchezza in Ambrogio. A tale studio si rinvia altres  per una messa a punto sulla questione del preteso 'comunismo' di Ambrogio e la letteratura a tale proposito citata nelle ntt. 7-11. Ringrazio l'A. per la disponibilit  delle bozze.

⁽⁸⁾ Cos  E. PARATORE, *Profilo della letteratura latina*, Firenze, 1971, p. 441. Se ne pu  trarre conferma da PAULIN., *Vita Ambrosii* 38.4-5: *Soll citus etiam pro pauperibus et captivis nimium; nam in tempore quo episcopus ordinatus est, aurum omne atque argentum quod habere poterat, ecclesiae vel pauperibus contulit. Praedia etiam quae habebat, reservato usufructu germanae suae, donavit ecclesiae, nihil sibi quod hic suum diceret derelinquens, ut nudus atque expeditus miles Christum Dominum sequeretur, qui cum dives*

È della carcerazione di un *pauper* che Ambrogio sembra parlare da testimone oculare in:

De Nab. 5.21: *Vidi ego pauperem duci, dum cogeret solvere, quod non habebat, trahi ad carcerem, quia vinum deerat ad mensam potentis, deducere in auctionem filios suos, ut ad tempus poenam differire posset. (...)*

Vidi ego: è probabile – per Mitteis è assolutamente certo – che il vescovo di Milano stia parlando di eventi a lui contemporanei⁽⁹⁾. Le sue sono scarse ma vivide ed efficaci parole ispirate a pietà e compassione verso i debitori⁽¹⁰⁾.

Lo specifico riferimento al vino, che manca alla tavola del *potens*, evidenzia l'opulenza del vorace creditore, il quale difetta soltanto del superfluo – il vino, per l'appunto – in contrapposizione alla miseria del debitore; consente altresì di formulare ipotesi circa lo status delle parti: è verosimile che il creditore fosse un grande proprietario terriero⁽¹¹⁾ e il

esset, propter nos pauper factus est, ut nos eius inopia ditaremur. Una convincente interpretazione del testo è ora offerta da R. LIZZI TESTA, *Praesul et possessor*' (cit. nella nt. che precede). Sul ruolo di «governatore dei poveri» assunto dal vescovo nella città tardoantica, v., principalmente, P. BROWN, *Poverty and leadership nel tardo impero romano*, Roma-Bari, 2003, p. 67 ss. (tr. it. di *Poverty and Leadership in the Later Roman Empire*, Hannover-London, 2002). La legislazione imperiale sui compiti dei vescovi in materia di assistenza è stata recentemente esaminata da C. CORBO, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Napoli, 2006, p. 157 ss., con ampia bibliografia.

⁽⁹⁾ Cfr. L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 455.

⁽¹⁰⁾ Cfr. J. GAUDEMET, *L'Église dans l'Empire romain (IVe-Ve siècles)*, III, Paris, 1958, p. 578, ancora utile per una ricostruzione nei suoi tratti essenziali della posizione della Chiesa verso debitori e creditori. L'A. mette in evidenza non soltanto l'assunto dovere morale del creditore di non mostrarsi troppo rigoroso nell'esigere il pagamento del debito che è alla base della consigliata remissione del debito, ma anche il parallelo asserito dovere del debitore di pagare che spiega la minaccia di scomunica formulata dal Concilio di San Patrizio verso il debitore che rifiuta il pagamento al suo creditore perché pagano. Per l'influenza del cristianesimo sulla legislazione tardoimperiale in tema di obbligazioni e, in particolare, sugli sviluppi del *favor debitoris*, cfr., per tutti, B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, *La famiglia – Rapporti patrimoniali – Diritto pubblico*, Milano, 1954, p. 217 ss.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, 2ª ed., München, 1975, p. 327 s.

⁽¹¹⁾ Per l'equivalenza sul piano socio-economico dei *potentes* (o *potentiores*) ai grandi *possessores* e sulla ricchezza come fonte primaria del loro «potere fattuale ed anomalo», v., G. SANTUCCI, «*Potentiores*» e *abusi processuali*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 11,

debitore un piccolo affittuario obbligato a pagare il canone in natura ossia con la fornitura di vino⁽¹²⁾.

Il contesto socio-economico entro il quale il caso si colloca – all'apparenza non un caso isolato, ma uno di quelli cui Ambrogio doveva avere più volte assistito, forse già nelle vesti di *consularis Liguriae et Aemiliae* – è, in tutta evidenza, di forti squilibri tra ricchi e poveri.

Ma nel valutare la testimonianza dal punto di vista dello storico del diritto impressiona piuttosto la tecnicità della terminologia utilizzata per descrivere il fatto: *solvere, deducere in auctionem* sono espressioni che appartengono al linguaggio giuridico e, soprattutto, per il tema che qui interessa, *duci, trahi ad carcerem* corrispondono esattamente al lessico dell'esecuzione personale⁽¹³⁾. D'altra parte, la formazione culturale ricevuta – quella di un giovane di famiglia senatoria educato alle *liberales disciplinae*⁽¹⁴⁾ –, l'esercizio dell'avvocatura presso il tribunale della prefettura del pretorio (d'Italia, Africa e Illirico) con sede a Sirmio, l'attività consiliare svolta per il prefetto del pretorio Sesto Petronio Probo⁽¹⁵⁾, nonché l'esperienza, in specie quella giurisdizionale, acquisita in qualità di governatore provinciale⁽¹⁶⁾, avevano costituito ad Ambrogio un

Napoli, 1996, p. 327 ss., e la letteratura citata da S. GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*, 2ª ed., Perugia, 2008, p. 10 s., nt. 11, il quale, come F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, V, 2ª ed., Napoli, 1975, p. 581 s., indica nella carica civile o militare rivestita l'altro elemento su cui poteva basarsi la loro posizione di supremazia.

⁽¹²⁾ V., in tal senso, L. RUGGINI, *Economia e società nell' «Italia annonaria». Rapporti fra agricoltura e commercio dal IV al VI secolo d.C.*, Bari, 1995 (rist. an. con nuova Introduzione, aggiornamenti bibliografici, errata corrige e rettifiche dell'ed. Milano, 1961), pp. 95 e 254, ove notizie circa la diffusione della coltivazione della vite nell'Italia settentrionale all'epoca di Ambrogio che corroborano l'attendibilità della testimonianza.

⁽¹³⁾ Sulla terminologia tecnica dell'esecuzione personale, v., per tutti, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 386 ss.

⁽¹⁴⁾ Tra le quali il diritto che Ambrogio potrebbe avere studiato nella scuola di Roma. Sulla formazione giuridica di Ambrogio, cfr. V.R. VASEY, *The social Ideas in the Works of St. Ambrose. A Study on De Nabuthe*, Roma, 1982, p. 59 ss.

⁽¹⁵⁾ In qualità di *assessor* secondo A.H.M. JONES, J.R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, I, A.D. 260-395, Cambridge, 1971, *Ambrosius* 3, p. 52.

⁽¹⁶⁾ Per tali scarse notizie v., PAULIN., *Vita Ambrosii* 5.1: *Sed postquam edoctus liberalibus disciplinis ex urbe egressus est professusque in auditorio praefecturae praetorii, ita splendide causas perorabat*

solido bagaglio di conoscenze giuridiche messo poi a servizio dell'esercizio delle funzioni laiche legate al suo ministero episcopale⁽¹⁷⁾, in particolare quella di giudice rivestita in sede di *episcopalis audientia*⁽¹⁸⁾. La padronanza della terminologia, per quanto notevole, dunque, in definitiva, non meraviglia.

ut eligeretur a viro illustri Probo, tunc praefecto praetorii, ad consilium tribuendum, post quod consularitatis suscepit insignia ut regeret Liguriam Aemiliamque provincias.

⁽¹⁷⁾ Dopo quella che S. MAZZARINO, *Ambrogio nella società del suo tempo*, Milano, 1977, p. 13 [poi con il titolo *Strutture aristocratiche e dignità ecclesiastica*, in *Storia sociale del vescovo Ambrogio*, Roma, 1989, p. 9], ha efficacemente definito come una specie di «conversione» di Ambrogio «non già dal paganesimo al cristianesimo (...) ma dalla carriera senatoria, civile, a quella ecclesiastica». Nella sterminata bibliografia sulla vita e le opere di Ambrogio si v., J.-R. PALANQUE, *Saint Ambroise et l'Empire romain. Contribution à l'histoire des rapports de l'Église et de l'État à la fin du quatrième siècle*, Paris, 1933; F.H. DUDDEN, *The Life and Times of St. Ambrose*, Oxford, 1935; N.B. McLYNN, *Ambrose of Milan: Church and Court in a Christian Capital*, Berkeley-Los Angeles-London, 1994.

⁽¹⁸⁾ Tra gli studi più recenti sull'*episcopalis audientia*, cfr., in particolare, F.J. CUENA BOY, *La episcopalis audientia*, Valladolid, 1985; G. VISMARA, *Ancora sull'episcopalis audientia (Ambrogio arbitro o giudice?)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 53, 1987, p. 53 ss.; M.R. CIMMA, *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino, 1989; G. VISMARA, *La giurisdizione civile dei vescovi (secoli I-IX)*, Milano, 1995; O. HUCK, *À propos de CTb. 1,27,1 et CSirm 1. Sur deux textes controversés relatifs à l'episcopalis audientia constantinienne*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 120, 2003, p. 78 ss., che vi è tornato in *La «création» de l'audientia episcopalis par Constantin*, in *Empire chrétien et Église aux IV^e et V^e siècles: intégration ou «concordat»? La témoignage du Code Théodosien. Actes du Colloque international (Lyon, 6, 7 et 8 octobre 2005)*, Textes rassemblés et édités par J.N. Guinot et F. Richard, Paris, 2008, p. 295 ss.; R. HAENSCH, *Die Rolle der Bischöfe im 4. Jahrhundert: Neue Anforderungen und neue Antworten*, in *Chiron*, 37, 2007, p. 153 ss. V., anche, G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5^a ed., Bologna, 2010, pp. 472 s. e 484, il quale se ne era già occupato in *A proposito di episcopalis audientia*, in *Institutions, société et vie politique dans l'Empire romain au IV^e siècle ap. J.-C. Actes de la table ronde autour de l'œuvre d'André Chastagnol (Paris, 20-21 janvier 1989)*, Paris, 1992, p. 397 ss. Ulteriore bibliografia in C. CORBO, *Paupertas*, cit., p. 178 s., nt. 31, alla quale si rinvia per la discussione sull'*episcopalis audientia* quale sede in cui potevano trovare protezione le categorie più deboli. Sul conferimento ai vescovi di funzioni laiche, tra cui l'attribuzione di compiti giudiziari, che si svilupperà in misura notevole al tempo di Giustiniano, cfr. S. PULIATTI, *Le funzioni civili del vescovo in età giustiniana*, in *Athenaeum*, 92.1, 2004, p. 139 ss.; ID., *I rapporti fra gerarchia ecclesiastica e gerarchia statale nella legislazione di Giustiniano*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 6, Milano, 2007, p. 281 ss. Sui caratteri della giurisdizione del vescovo v., ora, L. LOSCHIAVO, *Non est inter vos sapiens quisquam, qui possit indicare inter fratrem suum? Processo e giustizia nel primo cristianesimo dalle origini al vescovo Ambrogio*,

La questione è tuttavia un'altra: l'impiego di vocaboli tecnici in un testo oratorio non può costituire di per sé prova del valore giuridico della fonte di cui, invece, vanno cercate ulteriori conferme a cominciare dalla coerenza della terminologia con le situazioni rappresentate sempre che, occorre aggiungere, queste siano verosimili.

Ora, della plausibilità del caso descritto dal vescovo di Milano non c'è motivo di dubitare: certamente non sul piano socio-economico e, dunque, dei rapporti di forza tra creditori *potentes* e debitori *pauperes* nella tarda antichità.

Se si passa, poi, a una valutazione della situazione rappresentata in prospettiva giuridica, essa risulta complicata dalla carenza di informazioni. Dal passo si evince che il debitore è stato *ductus* e che è stato tratto in carcere, ma non si ricavano ulteriori dettagli sulle vicende processuali. Fino a prova contraria, che il brano in sé e per sé non fornisce, si tratta di un caso di esecuzione sulla persona del debitore con conseguente *ductio* nel carcere privato del creditore. Nel testo non c'è nessun indizio che possa fare sostenere che il carcere di cui si fa parola sia pubblico⁽¹⁹⁾ o per ipotizzare una carcerazione cautelare⁽²⁰⁾. La lettura combinata dei testi ambrosiani lascia presumere, in-

in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, I, Saggi, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 75 ss.; G.M. OLIVIERO NIGLIO, *Caratteri della giurisdizione vescovile e rapporti chiesa-stato nei canoni conciliari della Gallia tra V e VII secolo*, in *Ravenna Capitale. Giudizi*, cit., p. 161 ss. Non è escluso che il caso riferito in *De Tob.* 10.36-37 (su cui v. oltre, p. 98 ss.) sia stato deciso da Ambrogio in *episcopalis audientia*.

⁽¹⁹⁾ Di diverso parere J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Reich*, Stuttgart, 1996, p. 156, secondo il quale il passo (e analogamente *De Tob.* 10.36, su cui v. oltre, p. 98 ss.) attiene alla pubblica carcerazione dei debitori. A mio avviso, l'opinione va respinta: la terminologia e il contesto narrativo riconducono in maniera inequivocabile all'esecuzione attuata nel carcere privato del creditore.

⁽²⁰⁾ Diversamente S. SCHIAVO, *Esecuzione personale dei debitori e carcerazione privata nelle costituzioni imperiali di età postclassica e giustiniana*, in *Annali dell'Univ. di Ferrara – Sc. giur.*, 21, 2007, p. 87, nt. 113, ritiene difficile ricavare dalle testimonianze ambrosiane, compresa quella qui discussa, se si tratti di carcerazione utilizzata con funzione esecutiva o di custodia cautelare. L'ipotesi della carcerazione preventiva mi pare da escludere per le considerazioni svolte nella nota che precede a proposito della posizione di Krause. Anche la lettura di *De Tob.* 7.26 in combinazione con *De Tob.* 7.27 (v. oltre, p. 98), non lascia spazio a ipotesi di *vincula* a scopo cautelare.

vece, come si vedrà nel prosieguo, la conformità della vicenda all'esecuzione fondata sull'*addictio* per sottrarsi alla quale – meglio ancora per differirla – i poveri non hanno altro rimedio che vendere all'asta i propri figli.

Si noti la sequenza rappresentata da Ambrogio: il debitore è *ductus*, di conseguenza è tratto in carcere, ma ciò non gli impedisce di *deducere in auctionem* i figli. Il che è compatibile con la semilibertà in cui potevano venirsi a trovare gli *addicti* a discrezione dei creditori⁽²¹⁾.

Nell'episodio narrato da Ambrogio l'intervento di un terzo consente, però, il riscatto del *pauper* ed evita momentaneamente la vendita all'asta della prole come può ricavarsi proseguendo nella lettura di

De Nab. 5.21: (...) *Inventum forte aliquem, qui in illa necessitate subvenerit. Redit ad hospitium cum suis pauper direpta spectans omnia, nihil sibi ad cibum relictum, ingemescens filiorum famem, dolens quod eos non potius ei qui posset pascere vendidisset. Redit ad consilium, vendendi sumit arbitrium. Compugnabant tamen inopiae iniuria et paternae pietatis gratiae, fames urgebat ad pretium, natura ad officium. Commori filiis paratus quam a filiis separari saepe gradum protulit, saepe revocavit. Vicit tamen necessitas, non voluta et ipsa concessit pietas necessitati.*

La vicenda che a questo proposito viene lungamente riferita fino al § 24 si trova con parole pressoché coincidenti nel contemporaneo Basilio di Cesarea⁽²²⁾, molto attento ai problemi sociali sia sul piano dottrinario⁽²³⁾ sia

⁽²¹⁾ In proposito, v. L. PEPPE, *Fra corpo e patrimonio*, cit., p. 475.

⁽²²⁾ Cfr. BAS., *Hom.* 6.4. Sulla questione della dipendenza di Ambrogio da Basilio, v., M. FORLIN PATRUCCO, *Povert  e ricchezza nell'avanzato IV secolo: la condanna dei mutui in Basilio di Cesarea*, in *Aevum*, 47, 1973, p. 230 e la bibliografia citata nella nt. 30, tra cui in particolare S. GIET, *De Saint Basile   Saint Ambroise. La condamnation du prêt   intérêt au IVe siècle*, in *Recherches de Science Religieuse*, 32, 1944, p. 95 ss., la cui posizione   discussa da L. RUGGINI, *Economia e societ *, cit., p. 13 ss., la quale rivaluta i testi di Ambrogio dando importanza alle varianti ivi presenti rispetto al modello basiliano. Da ultimo vi   tornata S. PALUMBO, *La polemica in divites di Ambrogio e le omelie VI e VII di Basilio*, in *Temi e forme della polemica in et  cristiana (III-V secolo)*, a cura di M. Marin e M. Veronese, Bari, 2012, p. 369 ss.

⁽²³⁾ Il tema del valore della propriet  nel pensiero di Basilio   stato lungamente discusso. Cfr. la bibliografia citata in *Ricchezza e povert  nel cristianesimo primitivo*, a cura di M.G. Mara, 3^a

nella pratica caritativa⁽²⁴⁾.

Come nel Cappadoce la narrazione di Ambrogio gioca sull'opposizione – che può essere stata enfatizzata a scopi retorici – di miseria e necessità da un lato, pietà paterna⁽²⁵⁾ dall'altro: l'*inopia*⁽²⁶⁾, conseguente probabilmente all'esecuzione patrimoniale subita dal *pauper* mentre era incarcerato⁽²⁷⁾, può piegare la volontà del padre costringendolo alla terribile scelta di quale dei suoi figli porre in vendita. In un periodo di pauperizzazione di larghi strati della popolazione, la *deductio in auctionem* dei figli⁽²⁸⁾ doveva,

ed., Roma, 1998, p. 58, nt. 85. V., anche, C. MORESCHINI, *I Padri Cappadoci. Storia, letteratura, teologia*, Roma, 2008, p. 315 ss.

⁽²⁴⁾ Ne è emblema la realizzazione di Basiliade su cui cfr. C. CORBO, *Paupertas*, cit., p. 144 s. Sulle concezioni sottostanti alla sua istituzione, v., da ultimo, M. GIRARDI, *Basilio di Cesarea: le coordinate scritturistiche della 'Basiliade' in favore di poveri ed indigenti*, in *Classica et Christiana*, 9/2, 2014, p. 459 ss.

⁽²⁵⁾ Sulla *paterna pietas* che da «motivo etico» ispiratore di qualche decisione classica giunge, in età giustiniana, a costituire «la direttiva generale della legislazione nel campo dei rapporti di famiglia», v., B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* cit., III, p. 9.

⁽²⁶⁾ Ovvero la condizione di assoluta indigenza. Sul lessico della povertà v. oltre nt. 39.

⁽²⁷⁾ Infatti, dopo essere stato riscattato, tornato *ad hospitium* con i suoi figli trova *omnia direpta* e nulla da mangiare. Di qui la fame sua e dei figli che, infine, *urgebat ad pretium* e lo costringe alla vendita della prole evitata in un primo momento. Il passo, dunque, sembrerebbe attestare il cumulo di esecuzione personale e di esecuzione patrimoniale. Sulla questione della concorrenza tra le due forme di esecuzione forzata v. L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 53, 2009, p. 157 ss.

⁽²⁸⁾ Sulla vendita dei figli, v., con una completa analisi delle fonti tardoimperiali, principalmente M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 49, 1983, p. 179 ss.; C. LORENZI, *Si quis a sanguine infantem ... comparaverit. Sul commercio dei figli nel tardo impero*, Perugia, 2003, *passim*. In età classica non era consentita alcuna forma di cessione dei figli ai creditori: cfr. PS. 5.1.1, ove il divieto di vendita (giustificato sulla base del principio *homo enim liber nullo pretio aestimatur*) è associato a quello di dare in pegno o in *fiducia* il figlio mentre è ammessa la locazione di opere. La dazione in pegno risulta vietata anche da CI. 8.16.6 (a. 293) e da CI. 4.43.1 (a. 294) che sancisce l'invalidità altresì della vendita, della donazione e del trasferimento *quolibet alio modo* operati dai genitori. Da segnalare, inoltre, un rescritto dell'imperatore Diocleziano del 294 d.C. (CI. 4.10.12), con il quale si dichiara l'antigiuridicità del *ob aes alienum servire liberos creditoribus*, per la dubbia interpretazione del termine *liberi* in esso ricorrente che alcuni intendono nel senso di figli (del debitore) (cfr., principalmente, L. MITTEIS, *Reichsrecht und*

in effetti, essere diffusa sia nella parte orientale dell'impero (per la quale

Volksrecht, cit., p. 363 s.; E. WEISS, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, Weimar, 1909, p. 63; R. BONINI, *Comportamenti illegali del creditore e perdita dell'azione o del diritto (nelle Novelle giustiniane)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 40, 1973, p. 138 nt. 82), altri nel senso di soggetti di condizione libera (così, seppure con qualche incertezza, P. DE FRANCISCI, *Il P. Jandanae 62*, in *Aegyptus*, 1, 1920, p. 76, nt. 1). Sulla questione del significato di *liberi* v., ora, S. SCHIAVO, *Esecuzione personale*, cit., p. 61 ss., ove ulteriore bibliografia. Un diverso regime in materia di vendita dei figli è introdotto da Costantino che ammette la validità della vendita dei neonati dettata dall'estrema indigenza dei genitori (cfr. FV. 34, a. 313; CTh. 5.10.1, a. 329, su cui v., ora, C. LORENZI, *Forme di cessione dei figli nella legislazione costantiniana*, in *Diritto romano attuale*, 25-26, 2011, p. 93 ss. con ampia bibliografia nella nt. 1 [= *In margine a CTh. 5.10.1* (= *Brev. 5.8.1*). *Considerazioni sulle forme di cessione dei figli nella tarda antichità*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 20, Roma, 2014, p. 417 ss.]. La vendita dei figli adulti rimane vietata (cfr. FV. 33, a. 315), ma era praticata come dimostrano i ripetuti interventi imperiali in materia (v. oltre ntt. 31 e 32). Sugli sviluppi giustiniani e in particolare sulla Nov. 134.7 (a. 556), che sanziona i creditori che *κατέχειν ἢ εἰς ἐνέχυρον ἢ εἰς δουλικὴν ὑπηρσίαν ἢ μισθοῦν* i figli dei debitori, v. R. BONINI, *Comportamenti*, cit., p. 134 ss. Da ultimo, sul tema sono tornati E. HERMANN-OTTO, *Sklavenkinder in Recht, Ökonomie und Gesellschaft des Römischen Reiches*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 51, 2004, p. 173 ss.; C. CORBO, *Paupertas*, cit., p. 17 ss., limitatamente al provvedimento assunto da Costantino con CTh. 11.27.2, su cui è ritornata in *Tra Italia e Africa: la legislazione di Costantino sugli inopes parentes*, in *Koinonia*, 36, 2012, p. 37 ss.; A. LOVATO, *Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico*, in *Ravenna capitale. Giudizi* cit. (v. nt. 18), I, p. 245 s. nt. 14; cenni in A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, p. 37 s. Sovente nella prassi la vendita dei figli precedeva l'autovendita del genitore, causa di schiavitù se conclusa (dal maggiore di venti anni) *ad pretium participandum*. A tale proposito, cfr. E. HERMANN-OTTO, *Causae liberales*, in *Index*, 27, 1999, p. 148 ss.; EAD., *Sklavenkinder*, cit., p. 175; M. NAVARRA, *Creditori e debitori*, cit., in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 17.II, Roma, 2010, p. 891 ss., con un riesame della questione della vendita dell'*homo liber* in merito alla quale cfr. L. PEPPE, *Riflessioni*, cit., p. 159 ss.; ID., *Fra corpo e patrimonio*, cit., p. 457 ss.; e, ora, C. CORBO, *Tra salvaguardia della libertas e tutela della bona fides: il caso della vendita dell'uomo libero*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 81, 2015, p. 155 ss. Su tutti questi temi v. G. CRIFÒ, *Semitae et vestigia libertatis*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 3, Milano, 2007, p. 49 ss. Per la frequenza della vendita (o il pegno) dei propri figli, anche adulti, e della vendita di sé stesso in casi di estrema povertà, cfr., oltre ai cenni in A.H.M. JONES, *Il tramonto del mondo antico*, Bari, 1972, p. 441 s. (tr. it. di *The Decline of the Ancient World*, London, 1966), V. NERI, *I marginali nell'occidente tardoantico. Poveri, 'infames' e criminali nella nascente società cristiana*, Bari, 1998, p. 435, il quale ritiene che fossero mezzi attraverso i quali il debitore insolvente poteva adempiere e così «essere liberato» dal carcere pubblico. In generale, sulle vendite all'asta tra privati v. la bibliografia citata da N. DONADIO, *Le 'auktiones' private all'epoca di Plauto. Consuetudini, regole, pratiche delle vendite all'asta nel mondo romano e loro tracce nella 'palliatà' latina*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano, 2007, p. 118, nt. 3.

vale la testimonianza di Basilio) sia in quella occidentale (per la quale parla Ambrogio). Sebbene *De Nab.* 5.21-24 riprenda quasi alla lettera il testo di Basilio, non c'è infatti motivo di dubitare che nella Cisalpina tardo antica la vendita dei figli costituisse un fenomeno reale⁽²⁹⁾: «*miserabile spectaculum*» al quale Ambrogio dichiara anche altrove di avere personalmente assistito⁽³⁰⁾. Situazioni di necessità spingevano i debitori più miserevoli a ricorrere ad atti di disposizione dei propri sottoposti per assicurare a sé e al resto della propria famiglia i mezzi di sopravvivenza.

Prova della loro diffusione nella tarda antichità sono i diversi interventi legislativi che in materia si registrano da Costantino in avanti⁽³¹⁾. Proprio negli anni dell'episcopato ambrosiano l'imperatore Teodosio I sancisce, con una costituzione emanata a Milano nel 391 d.C.⁽³²⁾ – forse per influsso

⁽²⁹⁾ Esclude che si tratti di una testimonianza fittizia, F. GORI nell'Introduzione all'edizione critica del *De Tobia* pubblicata nel VI volume dell'*Opera omnia di Sant'Ambrogio*, Milano-Roma, 1985, p. 145, nt. 6. In tal senso v., da ultimo, S. PALUMBO, *Ambrogio di Milano, De Nabuthae historia. Introduzione, traduzione con testo a fronte e commento*, Bari, 2012, p. 180.

⁽³⁰⁾ AMBR., *De Tob.* 8.29: *Vidi ego miserabile spectaculum, liberos pro paterno debito in auctionem deduci et teneri calamitatis heredes, qui non essent participes successionis, et hoc tam immane flagitium non erubescere creditorem. Instat urge addicit.* (...). Come per *De Tob.* 5.21 occorre segnalare la dipendenza testuale da Basilio la quale però non porta necessariamente a escludere che Ambrogio, durante il suo episcopato, o prima ancora, mentre era *consularis*, sia stato testimone oculare di situazioni simili (in questo senso F. GORI, *Introduzione*, cit., p. 225). Si tratta in questo caso di una vendita all'asta su iniziativa del creditore che *addicit* (sull'*addictio* come atto riconducibile al *dominus auctionis*, v. N. DONADIO, *Le 'auctiones'*, cit., p. 149). Pur deprecando l'*inhumanitas* del *fenerator* e la *stultitia* del debitore, Ambrogio non fa trapelare dubbi sulla liceità di una tale *auctio*, anzi così commenta: «*Non inmerito hasta agitur, ubi caput quaeritur: non inmerito ad auctionem pervenitur, ubi sors poscitur*». Si potrebbe ipotizzare che il padre avesse consegnato i figli in pegno al creditore: un atto non riconosciuto dall'ordinamento (v. sopra, nt. 28), ma cui si faceva ricorso nella pratica. La congettura concorda con le parole attribuite al *fenerator*: «*Mea (...) nutriti pecunia pro alimonia servitium recognoscant, pro sumptu licitationem subeant. Agitur hasta de pretiis singulorum*». Ma il più delle volte era il padre stesso, debitore, a prendere l'iniziativa come si ricava dal successivo § 30: «*Vendit plerumque et pater liberos auctoritate generationis, sed non voce pietatis et ad auctionem pudibundo vultu miseris trahit* (...).» Così nell'episodio narrato in *De Nab.* 5.21-24.

⁽³¹⁾ V. sopra, nt. 28. Su essi cfr., per tutti, C. LORENZI, *Si quis*, cit., p. 93 ss.

⁽³²⁾ CTh. 3.3.1 IMPPP. VALENT(INIANUS), THEOD(OSIUS) ET ARCAD(IUS) AAA. TATTIANO P(RAEFECTO) P(RAETORI)O. *Omnes, quos parentum miseranda fortuna in servitium, dum vincuntur*

dello stesso Ambrogio⁽³³⁾ – l’invalidità della vendita dei figli adulti.

Orbene, quel che importa sottolineare è la correlazione posta all’inizio del passo del *De Nabuthae* tra la *deductio in auctionem* dei figli e la *ductio*. È lo spettro della *ductio* a produrre l’effetto di coartare la volontà del debitore fino a ridurlo a porre in vendita i figli, cioè la forza lavoro della sua famiglia⁽³⁴⁾. Ma la vendita all’asta della prole è un rimedio temporaneo che può solo differire la *ductio* del *pater* stesso qualora in futuro dovesse essere nuovamente inadempiente ossia, nella fattispecie, non dovesse essere in grado di pagare al *potens* il canone annuale d’affitto della terra locatagli. Nel momento in cui il debitore non potrà più evitare di *trahi in carcerem*, perché non ha più figli da vendere e nessuno interviene per riscattarlo, sarà egli stesso assoggettato al creditore in una posizione, di fatto, non dissimile a quella di *servus*. Così si può affermare in base ad altri passi, sempre di Ambrogio, sui quali tornerò successivamente, in cui ricorre l’accostamento della condizione del debitore esecutato a quella degradante di *servitus*⁽³⁵⁾. Nessuna notizia si può invece ricavare dai testi ambrosiani circa la possibilità per il debitore di liberarsi dal vincolo personale di assoggettamento al creditore con il lavoro: il che autorizza a escludere l’autoriscatto e conferma la tesi della natura prevalentemente affittiva, prima ancora che di coazione, dell’esecuzione personale⁽³⁶⁾.

requirit, addixit, ingenuitati pristinae reformetur. Nec sane remunerationem pretii debet exposcere, cui non minimi temporis spatium servitium satisfacit ingenui. DAT. V ID. MART. MEDIOL.(ANO) TATIANO ET SYMMACHO CONSS.

Sulla costituzione, che si pone in continuità con quanto disposto da Costantino in FV. 33 (v. sopra, nt. 28), v., C. LORENZI, *Si quis*, cit., p. 93 ss., al quale si rinvia per la bibliografia (p. 93, nt. 193).

⁽³³⁾ A proposito del possibile influsso di Ambrogio su CTh. 3.3.1, cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., III, p. 32; T. MAYER MALY, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 75, 1958, p. 139.

⁽³⁴⁾ Il fatto che il debitore possa vendere i suoi figli pare confermare l’ipotesi che si tratti di un piccolo affittuario di condizione libera e non, ad. es., di un colono. Cfr., in tal senso, L. RUGGINI, *Economia*, cit., p. 95.

⁽³⁵⁾ Cfr. *De Tob.* 3.11; 4.13-14 e 7.26, sui quali v. oltre, rispettivamente a pp. 95 ss., 102 nt. 65, e 98.

⁽³⁶⁾ Cfr. L. PEPPE, *Studi sull’esecuzione*, cit., 146 ss., il quale è tornato su tali questioni in *Riflessioni*, cit., pp. 142 s. e 147 ss., e anche in *Fra corpo e patrimonio*, cit., p. 463 s. Ma v., ora,

Ambrogio esprime bene il carattere sanzionatorio dell'istituto. La carcerazione per debiti è una *poena*, termine già impiegato da Gellio in riferimento non solo all'esecuzione personale di età arcaica ma a quella praticata *nunc*, cioè al tempo dell'autore delle *Noctes Atticae* (II sec. d.C.)⁽³⁷⁾. La continuità lessicale rivela che la visione dell'esecuzione come una sanzione non è per nulla affievolita nella tarda antichità, anzi, come provano anche gli altri testi di seguito presi in esame, è perfino rafforzata rispetto all'età classica⁽³⁸⁾.

Il passo permette, altresì, di collegare il ricorso in concreto alla *ductio* alla condizione di *pauper* del debitore⁽³⁹⁾. Nel caso rappresentato l'esecuzione

G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015, p. 29 ss., il quale, pur concordando circa l'inesistenza di «un diritto vero e proprio all'autoriscatto del debitore», ritiene che il creditore «in una ottica punitiva e satisfattiva» (p. 31) avesse il potere di fare lavorare l'*addictus* per scomputare con le *operae* il proprio debito.

⁽³⁷⁾ Cfr., per il tempo delle XII Tavole, GELL. 20.1.47: *Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant*; per l'età classica, GELL. 20.1.51: *Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt*. Su tali testi v. L. PEPPE, *Riflessioni*, cit., p. 148.

⁽³⁸⁾ La permanenza del «meccanismo sanzionatorio» anche nel diritto postclassico che L. PEPPE, *Riflessioni*, cit., p. 148, valuta come probabile, stando alle testimonianze ambrosiane, appare certa.

⁽³⁹⁾ Sul problema della definizione della soglia di povertà a Roma, cfr. J.-M. CARRIÉ, *Nil habens praeter quod ipso die vestiebatur. Comment définir le seuil de pauvreté à Rome?*, in *Consuetudinis amor. Fragments d'histoire romaine (IIe-Ve siècles) offerts à Jean-Pierre Callu*, eds. F. Chausson et É. Wolff, Roma, 2003, p. 71 ss. In generale sul vocabolario della povertà cfr. J. LECLERQ, *Pour l'histoire du vocabulaire latin de la pauvreté*, in *Melto*, 3, 1967, p. 293 ss. e, per l'età tardoantica, Ch. PIETRI, *Les pauvres et la pauvreté dans l'Italie de l'Empire chrétien (IVe siècle)*, in *Christiana respublica. Éléments d'une enquête sur le christianisme antique*, Roma, 1997, p. 844 ss. [già in *Miscellanea historiae ecclesiasticae*, VI, *Congrès de Varsovie (25 juin-1er juillet 1978)*, I, *Les transformations dans la société chrétienne au IV^e siècle*, Bruxelles 1983, p. 276 ss.]; Ch. FREU, *Les figures du pauvre dans les sources italiennes de l'antiquité tardive*, Paris, 2007. Per un'analisi della terminologia sociologica della tarda antichità nella varietà dei generi – non solo quello religioso e letterario ma anche quello giuridico – in cui viene utilizzata, v., ora, V. NERI, *Il lessico sociologico nella tarda antichità: l'esempio delle «Variae» di Cassiodoro*, in *Studi Storici*, 51, 2010, p. 5 ss. Sul lessico della povertà nelle fonti giuridiche tardoantiche, precisamente nel Codice Teodosiano, cfr., da diverse prospettive, D. GRODZYSKI, *Pauvres et indigents, vils et plébéiens. (Une étude terminologique sur le vocabulaire des petites gens dans le Code Théodosien)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 53, 1987, p. 140 ss.; C. GEBBIA, *Il lessico della povertà nel Codice Teodosiano*, in *Hestiasis. Studi di tarda*

personale è un male, una *poena*, che colpisce il debitore in stato di povertà costretto a pagare *quod non habebat*.

3. — *La testimonianza del De Tobia.*

Altre e più numerose testimonianze, idonee a meglio identificare sul piano sociale i soggetti a rischio di carcerazione per debiti, si trovano nel *De Tobia* in cui Ambrogio polemizza contro la pratica delle *usurae*⁽⁴⁰⁾.

È questo, come è noto, un motivo ricorrente nella patristica sia occidentale sia orientale del IV secolo d.C.⁽⁴¹⁾ e dei secoli successivi, e che è presente anche nei canoni conciliari del periodo⁽⁴²⁾. La veemenza della polemica si lega, come è stato già ben evidenziato in dottrina, alla congiuntura economica

antichità offerti a Salvatore Calderone, 6, Messina, 1989, p. 73 ss.; C. CORBO, *Paupertas*, cit., p. 4 s.; C. HUMFRESS, *Poverty and Roman Law*, in *Poverty in the Roman World*, eds. M. Aktins & R. Osborn, Cambridge, 2006, p. 183 ss.; Ch. FREU, *Rhétorique chrétienne et rhétorique de chancellerie: à propos des «riches» et des «pauvres» dans certaines constitutions du livre XVI du Code Théodosien*, in *Empire chrétien et Église aux IV^e et V^e siècles*, cit. (v. nt. 18), p. 173 ss.; da ultimo, M.V. ESCRIBANO PAÑO, «*Pauperes*» en el libro 16 del «*Codex Theodosianus*», in *Koinonia*, 36, 2012, p. 57 ss.

⁽⁴⁰⁾ Sulla posizione di Ambrogio rispetto al prestito feneratizio, notevolmente fiorente nella Milano del suo tempo (sul punto v. L. RUGGINI, *Economia*, cit., p. 198 s.), cfr., in specie, M. GIACCHERO, «*Fenus*» «*usura*» «*pignus*» e «*fideiussio*» negli scrittori patristici del quarto secolo: *Basilio, Gregorio, Ambrogio, Gerolamo*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 3, Perugia, 1979, p. 448 ss.; V.R. VASEY, *The social Ideas*, cit., p. 165 ss.

⁽⁴¹⁾ Vastissima la bibliografia sull'argomento. V., in particolare, L. RUGGINI, *Economia*, cit., p. 190 ss., con indicazione delle fonti patristiche occidentali e orientali sull'usura alle ntt. 591 e 592 con bibliografia; M. GIACCHERO, «*Fenus*», cit., p. 443 ss.; F. AMARELLI, *Cristianesimo ed impiego delle ricchezze: l'insegnamento di Gesù e le esortazioni dei Padri*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 12, Napoli, 1998, p. 257 ss.; M. LA MATINA, *Basilio di Cesarea, Gregorio di Nissa e le passioni dell'usura*, in *Pan*, 15-16, 1998, p. 131 ss.; S.R. HOLMAN, *The Hungry are Dying. Beggars and Bishops in Roman Cappadocia*, Oxford, 2001, pp. 114 ss., 123 ss. (a proposito di BAS., *Hom. in Ps.* 14b come modello per Gregorio di Nissa e Ambrogio); L. DATTRINO, *I Padri della Chiesa e l'usura*, Roma, 2005.

⁽⁴²⁾ Repertorio in J. GAUDEMET, *L'Église*, cit., p. 579 ss.; L. RUGGINI, *Economia*, cit., p. 200, nt. 627. Per l'esame delle numerose disposizioni in materia, cfr. M. GIACCHERO, *L'atteggiamento dei concili in materia d'usura dal IV al IX secolo*, in *Atti dell'Accademia Romanistica*

sfavorevole in cui versavano sia l'occidente sia l'oriente e che favoriva la richiesta di credito da parte di *pauperes*.

Se ne può trovare riscontro in:

De Tob. 3.11: (...) *Fecundus vobis etiam pauper ad questum est. Usurarius est egenus: cogentibus vobis habet quod reddat, quod impendat non habet. Misericordes plane viri quem alii absolvitis vobis addicitis. Usuras solvit qui victu indiget. An quicquam gravius? Ille medicamentum quaerit, vos offertis venenum: panem implorat, gladium porrigitis: libertatem obsecrat, servitutem inrogatis: absolutionem precatur, informis laquei nodum stringitis,*

ove la condanna dell'attività feneratizia riguarda specificamente il prestito oneroso praticato a poveri⁽⁴³⁾ oggetto nel IV secolo di provvedimenti legislativi ispirati, secondo un filone interpretativo tradizionale, dal cristianesimo⁽⁴⁴⁾. Il biasimo espresso da Ambrogio va, dunque, letto nel quadro

Costantiniana, 4, Perugia, 1981, p. 327 ss. V., anche, E. BIANCHI, *In tema di usura. Canonici e legislazione imperiale del IV secolo*, I, in *Athenaeum*, 61, 1983, p. 321 ss.; ID., *In tema di usura. Canonici e legislazione imperiale del IV secolo*, II, in *Athenaeum*, 62, 1984, p. 136 ss.

⁽⁴³⁾ Cfr. anche AMBR., *De Tob.* 21.80-82. Per una valutazione del peso del modello basiliano su Ambrogio, L. RUGGINI, *Economia*, cit., p. 196 ss.

⁽⁴⁴⁾ Per i mutui in natura, cfr. CTh. 2.33.1 IMP. CONSTANT(INUS) A. AD DRACILIANUM AGENTEM VICES P(RAEFECTORUM) P(RAETORI)O. *Quicumque fruges humidas vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recipere noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere.* P(RO) P(OSITA) CAESAREA XV KAL. MAI. PAULINO ET IULIANO CONSS. (a. 325); per i mutui in denaro, cfr. CTh. 2.33.2 IMPPP. VALENTIN(IANUS), THEOD(OSIUS) ET ARCAD(IUS) AAA. CYNEGIO P(RAEFECTO) P(RAETORI)O. *Quicumque ultra centesimam iure permissam quicquid sub occasione necessitatis eruerit, quadrupli poenae obligatione constrictus, sine cessatione, sine requie protinus ablata redhibebit. Hi vero, qui antea pari furore grassati uspiam detegentur, in duplum extorta restituant.* DAT. VIII KAL. NOVEMB. CONSTANT(INO)P(OLI) HONOR(IO) NB. P. ET EVODIO V. C. CONSS. (a. 386). Entrambe le costituzioni, in materia di *usurae* convenzionali, sanzionano la condotta del creditore che, approfittando dell'indigenza (CTh. 2.33.1) o dell'*ocasio necessitatis* (CTh. 2.33.2) in cui versava il debitore – motivi in apparente armonia con la precettistica cristiana – si faceva pagare *usurae* oltre i limiti legali. Tuttavia, il tasso massimo (50%), stabilito da Costantino nel 325, oltre il quale si configura l'illecito, rimane troppo elevato per ipotizzare una misura a effettiva tutela del debitore. Risulta, invece, più severo l'intervento di Teodosio il Grande

dell'attività pastorale di difesa dei deboli vittime di ricchi e avidi *feneratores* pronti a concedere denaro, dietro pagamento di interessi, a soggetti in stato di bisogno⁽⁴⁵⁾ che, a causa della speculazione creditizia, degradano progressivamente in una vera e propria condizione di indigenza⁽⁴⁶⁾.

Anche qui, nel gioco di proposizioni antitetiche, ricorre un'espressione – «*quem alii absoluitis, vobis addiciti*» – conforme al linguaggio tecnico dell'esecuzione personale che, tuttavia, è impiegato a prescindere da un contesto processuale attuale: si prefigura una situazione potenziale, l'assoggettamento del debitore al creditore, con il fine di impressionare l'uditorio. In questo senso, ha ragione Mitteis a considerarlo un uso retorico⁽⁴⁷⁾. Ma, non sbaglia neanche Heimbach a includere il passo tra quelli che attestano die

con la previsione della *poena quadrupli* nei confronti del creditore che si sia approfittato del debitore in stato di necessità estorcendogli *usurae ultra centesimam*, vale a dire oltre il saggio del 12% annuo in vigore già dalla fine della repubblica e ribadito da Costantino – ma dopo l'introduzione della *siliqua* in realtà il tasso era al 12,5% (cfr. F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno, 2006, p. 166) – nella chiusa di CTh. 2.33.1. Su i due provvedimenti e la loro presunta ispirazione cristiana, v., per tutti, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Index*, 25, 1997, pp. 558 s. e 567 ss., ove ulteriore bibliografia. Adde N. HAYASHI, *Interessi nella tarda antichità*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, 12, Napoli, 1998, p. 331 ss.; S. TAFARO, *Debitori e debito: nuove prospettive*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, 1, 2008, p. 252 (limitatamente a CTh. 2.33.1).

⁽⁴⁵⁾ In Ambrogio compaiono anche altre «cause concrete che spingono a contrarre un mutuo oneroso» che, come ha evidenziato M. GIACCHERO, «*Fenus*», cit., p. 462 ss., non sono presenti nella patristica greca (secondo l'A. perché ignote all'Oriente): il *fenus* contratto per riscattare parenti caduti nelle mani dei barbari (*De Tob.* 3.9-10), il prestito con *usurae* all'*adulescens* (*De Tob.* 6.23-24), a giocatori di dadi (*De Tob.* 11.38), a piccoli *possessores* di fondi dalla scarsa redditività (*De Tob.* 21.80-82), a *negotiatores* che si impegnano a pagare le *usurae* anziché in denaro, in merci (*De Tob.* 14.49-50). Su tale casistica di «prestiti a scopi, prevalentemente improduttivi o, comunque, altamente rischiosi», cfr. L. RUGGINI, *Economia*, cit., p. 191 ss.

⁽⁴⁶⁾ Il meccanismo è ben descritto dallo stesso Ambrogio nel precedente passo, *De Tob.* 3.10, che si riporta in parte: (...) *Itaque antequam det, recipere festinat et qui in summa subvenire se dicit usuras exigit. «Calendis» inquit «usuras dabis, faenus interim, si non habueris unde restituas, non requiro». Ita ut semel det, frequenter exagitat et semper sibi debere efficit. Hac arte tractat virum. Itaque prius eum chirographis ligat et adstringit vocis suae nexibus. Numeratur pecunia, addicatur libertas, absoluitur miser minore debito, maiore alligatur.*

⁽⁴⁷⁾ L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 453, nt. 3.

«Fortdauer der Addiction» nel tardo impero⁽⁴⁸⁾. Se la conseguenza evocata poteva turbare e spaventare è, infatti, perché era realmente temibile. Ed è una conseguenza che corrisponde alla logica dell'equivalenza debito/corpo che sottostà all'*addictio*⁽⁴⁹⁾ e rende possibile che il creditore insoddisfatto si impossessi materialmente del debitore assoggettandolo a sé. È quanto, giocando ancora sulle antitesi, Ambrogio esprime in termini reali (non giuridico-formali) nella locuzione «*libertatem obsecrat, servitutem irrogatis*» ove chi chiede la libertà è il debitore e chi infligge la schiavitù sono i creditori usurai⁽⁵⁰⁾.

Tornando, poi, al dato sociale, *De Tob.* 3.11 conferma quanto già emerso dall'analisi di *De Nab.* 5.21 ovvero che a subire l'*addictio* è un *pauper* in condizione di disagio economico. *Usuras solvit qui victu indiget*, paga gli interessi chi manca del cibo: così denuncia Ambrogio.

Non occorre tuttavia pensare che l'esecuzione personale fosse sempre e soltanto per debitori insolventi che avevano richiesto un prestito perché in condizioni di povertà assoluta. La storiografia ha, in effetti, già da tempo chiarito che *pauper* è termine che non equivale a individuo del tutto privo di mezzi economici, ma include il 'ceto medio' a rischio di povertà il più delle volte proprio per il ricorso al prestito feneratizio: piccoli proprietari che si indebitavano con i ricchi dediti all'attività usuraia⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Analoghe considerazioni possono formularsi a proposito dell'espressione «*addicitur libertas*» ricorrente in *De Tob.* 3.10 (v. sopra nt. 46).

⁽⁴⁹⁾ Sulla base dell'improponibilità di «uno sdoppiamento tra “*corpus*” e “*bona*”» «per la stragrande maggioranza dei cittadini e sudditi», V. GIUFFRÈ, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, 2^a ed., Napoli, 1999, p. 39, argomenta a favore di un «filone della romanistica» (bibl. a p. 65 s., nt. 1) per il quale l'esecuzione comunemente detta personale «era una esecuzione (pure) 'patrimoniale'». Il che ha in sé un nucleo di verità, a mio avviso però assai marginale, che, se enfatizzato, rischia di offuscare la natura prevalentemente affittiva dell'esecuzione sul corpo del debitore su cui v. sopra, p. 92 e nt. 36.

⁽⁵⁰⁾ «*Usurae inferunt servitutem*» ripete Ambrogio più in là, in fine di *De Tob.* 4.14.

⁽⁵¹⁾ La persistenza nel tardo impero di un'ampia classe «media» è notata, tra altri, da P. BROWN, *Povertà*, cit., p. 68 ss., che sfata la rappresentazione, prevalente nelle fonti cristiane tardoantiche, di una società fortemente «polarizzata» tra ricchi e poveri. Secondo l'insigne studioso proprio la protezione del ceto medio, fatto di soggetti «deboli» (*tenuiores*) socialmente vulnerabili, «era fondamentale per il consolidarsi del potere del vescovo come

Il che mi pare che possa trovare conferma in:

De Tob. 7.26: *Mox et laudata venduntur et inferuntur iam non instrumenta, sed vincula. Tamen adhuc quaerendi fideiussores. 27. Tribuuntur induciae, non ut praedem libertatis inveniatur, sed ut consortem servitutis adiungat, qui se societ aerumnosos (...).*

Ambrogio sta commentando il caso di un mutuuario che, per ottenere una dilazione (e con ciò evitare i *vincula*)⁽⁵²⁾, è costretto a vendere le sue cose di maggior pregio. Non si tratta, dunque, di un soggetto assolutamente indigente: ha dei beni che può mettere in vendita.

Mitteis, pur citandolo, non si sofferma su questo passo che, ancora una volta, colpisce invece per la precisione tecnica del lessico: *instrumenta, vincula, fideiussores, induciae, praes*.

Ma il testo offre anche ulteriori elementi. Ambrogio riferisce che il mutuante per concedere le *induciae* pretendeva che il mutuuario offrisse fideiussori. Una posizione pericolosa quella del garante, potenziale compagno di schiavitù (*consors servitutis*)⁽⁵³⁾: chiara allusione all'esecuzione personale che è ripetuta, sempre in relazione al *fideiussor*, in

De Tob. 23.89: (...) *Ille nudabitur, ille pro te in vincla ducetur (...)*⁽⁵⁴⁾.

La preoccupazione per la sorte del garante emerge ancora in

De Tob. 10.36: *Quotiens vidi a foeneratoribus teneri defunctos pro pignore et*

leader locale» (p. 118). L'appartenenza alle classi medie d'altronde non assicurava ricchezza; le condizioni economiche potevano variare molto ed essere perfino modeste: in proposito, v., A.H.M. JONES, *Il tramonto*, cit., p. 417 ss. Sull'equivalenza del termine *pauper* usato da Ambrogio a πέννης, ricorrente in Basilio nel significato di piccolo proprietario terriero, cfr., M. FORLIN PATRUCCO, *Poverta*, cit., p. 230, nt. 23.

⁽⁵²⁾ Sul «ruolo centrale» del *metus vinculorum* nell'esecuzione personale, cfr. L. PEPPE, *Riflessioni*, cit., p. 148.

⁽⁵³⁾ Cfr. AMBR., *De Tob.* 7.27. Coerentemente Ambrogio (*De Tob.* 23.89-90) ammonisce dal non garantire debiti altrui. Si tratta di un motivo non presente nella patristica greca: cfr. M. GIACCHERO, «Fenus», cit., pp. 447 s. e 472 s.

⁽⁵⁴⁾ Il passo non è preso in considerazione né da G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum*, cit., p. 17 ss., né da L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 453 ss.

negari tumulum, dum foenus exposcitur! Quibus ego adquevi libenter, ut suum constringeret debitorem, ut electo eo fideiussor evaderet. Hae sunt foeneratoribus leges. Dixi itaque: tenete reum vestrum et ne vobis posit elabi, domum ducite, claudite in cubiculo vestro, carnificibus duriores, quoniam quem vos tenetis carcer non suscipit, exactor absolvit. Peccatorum reos post mortem carcer emittit, vos clauditis. Nunc vero capite minutus est, vehementioribus tamen nexibus alligate, ne vincula vestra non sentiat durus et rigidus debitor, et qui iam non noverit erubescere. Unum sane est, quod non timere possitis, quia poscere non novit alimenta.

Come già in *De Nab.* 5.21, Ambrogio parla in prima persona quale testimone oculare⁽⁵⁵⁾ di un macabro caso nel quale ebbe modo di intervenire (forse in qualità di governatore provinciale, ma più probabilmente in qualità di vescovo) per autorizzare i *foeneratores*, con un provvedimento giudiziario, a trattenere nel proprio carcere *pro pignore* il cadavere del debitore e a negarne la sepoltura⁽⁵⁶⁾. Pur deplorando la condotta degli usurai, Ambrogio, che mostra di avere ben presente il regime della *fideiussio*, acconsentì *libenter* il ‘sequestro’ per salvaguardare il fideiussore: la scelta dei creditori di procedere in via esecutiva aggredendo il corpo del defunto debitore principale, secondo il ragionamento di Ambrogio, liberava, infatti, il garante⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ Osservava L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 455: «So konnte Ambrosius nicht schreiben, wenn er nicht Bilder aus seiner Zeit vor Augen hatte». Aderisce a tale notazione L. ARU, *Sul sequestro del cadavere del debitore in diritto romano*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, Padova, 1935, p. 294. Pensa a un’esperienza diretta anche L. RUGGINI, *Economia*, cit., p. 195 s. e nt. 608.

⁽⁵⁶⁾ Del passo mi sono diffusamente occupata in *Creditori e debitori*, cit., p. 852 ss., al quale rinvio per la bibliografia e per l’esame dei diversi e complessi problemi di ordine giuridico cui il brano dà luogo a cominciare dalla liceità della condotta dei creditori che il passo del *De Tobia* pare sottintendere. La pratica del ‘sequestro’ del cadavere del proprio debitore, attestata soltanto in epoca tardoimperiale, risulta specificamente repressa in ET. 75 e in CI. 9.19.6 (a. 526) dell’imperatore Giustino, fonti posteriori al tempo per il quale vale la testimonianza di *De Tob.* 10.36-37. Sul tema cfr. anche G. PURPURA, *La ‘sorte’ del debitore oltre la morte. Nihil inter mortem distat et sortem* (AMBROGIO, *De Tobia* X, 36-37), in *Iuris Antiqui Historia*, 1, 2009, p. 41 ss.

⁽⁵⁷⁾ Secondo A. ESMEIN, *Débiteurs privés de sépulture*, in *Mélanges d’histoire du droit et de la critique*, Paris, 1886, p. 256, Ambrogio avrebbe considerato il ‘sequestro’ del cadavere del

In un contesto palesemente polemico egli fa leva sulla sterilità soddisfacente del riprovevole accanimento dei creditori sul cadavere del debitore, a riprova della natura essenzialmente affittiva dell'esecuzione sulla persona del debitore, sia in vita sia – come in questo caso – in morte. Non occorre in questa sede insistere sulla gravità che nella mentalità antica, sia pagana sia cristiana, rivestiva l'impedire al defunto il riposo eterno⁽⁵⁸⁾ né sull'obiettivo pratico che i creditori mediante la presa del corpo del defunto *pro pignore* perseguivano: ottenere l'adempimento del debito da parte dei parenti tenuti al *funus* che, indirettamente coartati, si piegavano al pagamento per riscattare il corpo del proprio familiare.

Anche in questa occasione non può sfuggire la precisione tecnica di termini come *pignus*, *fenus*, *debitor*, *fideiussor*, *foeneratores*, *reus*, *domum ducere*, *carcer*, *nexi*, *vincula*⁽⁵⁹⁾.

Ma è nell'esordio del successivo § 37 che si ha prova testuale della persistenza dell'esecuzione personale ancora nella seconda metà del IV sec. d.C.:

debitore come un atto giuridico che produceva lo stesso effetto estintivo della *litis contestatio* sul quale, assieme al principio della *libera electio*, si fondava la disciplina di età classica della *fideiussio* secondo cui il creditore può a sua scelta intentare l'azione contro il debitore principale o il fideiussore con conseguente liberazione del soggetto contro il quale l'azione non è stata proposta. La vigenza ancora nel tardo impero di questo regime è confermata da diversi testi tra cui un passo delle *Pauli Sententiae* con la cui formulazione il brano di Ambrogio presenta evidenti assonanze (cfr. PS. 2.17.16: *Electo reo principali fideiussor vel heres eius liberatur. Non idem in mandatoribus observatur*). In proposito, v., M. NAVARRA, *Creditori e debitori*, cit., p. 854 s., ove fonti e bibliografia.

⁽⁵⁸⁾ A proposito delle credenze in materia di sepoltura, cfr. E. MARBACH, s.v. *Manes*, in *PW*, 14.1, c. 1051 ss.; V. CAPOCCI, *Sulla concessione e sul divieto di sepoltura nel mondo romano ai condannati a pena capitale*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 22, 1956, p. 282 ss., nt. 32 e bibl. ivi cit., con particolare riferimento alle dottrine vigenti nel paganesimo greco-romano del III sec. d.C. e nel contemporaneo ambiente cristiano.

⁽⁵⁹⁾ Sull'utilizzazione nel *De Tobia* dei termini inerenti al prestito a interesse con valenza giuridica tecnica, cfr. M. GIACCHERO, «*Fenus*», cit., p. 443 ss. Interessanti osservazioni sull'uso improprio – che non riguarda però questo specifico contesto espositivo – del linguaggio giuridico e, in particolare, della terminologia del capitale dato in prestito, in L.F. CORALUPPI, *Uso retorico del lessico giuridico nel De Tobia di Ambrogio: considerazioni preliminari*, in *Nuovo e antico nella cultura greco-latina di IV-VI secolo*, a cura di I. Gualandri, F. Cona, R. Passarella, *Quaderni di Acme*, 73, Milano 2005, p. 685 ss.

De Tob. 10.37: *iussi levari corpus, et ad feneratoris domum exequiarum duci: sed etiam inde clausorum mugitu talia personabant.*

Le grida dei carcerati (che per il contesto narrativo possono essere identificati con i debitori eseguiti)⁽⁶⁰⁾ risuonano nella *domus* del *fenerator*: dunque, nella prigione privata del creditore⁽⁶¹⁾.

Inequivocabilmente allude alla *ductio*⁽⁶²⁾, con un linguaggio che pare evocare addirittura l'antica *manus iniectio*⁽⁶³⁾, anche

De Tob. 9.34: (...) *Foenerator pecuniae caput obligat, manum tenet, sortem ducit* (...).

Come si è già osservato a proposito di *De Tob.* 3.11⁽⁶⁴⁾, è difficile pensare di essere di fronte a una formulazione usata per impressionare l'uditorio con una mera reminiscenza di un tempo arcaico: l'efficacia oratoria non può prescindere da una rappresentazione plausibile di situazioni avvertite come

⁽⁶⁰⁾ In questo senso anche G. PURPURA, La 'sorte', cit., p. 60, anche se aderisce all'opinione per la quale alla fine del IV le carceri private cominciarono ad essere proibite «mirando alla sostituzione con le pubbliche» (p. 58). V. oltre, nt. 78.

⁽⁶¹⁾ J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 156, sostiene che AMBR., *De Tob.* 10.36 ss. attesti che il debitore era tenuto nel carcere pubblico e che, dopo la sua morte, l'*exactor* («staatliche Organe») avesse rilasciato il suo cadavere. Invero, dal passo si arguisce soltanto che Ambrogio ricorre a un artificio retorico contrapponendo alla situazione concreta di cui si occupa il rilascio del cadavere del debitore (fiscale?) ad opera dell'*exactor* e la dimissione dal *carcer* dei *rei peccatorum* dopo la morte. L'intervento in età tardoimperiale di un organo pubblico nell'esecuzione sulla persona è compatibile con la logica del sistema processuale della *cognitio* postclassica, ma nei modi già indicati da G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, III, *Il periodo postclassico e giustiniano*, Padova, 1988, p. 892: «Le mani sul convenuto non venivano più messe materialmente dall'attore, ma da un *executor*, il quale per altro, almeno fino allo scorcio del IV sec., lo faceva o lasciava custodire dallo stesso attore in un proprio carcere».

⁽⁶²⁾ Cfr., in questo senso, G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von dem Creditum*, cit., p. 19; L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 454 (che cita 9.33).

⁽⁶³⁾ Le cui ultime menzioni si incontrano nel cap. 61 della *lex coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis* del 44 a.C. (*FIRA*, I, p. 179) e nel *SC. de pago Montano* risalente alla fine della repubblica (*FIRA*, I, p. 273).

⁽⁶⁴⁾ V. sopra, p. 96 s.

familiari. Il che depono a favore della sostanziale attendibilità dei riferimenti all'esecuzione sul corpo del debitore.

Altri richiami o sono vagamente allusivi, come nel caso di *De Tob.* 4.13-14 ove pur sempre emerge il nesso causale tra *usurae* e *servitus*⁽⁶⁵⁾, o segnalano con precisione che *carcer* e *vincula* sono ciò che attende il debitore inadempiente, come nel caso di *De Tob.* 5.20⁽⁶⁶⁾.

4. — *Conclusioni.*

L'insieme dei testi fin qui esaminati mostra che nella parte occidentale dell'impero i debitori continuavano a essere assoggettati ai creditori, che li tenevano nel loro carcere privato, ancora sul finire del IV secolo d.C.

La questione che, a questo punto, lo storico del diritto può porsi è di valutare se la carcerazione fosse legittima o, al contrario, persistesse nella prassi in violazione del diritto vigente.

In quest'ultimo senso si era schierato Mitteis persuaso che l'esecuzione personale perdura «wenigsten *de facto*» durante tutto l'impero dopo che «mindestens seit dem Ende des vierten Jahrhunderts», la *ductio* del debitore era stata esclusa «*de iure*». In altre parole, al più tardi nel 388 con CTh. 9.11.1⁽⁶⁷⁾, al creditore sarebbe stato vietato di esercitare il carcere privato, ma l'esecuzione personale in concreto «nicht ausgestorben» fino a Giustiniano come comproverebbero sia il susseguirsi nel V e nel VI secolo di provvedimenti imperiali in materia⁽⁶⁸⁾ sia la testimonianza di

⁽⁶⁵⁾ *De Tob.* 4.13: (...) *Quid vobis iniquius, qui pecuniam datis et vitam obligatis et patrimonium?* (...) 14. (...) *Etenim velut urna ferali misera sors voluitur perituri debitoris luenda supplicio. (...) Illic enim unius captivitas, hic plurimorum addicitur.* (...)

⁽⁶⁶⁾ *De Tob.* 5.20: (...) *hic carcere totus includitur (...) hic aere vacuas offert vinculis adligandas.*

⁽⁶⁷⁾ CTh. 9.11.1 IMPPPP. VAL(ENTINI)ANUS, THEOD(OSIUS) ET ARCA(DIUS) AAA. ERYTHRIO PRAEF(ECTO) AUGUSTALI. *Si quis posthac reum privato carceri destinavit, reus maiestatis habeatur.* DAT. PRID. KAL. MAI. THESSAL(ONICAE) THEOD(OSIO) A. II ET CYNEGIO V. C. CONSS.

⁽⁶⁸⁾ Che Mitteis individua precisamente in una costituzione di Zenone (CI. 9.5.1, a. 486) e in una di Giustiniano (CI. 9.5.2, a. 529).

Ambrogio⁽⁶⁹⁾.

L'opinione dell'insigne romanista si fondava, dunque, da un lato, sul dare piena fiducia ad Ambrogio come fonte e, dall'altro, sulla presunta inerenza di CTh. 9.11.1 (e dei successivi interventi imperiali) all'incarcerazione del debitore.

L'attendibilità dei testi ambrosiani è fuori discussione⁽⁷⁰⁾: descrivono la reale condizione e sorte dei debitori – almeno quelli in stato d'indigenza – al tempo in cui Ambrogio scrive. Tuttavia, per contestualizzare in maniera corretta le situazioni attestate, bisognerebbe avere certezza dell'età di composizione delle opere dalle quali provengono i brani. Per entrambi i trattati, invece, il problema è aperto anche se, per opinione prevalente, ambedue vanno collocati negli anni dell'influenza basiliana. La redazione del *De Nabuthae* sembra doversi assegnare al periodo compreso tra il 386 e il 389 d.C.⁽⁷¹⁾; la datazione del *De Tobia* pare potersi similmente fissare nell'intervallo tra il 385 e il 389 d.C.⁽⁷²⁾. È evidente che se i due trattati fossero stati composti prima del 388, anno in cui è *data* CTh. 9.11.1, i passi ambrosiani non potrebbero provare alcun eventuale contrasto tra diritto imperiale e prassi.

⁽⁶⁹⁾ L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 450 ss.

⁽⁷⁰⁾ Sulla validità degli scritti di Ambrogio come fonte storica, v. L. RUGGINI, *Economia*, cit., p. 10 ss., che ne rivendica l'indispensabilità «allo studio della società e dell'economia cisalpina in tutta la seconda metà del IV secolo».

⁽⁷¹⁾ Per una sintetica messa a punto delle diverse opinioni circa la datazione dell'opera, v. ora, S. PALUMBO, *Ambrogio di Milano*, cit., p. 23 s. Sulla tradizione manoscritta del *De Nabuthae* in connessione con problemi storico-sociali, v. M. NALDINI, *Il De Nabuthae historia di S. Ambrogio: nota esegetica*, in *Studi in onore di Arnaldo d'Addario*, 2, *Esegesi e filologia*, Lecce, 1995, p. 409 ss.

⁽⁷²⁾ Per lo *status quaestionis*, v. F. GORI, *Introduzione*, cit., p. 28 ss. Tra la letteratura ivi discussa cfr., in particolare, M. GIACCHERO, *Ambrosii De Tobia. Saggio introduttivo, traduzione con testo a fronte*, Genova, 1965, p. 10 ss. secondo la quale la prima parte del *De Tobia*, fino al § 45 – a cui in prevalenza appartengono i testi esaminati nel presente studio – con ogni probabilità fu composta contemporaneamente all'epistola inviata da Ambrogio al vescovo di Trento, Vigilio (*Ep.* 19, PL 16, 1024-1025), cioè nel 385; la seconda parte è invece databile all'incirca al 389 d.C. Adde W. DUNPHY, *On the Date of St. Ambrose's De Tobia*, in *Sacris Erudiri*, 27, 1984, p. 27 ss. (per una data compresa tra il 375-376 e il 385-386).

Né può essere accolto l'accostamento proposto da Mitteis dei testi di Ambrogio alle leggi imperiali sopra citate se si passa a verificare il tenore di CTh. 9.11.1 e la sua supposta attinenza alla carcerazione del debitore. A tale proposito mi permetto di rinviare a quanto altrove ho sostenuto⁽⁷³⁾. La condotta sanzionata dal provvedimento imperiale del 388 d.C., peraltro probabilmente emanato in risposta alla specifica situazione locale dell'Egitto, appare essere non quella di un creditore che detiene il proprio debitore nel suo carcere, ma piuttosto quella di chiunque, nell'esercizio dell'attività di repressione poliziesca⁽⁷⁴⁾, tenesse i rei in attesa di giudizio⁽⁷⁵⁾, anziché in pubbliche prigioni, in locali privati⁽⁷⁶⁾. Il che pare consono all'attrazione della fattispecie al *crimen maiestatis*: un'interpretazione questa che può essere estesa a tutte le costituzioni imperiali in materia di divieto del carcere privato⁽⁷⁷⁾. In sintesi, non esistono fonti giuridiche che comprovino il divieto di *ductio* sostenuto da buona parte della dottrina⁽⁷⁸⁾.

In considerazione di tutti questi elementi, a me pare, dunque, che i testi del vescovo di Milano possano essere letti come segno del persistente

⁽⁷³⁾ M. NAVARRA, *Sul divieto del carcere privato*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 75, 2009, p. 214 ss., cui si rinvia anche per una sintesi delle posizioni in dottrina.

⁽⁷⁴⁾ Non solo funzionari imperiali ma anche guardie private armate da *potentes* latifondisti.

⁽⁷⁵⁾ Cioè gli imputati nei processi criminali e, per certo dall'età giustiniana, i convenuti nelle *causae pecuniariae*.

⁽⁷⁶⁾ Ad analoghe conclusioni è giunta, di fatto contemporaneamente, S. SCHIAVO, *Esecuzione personale*, cit., p. 72 ss., la quale ipotizza che la costituzione mirasse a reprimere «abusi della custodia cautelare».

⁽⁷⁷⁾ Per l'esame della costituzione di Zenone (CI. 9.5.1) e di quella di Giustiniano (CI. 9.5.2) rinvio a M. NAVARRA, *Sul divieto*, cit., pp. 227 ss. e 231 ss. La non attinenza di questi provvedimenti all'esecuzione sulla persona del debitore è sostenuta anche da S. SCHIAVO, *Esecuzione personale*, cit., pp. 76 ss. e 97 s., che riferisce ambedue alla carcerazione preventiva.

⁽⁷⁸⁾ Con, in ogni caso, notevole varietà di posizioni che, semplificando, possono ricondursi a due indirizzi principali: alcuni studiosi ritengono che la legislazione tardoimperiale vietando il carcere privato abbia abolito l'esecuzione personale (salvo, così ad es. secondo Mitteis, permanere nella prassi); altri invece sostengono che l'esecuzione personale rimase in vigore nella forma di carcerazione del debitore nelle prigioni pubbliche in luogo di quella nel carcere privato del creditore. Per la bibliografia rinvio a M. NAVARRA, *Sul divieto*, cit., p. 212 s., ntt. 17-20 e p. 216, nt. 34.

esercizio, conforme al diritto vigente, dell'esecuzione sul corpo del debitore in situazione di povertà.

Esecuzione patrimoniale ed esecuzione personale continuano a coesistere nel diritto tardo imperiale. In un tessuto socio-economico caratterizzato dall'accentuarsi delle diseguaglianze e in cui i rapporti giuridici sono improntati sulla forza e la preminenza dei *potentes*, ci sono tutti i presupposti perché la *ductio* sopravviva a vantaggio del creditore che non può adeguatamente soddisfarsi sui beni del debitore come nel caso in cui quest'ultimo sia indigente. Ed è proprio in tali situazioni, allorquando il *pauper* è costretto a «*solvere, quod non habebat*», che emerge l'arcaica natura sanzionatoria dell'esecuzione personale.

Ambrogio coglie tutto ciò esattamente: il carcere per il debitore è sostanzialmente una *poena*.

CARLO LORENZI (*)

DISCIPLINA DOMESTICA E AUTORITÀ IMPERIALE IN EPOCA SEVERIANA

ABSTRACT: Two passages of the Severan age (C. 8.46.3 and D. 48.8.2) underline a substantial accord when presenting as essential the submitting to the public authority of the son by his *paterfamilias* who wishes to punish him in the harshest way, thus by killing him. Academics are divided upon whether or not rely on the introduction of such an innovation since this historical age. On a closer inspection, however, the passages seem to witness a change of perspective in the evaluation of the exercise of the paternal power by the imperial authority.

SOMMARIO: 1. L'esercizio del potere paterno in C. 8.46.3. – 2. L'interpretazione della disposizione severiana. – 3. L'esercizio del potere paterno in D. 48.8.2. – 4. Conclusione.

1. — *L'esercizio del potere paterno in C. 8.46.3.*

Sotto vari profili l'età dei Severi rappresenta uno snodo di particolare interesse fra Principato e tardo impero. Nel campo dei rapporti personali, il potere imperiale e la giurisprudenza di questo periodo rivolgono talvolta la loro attenzione anche ad aspetti della vita familiare di fronte a cui l'autorità statale sembrerebbe doversi arrestare e non interferire nella libera esplicazione della potestà riconosciuta al capo famiglia. È questo il caso delle sanzioni domestiche, segnatamente quelle più dure – come l'irrogazione del massimo castigo, la privazione della vita, al proprio sottoposto –, rispetto a cui alcuni testi, in sostanziale concordanza, presentano come necessario il deferimento del figlio al funzionario imperiale. Così:

C. 8.46.3. IMP. ALEXANDER A. ARTEMIDORO. *Si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit: quem, si pietatem patri debitam non*

(*) Università degli Studi di Perugia.

agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis, artiore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris. PP. V ID. DEC. ALBINO ET MAXIMO CONSS. [a. 227]

La fattispecie che dà origine alla decisione imperiale è quella di un *filiusfamilias* il quale pare volere considerare come proprie le *res* fatte acquistare al padre. Dopo avere confermato il principio per cui al sottoposto alla *potestas* non è consentita l'alienazione di beni che sono entrati a fare parte del patrimonio del *paterfamilias*, la disposizione continua riconoscendo al padre la facoltà di castigare il figlio che non gli dimostri il dovuto rispetto e termina introducendo una particolare disciplina per il caso in cui, di fronte all'ostinazione del figlio, la misura della punizione paterna dovesse eccedere il limite di una usuale *castigatio*⁽¹⁾. In tal caso il padre dovrà richiedere l'intervento del *praeses provinciae* affinché sia quest'ultimo ad emettere apposita sentenza.

2. — *L'interpretazione della disposizione severiana.*

La costituzione di Alessandro Severo riveste una notevole importanza, ove si consideri il potere paterno sul figlio *in potestate*. In essa, infatti, si dispone circa l'esercizio della potestà da parte del padre e viene riconosciuto come necessario l'intervento dell'autorità dello Stato in una sfera ritenuta privata⁽²⁾.

⁽¹⁾ Per M. BOARI, *La coercizione privata nella Magna Glossa. Tracce fra diritto e violenza*, Milano, 2007, p. 21: «Un castigo con limiti che appaiono forse propri della sua qualità, senza misurazione di quantità».

⁽²⁾ Cfr. la lettura riportata da W. SELB, *Vom ius vitae necisque zum beschränkten zuechtigungsrecht und zur magistratischen zuechtigungshilfe*, in *Irish Jurist*, 1, 1966, p. 137, del passo del Libro siro-romano di diritto L §68 (Wenn ein Mann von seinem Sohn oder von seinem Söhnen (Kindern) eine schlechte Behandlung erfahren hat, oder wenn die Söhne (Kinder) schlimme Taten vollbringen, so darf eben der Mann diese wegen der begangenen Frevel beim *praeses provinciae* tadeln ...). L'A. si esprime peraltro nel senso che tale testo non consenta di pervenire a conclusioni sicure circa l'obbligatorietà del ricorso all'autorità statale (*ibidem*, p. 147 s.).

Proprio per questa sua portata innovativa rispetto alla concezione di un potere paterno esplicabile sui sottoposti senza mediazioni da parte di quelle che oggi si potrebbero definire agenzie extrafamiliari, molti sono coloro che ritengono interpolato il testo nella parte in cui si impone al padre di deferire, per colpe gravi, il figlio al preside della provincia per la pronuncia di una sentenza. Fra questi, il Bonfante rilevava come l'interpolazione della parte finale (*artiore remedio ... volueris*) sia evidenziata dalla disarmonia con quanto precede e dallo stile del discorso⁽³⁾. Anche il Ferrini sosteneva la non autenticità della chiusa della costituzione, riferendo l'obbligo della pronuncia della sentenza del funzionario al diritto giustiniano⁽⁴⁾.

Il Biondi si è soffermato sul fatto che, dal testo, si desume che l'esercizio della *patria potestas* «si configura come sanzione della trasgressione della *pietas* dovuta verso il genitore, mentre, secondo la concezione romana, rappresenta un diritto indipendente dalla condotta del *filius*»⁽⁵⁾, inoltre nota come non vi sia connessione alcuna tra il divieto imposto al *filius* di alienare cose che egli ha acquistate al *pater* e la *castigatio iure patriae potestatis*. Si può osservare, però, che la concezione romana, postulata dal Biondi, poco si accorda anche con gli interventi di Traiano e Adriano⁽⁶⁾, volti a reprimere l'uso sconsiderato del potere paterno. Quanto alla mancanza di collegamento, a parte la forma “condensata” della costituzione, probabilmente in origine più ricca di dettagli,

⁽³⁾ Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia* (1925), rist., Milano, 1963, p. 111. L'A. indica come sospetti, in particolare, i termini *usurus*, *oblaturus*, *dicturo*. V. altresì ID., *Il “ius vendendi” del “paterfamilias” e la legge 2, Codice 4,43, di Costantino* (1906), ora in *Scritti giuridici vari*, 1, Torino, 1916, p. 64, nt. 2. Ugualmente C. LONGO, *Corso di diritto romano*, IV. *Diritto di famiglia*, Milano, 1934, p. 182.

⁽⁴⁾ Cfr. C. FERRINI, *Manuale di Pandette* (1900), 4^a ed. a cura di G. Grosso, Milano, 1953, p. 674, nt. 2.

⁽⁵⁾ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano, 1954, p. 44.

⁽⁶⁾ D. 37.12.5 (PAP. 11 quaest. *Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adflicebat, coegit emancipare. Quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Nneratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est*); 48.9.5 (MARCIAN. 14 instit. *Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*).

la circostanza di alienare le *res adquisitae* è pur sempre un comportamento irrispettoso del figlio nei confronti del padre, per cui può non essere così sorprendente l'enunciazione di un principio di carattere generale⁽⁷⁾.

Il Biondi, ancora, ha posto in risalto quella da lui considerata come l'anomalia del fatto che il figlio verrebbe consegnato al *praeses provinciae* perché questi dia quella sentenza che il padre stesso avrebbe voluto pronunciare. In modo analogo il Longo osservava che «dal punto di vista sostanziale, l'interpolazione è rivelata dall'osservare che in diritto classico un magistrato non poteva essere chiamato a pronunciare quella sentenza che sembrasse più gradita al padre»⁽⁸⁾.

Nel senso che, invece, Alessandro Severo riconoscesse al padre un vero e proprio potere di dettare al *praeses provinciae* la sentenza richiesta dalla disciplina domestica si esprimevano il Troplong⁽⁹⁾ e il Perozzi. Quest'ultimo,

⁽⁷⁾ Osserva G. CICOGNA, *La patria potestà in diritto romano*, in *Studi Senesi*, 59, 1945, p. 132 che «da seconda parte costituisce la logica prosecuzione, il completamento quasi necessario della precedente: *alienare non potuit*; era naturale che si contemplasse l'ipotesi della persistenza, anzi è quella che si doveva precisamente prevedere, per l'altra è come implicito, sottinteso».

⁽⁸⁾ G. LONGO, *Diritto romano*, III. *Diritto di famiglia*, Roma, 1940, p. 41. Così anche G. CICOGNA, *La patria potestà*, cit., p. 132, il quale finisce per riconoscere l'interpolazione della parte finale della costituzione, ma questo non per la presenza degli infiniti futuri, «che si riconducono del resto al precedente, quanto perché non è pensabile che nell'età classica l'autorità statale dovesse (...) attenersi al giudizio della volontà del padre».

⁽⁹⁾ Cfr. M. TROPLONG, *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1843, p. 262. L'A. mette in risalto da una parte la tendenza accentratrice della forma costituzionale imperiale che mal sopporta di vedere conservata nelle mani dei privati un'autorità che per il suo contenuto deve essere adesso riservata agli organi dell'impero, e dall'altra la mitigazione degli antichi costumi, la quale porta ad avvertire come intollerabile il sacrificio dei più cari affetti familiari. In questa prospettiva l'antico *ius vitae ac necis* appare, all'A., definitivamente estinto, nella realtà, fin dai tempi di Augusto, il quale, come riferisce Seneca (*De clementia* 1.14), a stento riuscì a salvare il cavaliere Erissonne, che aveva dato la morte al figlio a colpi di frusta, dalle mani della folla indignata. L'episodio starebbe a testimoniare che l'esercizio dell'estremo potere da parte di un padre nei confronti del proprio figlio suscita la generale riprovazione in un ambiente che sente come valore fondamentale il vincolo della generazione da cui deve scaturire non un dispotico dominio, ma una prudente autorità. Se tale potere ancora rimane sulla carta, non sarà tuttavia che una lettera morta. L'adeguamento della legge alla realtà dei costumi avverrà in seguito: così dunque questo diritto cesserà di esistere dai tempi di Traiano e di Alessandro Severo, allorché il diritto

tuttavia, pur riconoscendo la genuinità del testo, non ne faceva discendere la scomparsa del diritto paterno, ma, invece, la sua subordinazione alla pronuncia dell'autorità statale, conforme alla volontà del padre⁽¹⁰⁾.

Tuttavia – credo – l'espressione *sententiam quam tu quoque dici volueris* non necessariamente è da interpretare nel senso della pedissequa conformità del contenuto al volere del padre, potendosi diversamente intendere, ad esempio, nel senso della *aequitas*: nel dare la sentenza, il funzionario si sostituirà, cioè, al padre nella valutazione dei fatti, garantendo l'equità della pronuncia, agendo allo stesso modo in cui si sarebbe comportato (o avrebbe dovuto comportarsi) il padre.

Muovendo proprio dal punto di vista di una minore incidenza della volontà paterna sulla pronuncia della pubblica autorità, il Glück riteneva che al padre, spogliato del *ius vitae ac necis*, fosse stato riservato un certo «diritto di assenso, per cui, intercedendo, può ottenere un inasprimento o una mitigazione della pena pronunciata [dal magistrato]»⁽¹¹⁾; in seguito il Voci ha sostenuto che il giudice dovesse pronunciare una sentenza alla quale, però, il padre acconsentisse; ritenendo che al padre sia permesso, al massimo, di suggerire la sentenza, mentre «la punizione che raggiunga una certa gravità è lecita solo all'autorità pubblica»⁽¹²⁾. In entrambi i casi si vede nella

del *paterfamilias* verrà ridotto alla possibilità di modiche correzioni (C. 8.46.3); ma, insiste il Troplong, richiamando il Gotofredo, i costumi, più che le leggi, ne avevano fatto giustizia fin da prima (cfr. *ibidem*, p. 259, nt. 1).

⁽¹⁰⁾ Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* (1928, 2^a ed.), I, reint., Milano, 1947, p. 424, nt. 1. Analogamente non concludeva nel senso del venir meno del potere del *pater* T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 618, che pur parlava di concorso del padre e dell'autorità competente per la repressione delle mancanze di maggior gravità, commesse dal *filiusfamilias* (*ivi*, nt. 3). Così anche E. SACHERS, *Potestas patria*, in *PWRE*, 22/1, Stuttgart, 1953, p. 1087, il quale afferma che, sotto il Principato, la punizione potesse “verosimilmente” essere richiesta dal *paterfamilias* davanti al tribunale statale.

⁽¹¹⁾ F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld* (1790-1830), trad. it. di C. Ferrini: *Commentario alle Pandette*, 1, Milano, 1888, p. 592.

⁽¹²⁾ P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31, 1980 (ora anche in *Studi di diritto romano*, 2, Padova, 1985), p. 70. La raffigurazione può apparire un po' ambigua, anche perché rimane indeterminato in che cosa consista il “suggerire la sentenza”, ma la sostanza rimane quella di una sentenza che ricalchi gli intendimenti del padre. Su

disposizione di Alessandro Severo – come già del resto faceva il Gotofredo⁽¹³⁾ – il segno del tramonto del diritto di vita e di morte del padre, al quale rimane solamente un diritto di correzione⁽¹⁴⁾. Un'obiezione potrebbe, in ipotesi, derivare dall'uso della locuzione *castigare iure patriae potestatis non prohiberis*. Se infatti con essa si dovesse intendere come consentita l'uccisione del *filius*, si dovrebbe effettivamente ritenere interpolata l'ultima parte della costituzione (da *artiore remedio* in poi). In realtà l'espressione non pone ostacoli di rilievo. Nessun autore ha fatto leva sull'uso del verbo *castigare*, in quanto esso può ben coesistere con il resto del testo. *Castigare*, infatti, presuppone la *castigatio*, che è cosa diversa dal *supplicium*, cioè la messa a morte. La costituzione, perciò, non impedisce al padre di infliggere *castigationes*, in base alla patria potestà, ma, se si renderanno necessarie misure più drastiche, egli è tenuto a rivolgersi al *praeses provinciae*.

Ora, ciò che a me pare rilevante nella costituzione in esame è l'affermazione,

questa linea si pone C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, 1, Roma, 1994, p. 175, e tuttavia, la traduzione dalla medesima proposta (*ivi*, nt. 182: «non ti si vieta di castigarlo [il figlio] per diritto di patria potestà, se non dimostra il filiale rispetto che si deve al padre, potrai usare rimedio più drastico, se persevererà in simile ostinazione, e lo potrai condurre al governatore provinciale, che emetterà la sentenza che anche tu avrai voluto che fosse emessa») potrebbe lasciare intendere che il padre avesse l'alternativa fra punire egli stesso “e” portare davanti al giudice. In quest'ultima direzione appare orientato W. SELB, *Vom ius vitae necisque*, cit., p. 147 s., seguito da J. GEBHARDT, *Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart*, Köln-Weimar-Wien, 1994, p. 162 s., per cui l'intervento statale si potrebbe intendere come un sostegno offerto ad un padre troppo debole. Che cosa stia esattamente chiedendo il padre, Artemidoro, all'imperatore, «What punishments may Artemidorus inflict on his son and for what must he rely on the provincial governor», e ancora «How broad is the governor's discretion in terms of assessing the nature of the offense» ci si domanda in B.W. FRIER, T.A.J. MCGINN, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford-New York, 2004, p. 202 s.

⁽¹³⁾ Il quale affermava: «*Certe sub Alexandro Severo abrogatum [ius vitae et necis] penitus fuisse colligitur*» (J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, (1655), editio IX, Lipsiae 1736-1745, 1, p. 406).

⁽¹⁴⁾ Nella stessa prospettiva si colloca B. SANTALUCIA, *Omicidio*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 894, nt. 90. E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, II. *Le droit classique et le droit du bas-empire*, Paris, 1902, p. 120, affermava che nel III secolo non rimaneva al padre che un semplice potere di correzione, in seguito all'obbligo imposto da Alessandro Severo di interpellare il *praeses provinciae*.

da parte dell'imperatore, di un obbligo di deferimento all'autorità del figlio che si sia macchiato di colpe gravi e tali da comportare l'applicazione di una misura repressiva estrema. Questo, se pur non rappresenta, come asserisce l'Albanese, una formale abrogazione del *ius vitae ac necis*, ne costituisce, comunque, un sostanziale svuotamento⁽¹⁵⁾. D'altra parte, appare incongruo ritenere che, in presenza di simili interventi imperiali, possa continuare a sussistere inalterato l'antico diritto del *pater*. Perplessità potrebbero nascere dal fatto che manca la puntualizzazione di un regime repressivo riguardante l'uccisione del figlio da parte del padre, ma è chiaro che, adesso, il comportamento consono ai tempi e agli intendimenti imperiali è quello del genitore che conduca il figlio davanti all'autorità pubblica, non più quello di chi, con le proprie mani, lo metta a morte.

Può essere che la nuova disciplina rimanesse sfornita di precise sanzioni, continuando, magari, ad affidarsi, come per il passato, a sporadici interventi repressivi da parte dell'imperatore. Ciò che cambia è la prospettiva: se prima occorreva porsi nell'ottica di un'azione di contrasto verso il cattivo uso di un diritto⁽¹⁶⁾ oppure verso il mancato rispetto di una prassi prevista dal costume⁽¹⁷⁾; adesso è da rilevare la non conformità rispetto ad una regola da seguire riguardo a qualsiasi mancanza che possa indurre alla uccisione del figlio proprio⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. B. ALBANESE, *Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, 3, Milano, 1948 (ora anche in *Scritti giuridici*, 1 [=Il Circolo Giuridico "L. Sampolo", 47/1], Palermo, Palumbo, 1991), p. 364.

⁽¹⁶⁾ Così F. GLÜCK, *Commentario*, 1, cit., p. 591; M. ROBERTI, "Patria potestas" e "paterna pietas", in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, 1, Padova, 1935, p. 261; M.A. DE DOMINICIS, *Spunti in tema di «patria potestas» e cognazione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, 1, Milano, 1967, p. 574.

⁽¹⁷⁾ Cioè la convocazione del *consilium domesticum*, come sostengono P. BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 105; E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 85, 1948, p. 144; F. DE MARTINO, *Famiglia*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 45.

⁽¹⁸⁾ Osserva J.R. ROBLES REYES, *La Competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Murcia, 2003, che la costituzione si presenta come un esempio di coordinamento tra l'attività del *paterfamilias* nell'esercizio della patria potestà e l'attività della amministrazione della giustizia.

3. — *L'esercizio del potere paterno in D. 48.8.2.*

In proposito viene altresì in considerazione una testimonianza di Ulpiano:

D. 48.8.2. ULP. 1 de adult. *Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet.*

Questo frammento di Ulpiano non ha mancato di suscitare opposte prese di posizione da parte della dottrina. Vi è infatti chi vi riscontra, evidenti, i segni di un rimaneggiamento da parte dei compilatori e chi, al contrario, lo ritiene interamente autentico. Ovviamente dalle diverse interpretazioni, circa la genuinità, derivano conclusioni differenti riguardo alla portata del potere del *pater* e all'ingerenza dell'autorità statale nel suo esercizio all'epoca del giurista.

Per l'interpolazione del testo è il Mommsen⁽¹⁹⁾ e con lui il Ferrini⁽²⁰⁾. Della stessa opinione è il Bonfante⁽²¹⁾, il quale osserva che l'inciso *sed accusare*

⁽¹⁹⁾ Cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 618, nt. 4.

⁽²⁰⁾ Cfr. C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, cit., 673 s.: «Sospetto è un passo di Ulpiano (...) secondo cui il padre non potrebbe uccidere il figlio, ma dovrebbe accusarlo *apud praefectum praesidemve provinciae*: le interpolazioni sono tanto più credibili, in quanto che per diritto cristiano il *ius vitae et necis* è stato veramente tolto al *paterfamilias*».

⁽²¹⁾ Cfr. P. BONFANTE, *Il "ius vendendi" del "paterfamilias" e la legge 2, Codice 4, 43, di Costantino* (1906), ora in *Scritti giuridici vari*, 1, Torino, 1916, p. 64, nt. 2; ID., *Corso*, I, cit., p. 111. Sulla scia degli autori citati si collocano anche F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934), trad. it. di V. Arangio-Ruiz: *I principii del diritto romano*, Firenze, 1949, p. 172, nt. 51; C. LONGO, *Corso di diritto romano*, IV. *Diritto di famiglia*, Milano, 1934, p. 181; E. SACHERS, *Potestas patria*, cit., p. 1087; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 36, nt. 128; E. PÖLAY, *Das 'regimen morum' des Zensors und die sogenannte Hausgerichtsbarkeit*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 3, Milano, 1971, p. 294 e, ivi, nt. 71. Cfr. altresì G. LONGO, *Diritto romano. Diritto di famiglia*, 2ª ed., Roma, 1953, p. 41, il quale afferma che «il (...) testo è interpolato in tutta la sua seconda parte, dalle parole *sed accusare* sino alla fine. Questa seconda parte del testo afferma che, in ogni caso in cui creda colpevole un proprio figlio, il padre lo deve deferire al magistrato; invece nella prima parte del testo, si dice che il padre non può uccidere il figlio *inauditum*, il che porta a supporre, logicamente, che l'uccisione è permessa quando il figlio sia stato giudicato con le forme del consiglio domestico»; v. ID., *Patria potestà*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 576. Considera autentica la sola prima parte del frammento (*inauditum ... potest*) J.D. CLOUD, *Parricidium: from the lex Numae to the*

... *debet* non rappresenta una spiegazione di ciò che precede, in quanto la dichiarazione che il padre non può uccidere il figlio senza averlo udito «allude chiaramente al giudizio domestico», mentre dall'aggiunta risulta che «è il giudizio pubblico sostituito senz'altro al giudizio paterno o almeno ad esso aggiunto»⁽²²⁾.

Incerto è il Perozzi, secondo cui il passo potrebbe essere genuino, accettando l'idea di un diritto del padre subordinato alla pronuncia dell'autorità⁽²³⁾. Il Biondi, tuttavia, nota come il principio che emerge dal passo sia quello di una piena sostituzione della giurisdizione pubblica a quella privata, e proprio per questo non esita ad attribuirlo ad una manipolazione giustiniana, la quale risulterebbe confermata dalla ambigua redazione del testo, di fronte a cui l'A. si domanda: «Il *pater* può uccidere il figlio dopo averlo ascoltato, o deve in ogni caso accusarlo dinanzi il prefetto o preside affinché sia ascoltato?»⁽²⁴⁾.

Vi è chi interpreta il testo in maniera tale che da esso risultino concesse, in alternativa l'una all'altra, entrambe queste possibilità. Il Kunkel⁽²⁵⁾, ad esempio, propone una diversa ricostruzione del passo, per cui risulterebbe che:

inauditum filium pater occidere non potest, sed 'cognoscere de eo cum amicis vel' accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet.

Il padre, cioè, nel caso in cui si veda costretto ad esercitare il diritto di uccidere deve procedere alla convocazione del *consilium domesticum*⁽²⁶⁾, oppure

lex Pompeia de parricidiis, in *ZSS*, 88, 1971, p. 52 s. e, ivi, nt. 58, ricollegandola alla necessità del rispetto delle forme, da realizzarsi attraverso la convocazione del *propinquorum consilium*, e considerando quindi riconosciuto al *pater* il *ius vitae ac necis* anche al tempo di Ulpiano. Così sembrano orientati anche P. JÖRS, *W. KUNKEL, Römisches Privatrecht*, 3. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, p. 289 e, ivi, nt. 4; e R. MARTINI, *Sulla costituzione di Costantino in tema di parricidio (C. Th. 9,15,1)*, in *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti II Convegno internazionale*, Perugia, 1976, p. 107.

⁽²²⁾ P. BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 111.

⁽²³⁾ Così S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 424, nt. 1.

⁽²⁴⁾ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 38.

⁽²⁵⁾ Cfr. W. KUNKEL, *Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS*, 83, 1966, p. 249.

⁽²⁶⁾ Come è risaputo, la discussione intorno al cosiddetto tribunale domestico, alla sua

esistenza e alla sua funzione è ampia e variegata. Molti sono gli studiosi che considerano operante un tribunale domestico con propria giurisdizione che il *paterfamilias* era tenuto a convocare nel caso in cui si trattasse di giudicare i figli. Su questa linea, sia pure con varietà di sfumature, si collocano R. DE FRESQUET, *Du tribunal de famille chez les Romains*, in *Revue Historique de Droit français et étr.*, 1, 1855, p. 125 s., secondo cui il tribunale domestico avrebbe limitato l'esercizio della *patria potestas* «quand elle dépassait certains limites»; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee* (1911), 2ª ed., Torino, 1925, p. 77; ID., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, p. 71, per il quale al cosiddetto tribunale domestico spettava il giudizio sui casi più gravi che importassero l'esercizio dell'estremo potere del *paterfamilias* nonché, prima dell'emanazione della *lex Pompeia de parricidiis*, la giurisdizione sui casi di uccisione dei prossimi congiunti (rilevato, quest'ultimo, che trova l'adesione di F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938, p. 493); P. BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 98, che vede il diritto punitivo del *paterfamilias* come «esercizio di un impero giurisdizionale», le cui forme «sono quelle di un giudizio pubblico; come il magistrato ha un *consilium* di sua libera scelta, così il *paterfamilias* convoca all'uopo un *consilium necessarium* (...) ed ha luogo un vero giudizio, *iudicium domesticum*»; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 425; R. DÜLL, *Iudicium domesticum, abdicatio und apokeryxis*, in *ZSS*, 63, 1943, p. 54 s. (in particolare pp. 57-70); G. WESENER, *Iudicium domesticum*, in *PWRE*, suppl. 9, Stuttgart, 1962, p. 373 s.; W. KUNKEL, *Das Konsilium*, cit., p. 219 s.; A. BALDUCCI, *Intorno al iudicium domesticum*, in *Arch. giur.*, 191, 1976, p. 69 s., il quale afferma che il *iudicium domesticum* «era una peculiare estrinsecazione della *potestas* [paterna], nel senso che essa si esercitava con atti, procedura e decisioni analoghe a quelle giudiziarie» (*ivi*, p. 88); A. RUGGIERO, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 4, Napoli, 1984, p. 1593 s. Vedono come necessaria la convocazione del *consilium*, specificando, però, che il *paterfamilias* non fosse vincolato dal parere da questo espresso, P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, trad. it. della 4ª ed. di C. Longo: *Manuale elementare di diritto romano*, Milano, 1909, p. 150; L. WENGER, *Hausgewalt und Staatsgewalt in römischen Altertum*, in *Miscellanea Francesco Ehrle. Scritti di Storia e di Paleografia*, II. *Per la storia di Roma*, Roma, 1924, p. 34. Orientato in questa direzione appare anche F. DE MARTINO, *Famiglia*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 44. Diversamente V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., rist., Napoli 1981, p. 475, secondo cui «[il costume] vietò al *pater* di uccidere il figlio se non fosse stato riconosciuto colpevole da un tribunale di stretti parenti»; F. BEER, *In tema di 'iudicium domesticum', tra 'familia' romana e moderne forme di collegialità domestica*, in *Annali dell'Università degli Studi del Molise*, 10, 2008, p. 309 s. Più incerta M.J. BRAVO BOSCH, *El 'iudicium domesticum'*, in *Revista General de Derecho Romano*, 17, 2011, p. 1 ss., la quale conclude che «el *iudicium domesticum* era un órgano consultivo, no un tribunal, (...) pero cuyo carácter preceptivo en todos los casos no nos parece acertado» (v. altresì ID., *El tribunal familiar en Derecho Romano*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 1, 2011, p. 15 ss.). Ai *mores* riconducono l'uso di consultare il *consilium* G. LONGO, *Diritto romano*, III. *Diritto di famiglia*, Roma, 1940, p. 38; P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano* (1948), 4ª ed., Roma, 1969, p. 132; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Patria potestà*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano,

1982, p. 243, il quale precisa che «in età assai più avanzata (...) l'esigenza di una garanzia formale nella punizione del figlio, garanzia realizzata appunto nella forma del *iudicium*, portò a colpire penalmente il *pater* che non avesse rispettato tali requisiti»; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, 8ª ed., Catania, 1992, p. 154. Un cenno a parte è da fare all'opinione espressa da T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 16 ss. Egli non nega che in forza di un uso generalmente accolto in Roma, i casi di più gravi accuse contro i figli in potestà potessero essere decisi dal *pater* con l'assistenza di persone fidate, ma specifica che una decisione assunta in tal modo non poteva essere considerata come un giudizio nel senso giuridico del termine e che, di conseguenza, non avrebbe ostacolato l'eventuale esercizio di un'azione pubblica (*ivi*, p. 26). Il Mommsen, tuttavia, nota una sorta di complementarità fra l'elemento pubblico e quello privato, infatti – egli afferma –, per quanto la procedura che si svolge davanti al capo della *domus* non appartenga al diritto penale, il potere domestico del *pater* concorre in parte con il diritto di repressione statale e in parte lo completa (*ivi*, p. 17). Per M. KASER, *Das Römische Privatrecht* (1955), 1, 2. Aufl., München, 1971, p. 62 s., il tribunale domestico non ha niente a che fare con la giurisdizione statale, costituendo, invece, un'autonoma manifestazione dell'amministrazione della giustizia nella sfera domestica. Esso non sarebbe, pertanto, «weder (...) blöBes Brauchtum anzunehmen noch eine vom Staat delegierte Gerichtsbarkeit» (*ivi*, p. 63, nt. 24). Il Kaser, poi, come il Mommsen, richiama l'attenzione sul fatto che l'espressione *iudicium domesticum* non appare conforme alle fonti. A un dovere di carattere morale circa la consultazione del *consilium necessariorum* o *propinquorum* pensa R. JHERING, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, trad. franc. de la 3^e éd. par O. De Meulenaere: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 2, Paris, 1886, p. 213, il quale avverte che «la convocation des parents pour l'exercice du *jus necis ac vitae* n'était (...) pas juridiquement prescrite, mais il était en règle générale périlleux de s'y soustraire». Non riconosce l'esistenza di un tribunale domestico avente propria giurisdizione, come noto, E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico*, cit., p. 103 ss., il quale nega carattere giurisdizionale al supposto *iudicium domesticum*, pur non disconoscendo del tutto, in definitiva, la possibilità dell'operare di fatto di un eventuale consiglio di famiglia quando il *pater*, a propria discrezione, lo convochi. Su posizioni affini si era, in fondo, collocato già G. CORNIL, *Contribution à l'étude de la patria potestas*, in *Nouv. Revue Historique de Droit français et étr.*, 21, 1897, p. 465, secondo cui «Le conseil de parents ou amis n'était ni officiel ni obligatoire; sa composition était abandonnée aux circonstances du moment; le chef de famille était toujours libre de réunir le *consilium* ou de s'en dispenser». Cfr. anche A. ESMEIN, *Le délit d'adultère a Rome et la loi Julia de adulteris*, in *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris, 1886, p. 77 («le *paterfamilias* s'entourait aussi habituellement du *concilium* des parents; mais il ne semble pas que ce fut pour lui une nécessité absolue»); G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, 2, 2ª ed., Firenze, 1960, p. 8 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 2, nt. 4, secondo cui «non esiste né giurisdizione né tribunale domestico come istituzione giuridica, paragonabile alla giurisdizione ed ai tribunali dello Stato. Ma non è da escludere che, in linea di fatto, il *pater* sentisse i suggerimenti di altre persone prima di prendere gravi provvedimenti»; J. GAUDEMET, *Le droit privé*

romain, Paris, 1974, p. 17, nt. 1; C. FAYER, *La familia*, cit., p. 130 s.; I. PIRO, «*Usu* in manum convenire», Napoli, 1994, p. 86 s. (ma anche pp. 76-81), che si esprime nel senso di un'assoluta assenza nella concezione originaria dell'esercizio della *potestas* paterna di una qualunque forma di mediazione interna al gruppo. L'A, però, distinguendo *vitae necisque potestas* e facoltà di mettere a morte l'*uxor in manu*, ritiene che la prima non sia esposta a limiti procedurali, ma subordinata soltanto alla sussistenza di una *insta causa*, mentre la seconda presupponga la preventiva autorizzazione da parte del *consilium domesticum*. Sul problema del rapporto tra giurisdizione domestica e giurisdizione statale nel caso in cui il fatto imputato al familiare fosse perseguibile tramite *iudicium publicum*, si veda, in particolare, C. RUSSO RUGGERI, '*iudicium domesticum*' e '*iudicium publicum*' in *Cic. de fin.* 1.7.24, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 75, 2009, p. 515 ss., e, soprattutto, ID. *Ancora in tema di iudicium domesticum*, in *Iuris Antiqui Historia*, 2, 2010, p. 51 ss., in cui l'A., al termine della sua analisi delle testimonianze, rileva come l'intervento del padre o dei parenti «non sembra mai essere stato finalizzato a scavalcare lo Stato o a sottrarre il colpevole alle conseguenze della giustizia pubblica» e sostiene che fra la giurisdizione statale e quella domestica non vi fosse concorrenza alcuna e che per i fatti soggetti a pubblica repressione «il *iudicium domesticum*, o comunque un qualunque altro intervento del padre, del marito o dei parenti nell'*iter* processuale pubblico, non sarebbe stato possibile (...) se non in presenza di un'apposita delega in tal senso», non avendo al riguardo, il padre e i parenti, «una piena giurisdizione, capace di sostituirsi alla giurisdizione statale». Invita a non porre «gli interventi del gruppo familiare, rispetto alle azioni delle *personae alieni iuris*, in necessario antagonismo o giustapposizione (...) rispetto all'intervento degli organi della giurisdizione statale alla repressione criminale pubblica», N. DONADIO, *Iudicium domesticum, riprovazione sociale e persecuzione pubblica di atti commessi da sottoposti alla patria potestas*, in *Index*, 40, 2012, p. 175 ss., secondo cui dall'analisi dei testi non emerge «una giurisdizione del *pater familias* fine a se stessa, concorrente o parallela a quella statale», ma «una facoltà d'intervento (...) a tutela degli interessi del gruppo familiare». Per osservazioni circa l'esistenza di un principio che preveda la consultazione di un *consilium*, tanto *publicum* quanto *domesticum*, nell'esercizio di poteri repressivi v. G. CRIFÒ, *Sul "consilium" del magistrato*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 29, 1963, p. 305 s. Sul tribunale domestico v., inoltre, A. GUARINO, *Extravaganti e bricchiere 11. Il 'iudicium domesticum'* (1967), in *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli, 1995, p. 538 ss.; E. PÓLAY, *Das 'regimen morum'*, cit., p. 263 ss.; M. WURM, *Apokeryxis, Abdicatio und Exhereditatio*, München, 1972, p. 62 s.; W.K. LACEY, *Patria potestas*, in *The Family in Ancient Rome*, ed. B. Rawson, London-Sidney, 1986, p. 137 s.; Y. THOMAS, *Remarques sur la jurisdiction domestique à Rome*, in *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine. Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986 (Paris, Maison de sciences de l'homme)*, Rome, 1990, in part. p. 452 s.; C.F. AMUNATEGUI PERELLÓ, *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*, Madrid, 2009, p. 114 ss.; P.O. CUNEO, *Hausgericht ('iudicium domesticum')*, in *Handwörterbuch der antiken Sklaverei*, Lieferung I-II (CD-ROM), Stuttgart, 2008; E.K.E. VON BÓNÉ, *The Roman family court ('iudicium domesticum') and its historical development in France and the Netherlands*, in *Osaka University Law Review*, 60, 2, 2013, p. 25 ss.

alla consegna del figlio colpevole all'autorità statale⁽²⁷⁾; ciò che non può fare è il mettere a morte il figlio senza dargli l'opportunità di essere ascoltato in un giudizio.

Il Guarino, sempre sostenendo che il frammento preveda due possibilità, contesta, però, che Ulpiano, nella prima parte, faccia allusione al tribunale domestico; ma, egli osserva, il giurista «si limita a segnalare l'obbligo posto dal *ius novum* imperiale, di esercitare il *ius vitae ac necis* solo dopo aver ascoltato le ragioni del figlio, oppure di deferire quest'ultimo al giudizio *extra ordinem* del *praefectus* o del *praeses provinciae*. Del *iudicium domesticum* in Ulpiano non vi è traccia, né necessità»⁽²⁸⁾.

Tale interpretazione sembrerebbe essere condivisa, in un primo momento, dal Rabello⁽²⁹⁾. Tuttavia egli, subito dopo, avverte che, data la provenienza del passo da un *liber de adulteriis*, «pare preferibile ritenere che il testo ulpiano si riferisse alla punizione del figlio adultero vietando al padre di uccidere *inauditus* (...) il proprio figlio. Se tale interpretazione è esatta, risulta evidente che il testo ulpiano si riferisce a un caso particolare, cioè all'adulterio del figlio, e non riguarda quindi la *vitae necisque potestas* in generale»⁽³⁰⁾. Senonché, a tale proposito, il Biondi osservava come non potesse trattarsi del figlio adultero, in quanto avrebbe dovuto supporre un adulterio commesso tra fratello e sorella, «giacché il *pater* può uccidere solo la figlia adultera insieme al drudo»⁽³¹⁾. D'altra parte, si può ipotizzare,

⁽²⁷⁾ Dubbiosa E.K.E. VON BÓNÉ, *The Roman family court*, cit., p. 31: «According to Kunkel, the makers of the Digests might have deleted the words *sed cognoscere de eo cum amicis* before *accusare eum*? We don't know, because the text doesn't mention it». Non prende posizione C.F. AMUNATEGUI PERELLÓ, *Origen*, cit., p. 117 s., che assume il passo per «descartar que el *ius vitae necisque* pueda ejercerse arbitrariamente».

⁽²⁸⁾ A. GUARINO, rec. a W. Kunkel: *Das Konsilium im Hausgericht*, in *Labeo*, 13, 1967, p. 124. Che il passo non deponga a favore dell'esistenza del tribunale domestico è affermato da E. VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico*, cit., p. 145.

⁽²⁹⁾ Cfr. A.M. RABELLO, *Effetti personali della "patria potestas"*, 1, Milano, 1979, p. 145 s.

⁽³⁰⁾ A.M. RABELLO, *Effetti personali*, cit., p. 146. Cfr. anche W. SELB, *Vom ius vitae necisque*, cit., p. 139 s. Già G. CICOGNA, *La patria potestà*, cit., p. 131, aveva osservato: «la figlia sì in quelle determinate circostanze; il figlio invece, magari con la *noverca*, no».

⁽³¹⁾ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 38.

come il Voci, che Ulpiano dovesse esporre «l'eccezione per cui il padre può uccidere la figlia colta in flagrante; e questo gli dava occasione di ricordare la regola generale. I compilatori hanno estratto la frase dal suo contesto e l'hanno inserita nel titolo *ad legem Corneliam*; quindi hanno necessariamente mutilato l'originale; ma ciò non significa che ne abbiano travolto il senso»⁽³²⁾. La conclusione che ne discende è che al padre venisse imposto l'obbligo del deferimento all'autorità pubblica, tranne che nel caso della figlia adultera nelle particolari condizioni previste dalla *lex Iulia*.

Quanto all'interpretazione del passo, maggiormente persuasiva mi sembra quella proposta dallo stesso Voci, il quale nega l'interpolazione del testo e ravvisa che «il padre non può uccidere il figlio senza averlo sentito; ma lo deve (sentire e poi) deferire all'autorità; nel secondo membro l'ascoltare è sottinteso, perché il padre non può, senza conoscere in qualche modo i fatti, rivolgersi all'autorità»⁽³³⁾.

4. — *Conclusione.*

Ciò rappresenta una conferma di quel mutamento di prospettiva, di cui si ha traccia anche nel provvedimento di Alessandro Severo, per cui l'irrigazione di una punizione estrema, come l'uccisione di un figlio, viene vista come un atto che non può sfuggire del tutto ad un controllo statale⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ P. VOCI, *Storia*, cit., p. 71.

⁽³³⁾ P. VOCI, *Storia*, cit., p. 71. V. anche G. CIOGNA, *La patria potestà*, cit., p. 130: «*Inauditum* si rapporta ad *accusare*. Il padre non può uccidere il figlio, consequenzialmente, laddove non creda di passar sopra, dovrà deferire all'autorità statale». Secondo F. LONGCHAMPS DE BERIER, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego* (Wrocław, 2004), trad. it. G. Privitera, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, p. 52, se il padre non si fosse rivolto al giudice sarebbe andato incontro a una condanna per *calumnia*.

⁽³⁴⁾ Del pari l'ingerenza statale nel campo dei poteri disciplinari domestici emerge in altri passi ulpiane quali D. 16.9.3 (ULP. 1 de off. proc. *De plano autem proconsul potest expedire haec: ut obsequium parentibus et patronis liberisque patronum exhiberi iubeat: comminari etiam et terrere filium a patre oblatum, qui non ut oportet conversari dicatur, poterit de plano: similiter et libertum non obsequentem emendare aut verbis aut fustium castigatione*) e 37.15.1.2 (ULP. 1 opin. *Si filius matrem*

In quest'ottica il Girard affermava che «a datare dai tempi dei Severi l'antico diritto di vita e di morte è ridotto ad un diritto di infliggere di propria autorità leggere correzioni e di domandare al magistrato l'applicazione delle pene più gravi»⁽³⁵⁾. Il Costa, tuttavia, puntualizzava che ancora non si trovava «comminata una pena certa e fissa alle uccisioni dei figli da parte del padre, lasciandosi pur sempre al magistrato di pronunziarla via via, secondo i casi»⁽³⁶⁾. Dalle fonti esaminate sembra in effetti trasparire una situazione simile, nella quale l'autorità imperiale intende porre sotto osservazione le dinamiche interne al nucleo familiare laddove possa temersi l'esercizio estremo e arbitrario di una posizione di preminenza.

aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis adficit vel impias manus eis infert, praefectus urbis delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo eius vindicat).

⁽³⁵⁾ P.F. GIRARD, *Manuale*, cit., p. 152. In nt. 1 (*ivi*) l'A. precisa che: «Ulpiano, del tempo dei Severi, dice che se un figlio merita la morte, il padre non deve ucciderlo, ma deferirlo al magistrato, cui spetta decidere»; in ciò ricalcando G. CORNIL, *Contribution*, cit., 479, il quale affermava che «selon Ulpian le père ne peut de sa propre autorité tuer son fils; mais il doit le mettre en accusation devant le magistrat», sottraendo così al padre ogni autonomia di decisione. La stessa opinione è espressa da M. TROPLONG, *De l'influence du Christianisme*, cit., p. 259, nt. 1: «Ulpian (...) dit que le père ne doit pas tuer son fils coupable de quelque crime»; e, sostanzialmente, da E. CUQ, *Les institutions*, cit., p. 120. Secondo F. GLÜCK, *Commentario*, 1, cit., p. 591, fino dai tempi di Adriano si era fatta largo una concezione meno tirannica della patria potestà che aveva preso consistenza nell'emanazione di diversi senatoconsulti in tema di obblighi alimentari dei genitori verso i figli e che portò, sotto Alessandro Severo, al tramonto del diritto di vita e di morte. Ovviamente, per coloro che parlano di un obbligo di deferimento all'autorità pubblica vigente all'epoca dei Severi, il passo è interamente autentico. Così anche per B. ALBANESE, *Note sull'evoluzione storica*, cit., p. 363: «Ulpiano ci informa dell'obbligo che ha il padre di deferire il figlio al prefetto o al preside della provincia in caso di delitto che importi la condanna a morte. E, poco dopo, Alessandro Severo conferma quest'obbligo e lo estende a tutte le colpe gravi»; v. ID., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 250, nt. 192.

⁽³⁶⁾ E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, cit., p. 79. L'A. è dell'avviso che i Severi impongono al padre l'obbligo di sottoporre il figlio, per qualsiasi reato, al giudizio del magistrato, sostituendo «la giurisdizione dello Stato a quella classica della *familia*, a cui il *ius vitae et necis* era connesso». Secondo J. PLESCIA, *The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *RIDA*, 34, 1987, p. 286, durante il periodo classico il potere di vita e di morte del *paterfamilias* sui figli «though not abolished, yet was greatly discouraged in favor of the public authority».

ANDREA SASSI (*)

L'ACCERTAMENTO GIUDIZIALE DELLO STATO DI FIGLIO NEL SISTEMA ITALIANO (**)

ABSTRACT: The essay – starting from my contribution in the Convention «Filiazione, genitorialità e minori. Innovazioni normative e riforme annunciate» (Enna, June 2016, 10th-11th), organized in cooperation with the *Scuola Superiore della Magistratura*, and my speech in the *Scuola Centrale dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia* (Rome, December 2016, 3th) – analyses the actions of child's *status* in the perspective of protections of the individual based on three progressive levels: *a*) protection connected to the birth and, therefore, to the existence of individual; *b*) protection connected to the birth assessment and to the registration in the Civil Status Register; *c*) protection connected to the child's *status*.

SOMMARIO: 1. Accertamento e titoli costitutivi. – 2. Principi di attribuzione della discendenza. – 3. Caratteri e funzione delle azioni di stato. – 4. Prove della filiazione. – 5. Reclamo e contestazione. – 6. Ruolo del disconoscimento nel sistema di matrimonialità. – 7. Caratteri delle azioni di accertamento negativo. – 8. Azione per il mantenimento.

1. — *Accertamento e titoli costitutivi.*

Il tema dell'accertamento giudiziale della filiazione si è arricchito in Italia di numerosi spunti introdotti dalla recente riforma, attuata con l. 10 dicem-

(*) Università degli Studi di Perugia. Jean Monnet Project «Eurostatus»; Jean Monnet Modules 2013/2016 «Euplaw - Europeanization through Private Law Instruments», finanziati dall'Unione Europea, EACEA, nell'ambito del Programma «Jean Monnet - Lifelong Learning Programme».

(**) Il saggio costituisce una rielaborazione, sul tema delle azioni di stato, della relazione tenuta al Convegno di studi, organizzato in collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura, «Filiazione, genitorialità e minori. Innovazioni normative e riforme annunciate» (Enna, 10-11 giugno 2016), e dell'intervento alla Scuola Centrale dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia (Roma, 3 dicembre 2016).

bre 2012, n. 219 e con il successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014⁽¹⁾.

La predetta riforma ha inteso parificare lo stato di figlio a prescindere dal legame giuridico o affettivo che unisce gli autori della procreazione. Infatti, il nuovo art. 315 c.c. proclama solennemente che tutti i figli hanno il medesimo stato giuridico.

La norma naturalmente si riferisce ai quei figli il cui legame biologico (o, nei casi previsti dalla legge, affettivo) sia stato accertato in maniera diretta verso uno dei genitori o verso entrambi, cioè a dire con effetti costitutivi dello stato. Restano esclusi dal principio quei figli il cui legame biologico sia stato accertato soltanto in maniera indiretta, ai fini del riconoscimento dell'obbligo di mantenimento previsto dagli artt. 279, 580 e 594 c.c. a carico dell'autore della procreazione o dei suoi successori se questi è premorto. In questo caso, infatti, essendo l'accertamento prodromico al sorgere di un rapporto giuridico patrimoniale tra il figlio e il proprio genitore biologico (o i suoi successori), esso è meramente incidentale – rappresentando la *causa petendi* su cui si fonda la richiesta economica – e non ha effetti costitutivi dello *status* di filiazione, con la conseguenza che non è idoneo ad attribuirne la titolarità secondo i registri di stato civile, né a produrre gli effetti relativi al

⁽¹⁾ Sulla riforma, oltre ai trattati di A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, e di A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2015, v. per un commento organico: C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437 ss.; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013; R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013; M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014; G. BUFFONE, *Le novità del «decreto filiazione»*, Milano, 2014; G. CHIAPPETTA (a cura di), *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014; R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La filiazione*, Napoli, 2014; U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, (I parte) e (II parte), in *Corr. giur.*, 2014, pp. 540 ss. e 675 ss.; più di recente, R. AMAGLIANI, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 554 ss.; C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La nuova disciplina della filiazione*, Rimini, 2015; S. TROLANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma* (I parte) e (II parte), in *Studium iuris*, 2015, pp. 277 ss. e 389 ss.; per le voci enciclopediche, l'unica aggiornata alla riforma è di M. SESTA, *Filiazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Ann.*, VIII, Milano, 2015, p. 445 ss.

rapporto filiale tecnicamente inteso⁽²⁾.

La scelta del compilatore della riforma è stata quella di parificare soltanto il rapporto di filiazione, mantenendo tuttavia un notevole divario tra titoli costitutivi dello stato, a seconda che gli autori della procreazione siano o meno uniti in matrimonio.

Si ripropone così in materia di filiazione quella dicotomia tra *matrimonio-atto* e *matrimonio-rapporto*, dicotomia che potremmo qui individuare nelle due categorie della *filiazione-titolo* e della *filiazione-rapporto*. Mentre nella prima permangono differenze notevoli tra filiazione matrimoniale e non, nella seconda non vi sono più diversità, tanto che, una volta accertata la discendenza, non v'è più alcun interesse (art. 100 c.p.c.) a stabilire la natura della filiazione, essendo gli effetti del rapporto del tutto speculari, come dimostra l'abrogazione, ad opera della citata l. n. 219/2012, dell'istituto della legittimazione, ormai inutile.

La soluzione accolta dal legislatore di differenziare sostanzialmente i titoli costitutivi della filiazione può essere o meno condivisibile, ma essa va comunque considerata una scelta ragionevole, giusta il disposto dell'art. 30 Cost., che accorda particolare tutela alla famiglia legittima e alla sua unità affettiva⁽³⁾.

⁽²⁾ In questo senso, si è correttamente rilevato che l'art. 279 c.c. si connota per la sua neutralità con riguardo all'esclusività del contenuto patrimoniale che lo caratterizza, corrispondente alle conseguenze della responsabilità per il fatto biologico della procreazione: A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 460; v. *infra*, § 8.

⁽³⁾ La dottrina più autorevole ha correttamente sottolineato che la tutela costituzionale della famiglia legittima ha oggi un senso soltanto se riferita all'unità affettiva tra i membri che la compongono: A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 584. Sul tema v. inoltre P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 7 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 929 ss.; E. DEL PRATO, *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, 2, spec. p. 235.

In questo quadro si inserisce altresì la scelta del compilatore di limitare la legittimazione attiva al disconoscimento soltanto ai membri della famiglia legittima (art. 243 *bis*, 1° comma, c.c.), al contrario di quella relativa all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, possibile da parte di chiunque vi abbia interesse (art. 263, 1° comma, c.c.): v. *infra*, §§ 6 e 7.

Ciò posto, è necessario individuare la funzione che l'accertamento della filiazione svolge all'interno dell'ordinamento. Esso porta a compimento il sistema posto a tutela della persona umana, che trova attuazione secondo tre livelli, a seconda dell'accertamento compiuto in merito all'esistenza della persona stessa e dei suoi rapporti con altri soggetti cui è legata da discendenza biologica o affettiva (adozione, fecondazione eterologa, ecc.).

Così, esiste:

- a) una tutela di base derivante dalla nascita come fatto giuridico e, quindi, dal venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode dello statuto della persona umana previsto dalle Convenzioni internazionali e dalle Costituzioni dei vari Stati, nonché dalle fonti primarie di quei sistemi che realizzano l'integrazione regionale, come quello dell'Unione Europea;
- b) una tutela connessa all'accertamento della nascita e all'iscrizione del nato nei registri dello stato civile, di modo che l'evento nascita sia noto nell'ambito del sistema dato, così da dare concreta attuazione al principio della capacità giuridica, enunciato nell'ordinamento italiano dall'art. 1 c.c., nonché all'accesso agli strumenti sociali predisposti per i residenti nel Paese;
- c) una tutela legata all'accertamento della discendenza, a seguito del quale il nato diviene giuridicamente figlio di uno o due soggetti determinati, verso i quali egli ha i diritti derivanti dall'esistenza dello *status* di filiazione.

La tutela *sub a)* prescinde dall'accertamento della nascita e della filiazione e trascende i confini nazionali e di applicazione dei vari sistemi giuridici. Di essa si occupano gli studiosi dei diritti fondamentali o, più genericamente, dei diritti umani⁽⁴⁾.

Viceversa, compito del civilista è quello di approfondire le differenze dei

⁽⁴⁾ V. J.J. FAUNDES PEÑAFIEL, *Derechos fundamentales y derechos humanos*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA e R. CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 181 ss.; M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, *Derechos humanos (teoría general)*, *ivi*, p. 198 ss.

due livelli di tutela derivanti dall'applicazione delle norme del diritto privato, che abbiamo individuato *sub b)* e *c)*. Differenze che derivano fondamentalmente dalla circostanza che sia stata accertata la discendenza e, quindi, la riferibilità della generazione.

In sostanza, lo statuto del nato dipende dall'avvenuto o meno accertamento della filiazione.

2. — *Principi di attribuzione della discendenza.*

Poste queste premesse di carattere generale, occorre individuare su quali principi il sistema fonda l'accertamento della filiazione e, quindi, la costituzione del relativo rapporto.

Il predetto accertamento è il frutto del bilanciamento degli interessi dei singoli soggetti che partecipano ai rapporti familiari. E l'impianto normativo attuale privilegia il principio di verità biologica, tendenzialmente attribuendo la genitorialità con riguardo alla trasmissione del patrimonio genetico.

Come abbiamo già avuto modo di rilevare⁽⁵⁾, si tratta di scelta condivisibile, peraltro accreditata in alcune pronunce della Corte costituzionale⁽⁶⁾,

⁽⁵⁾ Si rinvia a A. SASSI, *Stato di figlio e diritti fondamentali nei sistemi italiano ed europeo*, in questa *Rivista*, 2014, p. 150 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 17 ss.

⁽⁶⁾ V., ad esempio, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Guida dir.*, 30/2006, p. 30, con nota di M. FIORINI, *Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1367, con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Famiglia e dir.*, 2006, p. 461, con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*, in *Notariato*, 2006, p. 537; in *Foro it.*, 2006, I, c. 3290 ed *ivi*, 2007, I, c. 705, con nota di M. FORTINO, *Diritto di famiglia: il favor veritatis vince un'altra battaglia, ma non diventa valore assoluto*; in *Giur. it.*, 2007, p. 1381; in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 628, con nota di M.D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precedente art. 235 c.c. (ora abrogato), relativo al disconoscimento di paternità, nella parte in cui subordinava la prova diretta del Dna a quella indiretta dell'adulterio: v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 264 ss.; e, per i profili attuali, ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 250 ss.; sull'importanza della

che permette di realizzare pienamente il rapporto tra genitore e figlio, oltre a consentire a quest'ultimo di avere informazioni complete sulle proprie origini a tutela della propria salute fisica e psichica⁽⁷⁾. Essa trova riscontro normativo nella previsione in capo al nato di un diritto fondamentale, e come tale imprescrittibile, all'accertamento dello stato in quanto veridico, nella legittimazione generale all'azione nel caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato (artt. 239 e 240 c.c.) e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), nonché nel fatto che la filiazione può essere provata con ogni mezzo (artt. 241, 243 *bis*, 2° comma, e 269, 2° comma, c.c.). Conseguenza che la verità biologica, almeno in via potenziale, prevale indipendentemente dalla volontà dei genitori biologici o affettivi e dalle risultanze dei registri di stato civile⁽⁸⁾.

Il principio di verità biologica incontra importanti contemperamenti in altri che possiedono pari rilevanza e dignità, quali quelli alla certezza dello *status* e alla tutela dei rapporti sociali e dell'affettività⁽⁹⁾, poiché, salvo limitate

veridicità della discendenza nella realtà attuale, G. CHIAPPETTA, P. GAUDIO, V. VITTORIO, F. MANDATO, A. DE RASIS, L. GRAVINA e M. LOIRA, *Gli status filiationis ed il favor veritatis*, in G. CHIAPPETTA (a cura di), *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli, 2011, spec. p. 355 ss.; e, più di recente, E. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Famiglia e dir.*, 2015, p. 88 ss.

⁽⁷⁾ Ciò è dimostrato, nel caso di parto anonimo e di fecondazione eterologa, dalla necessità di accedere alla conoscenza delle proprie origini biologiche: v. ancora A. SASSI, *Stato di figlio e diritti fondamentali nei sistemi italiano ed europeo*, cit., spec. p. 150 s.; A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 17 ss., 153 ss. e 203 ss.

⁽⁸⁾ Cfr., di recente, Cass., 25 settembre 2013, n. 21882, in *leggiditalia.it*, secondo cui, nell'ipotesi di nascita per fecondazione naturale, la genitorialità è conseguenza giuridica del concepimento, sicché è esclusivamente decisivo l'elemento biologico e, non occorrendo anche una cosciente volontà di procreare, nessuna rilevanza può attribuirsi al «disvolere» del presunto padre, una diversa interpretazione ponendosi in contrasto con l'art. 30 Cost., fondato sul principio della responsabilità che necessariamente accompagna ogni comportamento potenzialmente procreativo.

⁽⁹⁾ Il riconoscimento pieno di tali situazioni giuridiche – anch'esse rientranti nella tutela costituzionale di cui all'art. 30 – si deve ad Antonio Palazzo: v., di recente, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 270 ss.; ID., *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 245 ss. La rilevanza dell'affettività nell'accertamento dello stato è poi sottolineata da S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (II parte)*, cit., p. 396;

eccezioni, le azioni volte alla rimozione dello *status* debbono essere esperite entro breve tempo dalla nascita. Infatti, di regola, come accennato, esse sono imprescrittibili soltanto riguardo al figlio che, in questo modo, diviene arbitro della propria situazione, operando un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali egualmente tutelati.

È possibile realizzare detto bilanciamento non soltanto attraverso le azioni di accertamento diretto della filiazione verso il genitore biologico, che necessariamente comportano la rinuncia al precedente *status* consolidato e incompatibile col nuovo, ma anche mediante quelle volte al suo accertamento indiretto *ex artt.* 279, 580 e 594 c.c., che consentono di mantenerlo a tutela dei rapporti verso il genitore affettivo che se n'è occupato, al contempo attuando la responsabilità da procreazione verso quello biologico *ex art.* 30 Cost.

Resta escluso dalla responsabilità soltanto il donatore di gameti che, ai sensi dell'art. 9, 3° comma, l. 19 febbraio 2004, n. 40, oltre a non acquisire relazioni parentali con il nato (relazioni che cessano anche in caso di adozione *ex art.* 27, 3° comma, l. n. 184/1983), non può essere titolare di alcun obbligo verso lo stesso⁽¹⁰⁾. In proposito, ci si deve subito chiedere se una siffatta previsione sia compatibile con il sistema di accertamento della filiazione, anche in relazione alla responsabilità da procreazione e al principio di eguaglianza sostanziale, di cui ai richiamati artt. 3 e 30 Cost.

La risposta deve essere a nostro avviso affermativa. L'attività del "donatore" o della "donatrice" è limitata alla fornitura di materiale genetico volto a consentire la realizzazione del diritto alla genitorialità da parte di soggetti in età potenzialmente fertile a ciò impediti naturalmente. Si tratta, quindi, di prestazione superetica, che mai può portare a responsabilità verso chicches-

e, più in generale, nelle relazioni familiari – già evidenziata anche da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. p. 920 s. – è al centro della importante indagine di C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE e A. SASSI (a cura di), *Diritto privato*, cit., 2, p. 527 ss.

⁽¹⁰⁾ Viceversa, in altri ordinamenti, a tutela del nato, anche la donazione di gameti, in mancanza di genitori affettivi, determina responsabilità verso il figlio: v., ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 153 ss. e 203 ss.

sia⁽¹¹⁾. Naturalmente ciò presuppone che la prestazione superetica sia effettivamente tale, e sia avvenuta nel rispetto delle regole legali e regolamentari che sovrintendono alla “donazione” di gameti.

Ciò posto, l'accertamento della filiazione, sebbene normalmente fondato sulla discendenza biologica, può, in talune specifiche ipotesi previste dalla legge, prescindere dalla predetta discendenza e conseguire al consenso del genitore affettivo.

Il principio si ricava da una lettura sistematicamente orientata degli artt. 8 e 9, l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita. In particolare, la seconda disposizione vieta a chi abbia prestato consenso esplicito o implicito alla fecondazione eterologa di procedere a disconoscimento⁽¹²⁾, o a impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (1° comma), nonché alla partoriente l'esercizio dell'anonimato (2° comma); essa esclude altresì che il nato possa costituire qualsiasi rapporto giuridico con il donatore di gameti (3° comma).

È evidente che, se il legislatore ha inteso attribuire stabilità alla scelta di una discendenza affettiva da parte del genitore che ha compiuto l'atto di autoresponsabilità, lo stesso principio deve valere nei confronti di chi questo atto non ha posto in essere, evitando di assumersi i relativi oneri. Anche in questo caso, si deve pertanto ritenere che si possa agire per l'accertamento della filiazione, poiché altrimenti si verrebbe a creare una palese disparità di trattamento tra genitori affettivi a seconda che vi sia o meno atto di responsabilità, tra l'altro in favore del meno diligente.

Naturalmente, la possibilità di accertamento riguarda entrambi i genitori, verificandosi diversamente un'ulteriore disparità fondata sul sesso

⁽¹¹⁾ Sui caratteri delle prestazioni superetiche e sul loro inquadramento sistematico, v. A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2000, p. 11 ss.

⁽¹²⁾ Sul punto, esplicitamente, Trib. Roma, 19 settembre 2013, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 1136, con nota di A. BATÀ e A. SPIRITO, *Inseminazione artificiale eterologa e disconoscimento della paternità*, secondo cui il marito, che abbia validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto, non ha azione di disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione.

dell'ascendente, in contrasto con l'art. 3 Cost. E la predetta possibilità di accertamento va riconosciuta anche e soprattutto qualora venga esercitato l'anonimato in violazione del citato art. 9, l. n. 40/2004 (art. 339, 2° comma, c.c.): in questo caso l'accertamento della genitorialità è precluso soltanto dalla pronuncia di adozione che, *ex art.* 27, l. n. 184/1983, recide i rapporti con la famiglia di origine.

Le azioni esperibili sono le medesime previste per la genitorialità biologica, a seconda della tipologia di filiazione. Tuttavia, ciò costituisce una tutela peculiare, non fondata, come le altre, sulla riferibilità della generazione, ma derivante dalla prestazione – anche implicita – del consenso del genitore all'assunzione di responsabilità verso il nato, sebbene in difetto di trasmissione del proprio patrimonio genetico. Conseguo che la prova non può essere ovviamente orientata a stabilire la discendenza, ma piuttosto a verificare l'esistenza del consenso esplicito o implicito alla fecondazione eterologa.

La dichiarazione della genitorialità affettiva può però avvenire soltanto in via diretta, con effetti costitutivi dello stato di filiazione. Ciò essenzialmente per due ordini di motivi: *a)* l'accertamento indiretto è fondato sulla discendenza ingenua, derivando dalla responsabilità da procreazione *ex art.* 30 Cost.; *b)* il nato non potrà mai costituire rapporti giuridici con il fornitore o la fornitrice di gameti, con la conseguenza che non può mai sussistere un diverso stato incompatibile fondato sulla trasmissione dei geni e non v'è ragione di ricorrere ad un accertamento finalizzato ai soli aspetti patrimoniali, mancando per il figlio la possibilità di opzione tra genitore biologico e affettivo, possibilità che costituisce il fondamento della responsabilità patrimoniale da mantenimento in una interpretazione sistematicamente orientata, che consenta di superare i dubbi di legittimità costituzionale insiti nella normativa ad essa inerente (artt. 279, 580 e 594 c.c.)⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Sul punto, G. CHIAPPETTA, *L'azione di contestazione dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 450; cfr. *infra*, § 8.

3. — *Caratteri e funzione delle azioni di stato.*

L'azione di stato è l'unico strumento che consente di operare un controllo sulla veridicità dell'accertamento effettuato in modo contestuale alla nascita da almeno uno dei genitori⁽¹⁴⁾, cui consegue la costituzione dello stato di filiazione, sulla base di atti di autoresponsabilità dei medesimi, eventualmente integrati dal sistema di matrimonialità di cui agli art. 231 ss. c.c. (effetto espansivo della dichiarazione di nascita compiuta da uno solo dei coniugi ovvero dai legittimati in subordine⁽¹⁵⁾). In questo senso, essa è produttiva di un accertamento con effetto preclusivo di massimo grado, che assume rilevanza di giudicato valevole *erga omnes*, con i caratteri della definitività.

Il principio anzidetto si ricava dal combinato disposto degli artt. 238 e 253 c.c. Le due norme, sebbene riferibili la prima alla filiazione matrimoniale e la seconda alla non matrimoniale, esprimono il medesimo concetto giuridico, cioè a dire che quanto risulta dall'atto di nascita e/o dal possesso di stato può essere superato soltanto da un titolo di grado maggiore, rappresentato dalla sentenza. Infatti, il primo limita la possibilità di accertamento poizore alle fattispecie ivi previste, mentre il secondo, escludendo la possibilità di riconoscimento verso il figlio che abbia uno *status* già costituito, impone normalmente la previa rimozione di questo, presupposto per la dichiarazione giudiziale *ex artt.* 269 ss. c.c., che è ammessa nei soli casi in cui il riconoscimento è possibile. Del resto, il principio dei gradi di accertamento viene ribadito anche nella disciplina transitoria della recente riforma, contenuta nell'art. 104, d.lg. n. 154/2013, secondo il cui ult. comma gli atti dello stato civile già formati in base alle disposizioni vigenti possono essere modificati soltanto da provvedimenti giudiziari.

Ciò posto, come accennato, il legislatore attuale ha mantenuto differenze fondamentali tra filiazione matrimoniale e non, ma ha complicato il quadro normativo, demandando all'ermeneutica l'individuazione degli strumenti di

⁽¹⁴⁾ Cfr. P.G. MONATERI e C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009, p. 57.

⁽¹⁵⁾ Sul punto, in maniera approfondita, A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 197 ss.

tutela applicabili nella singola fattispecie, a seguito dell'eliminazione dei riferimenti alla natura della filiazione dalle disposizioni di legge che regolano le azioni ad essa relative⁽¹⁶⁾.

Infatti, ad esempio, prima della l. n. 219/2013 e del d.lg. n. 153/2013, era abbastanza agevole distinguere l'azione di reclamo della legittimità e quella di dichiarazione giudiziale della genitorialità naturale: con la prima si domandava la costituzione dello *status* di figlio "legittimo" in caso di figlio iscritto sotto falsi nomi o come nato da genitori ignoti (art. 241 c.c.), supposizione di parto o sostituzione di neonato (art. 239 c.c.); con la seconda (art. 269 c.c.) si domandava la costituzione dello *status* di figlio "naturale" verso la madre e/o il padre. Le azioni si distinguevano anche per il regime della prova, ammettendosi qualsiasi mezzo per dimostrare la "filiazione naturale" (art. 269, 2° comma, c.c.), mentre per domandare la legittimità era necessario disporre di un principio di prova per iscritto o di indizi e presunzioni gravi, perché si facesse accesso alle prove testimoniali (art. 241, 2° comma, c.c.)⁽¹⁷⁾.

La riforma innova il quadro delle azioni dirette a costituire o a rimuovere lo stato di figlio, eliminando dalla rubrica del Capo II, nel quale è contenuta la disciplina delle prove, quella del reclamo e della contestazione, il riferimento alla filiazione "legittima", ed identica elisione si ritrova in alcune – ma non in tutte – delle ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 239 c.c., il reclamo è ammesso. Così come è parimenti scomparso ogni riferimento alla filiazione non matrimoniale (prima "naturale") nella disciplina della dichiarazione giudiziale prevista dall'art. 269 c.c.

Le azioni per l'accertamento positivo della genitorialità sono attualmente il reclamo (artt. 239 e 249 c.c.), la contestazione (artt. 240 e 248 c.c.), la

⁽¹⁶⁾ Cfr. S. TROIANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma (II parte)*, cit., p. 396 s.

⁽¹⁷⁾ Sulle azioni di stato, v. specificamente, ma nel vigore delle precedenti normative, A. CICU, *Azione di stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 937 ss.; A. VIOLANTE, *I rapporti di filiazione e le azioni di stato*, Napoli, 1983; C. COSSU, *Paternalità (ricerca biologica della)*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 287 ss.; F. CARPI e A. GRAZIOSI, *Procedimenti in tema di famiglia*, *ivi*, XIV, Torino, 1996, p. 523 ss.; M. SESTA, *Azioni di stato legittimo*, in *Enc. giur.*, Roma, agg. 2006; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Paternalità e maternità (accertamento giudiziale della)*, *ivi*, Roma, 1990 (*Postilla agg.*, 2006).

dichiarazione di matrimonialità (art. 234 c.c.) e la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità (artt. 269-278 c.c.).

Quelle a contenuto negativo sono rappresentate, oltre che dal reclamo (artt. 239 e 249 c.c.) e dalla contestazione (artt. 240 e 248 c.c.) nei casi volti alla privativa dello stato, dal disconoscimento (artt. 243 *bis*-247 c.c.) e dall'impugnazione del riconoscimento (artt. 263-268 c.c.).

Riguardo al regime di queste ultime due, nella previgente articolazione codicistica si distingueva nettamente tra filiazione "legittima" e "naturale": l'azione di disconoscimento di cui all'art. 235 c.c. (ora abrogato), diretta a rimuovere gli effetti nascenti dall'applicazione delle presunzioni e delle finzioni di paternità e legittimità, soggiaceva a termini di decadenza diversi per l'impulso del presunto padre, della madre e del figlio, e solo a costoro, ovvero ai rispettivi discendenti ed ascendenti cui l'azione fosse trasmessa *ex art.* 246 c.c., era (ed è ancora) riconosciuta legittimazione attiva. Al contrario, l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità non era esposta a termini, e la relativa legittimazione era (ed è ancora) riconosciuta a qualsiasi interessato⁽¹⁸⁾.

Il quadro muta a seguito dell'approvazione del d.lg. n. 154/2013⁽¹⁹⁾. I novellati artt. 244, 4° comma, e 263, 4° comma, c.c. espongono sia l'azione di disconoscimento della paternità che quella di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ad eguali termini per la proposizione da parte dei legittimati diversi dal figlio. Ciò che cambia è soltanto il *dies a quo*

⁽¹⁸⁾ Cfr. D. CARUSI, *La filiazione fuori dal matrimonio nel diritto italiano (1865-2013)*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 380 ss., spec. p. 381. La giurisprudenza di merito e di legittimità interpreta l'espressione utilizzata dall'art. 263 c.c. «chiunque vi abbia interesse» con riferimento ai soli soggetti privati che abbiano un interesse individuale qualificato (concreto, attuale e legittimo) sul piano del diritto sostanziale, di carattere patrimoniale o morale, all'essere o al non essere dello *status*, del rapporto o dell'atto dedotto in giudizio, comprendendo nel relativo novero tanto gli eredi ed i parenti di chi risulti il genitore matrimoniale o l'autore del riconoscimento, quanto colui che allega di essere il vero genitore: così, ad esempio, Cass., 16 marzo 1994, n. 2515, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Id., 18 ottobre 1989, n. 4201, *ivi*, 1989; più di recente, Trib. Bologna, 23 aprile 2007, in *leggiditalia.it*.

⁽¹⁹⁾ Sul punto, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Famiglia e dir.*, 2015, p. 186 ss.

del relativo decorso, che coincide con la nascita per il figlio matrimoniale e con l'annotazione del riconoscimento del figlio non matrimoniale.

Nettamente distinta (ma identica per la filiazione matrimoniale e non) è la posizione del figlio del cui *status* si discute, verso il quale – analogamente a quanto avviene per le azioni a contenuto acquisitivo – non sussistono limitazioni temporali, né riguardo al disconoscimento (art. 244, 5° comma, c.c.), né verso l'impugnazione del riconoscimento inveridico (artt. 263, 2° comma, c.c.).

È, dunque, il soggetto del cui diritto fondamentale allo *status* si controverte, attraverso la scelta di promuovere o meno tali azioni, l'arbitro ultimo e definitivo cui l'ordinamento rimette la giuridica rilevanza della verità della generazione. Egli realizza, di tal guisa, il proprio personale e da altri incontestabile (una volta che siano spirati i brevi termini per esperire la relativa azione) bilanciamento tra l'interesse al mantenimento di uno *status* inveridico, ma costituito e cristallizzato nella sua esperienza di vita affettiva familiare, e l'accertamento della procreazione ad opera di diverso genitore. Al contempo, la previsione del termine per la proposizione dell'azione da parte degli altri legittimati consente al figlio (fino all'eventuale decisione di promuovere l'accertamento della verità biologica) di dare attuazione al proprio interesse al mantenimento delle relazioni parentali che lo stato inveridico ha generato e che si sono cementate per un considerevole lasso di tempo, consolidandone gli effetti giuridici. In questo caso, egli potrà sempre esperire verso il genitore biologico l'azione diretta ad ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione, o la domanda degli alimenti in caso di bisogno del maggiore *ex art. 279 c.c.*, azione che non gli è preclusa nemmeno nella minore età; vanterà, infine, nei confronti dell'eredità di costui i diritti di cui agli artt. 580 e 594 c.c.⁽²⁰⁾.

Per conto del figlio minore le azioni di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possono essere promosse da un curatore speciale di nomina giudiziale, su stimolo del figlio che abbia compiuto i quattordici anni, ovvero del pubblico ministero

⁽²⁰⁾ Cfr., sui diritti di cui all'art. 279, *infra*, § 8.

o dell'altro genitore, quando si tratti di figlio di età inferiore, e nel suo interesse⁽²¹⁾, come si ricava dal principio di cui all'art. 2, 1° comma 1, lett. *f*), della legge delega, attuato – ancora una volta in termini di assoluta parificazione – dagli artt. 244, 6° comma, e 264 c.c.

Il compimento del termine quinquennale che pregiudica, in tal modo, l'azionabilità del diritto del genitore a rimuovere lo *status* inveridico, supera le tesi che vedevano nella veridicità dello *status* l'espressione di un interesse pubblico assoluto, alla pari di quanto ha insegnato, anche nell'applicazione pratica, la disciplina degli artt. 122, 4° comma, e 119, 2° comma, c.c., che dettavano il brevissimo termine mensile per l'annullamento del matrimonio per errore, violenza o interdizione, a tutela della famiglia come istituzione portatrice di interessi superiori a quelli dei suoi componenti⁽²²⁾.

L'interesse avuto di mira dall'ordinamento è, quindi e in ultima istanza, quello del figlio, la cui stabilità affettiva giustifica il mantenimento di uno *status* inveridico ogni volta che lui stesso lo ritenga coincidere con i propri bisogni esistenziali ed affettivi prima che patrimoniali, fermo restando la possibilità di realizzare verso l'autore della procreazione le proprie aspettative di natura economica attraverso la responsabilità per mantenimento (art. 279 c.c.), che traduce in atto l'obbligo di cui all'art. 30, 1° comma, Cost., pur senza costituire quello *status* che è anche il presupposto della responsabilità genitoriale e della cura del minore, che non a caso è esclusa dal dettato della disposizione in commento.

⁽²¹⁾ Il genitore, spirato il termine quinquennale per l'azione *iure proprio*, mantiene fino al compimento del quattordicesimo anno del figlio, un potere di stimolo, indirizzato al p.m. che è parte esercitando l'azione *ex art.* 69 c.p.c., vertendo l'accertamento su fattispecie connotata da prevalente interesse pubblico, così argomentando, tra le altre, Cass., Sez. un., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Famiglia e dir.*, 2008, p. 1085, con nota di F. TOMMASEO, *Procedimenti camerali e impugnazioni di Pubblico Ministero: davvero inammissibile il ricorso per cassazione proposto nel caso Englaro?*

⁽²²⁾ Cfr. G. FERRANDO e A. QUERICI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 67; in giurisprudenza, Cass., 7 febbraio 1972, n. 2633, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1698. Il medesimo interesse alla stabilità dello *status* giuridico e sociale fonda l'aprezzamento, riservato alla pubblica amministrazione, delle ragioni che possono ostare al mutamento del cognome, secondo Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 13 marzo 2013, n. 676, in *leggiditalia.it*.

4. — *Prove della filiazione.*

Le norme fondamentali del rinnovato sistema delle prove della filiazione sono gli artt. 236, 241, 243 *bis*, 2° comma, e 269, 2°, 3° e 4° comma, c.c. Esse vanno lette in maniera coordinata, tenendo presente il principio della verità biologica, la cui tendenziale attuazione, come detto, risulta indispensabile, sia per lo sviluppo della persona, che per il buon andamento del rapporto tra genitore e figlio⁽²³⁾. Ciò significa che la “mancanza” del titolo costitutivo, cui fa riferimento il citato art. 241, va intesa non solo in senso materiale, cioè quando l'accertamento non sia mai stato effettuato o quello precedente verso il genitore affettivo sia stato rimosso a seguito di azione a contenuto privato, ma anche in senso giuridico, qualora l'azione in essere sia comunque volta alla rimozione dello stato inveridico (artt. 239, 240, 243 *bis* e 263 c.c.). Sarebbe, infatti, assurdo ritenere che la regola del richiamato art. 243 *bis*, 2° comma, che ammette a provare liberamente l'inesistenza della discendenza dal presunto padre⁽²⁴⁾, valesse solo per il disconoscimento e non anche per il reclamo, la contestazione o l'impugnazione del riconoscimento.

Ciò posto, la disciplina relativa alle prove della filiazione e ai possibili mezzi utilizzabili risulta essere direttamente influenzata dal principio di unicità dello stato, cui ha inteso riferirsi il legislatore dell'ultima riforma.

Detto principio si esplica in due direzioni fondamentali: *a)* l'avvenuta costituzione tramite accertamento di grado intermedio produce effetti preclusivi nei confronti di un nuovo accertamento verso altro genitore, non solo sul piano della proponibilità dell'azione (artt. 238 e 253 c.c.), ma anche sul piano probatorio, con la conseguenza che: *a1)* la filiazione si prova anzitutto con i titoli costitutivi di essa, rappresentati dall'atto di nascita e/o dal possesso di stato (art. 236 c.c.); *a2)* in mancanza di questi, e in ogni caso nelle azioni tese a contestarne la veridicità delle risultanze, può farsi ricorso a qualsiasi mezzo (artt. 241 e 243 *bis* c.c.); *b)* i principi in materia di

⁽²³⁾ Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 17 ss.

⁽²⁴⁾ Così M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 457.

prova valgono per l'accertamento della discendenza a prescindere dall'azione intrapresa e dal legame che unisce gli asseriti o contestati genitori e, quindi, dalla natura matrimoniale o meno della filiazione, come dimostra l'intitolazione generale del Capo II, "Delle prove della filiazione", nonché l'eliminazione del riferimento alla non matrimonialità di essa dall'art. 269 c.c., che detta i canoni nella ricerca della genitorialità fondata sulla discendenza (2°, 3° e 4° comma)⁽²⁵⁾.

La regola fondamentale è enunciata dal 2° comma della disposizione, secondo cui: «La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo.».

La norma è espressione di un principio generale, fondato sulla prevalenza – ove ciò non sia contrario all'interesse del figlio – della verità biologica⁽²⁶⁾, principio applicabile ad ogni rapporto filiale costituito o costituendo, sia esso riferito alla discendenza veridica o all'affettività⁽²⁷⁾. Essa va però coordinata con le successive disposizioni, secondo cui: «La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre» (3° comma); e «La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità» (4° comma).

Come si vede, qui il legislatore distingue tra prova della maternità e prova della paternità. In relazione alla prima contempla una regola positiva tesa a confermare l'importanza della riferibilità del parto, mentre riguardo alla

⁽²⁵⁾ Sull'unificazione del regime delle prove nelle azioni di stato, da ultimo, G. CHIAPPETTA, *Le prove della filiazione*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., spec. p. 363 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. *retro*, § 2.

⁽²⁷⁾ V., di recente, E. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, cit., p. 88 ss., spec. p. 95 s., la quale correttamente sottolinea la mancanza di una preclusione normativa che vieti al figlio, anche matrimoniale, nato da fecondazione eterologa di fare accertare la verità biologica, cioè la mancata discendenza. Del resto, se detta preclusione esistesse, sarebbe incostituzionale, creandosi un'ingiustificata disparità di trattamento tra coloro che vengono concepiti con metodi naturali e nati da tecniche di p.m.a.: sul punto, a proposito del riconoscimento, *infra*, § 6.

seconda il principio è negativo, nel senso che è necessario per l'accertamento della discendenza paterna il raggiungimento di un sufficiente livello di certezza processuale.

L'impianto probatorio contemplato dall'art. 269 c.c. va altresì posto in relazione con i principi fondamentali che governano, nell'ambito del processo, l'assunzione dei mezzi di prova. Infatti, trattandosi di procedimenti a cognizione piena, la regola generale è quella della disponibilità degli stessi, enunciata dall'art. 115 c.p.c., fermo restando il potere di valutazione del giudice ai sensi del successivo art. 116⁽²⁸⁾. Conseguenza che la verità, dal punto di vista giuridico, è quella raggiunta nel processo, che viene poi coperta dal giudicato secondo le regole generali che sovrintendono all'accertamento giurisdizionale dei diritti.

Ciò posto, iniziamo dalla prova della maternità.

Il legislatore dell'ultima riforma ha mantenuto la discrasia tra regola fondamentale, secondo cui la prova può essere data con ogni mezzo (2° comma), e quella specifica, in base alla quale la maternità è dimostrata attraverso la riferibilità del parto (3° comma).

Ora, detta discrasia ci sembra possa trovare adeguata spiegazione soltanto con un'inversione sul piano logico del contenuto delle due previsioni, inversione da cui derivano due importanti corollari.

A) Ciò, nella sostanza, significa che la prova della maternità è raggiunta da parte attrice anzitutto con la riferibilità del parto, e quindi: *a)* mediante l'allegazione agli atti del giudizio del certificato di assistenza al parto e di ogni altro documento sanitario utile; *b)* ove ciò non sia possibile, con l'assunzione di testimonianza resa dai soggetti che hanno assistito al parto stesso e, comunque, di ogni elemento, anche presuntivo, da cui si evince l'avvenuto parto da colei che si assume come madre. E, una volta che ciò sia stato appurato, sarà onere della convenuta dimostrare il difetto totale di trasmissione dei propri geni e, pertanto, l'impossibilità di riferire ad essa la discendenza: il principio enunciato dal 2° comma vale, infatti, anche all'inverso, nel senso cioè di consentire la prova negativa della generazione, con

⁽²⁸⁾ Il profilo è ben esplicitato in A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 486.

la conseguenza che i documenti relativi al parto e/o le dichiarazioni di chi vi ha assistito vengono superati dalla verità biologica, che deve prevalere.

Tuttavia, se ciò è vero in generale, anche nel sistema della prova della maternità trova applicazione in specifici casi il disposto dell'art. 9, l. n. 40/2004. Infatti, la mancata rispondenza tra partoriente e madre biologica potrebbe derivare dall'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa⁽²⁹⁾. Se così è, sulla base della formulazione – peraltro incompleta – del citato art. 9, si deve ritenere che in questo caso prevalga la manifestazione di affettività della donna portatrice e partoriente, compiuta attraverso il consenso esplicito o implicito alla gestazione, nel senso che la stessa non possa mai opporsi all'accertamento richiesto dal figlio. Quest'ultimo, infatti, giusta il divieto contemplato nell'ult. comma del citato art. 9, non potrà mai costituire rapporti con chi ha fornito i gameti, con la conseguenza che l'accertamento della maternità affettiva è l'unico strumento idoneo a soddisfare il suo diritto fondamentale alla genitorialità.

In questo caso, come detto⁽³⁰⁾, l'attività istruttoria è volta all'accertamento del consenso alla inseminazione eterologa, idoneo alla costituzione del rapporto filiale fondato sulla affettività e non già sulla discendenza.

B) Inoltre, a parte il caso della fecondazione eterologa che presenta caratteri peculiari, il riferimento compiuto dal 2° comma dell'art. 269 c.c. alla

⁽²⁹⁾ Ora possibile, in presenza di determinati presupposti, anche in Italia a seguito dell'intervento della consulta: Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Guida dir.*, 27/2014, p. 16, con nota di A. PORRACCILO, *Illegittima la norma sulla «Pma» di tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità*; in *Dir. fam.*, 2014, p. 973, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, e *ivi*, p. 1289, con nota di C. CICERO e E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; overosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 2297; in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105, con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; su cui A. MORRESI, *Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo*, in questa *Rivista*, 2014, p. 161 ss.; A.G. ANNUNZIATA, *La libertà procreativa quale intima scelta individuale: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, in *Dir. succ. e famiglia*, 2015, p. 525 ss.

⁽³⁰⁾ *Retro*, § 3.

maternità, sta a significare che la prova di essa può essere data a prescindere dalla riferibilità del parto⁽³¹⁾.

Da ciò discendono almeno due conseguenze fondamentali: *a)* l'accertamento può essere compiuto anche in difetto di prova della predetta riferibilità, difetto che potrebbe derivare dalla mancanza della relativa documentazione sanitaria e/o di soggetti che possano deporre in merito alle circostanze dell'avvenuto parto; *b)* vige il principio di libertà della prova, con la conseguenza che soccorrono anche elementi presuntivi che, valutati nel loro complesso, possono risultare idonei e sufficienti a stabilire la discendenza⁽³²⁾.

Veniamo ora alla posizione dell'asserito padre, su cui si è concentrata la quasi totalità degli interventi giurisprudenziali in materia di dichiarazione giudiziale.

Giusta il disposto del 4° comma dell'art. 269 c.c., il problema principale che si pone è quello di raggiungere un sufficiente grado di certezza processuale in ordine alla riferibilità della generazione. In proposito, si afferma generalmente il principio della libertà di prova, fondando il proprio convincimento sulla norma fondamentale del 2° comma del richiamato art. 269, che consente la dimostrazione della discendenza biologica con ogni mezzo, con la conseguenza che: *a)* è possibile il ricorso anche ad elementi presuntivi che, valutati nel loro complesso e sulla base del canone dell'*id quod plerumque accidit*, risultino idonei, per attendibilità e concludenza, a fornire dimostrazione completa e rigorosa della paternità; *b)* tutti i mezzi di prova idonei a dimostrare la genitorialità hanno, per espressa disposizione di legge, eguale valore, e non è possibile fissare una sorta di gerarchia assiologica tra i predetti mezzi, né, quindi, imporre al giudice una sorta di

⁽³¹⁾ Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 302 ss. In giurisprudenza, del principio ha fatto corretta applicazione Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *leggiditalia.it*, che, in parte motiva, parla di intuizione di una parte della dottrina secondo la quale l'art. 269, 3° comma, c.c. è soltanto una norma riguardante la prova della maternità, ribadendo che la prova del parto non costituisce l'unica prova ammissibile al predetto fine, con la conseguenza che la citata disposizione non contiene un principio fondamentale di rango costituzionale.

⁽³²⁾ Per un ampio quadro dei possibili mezzi probatori, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 486 ss.

“ordine cronologico” nella loro ammissione e assunzione, a seconda del “tipo” di prova dedotta⁽³³⁾.

In particolare, questi elementi sono stati individuati di volta in volta: *a)* nell'accertato comportamento del preteso genitore che abbia trattato come figlio la persona che richiede la dichiarazione e dell'affetto verso di lei dimostrato; *b)* nella manifestazione esterna di tale rapporto nelle relazioni sociali, da cui deriva la notorietà del rapporto affettivo; *c)* nella sussistenza di una relazione intensa ed esclusiva tra gli asseriti genitori all'epoca del concepimento; *d)* nell'offerta di danaro alla madre da parte dei familiari del presunto padre, durante la gravidanza; *e)* nelle risultanze di consulenza tecnica eseguita su campioni biologici di stretti parenti del preteso genitore; *f)* nel rifiuto immotivato di sottoporsi agli esami ematogenetici⁽³⁴⁾.

In quest'ottica, non può sussistere alcuna gerarchia tra mezzi di prova⁽³⁵⁾,

⁽³³⁾ Si tratta di principi pacifici in giurisprudenza: tra le altre, Cass., 30 maggio 2014, n. 12194, in *personaedanno.it*; Id., 21 febbraio 2014, n. 4175, in *Giur. it.*, 2014, p. 2147, con nota di L. COPPO, *Si può ottenere la dichiarazione di paternità senza chiedere il DNA?*, che nel caso di specie ha ritenuto sufficienti gli elementi presuntivi risultanti dagli atti processuali, non dando alcun rilievo al fatto che le parti non avessero neppure richiesto la prova del Dna; Id., 22 gennaio 2014, n. 1279, in *leggiditalia.it*; Id., 2 luglio 2007, n. 14976, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 21, con nota di G. FERRANDO, *Le prove biologiche nell'accertamento della filiazione*; Id., 22 agosto 2006, n. 18224, in *Famiglia e dir.*, 2007, p. 240, con nota di C.D. FIORAVANTI, *Dichiarazione giudiziale di paternità: accertamento dei presupposti di fatto e di diritto*; Id., 9 giugno 2005, n. 12166, in *leggiditalia.it*; per la giurisprudenza di merito, Trib. Roma, 7 marzo 2014, in *Danno e resp.*, 2014, p. 857; Trib. min. Perugia, 24 ottobre 2010, in *Rass. giur. umbra*, 2014, p. 73, con nota di A. SASSI, *Accertamento di stato e diritti fondamentali nella riforma della filiazione*.

In dottrina, di recente, v. almeno A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 486 ss., ove ampi richiami alla giurisprudenza; v. anche Luigi BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1243 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5^a ed., Milano, 2014, p. 393 s.; M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, p. 399 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. almeno, *sub a)* e *b)*, Cass., 22 gennaio 2014, n. 1279, cit.; Id., 1° marzo 1988, n. 2142, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 132; *sub c)*, Id., 22 agosto 2006, n. 18224, cit.; Id., 16 luglio 1986, n. 4590, in *Mass. giur. it.*, 1986; *sub d)*, Id., 22 agosto 2006, n. 18224, cit.; *sub e)*, Id., 22 gennaio 2014, n. 1279, cit.; *sub f)*, Id., 22 agosto 2006, n. 18224, cit.

⁽³⁵⁾ V., esplicitamente, Cass., 19 luglio 2013, n. 17773, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3174, secondo la quale il giudice deve procedere ad una valutazione d'insieme e non atomistica del materiale probatorio acquisito.

e il convincimento del giudice può formarsi sulla base di un quadro probatorio in cui, secondo l'insegnamento della Consulta e della dottrina più autorevole, la prova scientifica riveste fondamentale importanza⁽³⁶⁾. Infatti, gli accertamenti più sicuri sono quelli ematogenetici, che consentono di addivenire ad una certezza quasi assoluta in ordine alla discendenza⁽³⁷⁾. Tale certezza è ormai riconosciuta anche dalla giurisprudenza della Cassazione, che ne ritiene l'ammissibilità e la rilevanza qualora il giudicante li consideri comunque utili ai fini del decidere; e ciò, addirittura, anche se gli stessi ven-

⁽³⁶⁾ Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, cit., che ha scardinato il sistema delle prove fondato sull'art. 235 c.c., ora abrogato, relativo alla diversa efficacia preclusiva dei mezzi di prova, ove quello di natura indiretta rappresentato dall'adulterio, prevaleva addirittura su quello diretto ematogenetico; nel vigore della norma v. Cass., 22 ottobre 2002, n. 14887, in *Famiglia e dir.*, 2003, p. 5, con nota di V. CARBONE, *Il DNA che esclude la paternità biologica è anche prova dell'adulterio della moglie*, che ritenendo correttamente la maggiore importanza e attendibilità della prova diretta, ha ricavato la prova dell'adulterio dall'esclusione della discendenza inequivocabilmente dimostrata dall'esame ematogenetico. In dottrina, v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 264 ss., e ivi il richiamo all'opera di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2^a ed., Roma, 1974, p. 29 ss. (su cui v. anche F. CIPRIANI, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario dalla scomparsa*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1253 ss.), che ha contribuito al superamento della dicotomia tra "verità materiale" e "verità processuale", elaborata dalla dottrina tedesca alla fine del XIX secolo, nel senso che quest'ultima deve tendere alla prima; sull'importanza della prova scientifica v., in generale, E. RESTA, *La verità e il processo*, in *Politica e dir.*, 2004, p. 377 ss.; M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 665 ss.; ID., *La prova scientifica nel processo civile*, ivi, 2005, p. 1079 ss.; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 1052 ss.

⁽³⁷⁾ Sul punto, approfonditamente, M. COMPORI, *Filiazione e prove biologiche*, in *Quadr. crim.*, 1985, p. 248 ss.; G. BISCONTINI, *Prove ematologiche e filiazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 487 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 489 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI e S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 19 ss.; S. STEFANELLI, *Status e modelli procreativi nel sistema attuale*, ivi, p. 67 ss.; v. anche G. FERRANDO, *Prove genetiche, verità biologiche e principio di responsabilità nell'accertamento della filiazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 725 ss.; E. CARBONE, *La prova scientifica negli accertamenti della filiazione*, in *Famiglia*, 2004, p. 200 ss.; Giu. TUCCI, *Paternità biologica e paternità legale di fronte al DNA*, ivi, p. 453 ss.; E. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, cit., p. 88 ss.; e, più sinteticamente, di recente, Luigi BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, cit., p. 1243 s.; M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 405 s.

gono svolti al di fuori del processo⁽³⁸⁾.

Nel predetto quadro, assume particolare valenza anche la valutazione del comportamento processuale delle parti, con particolare riferimento al rifiuto di sottoporsi all'esame tecnico, che può essere liberamente apprezzato dal giudice ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c., pure in assenza di prova dei rapporti con l'altro genitore, non derivando da ciò, né una restrizione della libertà personale della parte, che conserva piena facoltà di determinazione in merito all'assoggettamento o meno ai prelievi, né una violazione del diritto alla riservatezza, essendo rivolto l'uso dei dati nell'ambito del giudizio solo ai fini di giustizia, mentre il consulente è tenuto al segreto professionale e al rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr., in generale, oltre a Cass., 6 giugno 2008, n. 15809, in *Famiglia e dir.*, 2009, p. 155, con nota di G. GRASSO, *Le prove genetiche ed ematologiche e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'azione di disconoscimento della paternità: verso un sistema unitario della prova?*; e a Cass., 19 novembre 2012, n. 20235, in *leggiditalia.it*; Id., 16 aprile 2008, n. 10007, in *Guida dir.*, 28/2008, p. 79; in *Foro it.*, 2008, I, c. 3246; in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 33, con nota di G. PALAZZOLO, *Accertamento dello «status» e interesse familiare alla successione*; Id., 22 luglio 2004, n. 13655, in *Foro it.*, 2005, I, c. 432; Id., 25 febbraio 2002, n. 2749, in *Famiglia e dir.*, 2002, p. 315; Id., 17 novembre 2000, n. 14910, in *Studium iuris*, 2001, p. 348; Id., 18 aprile 1997, n. 3342, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, p. 1169; Id., 14 gennaio 1995, n. 432, in *Mass. Giur. it.*, 1995; Id., 16 febbraio 1989, n. 917, in *Arch. civ.*, 1989, p. 589; e v. Id., 24 dicembre 2013, 28649, in *leggiditalia.it*, secondo cui l'acquisizione e l'utilizzazione, ai fini della formazione del consenso del giudice di una consulenza immunologica espletata da un esperto al di fuori del processo, ma su concorde richiesta delle parti, non possono essere denunciate sotto il profilo della violazione del principio del contraddittorio, la cui assenza nella fase di formazione della consulenza stragiudiziale è ad essa consustanziale realizzandosi solo nel successivo giudizio, nel cui ambito ne è possibile l'acquisizione secondo la disciplina della prova documentale, salva comunque la possibilità per il giudice di porre a fondamento della decisione una perizia stragiudiziale, anche se contestata dalla controparte, purché fornisca adeguata motivazione della sua valutazione. Sulla valenza nel processo di consulenza tecnica privata che riferisce o nega la discendenza, purché vi sia consenso delle persone interessate, in coerenza con i principi espressi dalla S.C. italiana, cfr. nel sistema tedesco OLG Karlsruhe, in *FamRZ*, 2003, 52; OLG Thüringen, *ivi*, 944; OLG Celle, in *NJW*, 2004, 449, su cui A. PALAZZO, *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, cit., p. 20 s.

⁽³⁹⁾ Cfr. almeno Cass., 22 agosto 2006, n. 18224, in *Famiglia e dir.*, 2007, p. 240, con nota di C.D. FIORAVANTI, *Dichiarazione giudiziale di paternità: accertamento dei presupposti di fatto e di diritto*; Id., 22 febbraio 2007, n. 4175, in *Famiglia e dir.*, 2007, p. 787, con nota di A. RENDA, *La Cassazione recepisce l'intervento della Consulta in materia di disconoscimento della paternità e*

Al ricorso alla prova ematogenetica della discendenza non è di ostacolo

(*sopravvenuta irrilevanza della*) *prova dell'adulterio*; Id., 3 aprile 2003, n. 5116, in *Arch. civ.*, 2004, p. 382; Id., 27 febbraio 2002, n. 2907, in *Corr. giur.*, 2002, p. 431; Id., 7 novembre 2001, n. 13766, in *Famiglia e dir.*, 2002, p. 127, con nota di A. FRASSINETTI, *Prova ematologica e tutela della riservatezza*; Id., 19 settembre 1997, n. 9307, *ivi*, 1997, p. 105, con nota di G. GIOIA, *La prova biologica della paternità naturale: la parola torna alla Cassazione*; Id., 24 febbraio 1997, n. 1661, *ivi*, p. 105, con nota di V. CARBONE, *Prove genetiche: rifiuto equivale ad ammissione?*; più di recente, Id., 24 luglio 2012, n. 12971, in *leggiditalia.it*; e Id., 21 maggio 2014, n. 11223, *ivi*. Cfr. anche Id., 15 giugno 2015, n. 12312, in *Giur. it.*, 2015, p. 1559, secondo cui il rifiuto deve continuare a persistere al momento della decisione; e v. altresì Id., 1° febbraio 2016, n. 1859, *ivi*, 2016, p. 519, che ha considerato (modificando in punto la motivazione della sentenza impugnata) non giustificato il rifiuto della parte di sottoporsi ad esame genetico anche in assenza di un esplicito ordine del giudice in tal senso, atteso che l'ordine del giudice è da considerarsi implicito nel provvedimento dispositivo di c.t.u.

V. però T. Bologna, 18 febbraio 2010, commentata da F. GALGANO, *Azioni di stato e abuso del diritto*, in *Contratto e impr.*, 2010, p. 547 ss., in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, secondo cui il rifiuto a sottoporsi alla prova del Dna può essere giustificato con riguardo al caso concreto. Pertanto, non possono trarsi argomenti contrari qualora dalle circostanze di causa emerga una ragione seria al rifiuto: nella specie la figlia convenuta aveva documentato l'insorgenza e la permanenza di un grave stato depressivo e ansioso direttamente conseguente alla rappresentazione di sottoporsi all'esame genetico, mettendo così in discussione, a cinquantadue anni, la propria identità personale e il senso stesso della sua esistenza. In questo caso il giudice – oltre a sanzionare l'abuso del diritto del padre affettivo e del di lui erede (il fratello), risultante da un "accanimento" nella ricerca della verità biologica, come sottolineato dall'illustre Maestro – ha a nostro avviso tutelato il diritto all'affettività consolidata della figlia, che, nella sostanza, è stato ritenuto prevalente rispetto a quello alla verità biologica del genitore e, soprattutto, dell'erede. V. anche Trib. Firenze, 30 luglio 2015, in *articolo29.it*, che tutela l'affettività, impedendo la riesumazione del cadavere in applicazione del principio di *venire contra factum proprium*.

Come si vede, questa valutazione equitativa degli interessi in giuoco da parte del giudice – che proprio nelle relazioni familiari si esplica in maniera feconda [v. A. SASSI, *Derechos patrimonialmente neutros (en el ordenamiento civil)*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA e R. CIPPITANI (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, cit., spec. p. 216 s.] – consente (contrariamente a quanto sostenuto: C. CAMPIGLIO, *L'accertamento dello stato di figlio: criteri sovranazionali e norme italiane*, in *Famiglia e dir.*, 2016, p. 316), attraverso la valutazione degli strumenti di indagine e della loro ammissibilità nel caso concreto, nonché delle circostanze che ne impediscono o ne sconsigliano l'espletamento, un corretto bilanciamento tra verità biologica e affettività e tra diritto all'accertamento della filiazione e rifiuto a sottoporsi all'esame ematogenetico da parte del presunto genitore, che mai può essere oggetto di costrizione, stante i diritti di libertà costituzionalmente garantiti (artt. 13 ss. Cost.).

nemmeno la circostanza che l'asserito genitore sia premorto, essendovi la possibilità di ricorrere al prelievo di tessuti da cadavere, purché il materiale biologico sia in condizioni tali da rendere possibile l'indagine scientifica con sufficiente grado di attendibilità.

In proposito, la giurisprudenza più recente correttamente ritiene la sua piena ammissibilità, a prescindere dal consenso dei congiunti relativo alla riesumazione del corpo e/o dall'utilizzabilità di parti di esso, ai fini dell'espletamento delle prove tecniche⁽⁴⁰⁾.

L'orientamento è pienamente condivisibile, almeno per due ragioni. Anzitutto, la ricerca della verità biologica, che soddisfa il diritto fondamentale alla genitorialità del figlio, deve sempre prevalere sui sentimenti di pietà verso i defunti, che si esplicano anche verso l'esigenza di mantenere intatto ed inviolato l'eterno riposo, sentimenti la cui tutela è peraltro fondata su norme consuetudinarie. In secondo luogo, in seguito alla morte dell'asserito genitore, gli eredi di questo assumono la qualità di parte necessaria del processo

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass., 16 aprile 2008, n. 10007, cit.; Id., 19 luglio 2012, n. 12549, in *Famiglia e dir.*, 2013, p. 441, con nota di R. CAMPIONE, *L'esumazione della salma nei giudizi di stato: diritto all'identità biologica versus volontà del defunto (ma non dei prossimi congiunti)*, che ha esplicitamente escluso la necessità di consenso dei congiunti per l'espletamento della consulenza tecnica sul Dna della persona deceduta, non essendo configurabile un loro diritto soggettivo sul corpo di quest'ultima, come conferma la circostanza che nessuna disposizione di legge prevede il loro consenso per accertamenti da eseguire per finalità di giustizia; conf. Id., 30 giugno 2014, n. 14786, in *dirittoegiziustizia.it*; v. anche Id., 5 agosto 2008, n. 21128, in *Famiglia e dir.*, 2010, p. 1124, con nota di A. BUSACCA, *Analisi genetiche su «parti staccate» del corpo umano ed accertamento della paternità naturale post mortem*, secondo cui non sussiste violazione del diritto dei congiunti sulle spoglie del defunto nell'ipotesi in cui la consulenza immuno-genetica sia avvenuta previo sequestro giudiziario su cellule di tessuto polmonare, prelevato in occasione di intervento chirurgico, in quanto gli accertamenti riguardano un reperto biologico, sul quale non è configurabile un diritto dei congiunti analogo a quello che agli stessi spetta sul cadavere, che è un diritto privato non patrimoniale, di natura non ereditaria, fondato sulla consuetudine e che viene loro riconosciuto in considerazione del sentimento di pietà che li lega al defunto, sentimento che certamente non può essere offeso dall'esecuzione di un accertamento tecnico; per la giurisprudenza di merito, App. Catania, 21 luglio 2009, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1175, con nota di F. GAZZONI, *L'erba voglio non cresce nemmeno nel giardino del giudice: dichiarazione giudiziale di paternità, ordini del giudice e provvedimenti abnormi*; Trib. Brindisi, 18 agosto 1999, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 220, con nota di A. ROCCO, *Prove ematologiche sul defunto tra tutela della pietas e tutela dell'identità biologica*.

ai sensi dell'art. 276, 1° comma, c.c. o delle regole sulla successione nel processo (art. 110 c.p.c.), con la conseguenza che l'esistenza in capo a questi di un potere in grado di incidere sull'assunzione della prova non è compatibile con le regole che governano il processo civile⁽⁴¹⁾.

5. — *Reclamo e contestazione.*

Fornito il quadro generale in tema di azioni di stato, è opportuno soffermarsi su taluni specifici aspetti problematici, che la recente riforma, invece di risolvere, ha in qualche caso addirittura accresciuto. Essi, in particolare, concernono: *a)* le interrelazioni tra le azioni di reclamo e di contestazione e tra quest'ultima e quella di disconoscimento; *b)* i caratteri delle azioni a contenuto esclusivamente privato; *c)* e, infine, la funzione svolta all'interno del sistema dall'azione per il mantenimento del figlio alla luce della responsabilità da procreazione di cui all'art. 30 Cost.

Iniziamo dai rapporti tra reclamo e contestazione, che il legislatore del 2012-2013 ha scelto di costruire in maniera speculare, eccezion fatta per l'ambito di applicazione più limitato nella seconda.

L'azione di reclamo di cui all'art. 239 c.c. consente al figlio, unico legittimato a proporla secondo il successivo art. 249, di acquisire lo stato di matrimonialità ovvero uno stato diverso da quello attribuitogli dall'atto di nascita o dal possesso di stato.

La contestazione costituisce un'azione esperibile da qualunque interessato a termini dell'art. 248 c.c., circoscritta dall'art. 240 c.c. alle sole ipotesi contenute nei primi due commi del precedente art. 239⁽⁴²⁾, fattispecie rispet-

⁽⁴¹⁾ In questo senso, correttamente, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 495 s.

⁽⁴²⁾ Secondo parte della dottrina [per tutti, G. CHIAPPETTA, *L'azione di contestazione dello stato di figlio*, cit., spec. p. 434 s.] l'elencazione contenuta nel novellato art. 240 c.c. dei casi che consentono la proponibilità dell'azione è esemplificativa e non tassativa, con la conseguenza che la contestazione continua a svolgere il ruolo residuale previsto dalla normativa precedente all'ultima riforma; *contra*, Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Famiglia e dir.*, 2014, p. 929 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *Giur.*

to alle quali sussiste altresì la legittimazione del figlio alla corrispondente azione di reclamo dello stato.

Entrambe sono imprescrittibili e possono essere intentate in base al citato art. 239: *a)* in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato, per domandare «uno stato diverso» (1° comma); *b)* in caso di nato in matrimonio ma iscritto come «figlio di ignoti», salvo che sia intervenuta sentenza di adozione (2° comma). Inoltre, il reclamo può esperirsi anche: *c)* dal figlio matrimoniale che fu riconosciuto in contrasto con la presunzione di paternità o dal figlio matrimoniale che fu iscritto in conformità di altra presunzione di paternità (3° comma); *d)* «altresì (...) per reclamare un diverso stato di figlio quando il precedente è stato comunque rimosso» (4° comma).

Riguardo al regime probatorio, il precedente art. 239 c.c. subordinava la prova per testimoni alle regole del seguente art. 241, secondo cui detta prova era ammessa solo quando vi fosse un principio di prova per iscritto (definita dall'art. 242 in termini più ampi di quelli del successivo art. 2724, n. 1), ovvero quando le presunzioni e gli indizi erano abbastanza gravi da determinare l'ammissione della prova. La prova contraria poteva darsi con qualsiasi mezzo (art. 243). Ma con la riforma sono stati abrogati gli artt. 242 e 243 c.c., e l'art. 241 viene così riscritto: «quando mancano l'atto di nascita e il possesso di stato, la prova della filiazione può darsi in giudizio con ogni mezzo». Manca il riferimento ai casi del figlio iscritto sotto falsi nomi o come figlio di ignoti, che rientrano nelle fattispecie di cui al

it., 2015, p. 319, con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*, su cui F. CAMPODONICO, *Eterologhe «da errore» e salomonici abusi. Commenti a margine della Risposta del Comitato Nazionale di Bioetica e dell'Ordinanza del Tribunale di Roma sul caso dello scambio di embrioni all'ospedale Pertini di Roma*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, p. 157 ss. La soluzione proposta tenta apprezzabilmente di attribuire sistematicità alla disciplina, mantenendo uno strumento residuale. Ci sembra però che il tenore del citato art. 240 sia chiaro nel circoscrivere la contestazione alle ipotesi ivi indicate, che concernono la mancata riferibilità del parto: di conseguenza, la predetta azione non è più idonea ad assumere il carattere di chiusura del sistema di matrimonialità, originariamente previsto dall'impianto del codice, ruolo che, come vedremo più diffusamente (*infra*, § 6), dev'essere oggi attribuito al disconoscimento, deputato all'accertamento della mancata discendenza a prescindere dalle circostanze del parto e delle conseguenti registrazioni negli atti di stato civile.

novellato art. 239, 1° e 2° comma, c.c. o nel successivo art. 269, nei quali tutti, come accennato nei precedenti paragrafi, la prova può essere data con ogni mezzo.

Ciò posto, come accennato, il dettato normativo non consente l'individuazione di prima impronta dei caratteri e della diversità di funzione delle due azioni.

In proposito, autorevole dottrina, che ha presieduto la Commissione tecnica dell'ultima riforma⁽⁴³⁾, distingue nettamente le due azioni sulla base degli effetti, acquisitivi nel reclamo, privativi nella contestazione. Il primo sarebbe deputato all'accertamento costitutivo della filiazione matrimoniale, ma anche di quella non matrimoniale, attraverso la dichiarazione giudiziale, che, in questo senso, si porrebbe come specificazione del reclamo⁽⁴⁴⁾; la seconda sarebbe invece volta a rimuovere lo stato di figlio di chi risulta dall'atto di nascita come figlio di determinati genitori, che non sono i veri genitori⁽⁴⁵⁾. Al reclamo sarebbe legittimato soltanto il figlio, mentre alla contestazione chi risulta come genitore e chiunque vi abbia interesse, ivi compreso il figlio stesso⁽⁴⁶⁾.

La soluzione prospettata ha una sua logica e tiene conto del significato letterale delle rubriche delle disposizioni di legge, oltre a spiegare compiutamente l'inserimento ad opera della recente riforma dell'ult. comma dell'art. 248 c.c., contenente il rinvio ai precedenti artt. 244, 6° comma e 245, 2° comma, relativi alla incapacità del figlio.

Tuttavia, essa incontra a nostro avviso taluni insormontabili problemi, inerenti al dato normativo e, più in generale, alla sistematica delle tutele.

⁽⁴³⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 379 ss.; nel medesimo senso, M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., p. 456 ss.

⁽⁴⁴⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., pp. 379 e 389, secondo cui «L'azione di reclamo dello stato di figlio esercitata nei confronti dei genitori non coniugati si specifica come azione per la dichiarazione di paternità e maternità»; e ancora «A seguito della Riforma della filiazione del 2012 l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità si presenta come una specificazione dell'azione di reclamo dello stato di figlio».

⁽⁴⁵⁾ Testualmente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 381; analoga impostazione si rinviene in M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., spec. p. 460.

⁽⁴⁶⁾ V. sempre C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., pp. 380 e 382.

Anzitutto l'art. 240 c.c. riferisce l'azione di contestazione, non soltanto alla supposizione di parto o alla sostituzione di neonato (art. 239, 1° comma), ma anche all'iscritto come figlio di ignoti (art. 239, 2° comma). Almeno in questo caso – a meno di ritenere il richiamo inutile e, come tale, privo di effetti⁽⁴⁷⁾ – la contestazione ha un contenuto sicuramente acquisitivo, non potendo rimuovere uno stato giuridico che non esiste mancando l'accertamento della filiazione di grado intermedio, ad esempio per abbandono o esercizio dell'anonimato.

Inoltre, la legittimazione attiva spetta nel reclamo soltanto al figlio (art. 249 c.c.), mentre nella contestazione è molto più ampia, essendo appannaggio, come poco fa ricordato, di chi risulta genitore e di chiunque altro vi abbia interesse (art. 248 c.c.). Ora, appare quantomeno singolare che il legislatore: *a)* abbia considerato il figlio alla stregua di un qualunque interessato, quando egli risulta essere l'attore principale su cui ruota tutto il sistema dell'accertamento di grado inferiore della filiazione, ruolo confermato e addirittura esteso dall'ultima riforma; *b)* abbia collocato sistematicamente prima il reclamo e poi la contestazione, sebbene quest'ultima logicamente lo dovrebbe precedere, potendosi il primo promuoversi soltanto a seguito della previa rimozione dello stato inveridico⁽⁴⁸⁾; infine, *c)* consenta in ipotesi particolarmente rilevanti come la supposizione di parto e la sostituzione di neonato, a chiunque abbia interesse di agire per la rimozione dello stato inveridico, ma soltanto al figlio di poter ottenere la costituzione dello stato, o meglio del nuovo stato, attraverso il reclamo, creandosi così: *α)* una disparità di trattamento con l'accertamento di grado intermedio in cui nella matrimonialità l'effetto espansivo della dichiarazione di nascita ha effetto costitutivo dello stato anche verso il genitore che non ha effettuato la predetta dichiarazione, o addirittura di entrambi se

⁽⁴⁷⁾ M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., p. 462, afferma nella sostanza l'inutilità della disposizione, osservando in proposito: «La contestazione è ora ammessa (art. 240 c.c.) solo qualora si tratti di supposizione di parto o di sostituzione di neonato. Nulla aggiunge al riguardo il richiamo operato dall'art. 240 c.c. al secondo comma dell'art. 239 c.c., ipotesi in cui non vi è alcuno stato da contestare»; analogamente, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La nuova disciplina della filiazione*, cit., p. 74.

⁽⁴⁸⁾ In questo senso, esplicitamente, M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., p. 460, secondo il quale il reclamo «può promuoversi solo a seguito dell'azione di contestazione (art. 239, ultimo comma, c.c.)».

nessuno di essi la compie (salvo il diritto di anonimato della partorientente); β) un vuoto normativo difficilmente colmabile, visto che la dichiarazione di nascita è stata già effettuata a suo tempo, con la conseguenza che, non scattando il sistema previsto dagli artt. 231 ss. c.c., il relativo stato di figlio matrimoniale può essere accertato soltanto attraverso una sentenza, che – producendo effetti preclusivi di massimo grado – costituisce titolo per l'annotazione *ex art.* 49, 1° comma, lett. *o*), d.P.R. n. 396/2000, sull'ordinamento di stato civile.

Occorre pertanto appurare se possa essere praticato un diverso inquadramento delle tutele che, prescindendo dal significato letterale delle rubriche, consenta di superare i problemi evidenziati.

Ci sembra che una soluzione possibile possa essere rinvenuta nel considerare reclamo e contestazione come azioni del tutto analoghe e speculari, in cui mutano soltanto: *a*) la legittimazione ad agire, riferita soltanto al figlio nel primo e agli altri interessati nella contestazione, e *b*) l'ambito di applicazione, circoscritto per quest'ultima dall'art. 240 c.c. alle sole ipotesi contenute nei primi due commi del precedente art. 239.

In questo senso, sia il reclamo che la contestazione sono deputati a produrre effetti acquisitivi o privativi a seconda della fattispecie cui sono riferiti e del *petitum* introdotto nel giudizio, che delimita la cognizione del giudice (art. 112 c.p.c.). In altri termini, il figlio che voglia costituire lo *status* verso i veri genitori non deve proporre prima la contestazione e poi il reclamo, ma soltanto quest'ultimo. In questo caso, avendo la domanda contenuto anche acquisitivo, ai sensi dell'art. 102 c.p.c., al giudizio debbono partecipare necessariamente sia i genitori che risultano dal titolo che si contesta, sia quelli verso cui si reclama lo stato, poiché la sentenza che accerta lo scambio di neonati o la supposizione di parto è resa anche nei loro confronti⁽⁴⁹⁾. Di-

⁽⁴⁹⁾ Il risultato sarebbe comunque analogo ove si aderisse alla tesi accolta dalla dottrina che distingue il reclamo dalla contestazione sulla base degli effetti, in quanto le due azioni (sebbene logicamente la seconda preceda il reclamo) possono essere proposte per cumulo oggettivo nel medesimo giudizio, di cui risultano litisconsorti necessari tutti i genitori interessati, cioè quelli risultanti dal titolo (art. 248, 4° comma, c.c.) e quelli effettivi (art. 249, 4° comma, c.c.): depone in questo senso il principio di economia dei giudizi e la collocazione codicistica, in cui – come detto – il reclamo precede la contestazione.

versamente, se il figlio mira soltanto alla rimozione dello stato inveridico, al giudizio partecipano solo coloro che risultano genitori secondo gli atti dello stato civile, fermo restando che egli potrà successivamente costituire lo stato verso i genitori biologici, attraverso l'esperimento di una nuova azione di reclamo (che è imprescrittibile), questa volta con contenuto acquisitivo, in cui legittimati passivi saranno soltanto questi ultimi.

Più precisamente, si può affermare che la funzione delle due azioni muta sulla base dell'accertamento che si vuole conseguire: così, nel caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato (art. 239, 1° comma, c.c.), la conseguenza è in entrambe quella di rimuovere lo stato inveridico ed eventualmente di costituirne uno nuovo basato sulla verità biologica, mentre nell'accertamento della filiazione matrimoniale per l'iscritto come figlio di ignoti (art. 239, 2° comma, c.c.), il contenuto può essere soltanto acquisitivo sia per il reclamo che per la contestazione, mancando un diverso stato di figlio da rimuovere.

Anche la disciplina del processo – ivi compresa la competenza demandata al Tribunale ordinario (art. 38, disp. att. c.c.) – è assolutamente speculare, come si ricava dalla formulazione pressoché identica degli artt. 248 e 249 c.c. Infatti, a parte il 1° comma delle citate disposizioni, relativo alla differente legittimazione ad agire, le rimanenti disposizioni sono analoghe.

Ciò però pone, nella ricostruzione giuridica da noi proposta, il problema di spiegare adeguatamente l'inserimento, operato con l'art. 20, d.lgs. n. 154/2013, dell'ult. comma dell'art. 248 c.c., che riproduce il corrispondente del successivo art. 249, secondo cui: «Si applicano il sesto comma dell'art. 244 e il secondo comma dell'art. 245.». La disposizione sembra trovare maggiore senso compiuto in presenza di una legittimazione del figlio all'azione di contestazione, legittimazione che abbiamo escluso per ragioni logiche e sistematiche.

Tuttavia, la norma non fa riferimento alcuno alla posizione del figlio ma è generica e, pertanto, concerne l'intera fattispecie. Ci sembra, dunque, che la previsione di cui ai citati artt. 244 e 245 – concernente la possibilità che l'azione possa essere promossa da un curatore speciale nell'interesse del minore, dell'interdetto o, comunque, di chi versa in condizioni abituali di in-

fermità di mente – vada riferita, nel caso di contestazione, ai genitori aventi limitata capacità e, soprattutto, ai discendenti del figlio che si trovino nelle medesime condizioni, i quali hanno interesse a rimuovere lo stato inveridico al pari degli altri, come dimostra anche l'ultima parte del 2° comma del richiamato art. 245, riferita agli altri legittimati. D'altro canto, la posizione del minore infra o ultra quattordicenne di cui all'ult. comma dell'art. 244 potrebbe riguardare pure un discendente affidato a parenti al fine di evitare lo stato di abbandono previsto dalla l. adozione, parenti che potrebbero perdere legittimazione a seguito dell'accertamento a contenuto privativo di grado poziore.

In ogni caso, questo interesse alla rimozione non è di natura meramente patrimoniale (e dunque, come tale, sicuramente rientrante nei poteri di rappresentanza del titolare dell'ufficio di protezione), ma è patrimonialmente neutro e, peraltro, come tale sempre preminente. Esso, infatti, involge situazioni che riguardano l'affettività, la discendenza e, quindi, la rilevanza delle origini biologiche dell'individuo⁽⁵⁰⁾, le quali, determinando la riferibilità della generazione, costituiscono la fonte dei diritti fondamentali alla genitorialità e alla parentela. Anche in questi casi, pertanto, è logico e necessario, per non creare disparità di trattamento, attribuire a qualunque interessato il diritto (che, ribadiamo, esula dal campo patrimoniale) di rimuovere lo stato inveridico e/o di costituire quello veridico a prescindere dalla situazione di soggetti deboli in cui potrebbero versare, sia che essa derivi da minore età o da patologie particolarmente gravi.

6. — *Ruolo del disconoscimento nel sistema di matrimonialità.*

Veniamo ora alle interrelazioni tra contestazione e disconoscimento.

Quest'ultimo, viene denominato anche dal legislatore della riforma – con una visione miope, avulsa dall'odierna realtà, dagli sviluppi della scienza bio-

⁽⁵⁰⁾ La cui importanza è stata più volte sottolineata: cfr. A. SASSI, *Stato di figlio e diritti fondamentali nei sistemi italiano ed europeo*, cit., p. 150 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 17 ss., 153 ss. e 203 ss.

medica e delle tecniche sempre più evolute di fecondazione e sviluppo della gravidanza – “di paternità” e regolato con riferimento alla posizione del solo padre, omettendo di considerare che: *a*) è oggi possibile che il figlio nato in matrimonio non discenda biologicamente dalla donna che lo ha partorito, dal di lei marito o, addirittura, da nessuno di essi; *b*) l’azione di contestazione non svolge più la funzione residuale assegnatale anteriormente all’ultima riforma, concernendo in presenza di *status* costituito le ipotesi di cui al 1° comma dell’art. 239 c.c. (supposizione di parto e sostituzione di neonato), con la conseguenza che detto ruolo dovrebbe ravvisarsi nel disconoscimento, unica azione oggi deputata al controllo della discendenza biologica nella filiazione matrimoniale quando è certa la riferibilità del parto.

Infatti, mentre con riferimento ai genitori affettivi l’art. 9, l. n. 40/2004 preclude agli stessi la proposizione dell’azione in presenza di consenso esplicito o implicito all’utilizzo di geni estranei alla coppia, il figlio nato dall’eterologa, al pari di quello concepito naturalmente, può in ogni caso e tempo agire per la rimozione dello stato inveridico basato sull’affettività⁽⁵¹⁾. E ciò, ovviamente, dev’essere consentito verso uno qualunque dei genitori che non abbia trasmesso gameti. Se si ritenesse diversamente, si verrebbe a creare un’evidente ed ingiustificata disparità di trattamento nell’accertamento della

⁽⁵¹⁾ Cass., 11 luglio 2012, n. 11644, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3348; in *Famiglia e dir.*, 2012, p. 1150; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 51, con nota di C. Cossu, *Inseminazione eterologa, scienza del marito, «diritto vivente» e disconoscimento di paternità*, che, in particolare, osserva: *a*) la l. n. 40/2004 impedisce l’esperimento dell’azione di disconoscimento qualora vi sia consenso del coniuge o del convivente all’eterologa; *b*) una lettura costituzionalmente orientata del dato normativo induce a ritenere che il legislatore abbia inteso stabilire un preciso limite al *favor veritatis*, determinando evidentemente una convergenza del *favor legitimationis* con il divieto di *venire contra factum proprium*; *c*) ma in tutte le ipotesi in cui tale consenso preventivo all’eterologa manchi, l’azione di disconoscimento deve ritenersi ammissibile, con la conseguenza che il quadro normativo deve ritenersi arricchito da un’ulteriore specifica ipotesi di disconoscimento, fondata sulla esigenza, sempre più avvertita, di affermare la primazia del *favor veritatis*; *d*) tale soluzione si colloca nell’ambito di un ampliamento delle persone legittimate all’esercizio dell’azione di disconoscimento, nel senso che, una volta escluso il principio dell’incompatibilità tra fecondazione artificiale e disconoscimento, non sembra possano sussistere limiti per l’esercizio di tale azione da parte del figlio, certamente estraneo al consenso eventualmente prestato dal genitore, e portatore di un interesse alla verità biologica che, per le ragioni indicate, deve considerarsi meritevole di tutela.

discendenza, fondata sul sesso degli stessi, precludendo al figlio la rimozione dello stato inveridico soltanto verso la madre affettiva, con la conseguenza che un'interpretazione delle norme in tal senso orientata si porrebbe sicuramente in contrasto con i principi costituzionali, oltre che con il sistema della filiazione che attribuisce al figlio la scelta tra stato affettivo e stato veridico.

In aggiunta al disconsocimento verso il padre, deve quindi ammettersi la possibilità di accertamento negativo verso la madre coniugata, del resto in analogia con quanto avviene nella filiazione non matrimoniale (art. 263 c.c.). Pertanto, è più corretto parlare di disconoscimento “di genitorialità”, piuttosto che “di paternità”.

La prospettazione effettuata, del resto, trova conferma nella disciplina della prova che governa l'azione in esame, in ordine alla quale il legislatore dell'ultima riforma ha correttamente evitato di riprodurre l'errata dizione degli artt. 234 e 239 c.c., che parlano di prova del concepimento e di conformità alla presunzione di paternità, sebbene l'accertamento sia sempre volto alla riferibilità della generazione⁽⁵²⁾. Infatti, la disposizione di cui al 2° comma del nuovo art. 243 *bis* c.c. è finalizzata unicamente a fare emergere la verità biologica, emersione che ha come effetto indiretto quello di superare il meccanismo di attribuzione della paternità del nato da donna coniugata, previsto per l'accertamento di grado intermedio. E una tale dimostrazione del fatto biologico della discendenza è certamente possibile non solo verso il marito, ma anche verso la partoriente⁽⁵³⁾. La norma statuisce: «Chi esercita l'azione è ammesso a provare che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre.», peraltro chiarendo al successivo 3° comma che «La sola dichiarazione della madre non esclude la paternità.», specularmente a quanto previsto per l'accertamento costitutivo dall'art. 269, ult. comma, c.c.

⁽⁵²⁾ Peraltro, sulla scia dei rilievi compiuti dal giudice delle leggi in ordine alla gerarchia contenuta nell'art. 235 c.c., ora abrogato (Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, cit.); sul punto v. anche le osservazioni di M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, cit., p. 457.

⁽⁵³⁾ Sull'uguaglianza nel disconoscimento della posizione processuale del marito rispetto alla moglie in ordine alla prova del Dna, v. correttamente A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 330 s.

Con l'introduzione della nuova normativa, il legislatore ha altresì mutato i termini di comparazione tra disconoscimento e contestazione della matrimonialità esistenti nel vigore della precedente disciplina (artt. 235 e 248 c.c.), che avevano condotto la giurisprudenza ad adottare soluzioni sistematicamente poco corrette, relegando la contestazione ad un ruolo del tutto marginale e difficilmente collocabile nel sistema di accertamento della filiazione⁽⁵⁴⁾.

Viceversa, il nuovo ordinamento distingue nettamente le due azioni e rovescia la prospettiva, privando l'art. 248 c.c. del ruolo di norma di chiusura del sistema. Difatti, si assegna alla contestazione una funzione acquisitiva o privativa nelle specifiche ipotesi di supposizione di parto, sostituzione di neonato e iscrizione del nato in matrimonio come figlio di ignoti (artt. 239 e 240 c.c.), mentre al disconoscimento una esclusivamente ablativa dello stato di matrimonialità (prima attribuita anche alla contestazione), ogni qualvolta manchi la rispondenza genetica nei confronti di uno o di entrambi i genitori, al fuori delle ipotesi di supposizione di parto o sostituzione di neonato. In sostanza, mentre la prima è normalmente legata alle vicende del parto e alla

⁽⁵⁴⁾ La giurisprudenza riteneva che la "legittimità" del figlio potesse essere contestata soltanto con il disconoscimento, secondo le stringenti regole ivi poste, indipendentemente dalle vicende del matrimonio che legava gli asseriti genitori: cfr. Cass., 8 settembre 1995, n. 9463, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 407, secondo cui la contestazione della legittimità del figlio può essere effettuata solo con l'azione di disconoscimento di cui all'art. 235 c.c. e, quindi, da parte dei soggetti, nei termini ed alle condizioni all'uopo previsti, indipendentemente dal fatto che ci sia stata declaratoria di nullità del matrimonio per *impotentia generandi* del marito, atteso che, pure in questo caso, non è esperibile l'azione di contestazione della legittimità di cui all'art. 248 c.c., la quale configura disposizione residuale, per le contestazioni diverse da quelle inerenti alla paternità; conf., in relazione al principio generale, Id., 20 febbraio 1992, n. 2098, in *Mass. Giur. it.*, 1992; e, per la giurisprudenza di merito, App. Catania, 7 maggio 1990, in *Giur. merito*, 1992, p. 883, con nota di S. PIRRONE, *Contestazione di legittimità e disconoscimento di paternità*; Trib. Sassari, 24 gennaio 1989, in *Dir. fam.*, 1990, p. 884; Trib. Cagliari, 19 ottobre 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 458, con nota di richiami di A. DEANGELI.

Viceversa, la dottrina più attenta aveva attribuito un ruolo alla contestazione a seconda della operatività o meno delle finzioni e presunzioni di cui agli artt. 231 e 232 c.c., testo previgente: A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., pp. 326 ss. e 332 ss. Sul punto v., di recente, S. STEFANELLI, *Status e modelli procreativi nel sistema attuale*, cit., p. 67 ss.

sua mancata riferibilità alla donna che si assume madre, il secondo è volto soltanto all'accertamento della discendenza biologica⁽⁵⁵⁾.

In definitiva, è l'azione disconoscimento di genitorialità che, se inquadrata sistematicamente, è ora deputata a svolgere una funzione al contempo residuale e fondamentale, consentendo la piena attuazione del principio di verità biologica in tutte le ipotesi in cui non può farsi ricorso alla contestazione. Detta funzione, attribuita al disconoscimento dal legislatore dell'ultima riforma, conferma la necessità di interpretazione estensiva del rimedio, anche verso la madre affettiva, essendo altrimenti impossibile rimuovere lo stato inveridico verso la stessa al di fuori della supposizione di parto e della sostituzione di neonato (in cui manca anche la riferibilità del parto), con conseguente illegittimità e disparità di trattamento, necessariamente conseguenti ad una tale limitazione di un diritto fondamentale che compete ad ogni figlio.

La soluzione appare coerente, poiché nei casi particolarmente gravi di supposizione di parto e sostituzione di neonato, in cui la situazione trascende gli interessi degli appartenenti alla famiglia legittima in sé considerata, la legge attribuisce un'ampia legittimazione e consente l'accertamento della verità biologica senza limiti di tempo (art. 248 c.c.), mentre nelle altre ipotesi, attraverso il disconoscimento, sono soltanto la madre e il padre (entro un limitato periodo di tempo, comunque non superiore a cinque anni dalla nascita), nonché il figlio (senza alcuna limitazione temporale) a poter eliminare lo stato inveridico verso il genitore affettivo.

La funzione residuale nel sistema di matrimonialità attribuita al disconoscimento dall'ultima riforma trova conferma nel disposto dell'art. 247 c.c., quasi interamente dedicato alla rimozione di qualsiasi ostacolo alla proposizione dell'azione e, quindi, all'accertamento veridico di grado poizore, qualora una delle parti che siano convenute in giudizio si trovi in stato di incapacità, ovvero sia premorto, in modo anche da scongiurare il pericolo che si verificchino le decadenze previste dal precedente art. 244, a carico dei genitori.

⁽⁵⁵⁾ Il profilo è ben evidenziato da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 383, secondo cui il disconoscimento è nettamente distinto dalla contestazione dello stato di figlio, basata sulla falsa o erronea identificazione del nato come figlio di donna diversa da quella che lo ha partorito.

7. — *Caratteri delle azioni di accertamento negativo.*

Permangono alcune differenze fondamentali tra le azioni di disconoscimento e di impugnazione del riconoscimento concernenti essenzialmente: *a)* i presupposti per l'esperibilità; *b)* la legittimazione; e *c)* i provvedimenti cautelari in pendenza di giudizio.

Sub a) il disconoscimento è volto a stabilire la rispondenza tra *status* esistente e discendenza biologica, con la conseguenza che la rimozione si fonda unicamente sulla mancata trasmissione dei geni da parte del genitore.

Viceversa, nell'impugnazione del riconoscimento rilevano non soltanto la mancata rispondenza biologica (inveridicità), ma anche gli stati soggettivi del suo autore (violenza e interdizione giudiziale). Nella filiazione non matrimoniale, infatti, mancando l'effetto espansivo della dichiarazione di nascita (artt. 231 ss. c.c.), per la riferibilità della generazione è sempre necessario un atto di responsabilità del genitore, che, quindi, ha una sua validità sostanziale ed è irrevocabile soltanto se veridico, non affetto da violenza e compiuto da non interdetto.

Sub b), mentre per il disconoscimento la legittimazione è attribuita soltanto ai coniugi e al figlio (art. 243 *bis*, 1° comma, c.c.), tra i quali sussiste litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.) a prescindere da chi l'azione ha introdotto (art. 247, 1° comma, c.c.), l'impugnazione del riconoscimento inveridico può essere esperita, oltre che dall'autore dello stesso o dal riconosciuto, da chiunque vi abbia interesse (art. 263, 1° comma, c.c.): il rapporto processuale si instaura di regola tra il figlio e il genitore che ha effettuato il riconoscimento la cui veridicità è contestata, mentre secondo la giurisprudenza non sussiste litisconsorzio necessario con l'altro genitore di cui va esclusa la legittimazione passiva⁽⁵⁶⁾.

Si tratta di conseguenze che derivano dall'applicazione del principio, tuttora posto a fondamento del sistema di accertamento della filiazione, del *favor legitimitatis*, che impone, da un lato l'esclusione della possibilità di rimo-

⁽⁵⁶⁾ V. Trib. Napoli, 28 aprile 2000, in *Giur. napoletana*, 2000, p. 277, tuttavia precisando che questi, mentre non può essere convenuto, può intervenire volontariamente nel giudizio, essendo comunque portatore di un interesse alla decisione.

zione dello stato da parte di estranei al rapporto filiale (possibile solo nei casi di supposizione di parto e sostituzione di neonato, in cui manca anche la riferibilità del parto), e, dall'altro, la necessità che partecipino al giudizio tutti coloro verso i quali l'accertamento di grado intermedio produce effetti, a prescindere dal soggetto che abbia compiuto la dichiarazione di nascita, verificandosi la costituzione del rapporto contemporaneamente e con effetti unici verso entrambi i coniugi. La previsione è logica, se si prendono in considerazione due aspetti essenziali: anzitutto, la legittimazione ad estranei al nucleo familiare comporterebbe la possibilità di rimozione dello stato in violazione del principio di tutela dell'affettività tra i membri della famiglia legittima sancito dall'art. 30, 3° comma, Cost., principio la cui salvaguardia è esclusa nell'ipotesi in cui l'azione sia promossa da uno dei titolari del rapporto filiale, essendo l'affettività evidentemente già venuta meno; inoltre, con il disconoscimento vengono contestate le risultanze dell'accertamento di grado intermedio contenuto nell'atto di nascita, accertamento che, concernendo la filiazione matrimoniale, si fonda sul sistema per essa previsto e sul conseguente effetto espansivo della dichiarazione verso entrambi i genitori, a prescindere dal soggetto che l'ha materialmente effettuata.

Certamente, una tale limitazione della legittimazione ad agire può condurre in talune situazioni a risultati paradossali. Infatti, salve le ipotesi di supposizione di parto o sostituzione di neonato (artt. 240 e 248 c.c.), giusta il divieto contenuto nell'art. 253 c.c. cui soggiace anche la dichiarazione giudiziale disciplinata dai successivi artt. 269 ss., l'accertamento della filiazione da parte del padre biologico, estraneo al nucleo familiare, è sempre rimesso alla previa rimozione dello stato di figlio matrimoniale inveridico da parte dei soggetti indicati nel precedente art. 243 *bis* (marito, madre e figlio), con la conseguenza che, se i genitori risultanti tali dagli atti dello stato civile trascurano il figlio e non introducono il disconoscimento, questi si trova esposto all'abbandono senza che il padre biologico, pur intenzionato a prendersene cura, possa agire in giudizio.

Emblematico in tal senso è il caso, analizzato di recente dalla Corte EDU, di un soggetto convivente di donna sposata (che viveva separata dal marito) con la quale ha concepito tre figli, iscritti sulla base della presunzione di pa-

ternità come figli del di lei marito, che viene da questa lasciato unitamente ai figli e non può procedere a riconoscimento dei medesimi, sulla base della preclusione esistente nella legislazione bulgara, che non consente da parte del padre biologico la contestazione della paternità matrimoniale: la Corte, tuttavia, ha escluso la violazione dei principi contenuti nella Convenzione, in particolare sul presupposto che, se anche non è gli consentito di agire per contestare la presunzione di paternità, la legge non lo priva della possibilità di stabilire un rapporto di paternità verso i figli, facendo in particolare ricorso all'adozione, o domandando ai servizi sociali il loro affidamento, come persona con un legame più stretto con i bambini⁽⁵⁷⁾.

In questo modo però si crea confusione tra genitorialità biologica e affettiva, obbligando il genitore biologico ad utilizzare un istituto in cui il titolo costitutivo della filiazione è conseguenza dell'accertamento del legame affettivo e non della discendenza biologica. Pertanto, almeno nel nostro sistema, appare più conducente e corretto utilizzare lo strumento previsto dagli artt. 78 ss. c.p.c., che prevede la nomina di un curatore speciale quando vi sia conflitto di interessi, così consentendo, attraverso la sua attività, anche su istanza del pubblico ministero, di esperire il disconoscimento nell'interesse del figlio e, successivamente, di procedere alla costituzione del rapporto filiale verso il genitore biologico con il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale.

Viceversa, tutto ciò difetta con riguardo al figlio non matrimoniale, in relazione al quale il rapporto si costituisce verso il genitore che lo ha riconosciuto (art. 258 c.c.) e non v'è da tutelare l'unità affettiva della famiglia legittima (art. 30, 3° comma, Cost.). Inoltre, lo strumento del riconoscimento da parte del singolo, e con effetti a lui limitati, appare il più efficace per costituire un rapporto filiale in mancanza del presupposto della discendenza, come dimostra la previsione dell'art. 74, l. n. 184/1983, sull'adozione dei minori, che, al fine di evitare l'elusione delle procedure di adozione, impone agli

⁽⁵⁷⁾ Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Chavdarov c. Bulgaria*, in *giustizia.it*, su cui A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 226 s., ove anche il caso; per un ampio e puntuale quadro degli interventi della Corte EDU sulla questione, G. CHIAPPETTA, *L'azione di disconoscimento di paternità*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 402 ss.

ufficiali di stato civile di comunicare, al Tribunale per i minorenni competente per territorio, l'avvenuto riconoscimento da parte di persona coniugata, demandando alla predetta autorità giudiziaria la possibilità di disporre le opportune indagini per appurare la veridicità del riconoscimento stesso⁽⁵⁸⁾.

Le ultime considerazioni introducono al punto *sub c)*, relativo ai provvedimenti cautelari, che, proprio per le ragioni ora richiamate, vengono previsti dall'art. 268 c.c. e dal richiamato art. 74, l. adozione soltanto in merito all'impugnazione del riconoscimento.

La prima disposizione, in presenza di impugnazione e, quindi, in presenza di giudizio, prevede che il Tribunale adito possa adottare gli opportuni provvedimenti nell'interesse del figlio. L'ampia dizione ivi contenuta e la rilevanza dell'interesse tutelato inducono a ritenere che il potere concerna l'intera posizione del minore, ivi compresi i rapporti personali con il genitore, il cui atto di autoresponsabilità è interessato dall'azione⁽⁵⁹⁾. Il giudice può altresì incidere sulla titolarità formale della filiazione, impedendo – ai sensi dell'art. 46, d.p.r. n. 396/2000 sugli atti di stato civile – l'annotazione del riconoscimento impugnato, ovvero disponendo l'annotazione della domanda di impugnazione a margine dell'atto di nascita [art. 49, 1° comma, lett. *l*), d.p.r. citato].

L'emanazione di provvedimenti cautelari è particolarmente utile nell'ipotesi disciplinata dall'art. 74, l. n. 184/1983 sull'adozione, che, come accennato *sub b)*, concerne il riconoscimento, da parte di persona coniugata, di un figlio non matrimoniale non riconosciuto dall'altro genitore. In questo caso, all'esito di sommarie indagini volte ad appurare la veridicità del riconoscimento, il Tribunale per i minorenni potrebbe procedere alla nomina di un curatore speciale all'uopo autorizzato per promuovere, ai sensi dell'art. 264 c.c.⁽⁶⁰⁾, il giudizio di impugnazione innanzi al Tribunale ordinario, così

⁽⁵⁸⁾ Sue interrelazioni tra la norma di cui all'art. 74, l. adozione e le azioni di stato, v. ampiamente, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 434 ss.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 391.

⁽⁶⁰⁾ L'art. 74, l. adozione, al 2° comma, fa riferimento all'art. 264, 2° comma, c.c., precedente formulazione. La nuova norma, come sostituita dal d.lgs. n. 154/2013, contiene un unico comma, con la conseguenza che il riferimento compiuto dal citato art. 74 non va più riferito al 2° comma della disposizione codicistica, ma ad essa nella sua interezza.

evitando che il minore venga illecitamente sottratto alle normali procedure di adozione⁽⁶¹⁾. E, in fase cautelare, si potrebbe disporre financo l'allontanamento del minore dall'autore del riconoscimento, al fine di evitare l'instaurazione di relazioni affettive, che, con il trascorrere del tempo, oltre ad assumere rilevanza giuridica, risultano molto difficili da rimuovere senza incidere sulla salute psichica del minore stesso.

In ogni caso, i richiamati provvedimenti, resi prima del giudizio dal Tribunale per i minorenni o in corso di giudizio da quello ordinario (cfr. artt. 176 ss. c.p.c.), sono sempre modificabili e, pertanto, non sono ricorribili per cassazione⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ Sul punto, di recente, Cass., 17 febbraio 2006, n. 3563, in *Giur. it.*, 2007, p. 1914, con nota di richiami di A. BUONUOMO, che ha precisato quanto segue. In tema di conseguenze dell'avvenuto riconoscimento da parte di persona coniugata di figlio non matrimoniale non riconosciuto dall'altro genitore, la norma dell'art. 74, l. adozione, nell'affidare, con una formulazione ampia, al Tribunale per i minorenni l'esecuzione di opportune indagini per accertare la veridicità del riconoscimento, non determina né limita i mezzi utilizzabili al fine suindicato, potendo l'indagine richiedere strumenti più o meno penetranti a seconda delle particolarità del caso concreto e, quindi, comprendere l'esecuzione di un accertamento tecnico in ordine al rapporto di genitorialità biologica. Ove un tale accertamento sia stato disposto, le relative risultanze, così come il rifiuto dell'interessato a sottoporvisi, hanno valenza probatoria piena soltanto ai limitati fini dell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 264 c.c. [richiamato dal citato art. 74, 2° comma (v. però nt. precedente)], ossia per il rilascio dell'autorizzazione all'impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e per la nomina di un curatore speciale. Nondimeno, gli accertamenti compiuti in fase prodromica, ove l'interessato si sottragga alla consulenza tecnica disposta dal Tribunale ordinario nel giudizio, promosso dinanzi ad esso, di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, pur non potendo assurgere di per sé ad elemento di prova sulla veridicità del riconoscimento, possono avere, secondo il prudente apprezzamento del giudice, valore indiziario se in questo prodotti o acquisiti, tenuto anche conto che su di essi, in tale giudizio, le parti possono formulare i loro rilievi o le loro deduzioni, con l'esercizio di ogni mezzo di difesa. Nel caso di specie vagliato, la S.C. ha confermato il pronunciamento della Corte d'Appello, che aveva utilizzato, valutandole in concorso con il successivo rifiuto dell'autore del riconoscimento a sottoporsi a c.t.u., le risultanze dell'accertamento tecnico espletato dinanzi al Tribunale per i minorenni.

⁽⁶²⁾ L'assunto è pacifico in giurisprudenza, anche se le pronunce che lo affermano in maniera esplicita sono abbastanza risalenti: Cass., 29 marzo 1999, n. 2998, in *Famiglia e dir.*, 2000, p. 56, con nota di F. LONGO, *Falso riconoscimento e ricorribilità per cassazione del decreto di allontanamento del minore*, secondo cui il provvedimento del giudice minorile, il quale – dopo la nomina di un curatore speciale e l'autorizzazione ad impugnare il riconoscimento per

8. — *Azione per il mantenimento.*

L'accertamento indiretto di stato, compiuto incidentalmente – e, come tale, privo di effetti costitutivi del rapporto filiale tecnicamente inteso –, produce gli effetti patrimoniali previsti dall'art. 279 c.c. e, se il genitore è premorto, quelli di cui ai successivi artt. 580 e 594. Effetti limitati dalla legge alla corresponsione di un assegno per il mantenimento, l'istruzione, l'educazione o gli alimenti, a decorrere dalla domanda giudiziale ovvero dalla stipula della transazione con cui si riconosce il diritto all'assegno da parte dell'autore della procreazione o dei suoi successori⁽⁶³⁾.

difetto di veridicità, secondo la previsione degli artt. 74, l. adozione e 264 c.c. – disponga in via cautelare l'allontanamento del minore dall'autore del riconoscimento, con il suo temporaneo affidamento a terzi, anche se confermato in secondo grado in esito a reclamo, non è impugnabile con ricorso per cassazione, trattandosi di atto privo di efficacia decisoria, che non statuisce su posizioni di diritto soggettivo in conflitto e non è idoneo ad incidere sullo *status* del minore, ma è diretto a tutelare, in sede amministrativa e ordinatoria, e in via d'urgenza, l'interesse del minore, ed è pertanto modificabile in ogni tempo; conf. Id., 3 marzo 2000, n. 2380, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1963; Id., 4 maggio 1996, n. 4147, in *Famiglia e dir.*, 1996, p. 537, con nota di P. NAPPI, *Non ricorribilità per cassazione dei provvedimenti interinali che incidono sulla potestà dei genitori*; Id., 15 novembre 1989, n. 4862, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 979.

⁽⁶³⁾ Proprio perché manca l'attribuzione formale dello *status* e per la natura meramente patrimoniale del diritto azionato, analogo risultato può raggiungersi anche attraverso atti di autonomia privata: così, potrebbe accadere che, per evitare un contenzioso a seguito del quale magari il fatto procreativo diviene di dominio pubblico, il genitore o i suoi eredi, legatari e/o donatari, che siano certi della discendenza biologica, potrebbero volontariamente riconoscere e soddisfare il diritto patrimoniale all'assegno senza aspettare il provvedimento del giudice. È il caso deciso da Cass., 9 giugno 1990, n. 5633, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 75 (ivi erroneamente indicata come 19 giugno 1990, n. 5833), che, nonostante qualche imprecisione terminologica, esprime in modo chiaro concetti del tutto condivisibili, affermando tra l'altro: *a)* l'art. 279 c.c., ove correttamente interpretato alla luce della normativa costituzionale, attribuisce al figlio non matrimoniale, una volta accertato il rapporto materiale di filiazione, il diritto al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, quand'anche non sia stato riconosciuto formalmente pur essendo ciò possibile e, quindi, indipendentemente dalla qualifica formale dello *status*; *b)* comunque, anche a voler ammettere – secondo un'interpretazione restrittiva – che la norma citata attribuisce il diritto al mantenimento solo in favore dei figli irricognoscibili e non anche di quelli che, pur sussistendo i presupposti e l'ammissibilità, non abbiano ancora tale *status* formale, non v'è dubbio che rimane pur sempre prevista nel nostro ordinamento positivo la configurabilità di un diritto al mantenimento avulso

Il problema principale che si pone in merito a tale azione è quello di individuare le categorie di figli che possono beneficiarne.

Il legislatore dell'ultima riforma ha modificato l'art. 279 c.c., sostituendo il richiamo ivi contenuto all'autorizzazione di cui al precedente art. 274 concernente la dichiarazione giudiziale, dichiarato incostituzionale⁽⁶⁴⁾, con quella prevista per il figlio parentale dall'art. 251 novellato.

In dottrina⁽⁶⁵⁾ si è precisato che in questo modo il legislatore ha inteso riferirsi unicamente ai figli nati da parenti a cui è stata negata la costituzione dello *status* e, dunque, la titolarità di esso: da ciò conseguirebbe che i predetti figli sarebbero sempre soggetti ad autorizzazione del giudice, non solo per accedere all'accertamento diretto della filiazione, ma anche per promuovere l'azione di natura patrimoniale, volta – previo accertamento incidentale della genitorialità – ad ottenere il diritto all'assegno.

L'impostazione non può essere condivisa.

Già prima del d.lgs. n. 154/2013, la dottrina più moderna consentiva l'applicazione della tutela prevista dall'art. 279 c.c. verso tutti i figli riconoscibili ma, in concreto, non riconosciuti, i quali potevano agire *ex art.* 269 c.c. per ottenere l'accertamento diretto e la costituzione dello *status*, nonché di quei figli che avevano lo *status* di figlio anche matrimoniale altrui, sempre che il

dalla qualifica formale di figlio. Ovviamente, la natura e gli effetti dell'atto sono diversi da quelli di un provvedimento giudiziale, che per sua natura costituisce un accertamento di grado superiore: v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 418 ss.

⁽⁶⁴⁾ Da Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, 2006, I, c. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Famiglia e dir.*, 2006, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di G.F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di A. D'ALESSIO, *Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 172, con nota di A. ASTONE, *La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica*.

⁽⁶⁵⁾ V., in particolare, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 395 s.; Luigi BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, cit., p. 1231.

genitore affettivo non fosse in grado di provvedere⁽⁶⁶⁾.

La giurisprudenza aveva in parte dato seguito a tali aperture, ammettendo all'azione il figlio biologico anche quando l'impossibilità di proporre l'azione giudiziale della paternità fosse sopravvenuta, perché derivante dall'omesso esperimento dell'azione di disconoscimento nel termine di decadenza fissato⁽⁶⁷⁾. Tuttavia, secondo il nuovo art. 244 c.c. il figlio può agire in ogni tempo per il disconoscimento della paternità, con la conseguenza che viene meno il requisito individuato dalla Cassazione per l'applicazione della tutela⁽⁶⁸⁾.

Ci sembra però che l'impostazione restrittiva non possa essere seguita a maggior ragione nel nuovo sistema della filiazione. Infatti, un'interpretazione letterale della norma, così come proposta, che limiti il diritto all'assegno ai soli figli parentali che non abbiano ottenuto l'autorizzazione al rico-

⁽⁶⁶⁾ V. almeno U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 237; P. VERCELLONE, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, p. 173 ss.; G. LISELLA, «I diritti dei figli privi di stato»: a proposito di un recente contributo, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 360; A. CHECCHINI, *Azione di mantenimento e rifiuto dello status da parte del figlio naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, spec. p. 679; G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Tratt. Rescigno*, 4, 2^a ed., Torino, 1997, p. 271; M. SESTA, *La filiazione*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. Bessone*, IV, Torino, 2011, spec. p. 309 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 496 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cass., 1^o aprile 2004, n. 6365, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1408; in *Giur.*, 2004, p. 3267; in *Corr. giur.*, 2004, p. 718, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del padre naturale sussiste anche se non è stato chiesto il disconoscimento di paternità*; in *Giur. it.*, 2005, p. 484 e ivi p. 1830, con nota di F. PROSPERI, *Paternità naturale, stato di figlio legittimo altrui, efficacia preclusiva degli atti di stato civile e dubbi sulla perdurante operatività dell'art. 279 c.c.*; in *Famiglia e dir.*, 2005, p. 27, con nota di M. SESTA, *Un ulteriore passo avanti della S.C. nel consentire la richiesta di alimenti al preteso padre naturale da colui che ha lo stato di figlio legittimo altrui*; ancor più esplicitamente la richiamata Id., 5 giugno 1990, n. 5633, cit., che, a proposito della validità dell'accordo transattivo con cui il genitore biologico si impegna al mantenimento del figlio ex art. 279 c.c., in parte motiva in maniera condivisibile afferma: «l'art. 279 c.c. (...) – ove correttamente interpretato alla luce della normativa costituzionale (...) – attribuisce al figlio naturale, una volta accertato il rapporto materiale di filiazione, il diritto al mantenimento, all'educazione ed all'istruzione, quand'anche non sia stato riconosciuto formalmente pur essendo ciò possibile e, quindi, indipendentemente dalla qualifica formale dello status».

⁽⁶⁸⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 397, secondo cui non sussiste più il presupposto della norma dell'art. 279 c.c., ossia l'impossibilità della persona di far valere lo stato di figlio nei confronti del vero genitore.

noscimento diretto da parte del genitore, ma l'abbiano ottenuta ai fini del percepimento del predetto assegno, sarebbe incostituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 30 Cost., e con la finalità stessa che la riforma ha inteso perseguire, rappresentata dall'equiparazione dei figli, creando una disparità di trattamento tra figli e tra genitori senza giustificazione alcuna. E ciò sotto un duplice profilo: *a)* da un lato, si imporrebbe al figlio titolare di *status*, che voglia essere mantenuto dal genitore biologico, di rinunciare ad esso e di costituirne uno diretto verso uno sconosciuto con cui non ha mai intrattenuto e non intende intrattenere rapporti personali, con conseguente lesione del diritto all'affettività, diritto fondamentale e tutelato dal sistema⁽⁶⁹⁾; *b)* dall'altro, si darebbe ingresso ad una indebita limitazione della responsabilità da procreazione del genitore biologico, che sarebbe sempre subordinata alla rinuncia del figlio al genitore acquisito e, quindi, ad uno stato di affettività e ad una posizione consolidata nell'ambito dei rapporti sociali, in violazione dell'art. 30 Cost.

Una lettura sistematica e costituzionalmente orientata della disposizione dell'art. 279 c.c. deve, pertanto, configurare il diritto all'azione per l'ottenimento dell'assegno a beneficio di tutti quei figli che non abbiano per qualsivoglia ragione lo *status* costituito nei confronti del genitore biologico, evitando di relegare la tutela ivi prevista ad ipotesi marginali e subordinate all'autorizzazione del giudice, ricreando così quella situazione che l'art. 274 c.c. riferiva al riconoscimento del figlio non matrimoniale, situazione che la Consulta ha giustamente eliminato dal sistema, sanzionandola con la incostituzionalità⁽⁷⁰⁾.

Per evitare una tale indebita limitazione del diritto al mantenimento del figlio e alla responsabilità da procreazione, si è affermata, da ultimo, la possibilità di dare ingresso ad una valutazione da parte del giudice delle ragioni

⁽⁶⁹⁾ V., di recente, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 270 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 920 s.; C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, cit., p. 527 ss.; e, con specifico riferimento ai problemi attuali derivanti dall'attuazione della riforma del 2012, A. PALAZZO, *La riforma dello status di filiazione*, cit., p. 245 ss.

⁽⁷⁰⁾ Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, cit.

che spingono il figlio ad escludere il ricorso all'accertamento diretto della filiazione, stabilendo se la scelta da questo compiuta sia o meno in concreto giustificabile⁽⁷¹⁾.

L'osservazione, che tenta apprezzabilmente di ricondurre nel sistema una norma di difficile collocazione alla luce del principio di equiparazione dei figli, si scontra a nostro avviso con la natura delle situazioni soggettive coinvolte, oltre ad essere di difficile applicazione pratica. Infatti, vengono in rilievo diritti fondamentali della persona, la cui valutazione correttamente l'ordinamento rimette al figlio stesso (salva l'ipotesi di figlio parentale di cui all'art. 251 c.c., verso la quale, peraltro, sono stati già evidenziati i profili di illegittimità costituzionale⁽⁷²⁾). E, in relazione a detti diritti, manca un riferimento oggettivo per valutarne la serietà, concernendo la sfera più intima, che non ammette limitazioni di sorta, salva la necessità di tutelare interessi alieni o di soggetti deboli dal sistema considerati preminenti. L'attività del giudice, quindi, si risolverebbe nella sostanza in una mera presa d'atto delle motivazioni soggettive addotte dal titolare della situazione giuridica, così come, del resto, avviene tutte le volte in cui vengono in rilievo diritti patrimonialmente neutri⁽⁷³⁾.

Né in punto si può obiettare che dal doppio accertamento di stato il figlio riceverebbe un indebito vantaggio patrimoniale, con conseguente duplica-

⁽⁷¹⁾ In questo senso, S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Jus civile*, 2015, p. 240 ss., che parla di impossibilità morale da verificare e provare in concreto.

⁽⁷²⁾ A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 226 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. ad esempio, in tema di consenso informato al trattamento sanitario, Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Guida dir.*, 43/2007, p. 29, con nota di G.M. SALERNO, *L'apertura al testamento biologico non cancella i problemi applicativi*; in *Corr. giur.*, 2007, p. 1676, con nota di E. CALÒ, *La Cassazione «vara» il testamento biologico*; commentata, tra gli altri, da F.D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 966 ss.; su cui, ampiamente, T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, spec. p. 22 ss.; e S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Roma-Perugia, 2011, p. 82 ss. Sul punto si rinvia a A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 412 ss.; e più di recente a A. PALAZZO e A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 206 ss.

zione dei suoi diritti⁽⁷⁴⁾. Infatti, le situazioni giuridiche a lui facenti capo trovano fondamento e tutela nel sistema tramite titoli autonomi e compatibili, sia verso il genitore affettivo che quello biologico. Verso il primo i diritti che derivano dal rapporto filiale si fondano sul suo accertamento e sui conseguenti effetti costitutivi; verso il secondo sulla responsabilità da procreazione sancita dall'art. 30 Cost., che deve sempre trovare attuazione e non soltanto in alcuni e determinati casi, rimessi alla discrezionalità del giudice, a meno di voler avallare un'evidente ed ingiustificata disparità di trattamento, in violazione dell'art. 3 Cost. Del resto, una tale situazione, in cui il figlio è titolare di rapporti giuridici sia verso il genitore affettivo che quello biologico, è ammessa dall'ordinamento addirittura allorché il primo possiede un doppio stato giuridico: nell'adozione di maggiorenne e in quella di minore disciplinata dal Titolo IV della l. adozione, si prevede che l'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la famiglia di origine, pur essendo ovviamente titolare di diritti verso l'adottante, compresi quelli successori di cui al II Libro del codice civile (artt. 300 e 304 c.c.; 55, l. n. 184/1983). E ciò, pertanto, può e deve essere ritenuto pienamente ammissibile tanto più nell'ipotesi in esame, in cui, giova ricordarlo, l'accertamento della filiazione verso il genitore biologico avviene in modo incidentale e non è idoneo alla costituzione dello stato.

In altri termini, la situazione del figlio, come prospettata, non conduce mai all'esistenza di vantaggi che possono essere qualificati indebiti, perché egli ha diritto a mantenere lo stato affettivo consolidato verso il genitore giuridicamente tale, ma al contempo deve poter realizzare – anche se in misura minima, cioè sul piano di limitati diritti patrimoniali – la responsabilità dell'autore della procreazione, che altrimenti si gioverebbe – lui sì, indebitamente – dell'esistenza dello *status* verso l'altro, ai fini dell'esclusione della sua responsabilità in violazione dell'art. 30 Cost. L'azione per il mantenimento è, quindi, lo strumento che consente di dare attuazione ai doveri genitoriali di cui al citato art. 30, ogni qualvolta vi sia uno *status* affettivo a cui il figlio non possa o non voglia rinunciare.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. ancora S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli «senza stato», ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, cit., spec. p. 244 s.

Si è inoltre proposta una soluzione parzialmente diversa, che riconosce il diritto non solo ai figli parentali ai quali sia stata negata l'autorizzazione *ex art. 251 c.c.*, ma pure a tutti quelli non riconosciuti dal genitore o per cui non è stata proposta dal figlio azione di ricerca della paternità o maternità, con l'avvertenza che, anche in questo caso, sarebbe sempre necessaria l'autorizzazione del giudice, analogamente a quanto richiesto per il riconoscimento e la dichiarazione di genitorialità dei figli parentali; e detta autorizzazione avrebbe caratteri e finalità ben diverse da quella del citato art. 251, riguardando semmai i presupposti, da valutare secondo una cognizione sommaria, circa l'identificazione del genitore e, per il maggiorenne, l'esistenza di uno stato di bisogno, presupposti che, una volta accertati, rendono dovuta l'autorizzazione stessa⁽⁷⁵⁾.

Anche in questo caso però la tesi non può essere condivisa. In aggiunta alle considerazioni appena compiute in ordine alla impossibilità per il giudice di indagare la sfera intima di ogni persona e di comprimere diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, ci sembra che manchi del tutto il presupposto per estendere l'autorizzazione prevista per i figli parentali a tutti i figli che agiscano per il mantenimento. Infatti, la valutazione dell'interesse del figlio e della necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio è esclusa in radice dalla natura patrimoniale del diritto azionato, e rimane, almeno nell'ottica del legislatore, relegata soltanto al giudizio sociale di riprovevolezza della generazione parentale, presente ancora nella società civile. Estendere tale specifico requisito – che nella fattispecie che ci occupa (in cui, giova nuovamente sottolineare, non si produce mai la costituzione dello stato) è già difficile configurare in relazione al figlio parentale – a tutti i figli che intendano ottenere l'accertamento incidentale della filiazione non appare corretto almeno per due ordini di motivi: *a)* si crea un'evidente disparità di trattamento nell'accesso alla tutela giurisdizionale, trattando in maniera più stringente una fattispecie meno rilevante, tesa a costituire soltanto un rapporto di obbligazione e non lo stato di filiazione, ricreando per di più un filtro simile a quello previsto in precedenza dall'art. 274 c.c., come appena

⁽⁷⁵⁾ Così M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., p. 463.

ricordato, dichiarato incostituzionale⁽⁷⁶⁾; *b*) si producono effetti meramente patrimoniali e vantaggiosi per il figlio, con la conseguenza che nessun giudice potrebbe efficacemente sostenere la presenza di un interesse contrario dello stesso.

In conclusione, come si è avuto modo di rilevare⁽⁷⁷⁾, la prospettiva va integralmente rovesciata rispetto all'approccio della giurisprudenza risalente, che legittimava all'accertamento incidentale soltanto quei figli impossibilitati «in maniera assoluta e originaria» a proporre azione *ex art.* 269 c.c. per la costituzione dello *status*⁽⁷⁸⁾. Infatti, la prospettazione offerta è l'unica idonea a consentire il superamento dei dubbi di legittimità costituzionale insiti nella normativa in esame. Attribuendo la scelta al figlio se agire attraverso un'azione di accertamento costitutivo (diretto) ovvero optare per l'azione in esame⁽⁷⁹⁾, si consente allo stesso di operare un personale bilanciamento tra più diritti meritevoli di tutela, quali quelli a preservare lo *status* e l'affettività verso il genitore legale, che magari se n'è occupato in maniera continuativa per lunghi anni, e, al contempo, ad ottenere quanto dovuto per il mantenimento da quello biologico.

Si può quindi affermare che la tutela mantenitoria prevista dall'art. 279 c.c. spetta a tutti quei figli che per qualsivoglia ragione non siano titolari di stato verso l'autore della procreazione. Questi figli debbono vedere sempre tutelati i propri diritti patrimoniali nei confronti del genitore biologico o dei suoi aventi causa, venendo altrimenti meno il principio della responsabilità derivante dal fatto procreativo, che – come è stato rilevato in termini

⁽⁷⁶⁾ Da Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, cit.

⁽⁷⁷⁾ A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 620 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 307 ss. e 553 ss.

⁽⁷⁸⁾ Tra le pronunce più recenti, Cass., 28 agosto 1999, n. 9065, in *Vita notarile*, 1999, p. 1424; Trib. min. L'Aquila, 9 febbraio 1999, in *Famiglia e dir.*, 2000, p. 52, con nota di G. GIOIA, *L'obbligo di mantenimento tra padre putativo e padre biologico*; Trib. Brindisi, 22 febbraio 2007, in *Corti pugliesi*, 2010, p. 278, con nota di L. BARDARO, *Sulla legittimazione del figlio adulterino all'ottenimento dell'assegno vitalizio ex art. 580 c.c.*; per una critica v. già A. SASSI e S. STEFANELLI, *Incapacità testamentarie*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2014, p. 120 ss.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 497.

sistematici⁽⁸⁰⁾ – costituisce principio cardine del sistema e trova in questo caso attuazione mediante l'accertamento indiretto della discendenza, per scelta del figlio stesso o perché ciò risponde al suo fondamentale interesse.

In attuazione del predetto principio e a conferma della centralità dell'interesse a che venga riconosciuta una responsabilità quantomeno patrimoniale in capo all'autore della procreazione, l'ultimo comma della predetta disposizione dispone che l'azione può essere esercitata anche da un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero o del genitore (anche affettivo) esercente la responsabilità genitoriale.

⁽⁸⁰⁾ A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 11 ss., 393 ss. e 459 ss.

GIANCARLO SAVI (*)

NUOVA CONVIVENZA FAMILIARE E REVOCA DELL'ASSEGNO DIVORZILE

Abstract: The paper – starting from an important recent turning point of the Italian Supreme Court concerning post-marriage allowance (based on which the obligation related to the prior marriage definitely ends with a new familiar relationship, also only *de facto*) – analyses not marriage-based family. The matters are examined starting from the juridical nature of the post-marriage allowance and its determination, in order to achieve a systematic framework, in the light of the plurality of the familiar models, introduced in Italy by the Law n. 76/2016.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo sulla famiglia non matrimoniale. – 3. L'elaborazione della giurisprudenza nell'adeguamento delle condizioni divorzili alle scelte di vita successive. – 4. Ancora sul concetto di famiglia costituita nei fatti. – 5. Considerazioni maturate anteriormente alla l. n. 76/2016. – 6. Il nuovo quadro normativo: unione civile e convivenza di fatto *ex lege*. – 7. Conclusioni.

1. — *Premessa.*

Un recente arresto della Suprema Corte di Cassazione⁽¹⁾, in materia di assegno divorzile, in dichiarato contrasto con l'anteriore indirizzo, ha sancito il seguente principio di diritto: «L'instaurazione da parte del coniuge divor-

(*) Avvocato, Foro di Macerata. Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia.

(1) Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1527, con nota redazionale di G. CASABURI; ed in *Giur. it.*, 2015, p. 2078, con nota di D. BUZZELLI, *La Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno divorzile*; invero, l'arresto risulta diffusamente segnalato ed annotato; cfr. anche, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 553, con nota di G. FERRANDO, *"Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 681, con nota di E. AL MUREDEN, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*; ed in *Corr. giur.*, 2016, p. 626, con nota di R. GELLI, *Finita la convivenza more uxorio il diritto all'assegno divorzile non rivive*.

ziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, costituisce espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole, costituzionalmente tutelata dall'art. 2 Cost. come formazione sociale stabile e duratura in cui si svolge e sviluppa la personalità dei singoli, idonea a rescindere l'antecedente modello di vita fondato sul vincolo di coniugio e, quindi, a far venir meno il residuo obbligo connesso al tenore di vita che l'aveva caratterizzato, comportando la perdita dell'assegno divorzile fissato ai sensi dell'art. 5 l. div.; l'esclusione di tale misura assistenziale, ispirata a ragioni di solidarietà *post* coniugale, necessità di un accertamento giudiziale, ma con efficacia irreversibile, anche nell'ipotesi in cui il nuovo rapporto familiare di fatto venga poi ad interrompersi».

Questa importante svolta interpretativa in ordine alla rilevanza della nuova famiglia di fatto – significativa dizione utilizzata dalla Corte – instaurata dal coniuge separato o divorziato, sull'obbligo di contributo al mantenimento a carico dell'altro, con la fissazione dell'innovativo criterio della cessazione, con efficacia irreversibile, si è peraltro consolidata attraverso un elevato numero di identici pronunciamenti successivi⁽²⁾, che consentono oramai di considerare fermo l'approdo ermeneutico raggiunto.

Inoltre, altrettanto numerosi sono gli arresti su questioni pertinenti, che si allineano nella medesima considerazione della famiglia costituita nei fatti⁽³⁾.

L'interesse sistematico e la rilevanza pratica del nuovo indirizzo emerge come di particolare significato, proprio per l'efficace conseguenza sulla misura assistenziale *post* coniugale di cui all'art. 5 l. div.⁽⁴⁾, considerato anche

⁽²⁾ Cfr., tra altri, Cass., 11 gennaio 2016, n. 225, in banca dati *Juris*; Id., 8 febbraio 2016, n. 2466, *ivi*; Id., 1° luglio 2016, n. 19345, *ivi*; Id., 13 dicembre 2016, n. 25528, in *www.ilcaso.it*.

⁽³⁾ Un panorama parimenti recente, attinente temi e questioni diverse ma in ciò correlate, consente di cogliere meglio il senso complessivo dell'elaborazione casistica; cfr. Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 243, con nota di M. PALADINI, *Limiti all'opponibilità del diritto dell'assegnatario di casa familiare*; Id., 25 gennaio 2016, n. 1266, in banca dati *Pluris*; Cass. pen., 17 febbraio 2016, n. 8401, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 625; Cass., 21 aprile 2016, n. 8037, in *Resp. civ. e pren.*, 2016, p. 1349.

⁽⁴⁾ Una bibliografia essenziale ed ultima in tema ci induce a richiamare, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 289; L. ROSSI CARLEO, C. CARICATO, *Il diritto di famiglia*, in *Tratt. Bessone*, IV, Torino, 2013, 2, p. 281; A. ANCeschi, *Divorzio*, in banca dati *Digesto civ.*, 2012; G. GIACOBBE, P. VIRGADAMO, *Le persone e la famiglia*, 3, *Il matrimonio*, II,

che il periodo temporale idoneo alla proposizione della domanda di *status* divorzile, in cui vige il regime di vita separata, è stato notevolmente ridimensionato⁽⁵⁾.

2. — *Il quadro normativo sulla famiglia non matrimoniale.*

L'evoluzione sociale e quella giuridica, più o meno coerente, relativa alla c.d. famiglia di fatto⁽⁶⁾ è passata attraverso varie fasi.

Separazione personale e divorzio, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2011, p. 57; A. TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Tratt. Zatti*, Milano, 2011, I, p. 1631; G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli, Art. 149 e l. 1° dicembre 1970, n. 898*, Milano, 2010, p. 572; A. MARINI, *Il divorzio*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile, II, La famiglia*, Milano, 2009, p. 326; A. ARCERI, *Lo scioglimento del matrimonio*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, II, p. 3897.

⁽⁵⁾ L'art. 1, l. 6 maggio 2015, n. 155 (*Gazzetta Ufficiale*, 11 maggio 2015, n. 107), ha ridotto il periodo di ininterrotta separazione, quale causa prevalente dello scioglimento del vincolo, a sei mesi, ovvero ad un anno, a seconda che la separazione sia stata statuita per mero consenso ovvero in sede contenziosa; cfr., C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2015, p. 26.

⁽⁶⁾ L'odierna dizione è frutto di fasi evolutive, come *infra* nel testo, emerse a stento rispetto ai costumi; la stessa dizione "famiglia di fatto" è quindi il risultato di un complesso ed articolato percorso, che non incarna solo il "convivere", ma è prima di tutto "famiglia", pur non potendo contare, in via di principio, sulla stessa "solidità coniugale", in quanto la base costitutiva dell'*affectio* quotidiana è liberamente revocabile in ogni momento. Il tema vede da tempo una diffusa attenzione ed approfondimenti della dottrina; tra i molteplici contributi, v., A. CORASANITI, *Famiglia di fatto e formazioni sociali*, in AA.VV., *La famiglia di fatto*, Parma, 1977, p. 143; F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Napoli, 1980; A.C. JEMOLO, *La c.d. famiglia di fatto*, in *Scritti R. Nicolò*, Milano, 1982, p. 47; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983; M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 97; ID., *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2012, p. 125; P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 136; A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, *ivi*, p. 51; E. ROPPO, *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; G. ALPA, *La famiglia di fatto, profili attuali*, in *Giur. it.*, 1989, IV, p. 810; L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 4; M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Digesto civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 192; M. BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992; E. QUADRI,

Seppur da menzionare che il reato di concubinato è scomparso dal nostro ordinamento giuridico solo alla vigilia dell'introduzione dell'istituto del divorzio, per effetto di nota pronuncia della Corte delle leggi⁽⁷⁾, concisamente, la convivenza tra un uomo ed una donna⁽⁸⁾, con o senza figli, che nei fatti⁽⁹⁾ si comportano abitualmente come fossero coniugi, ha visto una prima fase di

Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione, in *Dir. fam. e pers.*, 1994, p. 280; F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 1995; G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio. Rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 183; P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, p. 348 (nel cap. *La comunità familiare come formazione sociale*); A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 520; P. ZATTI, *Familia, Familiae. Declinazione di un'idea*, I. *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, I, p. 9; M. SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano*, *ivi*, 2003, I, p. 123; A. CATAUDELLA, *Coppie omosessuali: legislazioni in ordine sparso*, in *Guida al dir.*, 2004, 3, p. 65; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004; ID., *I rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Trattato Ferrando*, II, Bologna, 2007, p. 1045; F. NICITA, *La rilevanza giuridica dei rapporti di fatto in ambito familiare*, in *Giur. merito*, 2005, suppl. monografico al n. 11; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, p. 1219; N. LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 1026; G. BONILINI, *La famiglia*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, II, *La famiglia*, Milano, 2009, p. 70; A. PALAZZO, *Matrimonio e convivenze*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, p. 1308; A. MORRONE, *Costituzione*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, I, *sub art. 2 Cost.*, p. 28; R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2010, IV, 1, p. 395; F.D. BUSNELLI, *Prefazione* al volume monografico della *Rivista di diritto civile*, *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione Europea*, a cura di D. Amran, A. D'Angelo, Padova, 2011; G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettiva tra Italia e Europa*, Padova, 2012; F.D. BUSNELLI, P. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglie*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 767; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 19.

⁽⁷⁾ Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 147, in *Foro it.*, 1970, I, c. 17.

⁽⁸⁾ Opportuno anticipare subito come, con l'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016, n. 76, di cui *infra*, si è dettata una disciplina della "convivenza di fatto", applicabile alla coppia legata stabilmente da reciproco affetto e solidarietà, prescindendo dall'identità sessuale dei componenti; opportuno evidenziare che tale normativa adotta una dizione in cui ogni riferimento è alla "vita in comune".

⁽⁹⁾ Come noto, il nostro ordinamento positivo presenta plurime ipotesi di rapporti giuridici che prendono origine da comportamenti prodottisi nei fatti, tuttavia regolati positivamente; si pensi, solo a titolo esemplificativo agli ambiti di fattispecie del diritto del lavoro o di quello agrario, oppure, al contratto di mediazione od alla gestione di affari estranei alla propria sfera giuridica soggettiva.

indifferenza del diritto positivo, caratterizzato da un dettato della carta costituzionale incentrato sui diritti della famiglia fondata sul matrimonio (art. 29).

Lo stesso evolversi sociologico però spingeva verso importanti riforme, disegnando anche il nuovo modello familiare “istituzionale”; la stagione degli anni Settanta, culminati con la riforma del diritto di famiglia del 1975, costituisce il momento di svolta; in tale rinnovato contesto, vengono man mano introdotte norme sparse in vari settori, senza un disegno organico, che sotto vari profili prendono in considerazione la fattispecie della c.d. famiglia di fatto⁽¹⁰⁾, organizzazione familiare che muta anche nella terminologia superando l'originaria negativa definizione di convivenza *more uxorio*.

⁽¹⁰⁾ Senza pretese di completezza è opportuno il richiamo di alcune disposizioni di legge ordinaria; il primo dato rilevante è costituito dalla nozione anagrafica di famiglia, fissata nell'art. 4, d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223; in merito alla successione nel contratto di locazione abitativa *ex art.* 6, l. 27 luglio 1978, n. 392, è intervenuta a più riprese la Corte delle leggi, che in particolare, dapprima ne ha esteso la spettanza al convivente *more uxorio* e poi ha riconosciuto la possibilità dell'assegnazione in uso della casa parafamiliare, in presenza di prole nata nell'ambito di rapporti di convivenza familiare non fondati sul matrimonio, previsione espressa nell'art. 155-*quater* c.c. (applicabile in virtù dell'art. 4, l. n. 54/2006), ora novellato con l'art. 337-*sexies* c.c. Al rapporto parafamiliare fa riferimento l'art. 1 della l. 29 luglio 1975, n. 405, relativa ai servizi assistenziali dei consultori familiari; l'art. 6 della l. 4 maggio 1983, n. 184, come modificata e integrata dalla l. 28 marzo 2001, n. 149, in relazione agli effetti dell'eventuale convivenza anteriore al matrimonio, sulla stabilità del vincolo ai fini dell'adozione; la l. 20 ottobre 1990, n. 302, per le provvidenze a favore dei conviventi *more uxorio* delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; l'art. 3 della l. 1° aprile 1999, n. 91, relativamente ai soggetti titolati ad ottenere le informazioni mediche dovute in attesa di trapianto; l'art. 17 della l. 17 febbraio 1992, n. 179, permette la sostituzione al socio assegnatario defunto, del convivente da almeno un biennio rispetto al decesso; l'art. 4 della l. 8 marzo 2000, n. 53, in ordine al diritto del lavoratore ad un permesso retribuito in caso di morte o di grave infermità del convivente; gli artt. 342-*bis* e 342-*ter* c.c., introdotti con la l. 4 aprile 2001, n. 154, sull'estensione al convivente degli ordini di protezione contro gli abusi familiari; l'art. 408 c.c., introdotto con la l. 9 gennaio 2004, n. 6, in ordine alla scelta dell'amministratore di sostegno; l'art. 5 della l. 19 febbraio 2004, n. 40, sulla possibilità dei conviventi di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; l'art. 4 della l. 8 febbraio 2006, n. 54, che estendeva la disciplina sull'affidamento condiviso anche ai figli di genitori non coniugati; ad ogni modo, straordinaria rilevanza ha assunto l'istituto della filiazione, radicalmente riformato con la recente l. 10 dicembre 2012, n. 219 ed il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, il cui statuto, fondato sul principio di parificazione dello *status filiationis*, consente di considerare

La giurisprudenza, anche quella adeguatrice della Corte delle leggi, segna dal canto suo un decisivo apporto⁽¹⁾, cogliendo nell'art. 2 Cost. la norma guida della corretta attività ermeneutica.

superate le anteriori discriminazioni direttamente connesse al modello familiare scelto della coppia genitoriale. Di rilievo anche le previsioni nel settore penale e processual-penalistico, quali ad esempio, in ordine ai maltrattamenti in famiglia, l'art. 572 c.p.; l'art. 199 c.p.p. per la facoltà di astenersi dal deporre concessa al convivente dell'imputato; le stesse previsioni di cui alla citata l. n. 154/2001, per la disciplina penalistica degli abusi familiari, di cui all'art. 282-bis c.p.p.; l'art. 681 c.p.p. in tema di richiesta di grazia; l'art. 30 della l. 26 luglio 1975, n. 354, che prevede la concessione di permessi ai condannati in caso di imminente pericolo di vita del convivente.

⁽¹⁾ La Corte costituzionale pur avendo sempre mantenuto fermo l'indirizzo teso ad escludere qualsivoglia equiparazione tra la famiglia fondata sul matrimonio e la famiglia di fatto, ha colto sin dall'inizio la rilevanza giuridica di questa a fronte del basilare canone di cui all'art. 2 Cost., fissando una lettura armonica dei diversi livelli di tutela oramai ben nitida e consolidata. Il percorso elaborato dalla Corte risulta peculiarmente tratteggiato attraverso, Corte cost., 18 novembre 1986 n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353; ed in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1960; Id., 7 aprile 1988 n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2515, con nota redazionale di D. PIOMBO; 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*; in *Dir. fam. e pers.*, 1988, p. 1559, con nota di A. SCALISI, *Il "diritto" all'abitazione del convivente more uxorio nella successione del contratto locativo*; ed *ivi*, 1990, p. 767, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale attribuisce (ma solo a metà) rilevanza giuridica alla famiglia di fatto*; Id., 18 gennaio 1996 n. 8, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 281; Id., 30 dicembre 1997 n. 451, in *Giur. cost.*, 1997, p. 4001; Id., 29 gennaio 1998 n. 2, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 214, con nota di A. FIGONE, *Famiglia di fatto e sospensione della prescrizione tra i conviventi*; Id., 13 maggio 1998 n. 166, *ivi*, 1998, p. 205, con nota di V. CARBONE, *La Consulta non riconosce la famiglia di fatto, ma tutela il diritto dei figli all'abitazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 678, con nota di G. FERRANDO, *Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare*; ed in *Giur. it.*, 1998, p. 1783, con nota di C. COSSU, *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*; Id., 20 luglio 2000 n. 313, in *Giur. cost.*, 2000, 2367; Id., 25 luglio 2000 n. 352, *ivi*, 2000, 2567; Id., 3 novembre 2000 n. 461, *ivi*, 2000, 3642; Id., 14 novembre 2000 n. 491, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 176, con nota di E. QUADRI, *Un nuovo rilevante intervento della Corte costituzionale in tema di ripartizione della pensione di reversibilità tra divorziato e coniuge superstite*; Id., 11 giugno 2003 n. 204, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2222; Id., 12 febbraio 2004 n. 62, in *Corr. giur.*, 2004, 455, con nota di N. IZZO; Id., 20 aprile 2004 n. 121, in *Fam. e dir.*, 2004, 329, con nota di P. PITTARO, *Il convivente more uxorio non può considerarsi prossimo congiunto ai fini della non punibilità del favoreggiamento personale*; Id., 27 marzo 2009 n. 86, in *Corr. giur.*, 2010, p. 97, con nota di B. NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*; Id., 8 maggio 2009 n. 140, in *Foro it.*, 2010, I, c. 796, con nota di L. CAPPUCIO, *La convivenza "more uxorio"*

Uno degli scenari di maggiore evoluzione del nostro ordinamento positivo reale è costituito proprio dal percorso giurisprudenziale delle Corti di merito e della sede di legittimità, chiamate a regolare i conflitti insorti tra coniugi separati od ex coniugi divorziati, nella diffusa ipotesi in cui il beneficiario di misure contributive od assistenziali instauri, in prosieguo di tempo, un nuovo rapporto familiare con altro *partner*⁽¹²⁾.

tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: uno strano caso di doppia pregiudiziale; Id., 6 novembre 2009 n. 286, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 221, con nota di F. TOMMASEO, *Giustizia minorile: ancora un'elusiva pronuncia della Consulta sulla disciplina della competenza in materia di filiazione naturale*; Id., 18 dicembre 2009 n. 335, *ivi*, 2010, p. 339, con nota di A. ASTONE, *La Corte costituzionale e la dinamica evolutiva dei rapporti sociali: il diritto di commutazione non sarebbe anacronistico*; Id., 14 gennaio 2010 n. 7, *ivi*, 2011, p. 113, con nota di V. ALVISI, *Fine della convivenza e successione nel contratto di locazione: l'onda lunga di una dimenticata distonia tra motivazione e dispositivo*; Id., 5 marzo 2010 n. 82, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1064; Id., 15 aprile 2010 n. 138, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso* (su quest'ultimo tema è d'uopo il richiamo di Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, c. 170; nonché, quantomeno, di Cass., 15 marzo 2012 n. 4184, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, p. 857, con nota di F.R. FANTETTI, *Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia*; Id., 11 gennaio 2013 n. 601, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 570, con nota F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*; e Cass., 9 febbraio 2015 n. 2400, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 649, con nota di T. AULETTA, *Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso*).

⁽¹²⁾ A titolo esemplificativo, cfr., Cass., 27 marzo 1993, n. 3720, in *Dir. fam. e pers.*, 1994, p. 844; Id., 5 giugno 1997, n. 5024, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 305, con nota di V. CARBONE, *Determinazione del quantum dell'assegno e rilevanza della convivenza more uxorio*; Id., 4 aprile 1998, n. 3503, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2134; Cass., Sez. un., 12 gennaio 1998, n. 159, *ivi*, 1998, I, c. 392 (in tema però si cfr., Cass., 16 dicembre 2004, n. 23379, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 393; Id., 30 giugno 2014, n. 14793, in banca dati *Pluris*); Cass., 2 giugno 2000, n. 7328, in banca dati *Pluris*; Id., 17 gennaio 2002, n. 432, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1001; Id., 9 aprile 2003, n. 5560, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 487; Id., 8 agosto 2003, n. 11975, in *Giur. it.*, 2004, p. 1601, con nota redazionale di A. MANZO. Ma anche l'ipotesi inversa (cioè quella del divorziato, onerato degli assegni di mantenimento, che costituisce una nuova famiglia di fatto) è emersa frequentemente all'attenzione e parimenti ritenuta elemento idoneo a diminuire od eliminare tali assegni, pur con incertezze del primo momento; cfr., a titolo esemplificativo, Cass., 22 novembre 2000, n. 15065, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 34, con nota di G. DE MARZO, *Mantenimento dei figli nati da precedente matrimonio e rilevanza della costituzione di una nuova famiglia*; Id., 23 agosto 2006, n. 18367, in *Giur. it.*, 2007, p. 326, con nota di L. BARBIERA, *Difficili modifiche rilevanti dell'assegno di divorzio quantificato secondo il criterio del*

Secondo un diffuso sentire, il nuovo legame d'affetto familiare finisce per relegare nell'oblio quello anteriore, viepiù i reciproci diritti ed obblighi, salvo ovviamente l'eventuale rapporto di filiazione; peraltro, un tale sentire risulta in principio sostanzialmente codificato dal nostro ordinamento positivo, che all'art. 5, 10° comma, l. div., prevede la cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile a favore dell'ex coniuge avente diritto che passi a nuove nozze; il dato sostanziale, secondo la stessa sensibilità naturale, ha finito per assimilare la detta evenienza a quella di coloro che vivono nel quotidiano "al modo dei coniugi", pur senza assumere formalmente il vincolo matrimoniale; ma l'ordinamento positivo non sancisce ancora espressa equiparazione, come avviene in altri ordinamenti⁽¹³⁾, rimanendo così la questione affidata all'attività ermeneutica.

Significativo invece, seppur in merito ad altra ricorrente questione, il dato normativo ultimo: l'odierno art. 337-*sexies*, 1° comma c.c., pur regolando un peculiare istituto, equipara espressamente le nuove nozze alla convivenza *more uxorio*, ai fini della perdita dell'assegnazione in uso della casa coniugale⁽¹⁴⁾.

tenore di vita matrimoniale; Id., 11 aprile 2011, n. 8227, in *Giust. cin.*, 2013, p. 807. Per la giurisprudenza di merito, cfr., Trib. Brescia, 10 aprile 2003, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 476, con nota di R.C. DELCONTE, *Convivenza more uxorio e attribuzione dell'assegno di separazione e di divorzio*.

⁽¹³⁾ Cfr., a titolo esemplificativo, per la riforma adottata in Germania, M.G. CUBEDDU, *Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento tra ex coniugi in Germania*, in *Famiglia*, 2008, p. 22; altra utile esperienza è quella dell'ordinamento spagnolo, che all'art. 101 *codice civile*, espressamente prefigura l'estinzione del diritto all'assegno a seguito della costituzione di una nuova famiglia di fatto; peraltro, in ambito UE, la *Commission on European Family Law* ha provveduto ad elaborare Principi (in *Europa dir. priv.*, 2009, p. 248), in funzione di guida all'opera dei legislatori nazionali, con l'obiettivo di indirizzare i vari ordinamenti verso un modello armonizzato, nei quali si rinviene esattamente il criterio di paritaria considerazione delle nuove nozze e della nuova convivenza: (princ. 2.4, «*qualsiasi successivo matrimonio o convivenza duratura*»).

⁽¹⁴⁾ Sulla questione, ad ogni buon conto, si rinvia a Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 62.

3. — *L'elaborazione della giurisprudenza nell'adeguamento delle condizioni divorzili alle scelte di vita successive.*

Tornando al percorso giurisprudenziale – la supplenza pretoria costituisce invero il reale riferimento normativo – si veniva a formare il canone secondo cui l'instaurazione di una famiglia di fatto, avente i caratteri della stabilità, continuità e regolarità, da parte del beneficiario, comportava la nuova disamina di quale fosse il concreto vantaggio che derivava da tale legame familiare, esonerandone in pari misura l'onerato⁽¹⁵⁾.

Il passaggio successivo, fattosi strada faticosamente, attribuisce maggiore rilevanza all'evento sopravvenuto in parola, in quanto si consolidava l'indirizzo⁽¹⁶⁾ per cui il diritto all'assegno divorzile viene meno di fronte all'instaurazione di una famiglia di fatto, quand'anche non definitivamente, potendo ripristinarsi in caso di cessazione di questo nuovo rapporto; si individuava così una sorta di quiescenza del diritto stesso, come se il rapporto familiare di fatto fosse da intendere come relazione interpersonale per sua natura temporanea, secondo retaggi ancora di negativa connotazione; la ragione individuata esattamente nel fatto che la costituzione del nuovo progetto di vita comune, fissato stabilmente con altro *partner*, portando con sé valori di stretta solidarietà, di arricchimento e sviluppo della personalità di ogni componente, non può che rescindere la connessione con la pregressa vita matrimoniale e, quindi, travolgere il riferimento al parametro dell'inadeguatezza di mezzi rispetto alla tendenziale conservazione del

⁽¹⁵⁾ Il principio emerge nei precedenti citati e come *infra*; gli arresti significativi sono anche qui numerosi, tra i quali, Cass., 22 gennaio 2010, n. 1096, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 754; Id., 7 luglio 2008, n. 18593, in *Giur. it.*, 2009, p. 1155, con nota di F. SUBRANI, *Riflessi della convivenza more uxorio su assegno divorzile e assegnazione della casa familiare*; Id., 28 giugno 2007, n. 14921, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 978; Id., 9 febbraio 2002, n. 13080, in *Arch. civ.*, 2003, p. 32.

⁽¹⁶⁾ Tra altre, cfr., Cass., 18 novembre 2013, n. 25845, in banca dati *Pluris*; Id., 8 febbraio 2012, n. 1789, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1445; Id., 11 agosto 2011, n. 17195, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 26, con nota di A. FIGONE, *La convivenza more uxorio può escludere l'assegno divorzile*; Cass., Sez. un., 8 agosto 2003, n. 11975, cit.

tenore di vita⁽¹⁷⁾ tenuto durante questa anteriore convivenza formalizzata nel vincolo di coniugio.

L'odierno ultimo passaggio ermeneutico del Supremo Collegio, in consapevole rivisitazione dell'anteriore indirizzo appena ripercorso, elimina l'ultimo collegamento con il vincolo coniugale pregresso: la perdita della misura assistenziale *post* matrimoniale, una volta instaurata una famiglia di fatto, è definitiva ed irreversibile, anche se il detto nuovo progetto esistenziale, secondo tale modello di vita, venga poi a cessare.

⁽¹⁷⁾ L'analisi giurisprudenziale relativa a questo elemento di valutazione vede innumerevoli precedenti; utile comunque il richiamo di Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, c. 67 con notazioni di E. QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, e V. CARBONE, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 536, con nota di G.M. PELLEGRINI, *La determinazione dell'assegno di divorzio al vaglio delle Sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1223, con nota di A. SPADAFORA, *L'orientamento delle Sezioni unite in materia di assegno divorzile: considerazioni critiche*; ed in *Quadrimestre*, 1991, p. 609, con nota di M. DOSSETTI, *Il dibattito sull'assegno di divorzio e la sintesi proposta dalle Sezioni unite*; questo precedente basilare è in realtà coevo ad altri quattro di segno identico, ed in sostanza l'insegnamento è pervenuto sino ai giorni nostri; una sommaria menzione degli arresti successivi, induce ad indicare quantomeno, Cass., 1° dicembre 1993, n. 11860, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 15, con nota di V. CARBONE, *L'evoluzione giurisprudenziale in tema di assegno di divorzio*; Id., 28 febbraio 1998, n. 2087, in banca dati *Foro it.*; Id., 16 giugno 2000, n. 8225, in *Giur. it.*, 2001, p. 462, con nota di O.B. CASTAGNARO, *La Cassazione si ostina a far sopravvivere uno status economico connesso ad un rapporto definitivamente estinto ed a non riconoscere il carattere alimentare dell'assegno di divorzio*; Id., 11 settembre 2001, n. 11575, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 285, con nota di G. SCIANCALEPORE, *La funzione assistenziale dell'assegno di divorzio*; Id., 17 gennaio 2002, n. 432, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 38, con nota di E. AL MUREDEN, *In tema di adeguatezza dei redditi del coniuge divorziato*; Id., 21 marzo 2002, n. 4038, in *Giur. it.*, 2002, p. 1828, con nota di L. BARBIERA, *Quantificazione e datazione dell'assegno di divorzio: vecchi e nuovi problemi*; Id., 27 settembre 2002, n. 14004, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 14, con nota di G. DE MARZO, *Revisione dell'assegno divorzile e conservazione del tenore di vita matrimoniale*; Id., 19 marzo 2003, n. 4040, in *Arch. civ.*, 2004, p. 116; Id., 28 gennaio 2004, n. 1487, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 237, con nota di A. LIUZZI, *Assegno di divorzio e incrementi reddituali*; Id., 22 agosto 2006, n. 18241, in *Foro it.*, 2007, I, c. 770, con nota redazionale di G. CASABURI; Id., 12 luglio 2007, n. 15611, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 1092, con nota di R. RUSSO, *Ancora sull'assegno divorzile: la Cassazione conferma l'orientamento*; Id., 21 ottobre 2013, n. 23797, in banca dati *Pluris*; Id., 28 ottobre 2013, n. 24252, *inv.*; Id., 5 febbraio 2014, n. 2546, *inv.*; Id., 20 giugno 2014, n. 14128, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 380, con nota di C. MAGLI, *Assegno di divorzio e progressione di carriera del coniuge obbligato: presupposti e limiti dell'aspettativa del coniuge debole*.

Si rileva come la conclusione risponda al canone basilare di responsabilità per le scelte individuali del singolo (o, se si vuole, di *non venire contra factum proprium*), in quanto la libera e consapevole espressione esistenziale che porta alla formazione di altra famiglia, che peraltro può vedere naturalmente la nascita di figli, è un legame di spessore assorbente, cui l'*ex* coniuge onerato è estraneo, cosicché recide qualsivoglia ulteriore coinvolgimento di questi per le sorti successive.

Si giunge così alla radice della ragione sostanziale della solidarietà *post* coniugale, individuando nell'instaurazione di una nuova famiglia, comunque avente il detto carattere stabile, l'elemento rescindente della residua operatività del vincolo di coniugio discioltosi.

La stessa conclusione corroborata dal corrispondente affidamento del coniuge onerato, che di fronte alla nuova famiglia di fatto stabilmente instaurata dall'*ex* coniuge con altro *partner*, si trova a confidare legittimamente nel definitivo venir meno di ogni ulteriore proprio obbligo; obbligo che invero dovrebbe "risorgere" in esito a dinamiche relazionali e moti d'affetto cui è stato e rimane totalmente estraneo.

Importante la precisazione che l'ipotesi non è analoga a quella del nuovo matrimonio del coniuge divorziato avente diritto (art. 5, 10° comma, l. div.); arduo difatti apprestare la soluzione della questione attraverso l'applicazione del mero canone d'analogia⁽¹⁸⁾; e l'altra, consequenziale, secondo cui qui

⁽¹⁸⁾ Ipotizzare una interpretazione o, se si vuole, una applicazione, che si basi unicamente sul confronto analogico delle due ipotesi, non sfugge al rilievo secondo cui si finisce per forzare oltre misura, proprio gli artt. 12 e 14 delle preleggi; sul punto la S.C. non argomenta distesamente; tuttavia, al di là del retorico richiamo dell'obbligo del giudice di fedeltà alla legge, la maggiore ampiezza dell'art. 5, 10° comma, l. div., attraverso la sua eventuale estensione analogica alla peculiare ipotesi della relazione familiare costituita solo nei fatti, ove anche non si volesse considerare impedita dalla eccezionale specificità della norma, risulta imponderabile sul piano operativo; infatti, mancando il "secondo matrimonio", l'integrazione analogica dell'ordinamento positivo risulta piuttosto impedita dall'incertezza concreta connaturata al prefigurato canone di paragone. Si consideri che la mancanza di una precisa disposizione è riferibile al fatto che sarebbe chiamata a regolare comportamenti improntati *ab origine* a scelte che sono espressione di legittima libertà personale, costituzionalmente presidiata, che, come tale, anela incondizionato rispetto, proprio nel momento in cui rifugge ontologicamente da un atto che ne attesti con certezza la stabile instaurazione; tanto che, rettamente, la Corte negli

non opera alcun automatismo, necessitando la cessazione dell'obbligo di un accertamento e di una pronuncia giurisdizionale di revisione; da sottolineare allora la conclusione secondo cui la Corte, con l'arresto del 3 aprile 2015, n. 6885, introduce per la prima volta una fattispecie estintiva del diritto all'assegno divorzile, che non trova fondamento nel ridetto art. 5 l. div., ma nel sistema normativo, correttamente inteso, partendo dai canoni sovraordinati.

4. — *Ancora sul concetto di famiglia costituita nei fatti.*

Evidente come l'attenzione si sposti alla disamina di quando ricorra o meno una vera e propria famiglia di fatto.

Significativa appare comunque la nascita di prole, attesa anche l'attuale equiparazione dello *status* nel rapporto di filiazione, sorto o meno che sia all'interno del vincolo di coniugio (salve residue ipotesi che pur rilevanti sono oramai del tutto marginali); tanto che più voci, registrando oramai la pluralità dei modelli familiari, intravedono profilarsi piuttosto una relazione incentrata sul rapporto di filiazione⁽¹⁹⁾.

stessi arresti presi qui in considerazione, ne esige l'accertamento delle concrete caratteristiche. In sostanza, nel momento in cui l'art. 5, 10° comma, l. div., si pone come disposizione peculiare al succedersi dei vincoli di coniugio – instaurati secondo forme solenni di indubbia rilevanza pubblicistica –, con soluzioni prefigurate in via di automatismo applicativo, la stessa soluzione giuridica non può obiettivamente costituire valida giustificazione da applicarsi anche al ricorrere della relazione familiare non matrimoniale, della quale invece, debbono rinvenirsi i reali specifici ed idonei connotati. Un panorama sull'attività cui è chiamato il giurista nel momento della soluzione analogica delle fattispecie non specificamente regolate dall'ordinamento positivo, si rinviene, tra altri, in N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, I, 1, p. 605; M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIII, 1973, p. 257; A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, 1, p. 222; S. BARTOLE, *Principi del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXV, 1986, p. 496; L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 320; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 1998, I, 1, p. 267.

⁽¹⁹⁾ M. BIANCA, *L'uguaglianza dei figli*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, Milano-Lavis, 2015, p. 12; L. ROSSI CARLEO, *La famiglia dei figli*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1262; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 234. Cfr. inoltre, E. BELLISARIO, V. CUFFARO, L. ROSSI CARLEO, *Famiglia e successioni. Le forme della circolazione della ricchezza familiare*, Torino, 2016, p. 31.

Ad ogni modo, su questo versante la nostra giurisprudenza offriva ed offre i criteri di riferimento obiettivi per individuare o meno una famiglia di fatto, non avendo ritenuto il legislatore di prendere in considerazione l'opzione di regolare positivamente il fenomeno, sino alla recente l. 20 maggio 2016, n. 76 (ma vedremo *infra* in quali peculiari termini), evidentemente, rispettando la consapevole scelta di libertà di quanti rifuggono proprio dalla regolamentazione giuridica.

Sino al 5 giugno 2016, data di entrata in vigore della citata l. n. 76/2016, si è così ritenuto ricorrere una stabile famiglia di fatto, quando la relazione di convivenza nel quotidiano al modo dei coniugi, perduri con continuità e regolarità per circa un biennio⁽²⁰⁾; in ordine a tale parametro di durata, utili elementi possono trarsi anche dalla recente pronuncia che ha segnato anch'essa una svolta dell'indirizzo di legittimità relativamente alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del vincolo matrimoniale, ora

⁽²⁰⁾ Trib. Brescia, 10 aprile 2013, cit., «la convivenza *more uxorio* dev'essere connotata da stabilità e, dunque, dev'essere messa alla prova di un certo trascorrere del tempo, (...) si può definire stabile quando perduri da almeno un paio di anni dal suo inizio». Fa precipuo riferimento al criterio della stabilità, invero esigendone la ricorrenza in uno ai connotati della continuità e regolarità, anche Cass., 8 agosto 2003, n. 11975, cit. Anteriormente ricorreva la definizione «comunanza di vita e di interessi, non basata su un mero rapporto sessuale di carattere ancillare»; cfr. Cass., Sez. lav., 24 marzo 1977, n. 1161, in *Mass. Giust. civ.*, 1977, p. 496. Rilevante poi la precisazione rinvenibile in App. Roma, 2 marzo 2001, n. 729, in *Guida al dir.*, 2001, 25, p. 53, nella distinzione tra il semplice rapporto occasionale e la famiglia di fatto; Cass., 10 novembre 2006, n. 24056, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 329, con nota di F. ASTIGGIANO, *Convivenza more uxorio con un terzo e diritto all'assegno divorzile da parte dell'ex coniuge onerato: problematiche e prospettive*, preferisce esprimersi con riferimento ad una convivenza di fatto consolidata e protrattasi nel tempo, assumendo che la stabilità è solo quella derivante da garanzie giuridiche. D'altro canto, l'art. 6 della l. 4 maggio 1983 n. 184, si riferisce ad un rapporto di convivenza di fatto stabile e continuativo di almeno tre anni, seppure in tema di adozione ovviamente rilevano elementi di estrema cautela; la questione peraltro mette in luce anche non trascurabili difficoltà probatorie. Utili all'approfondimento di tali aspetti, anche i precedenti di Cass., 25 novembre 2010, n. 23968, in *Giust. civ.*, 2011, p. 2343; Id., 10 agosto 2007, n. 17643, in banca dati *Pluris*; Id., 17 ottobre 1989, n. 4158, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 587; e, per la giurisprudenza di merito, tra altre, App. Roma, 11 settembre 1996, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, p. 1001; e la risalente Trib. Genova, 29 luglio 1982, in *Giur. merito*, 1984, I, p. 350, con nota di O. TRUCONE, *Alcune tendenze della recente giurisprudenza in tema di tutela giuridica della "famiglia di fatto"*.

inibita ove la convivenza “ratificante” – eccepita – sia perdurata per almeno un triennio⁽²¹⁾.

Viceversa, la nascita di un figlio⁽²²⁾ non costituisce di per sé solo elemento di prova sufficiente a dimostrare l'esistenza di una famiglia di fatto; e così pure l'esistenza di rapporti sessuali⁽²³⁾.

5. — *Considerazioni maturate anteriormente alla l. n. 76/2016.*

La prima riflessione indotta da questo nuovo indirizzo, del quale non sfugge il rilevante peso anche sul versante operativo, porta a considerare che indubbiamente è in atto un più ampio e rinnovato processo di miglior ponderazione della solidarietà *post* coniugale, secondo un criterio di riconduzione alla sua originaria natura assistenziale ed alla sua causa sociale condivisa, alla ricerca delle ragioni autentiche su cui si fonda, con emersione di parametri di sostanziale meritevolezza; anche a cagione di un certo abuso dell'istituto, che ha indotto inquietudini di corrispondenza al comune sentire, siccome troppe volte emergono pretese di impropria rendita vitalizia; peraltro, secondo una logica cui non è estranea quella “ruvida” questione di genere emersa nelle prassi giudiziali delle Corti di merito, il cui dato di fondo sostanziale volge ad obiettiva disparità di trattamento e valutazione.

⁽²¹⁾ Ci si riferisce alle note sentenze gemelle di Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 220, con nota di L. GRAZIANO, *Per le sezioni unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla “delibazione” di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 36, con nota di U. ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*; cfr. anche, V. CARBONE, *La convivenza “come coniugi”, solo se eccepita dall'altro coniuge, impedisce il riconoscimento della nullità del matrimonio canonico*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 565, e gli arresti di legittimità ivi annotati; nonché, Cass., 4 ottobre 2016, n. 19811, in *Giur. it.*, 2016, p. 2320; Id., 21 novembre 2016, n. 23640, in banca dati *Pluris*.

⁽²²⁾ Cass., 4 febbraio 2009, n. 2709, in banca dati *Pluris*.

⁽²³⁾ Cass., 4 aprile 1998, n. 3503, cit.; in tema v. anche App. Ancona, 5 dicembre 2009, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, p. 225, con mia notazione, *Quali possibili obbligazioni tra ex amanti divenuti genitori?*

Come noto, la decisione riguardo all'attribuzione e alla misura del contributo alle esigenze di mantenimento richiesto dal coniuge economicamente svantaggiato, al momento del dissolvimento del vincolo, è stata sino a tempi recenti in pratica fondata sulla disuguaglianza di condizioni economico-patrimoniali, superficialmente ed in genere trascurati gli altri parametri indicati dalla norma (art. 5, 6° comma, l. div.).

Un tale sistema è stato anche oggetto di una frontale contestazione, con accusa di anacronismo irragionevole, sollevata avanti alla Corte delle leggi, da parte del Tribunale di Firenze, che con la nota ordinanza 22 maggio 2013⁽²⁴⁾, ne ha stigmatizzato i profili del sospetto di legittimità.

La Corte costituzionale, con la sentenza 11 febbraio 2015, n. 11⁽²⁵⁾, ha dato un responso di infondatezza del dubbio, fissando però al contempo la corretta interpretazione costituzionalmente orientata, ispirata ad evidenti criteri di moderazione sostanziale.

Il responso reiterato dalla Suprema Corte da circa due anni a questa parte, si pone ed all'evidenza sulla stessa "lunghezza d'onda"; ma non è l'unica espressione che si percepisce rilevare in tal senso, facendo intravedere una prospettiva di riconsiderazione del diritto sostanziale stesso, che come noto è la risultante di una scelta politica contingente a quel contesto storico e socia-

⁽²⁴⁾ In *Fam. e dir.*, 2014, p. 687, con notazioni di E. AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*; e A. MORRONE, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del "medesimo tenore di vita"*.

⁽²⁵⁾ In *Fam. e dir.*, 2015, p. 537, con nota di E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di auto responsabilità*; ed in *Avv. fam.*, 2015, 1, p. 56, con mia notazione, *L'assegno post coniugale: importanti precisazioni della Corte Costituzionale sul parametro del "tenore di vita" matrimoniale*. Questa la conclusione: «L'assegno divorzile non deve necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, in quanto, viceversa, questo parametro rileva soltanto per determinare in astratto il tetto massimo della misura della prestazione assistenziale, da determinare poi in concreto, caso per caso, con tutti gli altri criteri di diminuzione indicati nell'art. 5 l. div. (condizione e reddito dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, durata del matrimonio, ragioni della decisione) sino all'azzeramento».

le⁽²⁶⁾, nel momento in cui l'art. 5 l. div., optò per un parametro di riferimento al tenore di vita matrimoniale piuttosto che ad una garanzia di diverso riferimento, quale quella rinvenibile nell'altro parametro dei mezzi sufficienti a condurre una esistenza libera dal bisogno e dignitosa⁽²⁷⁾, prefigurato comunque nella carta costituzionale; infatti, la stessa Corte di legittimità, in tempi coincidenti, con l'arresto di Cass., 28 gennaio 2015, n. 1631⁽²⁸⁾, nell'annullare una pronuncia di merito, ritenuta viziata sotto il profilo motivato, ad esempio, ha sintomaticamente statuito come la spettanza o meno dell'assegno divorzile non può fondarsi su una sbrigativa ricognizione delle condizioni del regime di separazione; nella specie, la Corte territoriale si era limitata a riconoscere un assegno di €. 300,00 mensili dandone giustificazione con il solo fatto che già in sede di separazione vigeva una previsione di mantenimento pari ad €. 500,00; la severità dell'annullamento mette in luce, da un lato, quelle distorsioni diffuse delle prassi giudiziali correnti, ispirate a superficialità se non ad insofferenza per l'opera decisoria stessa e, d'altro lato, come in primo luogo è la valutazione autonoma della spettanza o meno della peculiare provvidenza assistenziale che ci occupa a dover esser svolta, secondo quel criterio di conservazione tendenziale del pregresso tenore di vita e ricorrendo comunque una impossibilità di procurarsi tali mezzi adeguati per ragioni obiettive ed in secondo luogo, tenendo conto degli altri parametri prefigurati dalla norma;

⁽²⁶⁾ Al legislatore degli anni Settanta, teso all'affermazione concreta del fondamentale principio di uguaglianza, è probabilmente mancata una più ampia visione con lo sguardo rivolto al futuro, come ragionevolmente prefigurabile, proprio in ordine agli effetti del progredire netto del contesto sociale basato su quel principio, pur consapevoli che "con il senno del poi...". Interessanti considerazioni generali si rinvencono, tra innumerevoli scritti, oltre quanto rinvenibile nelle citazioni che precedono e seguono, anche in A. LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale*, in *Dir. fam. e pers.*, 1988, p. 438; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, p. 220; L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, p. 31; ID., *Conservazione del tenore di vita coniugale e decisione del coniuge obbligato all'assegno di cessare l'attività professionale*, in *Giur. it.*, 2003, p. 686; L. OLIVERO, *L'assegno a favore del coniuge e dei figli*, in G. FERRANDO, L. LENTI (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, Padova, 2011, p. 384.

⁽²⁷⁾ Importanti cenni in G. FERRANDO, *Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela*, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, p. 703.

⁽²⁸⁾ In banca dati *Pluris*.

certo, questo arresto contestuale risponde a canoni in sostanza già consolidati, ma è il rinnovato rigore con cui si indica alle Corti di merito la strada da percorrere, razionalmente e senza scorciatoie, a renderlo rilevante.

Sul versante diciamo speculare, non è poi da trascurare l'arresto di Cass., 2 gennaio 2014, n. 7⁽²⁹⁾, che riconosce al *partner* della famiglia di fatto la titolarità di una posizione soggettiva di possesso, tutelabile con le azioni nunciatorie, sulla casa ove si svolge e si attua il programma di vita comune.

6. — *Il nuovo quadro normativo: unione civile e convivenza di fatto ex lege.*

La l. 20 maggio 2016, n. 76, ha inteso regolamentare le unioni civili tra persone dello stesso sesso⁽³⁰⁾ (art. 1, commi 1 - 35), ed al contempo, disciplinare le “convivenze di fatto” (dal 36° comma in poi), definendole come il rapporto tra «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

Il nuovo quadro normativo impone, com'è evidente, una rinnovata verifica del principio di diritto fissato dalla S.C. sia relativamente alla posizione del coniuge titolare dell'assegno divorzile che costituisca in prosieguo di tempo una “unione civile”, come in relazione al coniuge che instauri una “convivenza di fatto” secondo la nuova disciplina legislativa.

Questa significativa innovazione del quadro normativo familiare, invero rivoluzionato, istituisce e configura, accanto all'istituzione millenaria del vincolo di coniugio, nuovi modelli di rapporto affettivo di coppia di natura familiare; la conclusione che se ne è tratta è quella secondo cui il legislatore ha compiuto una scelta di sistema, che consente di profilare più *species* dal comune *genus*, “la famiglia”.

Quanto all'unione civile, il legislatore ha costruito questo tipo di relazio-

⁽²⁹⁾ In *Fam. e dir.*, 2014, p. 664, con nota di A. RICCIO, *Azione di spoglio a favore del familiare convivente contro il terzo*.

⁽³⁰⁾ La cortesia del lettore è rinviata a G. SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, Perugia, 2016.

ne familiare⁽³¹⁾ operando una diffusa assimilazione al matrimonio.

Ai fini che qui ci occupano, la soluzione confermativa del principio di diritto in disamina, appare agevole, in virtù dell'espresso richiamo («si applicano»), contenuto nell'art. 1, 25° comma, l. n. 76/2016, all'art. 5 l. div., ivi compreso il suo 10° comma⁽³²⁾.

Acquistando la parte dell'unione civile, con la costituzione del vincolo, estesi diritti economico-patrimoniali, ivi compresi quelli che traggono titolo dalla crisi del rapporto, sovrapponibili a quelli del coniuge, non v'è dubbio che tale sopravvenuta scelta di vita compiuta dal coniuge già titolare dell'assegno divorzile da precedente matrimonio sciolto o cessato nei suoi effetti, è esattamente rilevante come il passare a “nuove nozze”; d'altro canto, secondo mera logica ermeneutica, l'esatta applicabilità dell'art. 5, 10° comma, l. div., non può significare che è il solo assegno *post* unione civile che si perde costituendo una nuova unione civile; i termini di riferimento devono infatti intendersi identicamente e reciprocamente efficaci, ove al matrimonio succeda la costituzione di un'unione civile, come l'inverso.

Maggiori difficoltà implica l'evenienza dell'instaurazione di una convivenza di fatto secondo l'odierna disciplina legislativa tipizzata⁽³³⁾, non tanto sotto il profilo dell'efficacia estintiva dell'assegno divorzile per effetto della

⁽³¹⁾ Non sembra revocabile in dubbio la natura familiare del rapporto dichiarato, non soltanto per l'espressa locuzione rinvenibile nell'art. 1, 12° comma, l. n. 76/2016, in proposito dell'indirizzo della “vita familiare”, ma per effetto di numerose ed univoche disposizioni, tra cui spiccano quelle inerenti la successione – esattamente sovrapponibili –, che nell'esperienza matrimoniale incarnano la miglior espressione dell'importanza sociale della famiglia; né sembra potersi trarre utili elementi contrari dal mancato richiamo delle norme coniugali in punto alle relazioni di parentela contenute nel codice sostanziale, atteso che ciò non scalfisce validamente lo *status* – di unito/a civilmente – che la dichiarazione costitutiva dell'unione produce in capo alle parti, con rilevanza di ordine pubblico (d'altro canto, anche l'istituto della filiazione vede tutt'oggi ricorrere ipotesi di mancata estensione di relazioni di parentela con un ramo genitoriale, ma non per questo si è mai dubitato dello *status* filiale). Cfr., più distesamente, G. SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, cit., pp. 18, 28, 89, 91, 139, 140 e *passim*.

⁽³²⁾ G. SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 156.

⁽³³⁾ Essendo appunto “disciplinata” come formazione sociale di natura familiare - invero nell'epigrafe della legge al plurale -, una tale definizione risulta in primo luogo contraddittoria.

nuova convivenza di fatto instaurata secondo la previsione positiva, quanto piuttosto ancora in ordine all'evenienza di una convivenza di fatto che non rivesta detti crismi formali *ex lege*.

In particolare, il riferimento di questo tipo di organizzazione familiare è rivolto alla "famiglia anagrafica" (37° comma), nel senso che è nella dichiarazione anagrafica che si è ritenuto di rinvenire l'elemento che determina l'accertamento di sussistenza o meno di una "famiglia di fatto".

Ci troviamo al cospetto di un singolare dato normativo: la natura, obiettivamente dichiarativa della denuncia anagrafica di residenza, la cui propria finalità istituzionale allora si amplia, sovrapponendosi con tale profilo, finisce in realtà per integrare incisivamente la fattispecie del rapporto presupposto⁽³⁴⁾.

Questo porta ad interrogarsi severamente in ordine al se residuino o meno spazi per l'individuazione e, perciò, per l'eventuale accertamento giudiziale, dello stesso rapporto tra i due conviventi, comunque presupposto dalla norma, secondo il consolidato quadro emerso da lungo tempo anche in giurisprudenza⁽³⁵⁾, come pure qui appena ripercorso, attraverso la considerazione dei suoi indici rivelatori "naturali" (durata, stabile continuità della relazione affettiva, contribuzione alle esigenze materiali, assistenza morale, reciprocità, presenza di prole, evidenza sociale del nucleo, etc.), a prescindere dalla dichiarazione rivolta all'anagrafe per l'accertamento della popolazione residente nel dato Comune.

Questo atto anagrafico, volontario ma non rispondente al paradigma negoziale, in genere di natura esattamente confermativa del reale rapporto affettivo/familiare, può anche risultare divergente od addirittura una mera "sovrastuttura"; si consideri, peraltro, come anche nel coniugio può legittimamente ricorrere l'ipotesi di una diversa residenza anagrafica⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 919; ID., *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1786.

⁽³⁵⁾ Si rinvia alle stesse citazioni in ntt. 1 e 2.

⁽³⁶⁾ Pur con tutte le contraddizioni ed incertezze che la questione evoca: cfr., M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2012, p. 198; e l'ampia disamina condotta da G. FREZZA, *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004.

Dedurre dall'eventuale mancanza di questo atto anagrafico la sopravvenuta irrilevanza giuridica delle c.d. famiglie di fatto, come sino ad oggi riconosciute dall'ordinamento, quale diritto vivente risalente ed oltremodo consolidato⁽³⁷⁾, e che comunque risponderebbero alla definizione concettuale fissata nell'art. 1, 36° comma, in parola, ovvero, che addirittura la mappa dei diritti/doveri da tempo riconosciuti in norme positive settoriali⁽³⁸⁾ o per effetto di interventi della Corte delle leggi⁽³⁹⁾, deve ritenersi abrogata (e perciò neppure "migliorabile"), appare conclusione se non inaccettabile, davvero disagevole.

In primo luogo, perché allora ci si ripresenterebbe identica l'originaria dicotomia (assolutamente superata), secondo cui, a fronte della possibilità di contrarre matrimonio, nessun diritto/dovere poteva essere riconosciuto alle coppie di fatto che non intendevano sposarsi⁽⁴⁰⁾.

Evidentemente la prevalente attenzione del legislatore è stata dedicata all'unione civile, che ha visto l'introduzione di una disciplina in sostanza sovrapponibile a quella del matrimonio, mentre l'attenzione non è scesa parimenti sulle "convivenze di fatto", tantomeno sulle possibili conseguenze sistematiche della disciplina fissata.

Bisogna allora razionalmente prendere le mosse dal dato essenziale che permea l'intero ordinamento giuridico positivo, secondo cui l'assunzione di

⁽³⁷⁾ La convivenza di fatto è peraltro rilevante sotto vasti aspetti e con similare efficacia applicativa, come emerge dai tanti arresti, ulteriori rispetto a quelli richiamati *sub* ntt. 1 e 2; ancora a titolo esemplificativo, cfr. quelli recenti di Cass., 21 aprile 2016, n. 8037, in banca dati *Pluris*; Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 994, con nota di L. LENTI, *Responsabilità civile e convivenza libera*; Cass., 7 giugno 2011, n. 12278, in banca dati *Juris*. D'uopo evidenziare inoltre come la nozione di "convivenza" assume vari significati nel diritto di famiglia, emergendo profili significativi anche nel coniugio: si pensi, ad esempio, anche al fatto che il protrarsi della convivenza "come coniugi" rileva ai fini della dichiarazione di efficacia interna delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario (cfr. nt. 21).

⁽³⁸⁾ Cfr. nt. 10.

⁽³⁹⁾ Cfr. nt. 11.

⁽⁴⁰⁾ Utile ripercorrere anche l'opinione espressa da autorevole dottrina dell'epoca: cfr., A. TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 1, e ID., *Morte della famiglia o famiglia senza famiglie*, *ivi*, 1988, p. 19.

diritti e di doveri del singolo non può che riferirsi ad una conforme specifica manifestazione di “volontà”⁽⁴¹⁾; tanto più in un rapporto ove si realizza la personalità⁽⁴²⁾ e che involge il destino esistenziale quotidiano di coppia pur emerso nei fatti; in difetto, si produce una inammissibile violazione delle libertà fondamentali della persona; anche l’ordinamento sovranazionale non tollera certo intromissioni autoritative nella vita personale e familiare dei singoli sino a tal punto; se ciò è esatto, come si ritiene, pur consapevoli della complessità del tema, l’interpretazione che abbia un senso può essere individuata in quella secondo cui, essendo destinata la dichiarazione anagrafica di residenza ad altre finalità istituzionali, e potendo essere formulata, a tenore dell’art. 6, d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, anche soltanto da uno dei conviventi, unicamente ove entrambi gli artefici del legame affettivo, dichiarino di aver instaurato una convivenza di fatto *ex lege* n. 76/2016, si potrà applicare questo statuto tipico; infatti, solo il rinvenimento del consenso – seppur indirettamente espresso nella dichiarazione anagrafica – dei conviventi che compongono la coppia, giustifica l’instaurazione del rapporto, evitando così l’applicazione dei diritti e dei doveri giuridici ipotizzabili senza o contro la volontà del soggetto.

Soccorre peraltro il criterio di non discriminazione rispetto alle altre formazioni sociali di natura familiare, tutte comunque costituzionalmente presidiate.

Infine, appare dirimente la riflessione che prende in esame il contrario avviso; questa opposta conclusione prefigura la paradossale evenienza secondo cui la dichiarazione anche di uno soltanto dei componenti la coppia, magari già instaurata liberamente e consapevolmente la comunanza di vita nei fatti senza dichiarazione anagrafica di comune residenza, muti in prosieguo di tempo opinione rendendo la dichiarazione anagrafica, mutando con ciò anche il regime giuridico della convivenza; questa dichiarazione però, a sua volta, può essere immediatamente vanificata dall’altro, che può rendere

⁽⁴¹⁾ Uno dei moniti più interessanti in punto risulta quello rinvenibile in Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, cit. in nt. 11.

⁽⁴²⁾ Posizione garantita al singolo per il riferimento generale dell’art. 2 Cost. ad ogni formazione sociale, con valenza informatrice primaria del nostro ordinamento positivo (cfr. richiami di nt. 6), che perciò non è prerogativa della sola famiglia coniugale *ex art.* 29 Cost.

una dichiarazione contraria o smentire quella già effettuata; evidente che questo eventuale gioco delle parti e le fortissime perplessità anche operative sottese, non può che qualificarsi contrario alla *mens legis*, che certamente ha trovato ispirazione in funzione della tutela dei diritti, ma non fino al punto di costituire il rapporto senza o contro la volontà della parte.

Queste considerazioni risultano già significative per ritenere possibile un accertamento giudiziale del rapporto realmente sussistente nel singolo caso, svincolato dalla ridetta dichiarazione anagrafica (ove manchi ovvero ove non sia riferibile alla comune e consapevole volontà), in quanto appare ancora giuridicamente rilevante la c.d. famiglia di fatto, enucleata da tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza, secondo la fonte di tutela primaria rinvenibile positivamente nell'art. 2 Cost.⁽⁴³⁾.

La conclusione che pertanto meglio appare prospettabile è quella di una distinzione tra convivenza tipica – quella disciplinata dalla l. n. 76/2016 – e quella da tempo più risalente già enucleata, che possiamo convenzionalmente definire atipica.

Ad ogni modo, anche nella convivenza familiare tipica, non ricorre un vincolo civile formale: l'effettiva esistenza fattuale del rapporto è affidata solo alla realtà delle cose, ove il detto elemento delle risultanze anagrafiche di comune residenza⁽⁴⁴⁾, seppur spicca, non rileva quale unico elemento integrativo; anche a reputare la fissazione della residenza anagrafica come atto dichiarativo ad efficacia costitutiva, che deve accedere alla conforme realtà del rapporto affettivo di coppia – di natura familiare – stabilmente instaurato nel quotidiano, la questione non incide in ordine all'assenza di un vincolo civile negoziale formalizzato al momento in cui si costituisce un tale rapporto.

Come noto, gli artt. 2 e 11 della l. 24 dicembre 1954, n. 1228 (c.d. legge

⁽⁴³⁾ Oltre alle citazioni ed ai richiami esposti (in ntt. 6 e 11 in particolare), cfr., da ultimo, M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 868.

⁽⁴⁴⁾ L'elemento anagrafico viene rimarcato anche da F.P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, p. 1085, nel contesto dell'individuazione di numerosi tratti problematici.

anagrafica⁽⁴⁵⁾), impongono ai singoli di domandare tempestivamente l'iscrizione nell'anagrafe del Comune di dimora abituale, comprese le sue eventuali variazioni, qualificando l'omissione come illecito.

La crisi del rapporto familiare di fatto *ex lege* è affidata in sostanza anche al venir meno della comune residenza anagrafica; infatti, coerentemente, la patologia del rapporto non è assistita da alcun apposito atto o procedimento che abbia ad oggetto lo scioglimento della convivenza stessa.

Invero, salve le disposizioni in merito alla regolamentazione delle conseguenze quanto al rapporto di filiazione eventualmente presente, il cui regime è oggi unificato per effetto della recente riforma c.d. sull'unicità dello *status filiationis*⁽⁴⁶⁾, le norme in qualche modo significative in proposito alla sopravvenuta crisi del rapporto stesso, si rinvergono nel 65° comma ed anche nel 59° comma, ove il regime della convivenza risulti regolato dal contratto tipizzato dalla stessa legge⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. anche il Regolamento Anagrafico, di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 (in particolare gli artt. 4, 5, 6, 11, 13, 14, 15 18 e 18-*bis*), ed il T.U. Documentazione Amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (in particolare gli artt. 38, 71, 75 e 76).

⁽⁴⁶⁾ C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Milano-Lavis, 2015; M. SESTA, *Filiazione (dir. civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2015, p. 445; Id., *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1009; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 64; R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Perugia, 2013; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2013, p. 547.

⁽⁴⁷⁾ Opportuno richiamare il quadro dell'elaborazione casistica in merito all'autonomia negoziale delle parti, sia all'interno del coniugio che nell'ambito della famiglia di fatto; i seguenti arresti risultano già significativi per un essenziale inquadramento: Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, p. 947, con nota di V. CARBONE, *Casa in comodato vita natural durante per una breve "convivenza more uxorio"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 339, con nota di M. BERNARDINI, *Una convenzione patrimoniale nell'ambito della c.d. famiglia di fatto: il comodato vita natural durante*, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 321, con nota di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, Cass., 25 marzo 2013, n. 7480, *ivi*, con nota di G. OBERTO, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*; Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, *ivi*, con nota di C. FILAURO, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 163, con nota di A. ASTONE, *La sentenza di divorzio su domanda congiunta e l'impugnazione da parte di uno dei coniugi*. Cfr. anche ntt. 48 e 49.

Tali disposizioni sono però destinate a regolare non lo scioglimento del rapporto in sé e per sé considerato, bensì alcuni diritti che possono derivare dalla cessazione della convivenza (quale il diritto agli alimenti, per il limitato arco temporale prefigurato⁽⁴⁸⁾); con ciò seguendo giocoforza il rito proprio di tali domande, non un apposito rito in qualche modo paragonabile a quello della separazione personale o del divorzio.

A dire il vero, ove la convivenza sia retta dal contratto tipico di cui al 50° comma, questo patizio si può risolvere anche per “accordo delle parti” o per “recesso unilaterale” – cfr. il tenore testuale del 59° comma, lett. *a)* e *b)* –, accordo o recesso che debbono essere redatti nelle forme di cui al 51° comma («forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all’ordine pubblico»); come si può constatare, in questa ipotesi, il percorso è retto da forme negoziali (le stesse).

Certo, come la casistica insegna, può emergere contenzioso sotto più aspetti, tra i quali spicca la controversia di genere possessorio o di contesa sul titolo di detenzione della casa d’abitazione già destinata a comune residenza⁽⁴⁹⁾, in particolare ove di pertinenza dominicale o comunque titolata in capo

⁽⁴⁸⁾ D’uopo rilevare come sino ad oggi non esisteva, dopo la fine della convivenza, una qualche forma di solidarietà tra le parti, salva la residuale tutela della irripetibilità delle prestazioni rientranti nello schema dell’obbligazione naturale; vedi, oltre alle citazioni di nt. 47, tra altri, G. CECCHERINI, L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova, 2013, p. 45; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le attribuzioni patrimoniali nelle convivenze: una breve rassegna di giurisprudenza*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, p. 837; G. SAVI, *Quali possibili obbligazioni tra ex amanti divenuti genitori?*, cit., p. 262; F. RUSCELLO (a cura di), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006, p. 217. Nei molteplici arresti della giurisprudenza cfr., Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Giur. it.*, 2015, p. 1090, con nota di F. ROCCHIO, *Obbligazioni naturali tra conviventi more uxorio?*; Cass., 15 maggio 2009, n. 11330, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 380, con nota di R. GELLI, *Il regime delle prestazioni di “dare” nella convivenza tra obbligazione naturale del solvens ed arricchimento senza causa dell’accipiens*.

⁽⁴⁹⁾ A titolo esemplificativo, v., Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Fam e dir.*, 2013, p. 649, con nota di C. GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall’abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso*; inoltre, cfr., G. GUZZARDI, *Convivenza more uxorio e tutela possessoria dell’immobile adibito a casa familiare*, ivi, 2013, p. 1051.

al convivente che declina la prosecuzione del rapporto; ovvero, può risultare utile la proposizione di un giudizio di mero accertamento⁽⁵⁰⁾ in ordine alla ricognizione del fatto che è venuto meno l'affetto reciproco e la solidarietà che sorreggeva il rapporto o comunque che lo stesso è cessato.

Inoltre, di certo nulla osta a che la parte determinata ad interrompere la convivenza lo dichiari con atto scritto.

Ancora a proposito della convivenza retta dal contratto tipico di cui al 50° comma, in caso di recesso unilaterale del convivente che sia nella esclusiva disponibilità titolata della c.d. casa parafamiliare, l'atto di recesso deve contenere – a pena di nullità – il termine concesso alla parte nolente, per lasciare l'abitazione stessa, non inferiore a giorni novanta; ovvio che il mancato rilascio sarà eventualmente tutelabile in sede giudiziale; come altrettanto ovvio che la presenza di prole vedrà il diverso scenario della possibilità di assegnazione in uso, conforme al collocamento abitativo dei figli minori, o portatori di *handicap*, o maggiorenni che non hanno ancora raggiunta la condizione adulta di autosufficienza (art. 337-*sexies* c.c.).

La disciplina tipica sembra comunque connotata in maniera obiettivamente riduttiva: la famiglia di fatto, quella socialmente evidente, sembra stare più fuori che dentro il dettato della legge; peraltro, queste norme non sono destinate a regolare soltanto il rapporto di coppia tra un uomo ed una donna, abbracciando ipotesi concrete obiettivamente disomogenee (come evidenziato in apertura: cfr. nt. 8).

Questa comunque la rassicurante considerazione conclusiva: queste riflessioni non sembrano poter scalfire l'utile distinzione sopra profilata tra la disciplina tipica dettata dalla legge e quella atipica anteriormente nota e consolidata.

Anche solo da questo scarno e fugace quadro emerge allora come il principio di diritto qui in disamina non sembra poter essere messo in discussione da tali riforme, anzi, trovando in esse maggior fondamento; difatti, è stato

⁽⁵⁰⁾ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2012, I, p. 72; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, I, 1980, p. 159; in specifico, cfr., L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 620; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 25.

enucleato in relazione alla disciplina atipica anteriore, ragione per cui non può ritenersi contraddetto dai nuovi modelli positivi individuati dal legislatore a tutela dei soggetti che ne sono artefici.

In una parola, la scelta esistenziale di allontanarsi dall'esperienza matrimoniale anteriore, dimostrata dalla formazione di altro nucleo familiare, sotto qualunque forma instaurato o costituito, recide la ragione dell'obbligazione *post* coniugale, per la coeva acquisizione di altra posizione di diritto conforme al nuovo legame affettivo di coppia di natura familiare.

7. — *Conclusioni.*

Due le essenziali conclusioni generali.

Non v'è dubbio che questo nuovo indirizzo si allinea, confermandolo, a quel tratto evolutivo dell'interpretazione dell'art. 8 CEDU, alla luce della Carta di Nizza, sul diritto a "fondare una famiglia", declinandone le forme in senso davvero plurale.

Parimenti indubbio che il rilevato contenimento della c.d. "tutela economica forte" dell'*ex* coniuge, con tutte le sue note connotazioni, persino di indissolubilità del vincolo di coniugio soltanto su questo versante, impone la ricerca di un nuovo equilibrio che certamente dovrà tener conto della tutela del c.d. coniuge debole, ma quest'ultimo è chiamato senza infingimenti all'autoresponsabilità, intrinsecamente connessa alle sue scelte di "libertà".

Saranno allora le circostanze del singolo caso (persistendo sul punto specifico se non il silenzio del legislatore certo una scarsa attenzione) ad evidenziare la sussistenza di ragioni sostanziali giustificative della solidarietà economica successiva allo scioglimento del vincolo personale, analizzandone il reale progetto di vita, i condizionamenti, l'affidamento, le scelte e le vicende esistenziali successive; ovviamente, soltanto in relazione alla costituzione di una "famiglia di fatto", quale formazione sociale di natura familiare che oggi possiamo convenzionalmente definire atipica, attese le tutele assicurate all'*ex* coniuge che costituisce uno dei modelli familiari tipicamente regolati.

LORENZA BULLO (*)

DONAZIONE DI BENE ALTRUI E COMUNIONE EREDITARIA NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO

Abstract: Limitations to legitimacy of individual heirs to dispose of specific goods and rights of the legacy pending its indivisibility are based on a unitary and holistic approach to the hereditary patrimony. Such limitations are especially evident when it comes to acts of disposition free of charge (without compensation), as stated by the Supreme Court (Cassazione) in the ruling of the unified sections no. 5068 of 2016. In such ruling, the Court adheres to the principle – already put forward by some scholars – according to which each co-heir is not vested with the individual legitimacy to dispose of goods and rights, not even within the limits of his share, before hereditary division has taken place. This applies to both real and credit rights. However, acknowledging that the hereditary patrimony constitutes a joint heirship, which thus includes both real and obligatory rights, means that, before the hereditary division takes place, the hereditary patrimony is granted a certain degree of autonomy. This way, in fact, the community of co-heirs is being given some margin of maneuver on the hereditary patrimony as opposed to the respective individual patrimonies.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ambito oggettivo della comunione ereditaria nell'attuale panorama dottrinario. – 3. Il progressivo abbandono del principio «*nomina hereditaria ipso iure dividuntur*» nella giurisprudenza della Cassazione. – 4. Diritti reali, comunione ereditaria e legittimazione a disporre del singolo coerede. – 5. La legittimazione a disporre del coerede secondo la Cassazione a Sezioni unite del 15 marzo 2016, n. 5068. – 6. La comunione ereditaria e la comunione avente ad oggetto più beni tra gli stessi soggetti, ma di fonte non ereditaria. – 7. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

Il recente intervento delle Sezioni unite sulla donazione di beni altrui è stato ampiamente e autorevolmente commentato sia sotto il profilo della qualificazione della donazione di cosa altrui, tra invalidità e inefficacia da

(*) Università degli Studi di Padova.

un lato, sia sotto il profilo della configurazione, nel nostro ordinamento, di due diversi meccanismi di donazione di bene altrui, quello della donazione dispositiva da un lato e quello della donazione obbligatoria di beni altrui dall'altro⁽¹⁾⁽²⁾.

⁽¹⁾ Ci si riferisce alla decisione della Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Foro it.*, I, 2016, c. 2074 s., in *Riv. not.*, 2016, p. 521 ss., in *Riv. giur. edil.*, I, 2016, p. 201, pronuncia la cui massima ufficiale recita: «La donazione di cosa altrui o parzialmente altrui, sebbene non espressamente vietata, è nulla per difetto di causa, sicché la donazione del coerede avente ad oggetto la quota di un bene indiviso compreso nella massa ereditaria è nulla, atteso che, prima della divisione, quello specifico bene non fa parte del patrimonio del coerede donante; tuttavia, qualora nell'atto di donazione sia affermato che il donante è consapevole dell'altruità della cosa, la donazione vale come donazione obbligatoria di dare». I primi commenti a detta pronuncia sono essenzialmente tutti incentrati sulla prima parte della massima e quindi analizzano la pronuncia sotto il profilo della validità della donazione di cosa altrui e, quindi, in definitiva, sulla causa della donazione. Al riguardo ricordiamo U. CARNEVALI, *La donazione di beni altrui nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 613 ss.; E. DE PETRIS, *Le Sezioni Unite sull'invalidità della donazione di bene altrui*, in *Contratti*, 2016, p. 880 ss.; E. FERRANTE, *Le Sezioni Unite sulla donazione di cosa altrui (Commento a Cass. 15 marzo 2016 n. 5068)*, in *Dir. civ. cont.*, n. II, aprile/giugno 2016; F. PIRONE, *L'intervento delle Sezioni Unite sulla donazione di quota di un bene facente parte di una massa comune*, in *Notariato*, 2016, p. 242 ss.; U. MORELLO, *La donazione di beni altrui, alcune riflessioni* in *Notariato*, 2016, p. 556 ss.; L. BALLERINI, *La donazione (dispositiva) di bene altrui è nulla: così le Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1023 ss.; S.P. CERRI, *Donazione di bene altrui e causa in concreto*, in *Vita not.*, 2016, p. 585 ss.; C. DE LORENZO, *Le Sezioni unite e la donazione di beni altrui: quando Davide ci riprova con Golia*, in *Foro it.*, I, 2016, c. 2086 s.; L. DE STEFANO, *Donazione di quota di bene indiviso: nulla per mancanza di causa*, in *Foro it.*, I, 2016, c. 2081 s.; D. BERRINO, *Sulla validità della donazione di beni altrui*, in *Gazz. for.*, 2016, p. 338 ss.; F. NAPPI, *Donazione di bene (parzialmente) altrui: la teoria delle S.U. è scollegata dalla pratica del giudizio*, in *www.ildirittodegliaffari.it*.

⁽²⁾ Secondo l'interpretazione tradizionale, pur nel silenzio della legge, nel divieto di donazione di bene futuro va ricompresa anche la donazione di cosa altrui, stante in entrambi i casi la mancanza della attualità e irrevocabilità dello spoglio: sul punto v., sotto la vigenza del codice civile del 1865, L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 375 ss.; indi, con riferimento al vigente codice civile, v. A. TORRENTE, *La donazione*, 2^a ed. aggiornata a cura di Carnevali e Mora, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2006, p. 497 s.; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, 2^a ed., in *Tratt. Rescigno*, 6, t. II, Torino, 1997, p. 523 s. Sul punto v. G. BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in *Tratt. Bonilini*, VI, Milano, 2009, p. 444 s. il quale ricorda come per la maggior parte degli interpreti la donazione di diritti altrui è nulla, dovendosi escludere che il donante si possa obbligare a procurarne l'acquisto al donatario e ciò a differenza di quanto previsto dall'art. 1478 c.c.; R. PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Tratt. Rescigno, Succ. e donazioni*, II, Padova, 1994, p. 192 ss.; F. RINALDI, *La donazione di beni*

Le riflessioni che seguono intendono, invece, volgersi ad un altro profilo e precisamente a quello inerente la natura della comunione ereditaria così come presupposta dalla Cassazione nella suddetta pronuncia n. 5068 del 2016: nel caso in esame, infatti, l'altruità del bene deriva proprio dall'essere il medesimo bene in comunione ereditaria.

Come sottolineato in un primo commento⁽³⁾, il bene in comunione ereditaria non è altrui *tout court*, ma “eventualmente altrui”: basti pensare che, per effetto di quei particolari obblighi e meccanismi divisionali, tipici della sola divisione ereditaria, quali sono la collazione e l'imputazione dei debiti, potrebbe, ad esempio accadere, che un erede – cui pure astrattamente spetta un terzo del patrimonio ereditario sull'intera massa – venga concretamente apporzionato con beni di importo inferiore ad un terzo del *relictum* in presenza di pregresse donazioni a suo favore o comunque non con quel bene di cui ha disposto *pro quota manente communione* o addirittura che non venga apporzionato per nulla con ciò che è nel *relictum*.

La questione giuridica che si vuole analizzare in questo scritto e che aleggia in tutta la fattispecie affrontata nel caso concreto sottoposto dalle

altrui, Napoli, 2012, p. 119 ss. Secondo altra ricostruzione, invece, la donazione di bene altrui è valida se strutturata come donazione obbligatoria in cui il donante, consapevole dell'altruità del bene, manifesta la volontà di assumere l'obbligazione di acquistare il bene dal terzo proprietario: così B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, p. 346 ss.; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. Grosso-Santoro-Passarelli*, Torino, 1964, p. 43 s.; R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Succ. e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, p. 220 ss. Per una ampia ricostruzione delle diverse tesi v. A. PALAZZO, *I singoli contratti*, 2, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2000, p. 343 s.; ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2009, p. 227; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 2, Torino, 2012, p. 431 ss. Sulla donazione obbligatoria v. R. LENZI, *Donazione obbligatoria*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 1615 ss.

⁽³⁾ Così E. FERRANTE, *Le sezioni unite sulla donazione di cosa altrui (commento a cass. 15 marzo 2016 n. 5068)*, cit. Sul punto, con riferimento alla precedente pronuncia sulla questione circa la validità di cosa altrui, v. sempre E. FERRANTE, *La Cassazione sulla donazione di cosa altrui: un revirement atteso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 277 ss. il quale giustamente sottolinea come siano questioni da tenere distinte quella relativa alla validità della donazione di cosa altrui e quella inerente la valutazione di quest'ultima ad essere titolo idoneo per l'usucapione, aspetto quest'ultimo che, quantunque interessante, non verrà preso in considerazione nel corso del presente lavoro.

parti all'esame della Cassazione non è, dunque, quello della individuazione della sanzione – nullità o inefficacia – della donazione (dispositiva) di cosa altrui, quanto piuttosto quello della natura della comunione ereditaria nel senso che segue.

La pronuncia in oggetto ci offre, cioè, un angolo prospettico privilegiato per analizzare quale tipo di contitolarità si instaura in capo ai coeredi sia in ordine all'intera massa comune, sia in ordine ai singoli beni di detta massa ereditaria.

È noto come non tutto ciò che è oggetto di successione *mortis causa* è necessariamente anche oggetto di comunione tra gli eredi; basti pensare all'ipotesi che si verifica in presenza di una divisione del testatore che, ai sensi dell'art. 734 c.c., contempra tutti i beni relitti o anche ad una *institutio ex re certa*: si tratta di ipotesi dove vi è sì pluralità di eredi, ma non comunione⁽⁴⁾.

Ma preso atto di ciò, in caso di pluralità di eredi si instaura, di norma, una comunione tra gli stessi.

Di tale comunione di fonte ereditaria, tuttavia, si è ampiamente discusso sia in ordine all'ambito oggettivo della stessa, sia in ordine all'ambito soggettivo⁽⁵⁾: sotto il profilo oggettivo si è, infatti a lungo discusso circa l'inclusione o meno nella stessa dei crediti e di quelle particolari e ben più complesse e tra loro differenziate posizioni giuridiche costituite dalle partecipazioni sociali, complesse in quanto comprensive di posizioni non solo attive ma anche passive nei confronti della società e differenziate a tal punto che mentre talune sono entità incorporali, altre risultano invece incorporate in tante *chartulae* (art. 2346, 1° comma, prima parte c.c.) altre,

⁽⁴⁾ Sulla non equivalenza dei concetti di coeredità e comunione ereditaria v. G. AMADIO, *Divisione ereditaria e collazione*, Padova, 2000, p. 47 ss.; ID., *Comunione e apporzionamento nella divisione ereditaria (per una revisione critica della teoria della divisione)*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di S. DELLE MONACHE, Padova, 2007, p. 234 ss.; B. TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, Milano, 2009, p. 295 ss.

⁽⁵⁾ Al riguardo ci sia consentito il rinvio, anche per i profili storico-comparatistici, a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova 2005, p. 5 ss.

all'opposto, sono viceversa dematerializzate⁽⁶⁾; sotto il profilo soggettivo, invece, la questione dibattuta è stata essenzialmente quella della natura della contitolarità dei coeredi sull'intera massa comune e sui singoli beni che la compongono⁽⁷⁾.

Da quanto precede, si comprende la rilevanza, anche applicativa della questione⁽⁸⁾, questione tuttavia che presenta forti implicazioni sistematiche, essendo strettamente correlata, come vedremo, alla ricostruzione che la dottrina propone con riguardo a quella particolare e complessa forma di "comunione di massa" che è la comunione ereditaria.

Prima di entrare nel vivo della questione, inerente l'aspetto soggettivo della contitolarità originata da una comunione ereditaria, si ritiene necessario dare brevemente atto dello stato della dottrina e della giurisprudenza in ordine all'individuazione dell'ambito oggettivo della comunione ereditaria, con particolare riferimento a quelle entità incorporali che sono i crediti del defunto, ciò perché i due profili, quello oggettivo e quello soggettivo sono in realtà tra loro collegati, come avremo modo di vedere.

⁽⁶⁾ Sul punto v. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, 2003, p. 157 ss.; A. DENTAMARO, *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, in *Commentario* diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2009, p. 125 ss. e M. CIAN, *Titoli dematerializzati e circolazione "cartolare"*, Milano, 2001, p. 12 ss.

⁽⁷⁾ Per una ricognizione delle diverse concezioni circa la natura giuridica della comunione ereditaria v. B. TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, cit., p. 265 ss.; G.F. BASINI, *La comunione ereditaria*, in *Tratt. Bonilini*, IV, Milano 2009, p. 3 ss.; ci sia inoltre consentito rinviare a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p.13 ss.

⁽⁸⁾ È significativo al riguardo che, proprio all'indomani della Cass., Sez. un., n. 5068/2016, il Consiglio Nazionale del Notariato abbia pubblicato lo Studio n. 200-2016/C a cura di M. Bellinvia, F. Magliulo, A. Musto, *Donazione di cosa altrui e di quota indivisa: prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 15 marzo 2016 n. 5068*, reperibile sul sito www.notariato.it. ove sono ampiamente analizzati i limiti dei poteri dispositivi dei coeredi sui beni comuni durante lo stato di permanenza della comunione ereditaria, distinguendosi tra atti a titolo oneroso e atti, appunto, a titolo gratuito e liberale.

2. — *L'ambito oggettivo della comunione ereditaria nell'attuale panorama dottrinario.*

È noto come l'impostazione tradizionale di derivazione romanistica⁽⁹⁾, accolta da ampia parte della letteratura giuridica più risalente sulla comunione ereditaria – posizione peraltro *non condivisa* né dalla recente giurisprudenza di legittimità né, come vedremo, da tutta la dottrina – è basata, essenzialmente, sulle seguenti asserzioni:

- sulla proprietà e sui singoli diritti reali di godimento e in genere su diritti a questi assimilabili già spettanti al *de cuius* si forma una comunione disciplinata dagli artt. 1100 ss. c.c. del libro terzo, comunione dove la quota ha quindi una valenza non solo interna, ma anche esterna, con la conseguenza che ogni coerede può disporre, con immediata efficacia traslativa (art. 1103 c.c.), anche dei singoli beni ereditari;
- per quanto concerne, invece, i singoli rapporti obbligatori non estintisi

⁽⁹⁾ Così A BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vassalli*, XII, t. 5, Torino, 1980, p. 189 ss.; ID., *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 2 ss.; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, XII, t. 1, Torino, 1977, p. 377 ss.; V.R. CASULLI, *Divisione ereditaria (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 40 ss.; A. CICU, *Successioni per causa di morte*, 2ª ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLII, Milano, 1961, p. 364 ss.; G. AZZARITI, *La divisione*, in *Tratt. Rescigno, Successioni*, 2ª ed., VI, t. 2, Torino, 1997, p. 391 ss.; D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato italiano*, 3ª ed., Torino, 2001, p. 1153 ss.; P. FORCHIELLI, F. ANGELONI, *Della divisione*, 2ª ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Delle successioni, Artt. 713-768*, Bologna-Roma, 2000, pp. 42 ss. e 214 ss.; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, 3ª ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Delle successioni, Artt. 456-511*, Bologna-Roma, 1997, p. 49 ss., il quale in particolare osserva che per i crediti non si dovrebbe parlare di successione in senso tecnico da parte degli eredi, bensì di acquisto derivativo-constitutivo; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Divisione-Donazione*, 2ª ed., in *Comm. cod. civ.*, t. 3, Torino, 1980, p. 152 ss.; G. BONILINI, *Divisione*, in *Digesto civ.*, VI, 4ª ed., Torino, 1990, p. 483; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le Successioni*, 5ª ed., Milano, 2015, p. 151 s.; G. GAZZARA, *Divisione ereditaria*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 429 ss., spec. p. 431; A. PALAZZO, *Le successioni*, 2ª ed., in *Tratt. Indica-Zatti*, II, Milano, 2000, p. 958 ss. Per quanto riguarda la letteratura non specificatamente rivolta al diritto ereditario cfr. M. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, XIII, Milano, 1983, pp. 119 ss. e 125 ss.; A. GUARINO, *Comunione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 252, i quali negano in generale che i crediti possano essere oggetto di comunione, sia essa ordinaria che ereditaria; nello stesso senso anche G. DE FERRA, *Sulla contitolarietà del rapporto obbligatorio*, Milano, 1967, p. 2.

con la morte del *de cuius*, non ritenendosi ammissibile una comunione quotaria sul singolo debito e sul singolo credito a differenza di quanto accade per i diritti reali – si ritiene che essi si modifichino in obbligazioni con *pluralità di soggetti*, con conseguente applicazione della disciplina della parziarietà o della solidarietà a seconda della natura divisibile o indivisibile della prestazione oggetto degli stessi.

Nella ricostruzione tradizionale, pertanto, la comunione ereditaria è concepita come una *species* del *genus* comunione su singoli diritti reali di cui agli artt. 1100 ss., specie che si caratterizzerebbe soprattutto per la fonte e cioè per la corrispondente natura incidentale e non volontaria⁽¹⁰⁾.

In questo quadro ricostruttivo – peraltro maturato in un contesto economico dove la ricchezza era rappresentata essenzialmente da proprietà immobiliari – si colloca anche l'adesione al tradizionale principio *nomina (et debita) hereditaria ipso iure dividuntur* in forza del quale i crediti divisibili del defunto (e analogamente oggi le partecipazioni sociali divisibili, perlomeno quelle incorporali)⁽¹¹⁾ si dividerebbero automaticamente tra gli eredi in proporzione alle quote ereditarie.

⁽¹⁰⁾ Nega che la comunione ereditaria sia una sottospecie della comunione ordinaria D. BUSNELLI, *Comunione ereditaria (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 278 ss. il quale parla anzi di «autonomia dogmatica della comunione ereditaria», e tra gli elementi in cui tale autonomia si rivela vi sarebbe appunto anche l'oggetto della stessa. Sulla natura *sui generis* della comunione ereditaria, date le sue peculiarità, cfr. P. SCHLESINGER, A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, 22^a ed., Milano, 2015, p. 333 s., pp. 1410 s. e 1416 ss: la comunione ereditaria, infatti, secondo il testo citato, non potrebbe essere inclusa né tra le comunioni incidentali – come invece fa la prevalente dottrina – perché il suo formarsi presuppone un atto volontario quale è l'accettazione dell'eredità, né tra quelle volontarie perché essa comunque presuppone un fatto estraneo alla volontà degli eredi quale è, per converso, la chiamata ereditaria. Sul punto si vedano le puntuali osservazioni di F. BASINI, *La comunione ereditaria*, in *Tratt. Perlingieri*, VIII, Napoli, 2013, p. 5 ss.

⁽¹¹⁾ Sulla situazione che si determina in caso di successione di una pluralità di eredi non solo in un credito, ma anche e specificamente in ordine a quelle particolari e ben più complesse e tra loro differenziate posizioni giuridiche costituite dalle partecipazioni sociali, complesse in quanto comprensive di posizioni non solo attive ma anche passive nei confronti della società e differenziate a tal punto che mentre talune sono entità incorporali, altre risultano invece incorporate in tante *chartulae* (art. 2346, 1° comma, prima parte c.c.)

Si tratta tuttavia di un principio che, anche la giurisprudenza, non da ultimo la Cassazione a Sezioni unite, ha totalmente disatteso con riguardo ai crediti ereditari⁽¹²⁾.

altre, all'opposto, sono viceversa dematerializzate, ci sia consentito il rinvio a L. BULLO, *Partecipazioni sociali e pluralità di eredi*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2010, p. 177 ss. In tale saggio il dibattito circa la divisione automatica o meno tra i coeredi delle partecipazioni sociali in vita detenute dal defunto approda a soluzioni ben più articolate che con riguardo ai meri crediti divisibili, intersecandosi da un lato con il problema della natura giuridica delle partecipazioni stesse e dall'altro con l'esplicazione dell'autonomia privata in sede di redazione delle regole societarie, autonomia peraltro fortemente ampliata dalla recente riforma del diritto delle società di capitali. È significativo che, con riguardo alla partecipazione in una società a responsabilità limitata, l'orientamento n. I.I.29 del Comitato Triveneto dei notai, orientamento introdotto a settembre 2009 in punto di trasferimento delle partecipazioni a causa di morte e comunione, così disponga: «Al trasferimento di partecipazioni a causa di morte a favore di più soggetti (non limitato da clausole statutarie) consegue sempre uno stato di comunione, con la sola eccezione dell'ipotesi della successione testamentaria nella quale il *de cuius* abbia attribuito in maniera divisa la sua partecipazione ai sensi dell'art. 734 c.c. Per opporre l'eventuale successivo scioglimento della comunione alla società, al fine di esercitare individualmente i propri diritti, occorre ottenere preventivamente il deposito nel registro delle imprese dell'atto di divisione. Tale atto dovrà necessariamente rivestire una delle forme previste dall'art. 11, comma 4, del d.P.R. 581/95 (scrittura privata autenticata ovvero atto pubblico)». Recentemente, anche il Giudice del Registro di Udine, con provvedimento del 7 dicembre 2009, ha stabilito da un lato la necessità di una divisione fra coeredi della quota di s.r.l. oggetto di successione, con ciò mostrando di aderire all'idea della non automatica divisione della partecipazione stessa, dall'altro ha ribadito la necessità della forma notarile, pubblica o autentica, al fine del deposito di un tale atto divisionale al Registro delle Imprese e ciò anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 36, comma 1 bis del d.l. 112/2008, conv. con l. 133/2008. Dati tutti che portano ad evidenziare una peculiarità della comunione ereditaria rispetto alla comunione ordinaria.

⁽¹²⁾ In dottrina nel senso che sia i crediti che i debiti del *de cuius*, benché divisibili, *ipso iure non dividuntur* v. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 470 ss.; ID., *Comunione ereditaria (diritto civile)*, cit., p. 277 ss.; G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, cit., p. 193 ss.; ci sia inoltre consentito rinviare a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 61 ss. Sul supposto principio di divisione automatica si vedano anche le osservazioni critiche di P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 762. Negano invece valore al tradizionale principio *ipso iure dividuntur* con riferimento ai *solii* crediti ereditari, che pertanto sono riconosciuti essere oggetto di comunione ereditaria, stante anche l'attuale consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità, essenzialmente argomentando dall'art. 727 c.c., V. COLCELLI, in A. PALAZZO, A.

Gli argomenti principali a sostegno della tesi della divisione automatica sono, in estrema sintesi, il richiamo al disposto dell'art. 1295 c.c., la formulazione dell'art. 1314 c.c. e, arg. *a contrario*, il richiamo all'art. 1772, 2° comma c.c.⁽¹³⁾.

Divisione automatica dei crediti divisibili vuol dire estraneità degli stessi alla comunione ereditaria e quindi anche estraneità dei medesimi alla divisione ereditaria in senso tecnico: ogni coerede per il solo fatto dell'accettazione dell'eredità, che ha effetto retroattivo ai sensi dell'art. 459 c.c., diviene titolare esclusivo di una *pars quanta* del credito già del *de cuius*, parte di cui può pertanto disporre con immediata efficacia traslativa, senza che sia necessario alcun previo atto divisorio. Il che non significa però che lo stesso credito – ove ancora in essere al momento dello scioglimento della comunione – non possa essere utilizzato nella sua interezza per comporre l'assegno con il quale viene apporzionato uno dei coeredi: in tal caso però l'erede così apporzionato non sarebbe tacitato con l'attribuzione di un bene comune e quindi il negozio posto in essere, certamente lecito, avrebbe in parte natura traslativa e si sarebbe dunque in presenza più che di una divisione in senso tecnico di un atto equiparato alla divisione⁽¹⁴⁾.

Viceversa aderendo alla opposta tesi dell'appartenenza dei crediti del defunto, quantunque oggettivamente divisibili, alla comunione ereditaria, gli stessi potranno essere oggetto di vera e propria divisione ereditaria.

SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, Torino, 2012, p. 784 ss.; F. BASINI, *L'oggetto della comunione*, in *Tratt. Bonilini*, IV, Milano 2009, p. 27 ss. e ID., *La comunione ereditaria*, cit., p. 31 ss.; G. DE CESARE, T. GAETA, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, II, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 3 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte gen.*, Napoli, 1977, p. 603; P. CARUSI, *Le divisioni*, Torino, 1978, p. 215 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1941, p. 309 ss., spec. p. 314 ss.: secondo tale A. a negare ingresso nel nostro ordinamento al principio di origine romana secondo cui i *nomina ercta sunt* sarebbe proprio il principio della dichiaratività della divisione ereditaria.

⁽¹³⁾ Il riferimento all'art. 1772, 2° comma c.c. – disciplinando la successione di più eredi al depositante di cosa indivisibile e richiedendo il loro consenso unanime – lascerebbe intendere che, nell'ipotesi di deposito di cosa divisibile, ciascun coerede sarebbe legittimato a chiedere la restituzione della propria parte.

⁽¹⁴⁾ Così espressamente A. AUCIELLO, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni, Casistica*, 2ª ed., Milano, 2016, p. 628, e G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4ª ed., Milano, 2015, II, p. 679 ss.

L'adesione all'una o all'altra tesi comporta, poi, ulteriori significative conseguenze che si manifestano, oltre che con riguardo agli atti dispositivi del credito di cui si è detto, anche con riguardo alla disciplina dell'adempimento del debito (si pensi solo all'individuazione del legittimato a ricevere con effetto liberatorio per il debitore, alla rifiutabilità dell'adempimento parziale), nonché sul piano processuale al problema circa la sussistenza o meno del litisconsorzio necessario nelle azioni volte all'accertamento o al soddisfacimento del credito già del *de cuius*.

Ritornando, ora, alla prospettiva tradizionale, come si è anticipato per individuare la sorte dei crediti del defunto, si distingue tra crediti divisibili e crediti indivisibili.

Per quanto concerne questi ultimi, nell'ipotesi di pluralità di eredi, è affermazione ricorrente quella di una integrale sottoposizione di tali rapporti alla disciplina prevista nel libro quarto del codice civile per le obbligazioni plurisoggettive aventi ad oggetto prestazioni indivisibili⁽¹⁵⁾ e quindi in definitiva al regime della solidarietà, salvo quanto disposto dagli artt. 1318-1320 c.c.

Articoli, questi ultimi, che contengono delle regole specifiche per le obbligazioni plurisoggettive indivisibili, regole che si discostano dal regime applicabile, in via generale, alle obbligazioni solidali.

In particolare l'art. 1318 c.c. contiene una norma in forza della quale il vincolo di solidarietà opera anche nei confronti degli *eredi* del debitore e del creditore del rapporto obbligatorio indivisibile a differenza di quanto previsto, invece, in via generale dall'art. 1295 c.c. con riguardo ai debiti e crediti originariamente solidali del defunto ed aventi ad oggetto prestazioni divisibili.

Tra le peculiarità, rispetto al normale regime della solidarietà, che caratterizzano la disciplina delle obbligazioni plurisoggettive indivisibili, figura anche quella prevista nella seconda parte dell'art. 1319 c.c.: secondo tale previsione, l'*erede* del creditore di una prestazione indivisibile che agisce per il soddisfacimento dell'intero credito deve dare cauzione a garanzia dei coeredi.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 17 ss.; per una diversa ricostruzione sia consentito il rinvio a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 287 ss.

Nonostante le summenzionate specificità delle obbligazioni indivisibili plurisoggettive, l'applicazione ai rapporti obbligatori indivisibili del defunto del regime della solidarietà ai sensi degli artt. 1317 ss. c.c. rende superfluo, nella prospettiva propria della dottrina tradizionale, interrogarsi se tali rapporti – esclusi dall'ambito di operatività del principio dell'*ipso iure dividuntur* a causa della natura stessa della prestazione – costituiscano o meno oggetto di comunione ereditaria: per essi, infatti, nelle situazioni di contitolarità sussiste una disciplina specifica, distinta da quella contenuta negli artt. 1100 ss. c.c. che, per definizione, riguarda solo i diritti reali.

La ragione dell'applicazione ai rapporti obbligatori indivisibili del defunto della disciplina prevista, in via generale, nel libro quarto del codice civile per le obbligazioni (*ab origine*) plurisoggettive con prestazione indivisibile deriva, essenzialmente, dalla difficoltà di concepire una forma di comunione sul credito, perlomeno con riferimento alla c.d. forma di contitolarità nota come contitolarità quotaria caratterizzata dall'esistenza di *quote di appartenenza individuali*.

Sempre nella prospettiva tradizionale, per quanto riguarda i crediti e i debiti *divisibili*, è invece diffusa la tesi della divisione automatica tra gli eredi di tali rapporti: ciò equivale ad affermare che l'originario rapporto obbligatorio facente capo al defunto si scinde *ipso iure* in un fascio di obbligazioni parziarie, con conseguente applicabilità del regime previsto, in generale, per le obbligazioni parziarie⁽¹⁶⁾.

Il principio della divisione automatica dei crediti e debiti divisibili del defunto era, peraltro, fatto proprio, seppure con qualche voce di dissenso, anche dalla dottrina italiana formatasi nel periodo in cui era in vigore il codice civile del 1865, nonché dalla dottrina francese⁽¹⁷⁾.

All'origine della tesi del principio c.d. dell'*ipso iure dividuntur* vi è

⁽¹⁶⁾ Analizzando il fenomeno da una tale prospettiva, gli artt. 1315 e 1295 vengono di conseguenza letti come delle semplici delle eccezioni al principio della divisione *ipso iure* dei rapporti obbligatori divisibili: v. per tutti A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 14.

⁽¹⁷⁾ Sulle “fortune” e “sfortune” di tale principio, in una visione storico-comparatistica, ci sia consentito di rinviare a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 61 ss.

chiaramente l'idea, tramandataci dai romani che tutto ciò che non abbisogna di intervento del giudice o dell'accordo unanime delle parti per trasformare la *pars quota* in *pars quanta*, sia da considerare di per sé diviso.

La ragione sottesa a tale regola consisteva – e consiste tuttora – nella volontà di svincolare le controparti del rapporto obbligatorio, già facente capo al defunto, dalle vicende relative alla comunione ereditaria sui beni del defunto, comunione – si badi bene – intesa come comunione caratterizzata dalla presenza di quote di appartenenza individuali sui soli diritti reali ed il cui perdurare è rimesso alla volontà degli eredi.

In tal modo, infatti, nonostante la volontà di costoro di non giungere alla divisione ereditaria, i terzi creditori e debitori del *de cuius* – si afferma – sarebbero maggiormente garantiti proprio dal fatto che i coeredi rispettivamente pagherebbero ed esigerebbero solo *pro quota*.

I rapporti obbligatori divisibili, dunque, si scinderebbero *ex lege* in una molteplicità di rapporti derivati aventi un contenuto parziario, mentre i rapporti indivisibili si moltiplicherebbero – sempre *ex lege* – in un fascio di rapporti derivati aventi tutti il medesimo contenuto: la *ratio* del principio *nomina et debita hereditaria ipso iure dividuntur* è appunto proprio questa, cioè quella di scindere la sorte dei rapporti obbligatori da quella dei diritti reali.

L'opinione secondo la quale il principio *nomina et debita hereditaria ipso iure dividuntur* è operante anche nel nostro ordinamento ritiene, dunque, che la ripartizione dei crediti e dei debiti ereditari *divisibili* si produce *ex lege* in proporzione alle rispettive quote ereditarie, senza che sia necessario alcun atto di divisione negoziale o giudiziale tra gli eredi.

È evidente che, secondo l'opinione tradizionale testé ricordata, se da un lato i crediti ed i debiti ereditari risultano esclusi da quello che è l'ambito oggettivo della comunione ereditaria, dall'altro appare giustificata e coerente l'affermazione secondo la quale la pluralità di creditori e di debitori di una prestazione divisibile di cui è fatta menzione all'art. 1314 c.c. è da intendersi riferita anche all'ipotesi di pluralità sopravvenuta *mortis causa*⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Cfr. per tutti M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1980, p. 675 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1995, p. 764.

Va, peraltro, sottolineato come quest'ultima affermazione venga solitamente ripetuta nonostante nel testo dell'art. 1314 c.c. – a differenza del testo di cui al corrispondente articolo 1204 del c.c. del 1865 che, a sua volta, rispecchiava il testo dell'art. 1220 code civil – sia scomparso l'espreso riferimento della rilevanza della divisibilità dell'obbligazione tra gli *eredi* del debitore o del creditore: sulla rilevanza di tale omissione nella formulazione del vigente art. 1314 c.c. rispetto al testo della norma contenuta nel corrispondente art. 1204 cod.civ. 1865 ha invece insistito la dottrina che nega operatività al principio di divisione automatica dei crediti⁽¹⁹⁾.

L'adesione di ampia parte della dottrina alla regola della divisione automatica tra gli eredi dei *crediti* (divisibili) del defunto, se può essere sicuramente spiegata e compresa sia per la particolare importanza della tradizione romanistica nel nostro paese, sia per l'influsso della analoga soluzione accolta dalla prevalente dottrina sotto la vigenza del codice del 1865, meno giustificata appare tuttavia alla stregua degli indici normativi vigenti, come è stato ben sottolineato da altra parte della dottrina, poi seguita dalla giurisprudenza di legittimità, come meglio si vedrà nel paragrafo che segue⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Sulla rilevanza dell'omissione nel testo dell'art. 1314 c.c. del riferimento agli eredi del creditore (o del debitore) quale indizio del definitivo abbandono, da parte del nostro legislatore, della concezione romanistica basata sul dogma dell'indipendenza degli eredi v. F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 471, nt. 54, e p. 473; L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 258 ss.

⁽²⁰⁾ In realtà, più che dal complesso delle norme esistenti in materia di comunione e divisione ereditaria, una delle principali ragioni di resistenza all'abbandono, da parte della dottrina, del principio *nomina hereditaria ipso iure dividuntur* deriva dalle difficoltà, specie in termini di individuazione della disciplina applicabile, cui si andrebbe incontro se si negasse la divisione automatica dei debiti e dei crediti ereditari: è evidente, infatti, che questi ultimi costituirebbero oggetto di comunione tra gli eredi e, a questo punto si porrebbe un problema di interferenza tra la disciplina prevista per le obbligazioni solidali da un lato e il diverso regime dettato dagli artt. 1100 ss., con riguardo al diritto di proprietà e agli altri diritti reali parziari.

3. — *Il progressivo abbandono del principio «nomina hereditaria ipso iure dividuntur» nella giurisprudenza della Cassazione.*

Dopo aver delineato le caratteristiche e le implicazioni in punto di disciplina applicabile della ricostruzione tradizionale in punto di ambito oggettivo della comunione ereditaria, passiamo ora ad illustrare, invece, le argomentazioni che hanno condotto ad un lento ma progressivo abbandono del tradizionale principio *nomina et debita hereditaria ipso iure dividuntur*, anche da parte della Cassazione.

Se, come è stato osservato in dottrina⁽²¹⁾, per i debiti ereditari esistono norme specifiche (artt. 752 e 754 c.c.) che derogano alla regola della presunzione di solidarietà passiva stabilita dall'art. 1294 c.c.⁽²²⁾ – norme peraltro contraddette da altra norma quale quella di cui all'art. 723 c.c.⁽²³⁾ –, viceversa, per i crediti ereditari, una norma di contenuto simmetrico a quelle di cui agli artt. 752 e 754 c.c. non è rinvenibile⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Sulla specifica questione della sorte dei debiti ereditari ci sia consentito il rinvio a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 77 s., nonché la dottrina citata nella nota che segue.

⁽²²⁾ Sul punto v. S. PATTI, *Note sul pagamento dei debiti ereditari: la disciplina italiana a confronto con alcuni modelli europei*, in *Familia*, 2006, p. 1091; ID., *Il pagamento dei debiti ereditari*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, p. 6 ss.; ID., *I debiti*, in *Tratt. Bonilini*, I, Milano, 2009, p. 453 ss.; G.F. BASINI, *La comunione ereditaria*, cit., p. 44 ss. Sulla derogabilità dell'art. 754 c.c. v. A. RIZZIERI, *Sulla derogabilità dell'art. 754 c.c. in tema di pagamento dei debiti ereditari*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 873, il quale ritiene necessario che la deroga sia contenuta in un testamento; S. DELLE MONACHE, *I Maestri italiani del diritto civile. Domenico Rubino*, I, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, Napoli, 2009, p. 411 s.; L. PADULA, *Debiti e pesi ereditari: profili di derogabilità al principio della divisione ipso iure e pro quota*, in *Vita not.*, 1990, p. 307 ss.

⁽²³⁾ In tal senso v. F.D. BUSNELLI, *Comunione ereditaria (diritto civile)*, cit., p. 280.

⁽²⁴⁾ Tradizionalmente l'art. 754 c.c., ed in particolare il 1° comma dello stesso, viene appunto interpretato come espressione normativa del principio per cui i debiti ereditari si dividono *ipso iure*, cioè automaticamente, tra gli eredi in proporzione delle rispettive quote ereditarie, e di tale parte di debito ciascun coerede – in assenza di un'accettazione di eredità con beneficio di inventario – risponde, ai sensi dell'art. 2740 c.c., con tutti i propri beni, siano essi provenienti dal *de cuius* o anche personali. È chiaro che tale principio di divisione automatica è ritenuto operante solo in ordine ai debiti divisibili del *de cuius*: in ordine a quelli indivisibili, invece, non potendosi evidentemente applicare l'art. 754 c.c., viene richiamata la

A tale significativa assenza si aggiungano inoltre le indicazioni in senso opposto che derivano dagli artt. 727 e 760 c.c.

L'art. 727 c.c., infatti, nel prevedere la composizione qualitativa dei lotti da assegnare con effetto retroattivo ai coeredi dividendi menziona anche i crediti accanto ai beni mobili ed immobili.

Che l'art. 727 c.c. non si riferisca poi ai soli crediti indivisibili, come pure da taluno obiettato, risulta confermato dalla norma contenuta nell'art. 760 c.c.

Tale articolo disciplina, infatti, in modo specifico la garanzia dovuta per il caso della insolvenza del debitore del *de cuius* a favore del coerede assegnatario di crediti di rendite, crediti questi divisibili: è difficile non vedere in tale norma una chiara ed inequivoca conferma della circostanza che anche i crediti divisibili possono essere oggetto delle porzioni formate dai coeredi in sede di divisione ereditaria.

L'art. 760 c.c. è però significativo anche sotto un altro profilo: esso pone, infatti, quale momento temporale discriminante per l'estensione della garanzia contro il rischio dell'insolvenza del debitore anche di una rendita, la circostanza che l'insolvenza si sia verificata *prima della divisione ereditaria*.

Ciò dimostra che per la sorte dei crediti ereditari *anche divisibili* il momento di riferimento ai fini della prestazione della garanzia della solvenza coincide significativamente con il momento della divisione ereditaria e non con quello dell'apertura della successione.

Si aggiunga poi che l'art. 757 c.c., utilizzando le espressioni «è reputato» e «si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari», presuppone che i crediti assegnati ad un coerede per effetto della divisione, *prima* di tale momento siano stati oggetto di contitolarità con gli altri dividendi.

disciplina delle obbligazioni plurisoggettive aventi ad oggetto prestazioni indivisibili e cioè, ai sensi dell'art. 1317 c.c., la disciplina della solidarietà con la particolarità di cui all'art. 1318 c.c.; articolo, quest'ultimo che perpetua il regime della solidarietà anche nei confronti degli eredi del debitore o del creditore del debito indivisibile a differenza di quanto previsto in generale dall'art. 1295 c.c. per i debiti (e crediti) solidali che, invece, si dividono tra gli eredi di uno dei creditori o di uno dei condebitori in solido.

L'ambiguità degli indici normativi sul punto è sottolineata dalla circostanza che nell'ambito sia della dottrina che si è occupata in modo specifico di successioni sia di quella che si è occupata in modo specifico di obbligazioni plurisoggettive già da tempo è rinvenibile la tesi che nega l'esistenza del sopra citato principio di divisione automatica, specie per quanto riguarda i crediti: si tratta a dire il vero di posizioni ancora minoritarie, quantunque autorevolmente sostenute⁽²⁵⁾.

Su questo contrasto dottrinale è poi intervenuta una significativa e non lontana pronuncia della Cassazione che, inaugurando un nuovo indirizzo giurisprudenziale, ha affermato il principio di diritto secondo cui i crediti ereditari – *benché divisibili* – non si dividono affatto *ipso iure*, ma devono essere oggetto di successiva divisione contrattuale o giudiziale tra i coeredi.

In tale pronuncia, peraltro, la Cassazione non è andata oltre alla “negazione” di un principio in precedenza tradizionalmente accolto, lasciando invero agli interpreti l'analisi delle implicazioni giuridiche che una tale pronuncia ha sulla ricostruzione della natura della comunione ereditaria.

La Corte, infatti, si è limitata ad esprimere il principio per cui non è vero che il credito divisibile si debba intendere diviso *ipso iure* al momento

⁽²⁵⁾ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, cit., p. 470 ss. e ID., *Comunione ereditaria (diritto civile)*, cit., p. 277 ss.; G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, cit., p. 193 ss.; L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 205 ss.; sul punto si vedano anche le osservazioni critiche di P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, cit., p. 762. In dottrina negano la divisione automatica dei crediti ereditari, essenzialmente argomentando dall'art. 727 c.c., V. COLCELLI, in A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, cit., p. 784 ss.; F. BASINI, *L'oggetto della comunione*, in *Tratt. Bonilini*, cit., p. 27 ss. e ID., in *La comunione ereditaria*, cit., p. 31 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 603; P. CARUSI, *Le divisioni*, cit., p. 215 ss.; G. DE CESARE, T. GAETA, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, II, cit., p. 3 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, cit., p. 309 ss., spec. p. 314 ss. Per una ampia ricognizione e sintesi delle diverse tesi formulate in dottrina circa il regime dei debiti e dei crediti del *de cuius*, v. A. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, p. 162 ss. e ID., *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, in *Tratt. Bonilini*, IV, Milano 2009, p. 198 ss. ove si legge che l'adesione in dottrina al principio *nomina hereditaria ipso iure dividuntur* è avvenuta il più delle volte in maniera tralattizia, disconoscendo l'interesse collettivo del gruppo dei coeredi quale interesse prevalente su quello individuale dei singoli.

dell'apertura della successione, mentre null'altro ha detto circa la situazione in cui si verrebbe a trovare tale credito durante l'esistenza della comunione ereditaria.

L'individuazione delle conseguenze che discendono, non solo in termini di disciplina applicabile ma soprattutto in tema di ricostruzione circa la natura giuridica della comunione ereditaria, dall'affermazione secondo la quale il credito divisibile del *de cuius* non si dividerebbe *ipso iure* tra i suoi eredi, è infatti problema del tutto trascurato dai giudici di legittimità.

È nota⁽²⁶⁾, infatti, la tesi secondo la quale sul credito non può esservi comunione, ai sensi degli artt. 1100 ss. c.c. – articoli che, come si è testé ricordato, si applicano direttamente soltanto alle situazioni di comproprietà e di comunione su altri diritti reali – perché ne mancherebbe l'effetto caratteristico, cioè quello per cui la rinuncia di un comunista determina l'espandersi del diritto degli altri; nel credito spettante ad una pluralità di soggetti, invece, la rinuncia di un concreditore, ai sensi dell'art. 1301 comma 2 c.c., ha come effetto quello di estinguere il credito relativamente alla quota del rinziante.

Che l'art. 1301 c.c., venga in rilievo nell'ipotesi di solidarietà attiva nessuno lo mette in dubbio; ciò che, invece, appare arbitrario è presupporre – senza darne specifica giustificazione – che tale articolo si applichi anche nelle situazioni di comunione ereditaria relativamente ai crediti relitti dal *de cuius*, quasi si assumesse per pacifica una specie di equazione tra la situazione che si determina nell'ipotesi di solidarietà attiva nel credito ed il tipo di contolarità che si determina nelle situazioni di coeredità comprensive anche di crediti: ci sembra, invece, che proprio questo sia appunto il *thema decidendum*.

Che questo sia appunto il *thema decidendum* è peraltro indirettamente confermato anche dalla critica che alcuni Autori rivolgono al summenzionato richiamo all'art. 1301, comma secondo, quale argomento per negare l'appartenenza dei crediti del defunto alla comunione ereditaria⁽²⁷⁾: tali Autori

⁽²⁶⁾ Così A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 262 ss., spec. p. 266 ss.

⁽²⁷⁾ In tal senso v. F.D. BUSNELLI, *Comunione ereditaria (diritto civile)*, cit., p. 280 e G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, cit., p. 211, nt. 41. V. anche A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 22 il quale nega, in via generale, che gli atti dispositivi sulla

osservano, infatti, che la remissione del credito compiuta da uno dei coeredi, benché effettuata nei limiti della propria quota, in quanto atto dispositivo sulla quota di un bene oggetto di comunione ereditaria, come tutti gli atti dispositivi compiuti sulla quota relativa a singoli beni dell'asse, avrà effetto soltanto a divisione compiuta e sempre che (e quindi a condizione) che il credito stesso venga assegnato, in sede di divisione, al coerede rinunciante.

La proposizione sopra ricordata secondo la quale la disciplina della solidarietà attiva non lascerebbe spazio alla comunione sul credito e quindi all'inclusione di esso nella comunione anche ereditaria è peraltro formulata partendo sempre dalla premessa che l'eventuale inclusione dei crediti nella comunione ereditaria dia necessariamente origine ad un fenomeno di comunione c.d. quotaria sui singoli crediti il che, invece, è tutto da dimostrare, perlomeno con riguardo a quella peculiare comunione che è la comunione ereditaria.

Il tipo di contitolarità che si determina sugli elementi che compongono l'attivo ereditario – e quindi anche sui crediti e sulle partecipazioni sociali trasmissibili *mortis causa* come vedremo – dipende anche dal tipo di contitolarità che si ritiene sussistente, nelle ipotesi di coeredità, in ordine al patrimonio ereditario nel suo insieme.

Astrattamente, infatti, potrebbe certo trattarsi di un tipo di contitolarità caratterizzata da quote di appartenenza individuali, in cui oggetto di comunione sono i singoli beni e diritti; di ciascuno di questi ultimi ogni coerede sarebbe, dunque, individualmente titolare *pro quota*, con la possibilità quindi di disporne, beninteso nei limiti della propria quota, con immediata efficacia traslativa; ricostruzione quella testé delineata, tutt'altro che pacifica, come dimostra sia tutta la discussione dottrina inerente l'efficacia traslativa immediata o meno della alienazione *pro quota* di singolo bene di una massa comune ed in particolare di quella ereditaria come vedremo, sia, da ultimo, la recentissima sentenza a Sezioni unite n. 5068/2016 della Cassazione con

quota di un diritto ereditario abbiano immediata efficacia traslativa, stante il principio dell'universalità anche oggettiva della comunione ereditaria, principio accolto anche dalla recente giurisprudenza di legittimità: in tal senso v. Cass. 6931/2016, ove si ribadisce che la divisione oggettivamente parziale è possibile solo con l'accordo di tutte le parti.

riguardo alle alienazioni, a titolo gratuito, della quota di un singolo bene ereditario da parte del singolo coerede.

Potrebbe, all'opposto, trattarsi anche di un tipo di contitolarità c.d. a mani riunite nella quale, invece, oggetto di comunione tra coeredi è solamente l'intero patrimonio nel suo insieme e non i singoli elementi dello stesso, con la conseguenza che ogni coerede sarebbe sì individualmente titolare della quota del tutto, ma non anche di una quota dei singoli elementi del tutto e proprio per questo gli atti di disposizione, a titolo oneroso, su singoli beni e diritti, anche se compiuti *pro quota*, risulterebbero – quanto agli effetti traslativi – sospensivamente condizionati all'attribuzione degli stessi in sede di divisione ereditaria⁽²⁸⁾.

Il codice del '42, così come peraltro il codice del 1865 c.c., non ha disciplinato l'istituto della coeredità, ma solo quello della divisione ereditaria: da tale dato di fatto nasce l'ampio spazio ricostruttivo attribuito all'interprete in ordine alla ricostruzione, nell'ordinamento italiano, del fenomeno della coeredità non solo in senso oggettivo, ma anche in senso soggettivo.

Ma proseguiamo, ripercorrendo le fasi attraverso le quali si è arrivati alla recente giurisprudenza di Cassazione che, distaccandosi in ciò dalla tradizione sia dottrinale che giurisprudenziale⁽²⁹⁾, già alcuni anni or sono, ha iniziato a negare applicazione, nel nostro ordinamento, sia pure con sfumature e accenti differenziati, al principio espresso dalla massima *tralaticia nomina hereditaria ipso iure dividuntur*.

⁽²⁸⁾ Con riguardo, invece, agli atti di disposizione, *a titolo gratuito*, su singoli beni e diritti, anche se compiuti *pro quota dal coerede, vigente la comunione ereditaria*, come ribadito dalla Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 5068/2016, andrebbe appunto distinto, a seconda che il donante sia o meno consapevole dell'altruità del bene: infatti, per le sezioni unite, «la donazione del coerede avente ad oggetto la quota di un bene indiviso compreso nella massa ereditaria è nulla, atteso che, prima della divisione, quello specifico bene non fa parte del patrimonio del coerede donante; tuttavia, qualora nell'atto di donazione sia affermato che il donante è consapevole dell'altruità della cosa, la donazione vale come donazione obbligatoria di dare».

⁽²⁹⁾ Si segnala una pronuncia molto risalente nel tempo nella quale la giurisprudenza, in linea con l'indirizzo dottrinale allora dominante, aveva affermato la divisione *ipso iure* dei crediti (divisibili) tra gli eredi: così Cass., 24 luglio 1945, n. 608, in *Rep. Foro it.*, 1943-1945, *Successione legittima e testamentaria*, n. 126.

La Corte è infatti intervenuta, dapprima, con una pronuncia così chiaramente rivoluzionaria nei contenuti che, proprio per la sua assoluta novità, si è imposta all'attenzione degli studiosi e degli operatori del diritto: ci riferiamo alla sentenza n. 11128 del 1992 nella quale la Corte di Cassazione ha negato al coerede il potere di esigere e di ricevere – *prima della divisione ereditaria* – la quota parte di un credito ereditario per la ragione che anche i crediti ereditari, così ha affermato la Corte, devono considerarsi ricompresi nella comunione ereditaria⁽³⁰⁾.

La Cassazione, cioè, con la citata pronuncia discostandosi dall'orientamento ancora dominante in dottrina, e fino ad allora consolidato anche in giurisprudenza, ha affermato e accolto il principio di diritto secondo cui i crediti ereditari, benché divisibili, non si dividono affatto *ipso iure* tra i coeredi in ragione delle rispettive quote, con la conseguenza che anche i crediti del *de cuius* vengono ad essere oggetto della successiva divisione negoziale o giudiziale tra i coeredi, sempre che ancora esistenti a tale data.

Precisamente la massima di quella pronuncia si esprime nel modo che segue: «I crediti del *de cuius*, a differenza dei debiti (art. 752 c.c.), non si dividono automaticamente tra i coeredi in ragione delle rispettive quote, ma entrano a far parte della comunione ereditaria, come è dato desumere dalle disposizioni degli artt. 727 e 757 c.c.».

Può essere utile riassumere il fatto che ha dato origine alla controversia portata innanzi ai giudici di legittimità.

La vicenda era la seguente: un soggetto, nella sua qualità di erede testamentario di un terzo dell'eredità, allo scopo di ottenere dalla banca il pagamento – nei limiti della quota spettantegli – del saldo attivo di alcuni conti correnti di cui era titolare il *de cuius*, aveva proposto ricorso per ingiunzione

⁽³⁰⁾ Si tratta della Cass., 13 ottobre 1992, n. 11128, pubblicata in *Foro it.*, 1993, I, c. 1289, in *Giust. civ.*, 1993, p. 1563 ss., con nota di richiami di N. DI MAURO; in *Corr. giur.*, 1993, p. 55 ss., con commento di U. TAFURI, *Il problema della divisione (automatica o non) dei crediti ereditari*, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1993, p. 583 ss. con nota di F. REGINE, *Comunione ereditaria e diritti di credito*. Ulteriori considerazioni su tale pronuncia si leggono nel commento di G. AZZARITI, *Sul diritto o meno del coerede a riscuotere anche prima della divisione la quota parte di un credito ereditario (in superamento della massima «nomina hereditaria ipso iure dividuntur»)*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 361 ss.

di pagamento ai sensi dell'art. 633 c.p.c. ed anche ottenuto il relativo decreto nei confronti della banca stessa per l'importo corrispondente.

A tale decreto la banca si era opposta sulla base della negazione dell'esistenza nel nostro ordinamento della regola secondo cui i crediti ereditari divisibili si dividono automaticamente tra i coeredi in proporzione alle quote ereditarie.

Il Tribunale accolse l'opposizione, ritenendo fondate le ragioni addotte dalla banca.

Successivamente la Corte d'Appello confermò la decisione di primo grado e tale sentenza fu a sua volta confermata dalla Cassazione che, infatti, rigettò il ricorso proposto dal coerede.

Le argomentazioni attraverso le quali la Cassazione è giunta ad affermare la non automatica divisione dei crediti ereditari e la loro conseguente inclusione nella comunione ereditaria si basano, in particolar modo, sulla disciplina risultante dagli artt. 727 e 757 c.c.

L'art. 727 c.c., infatti, annoverando anche i crediti tra gli elementi di cui si compongono i lotti divisionali confermerebbe implicitamente la inclusione degli stessi nella comunione ereditaria e quindi la circostanza della loro non automatica divisione.

L'art. 757 c.c., inoltre, disponendo l'efficacia retroattiva dell'attribuzione dell'intero credito ricompreso nel lotto divisionale assegnato ad uno solo dei coeredi in sede di divisione ereditaria – sia essa negoziale o giudiziale – rappresenterebbe, ad avviso della Corte, una ulteriore prova che i crediti non si dividono in modo automatico tra i coeredi in proporzione alle quote ereditarie fin dal momento dell'acquisto dell'eredità, acquisto che per effetto della retroattività dell'atto di accettazione retroagisce al momento dell'apertura della successione.

La tesi dell'appartenenza del credito alla comunione ereditaria sarebbe altresì confermata, sempre secondo il ragionamento della Corte qui riportato, dalla norma contenuta nell'art. 760 c.c., articolo in cui sono disciplinati i limiti della garanzia dovuta dai coeredi per il credito assegnato in sede di divisione – e si intende per intero – ad uno dei coeredi.

Sarebbe proprio dalla presenza di una norma come l'art. 760 c.c. che si

potrebbe dedurre che anche i crediti sono oggetto della divisione negoziale o giudiziale tra i coeredi.

Sempre secondo la Corte, inoltre, non rappresenterebbero un argomento favorevole alla tesi tradizionale dell'automatica divisione del credito ereditario – come invece normalmente si sostiene – le disposizioni degli artt. 1295 e 1314 c.c.: le norme contenute in questi articoli, infatti, sono, a giudizio della Corte, delle disposizioni del tutto estranee alla problematica relativa all'inclusione o meno dei crediti nella comunione ereditaria e come tali non probanti.

La Corte, infine, ricorda come nel vigente art. 74 c.p.p., a differenza dell'art. 22 dell'abrogato c.p.p., è stato eliminato il riferimento alla quota ereditaria quale limite posto al successore universale del danneggiato ai fini dell'esercizio nel processo penale dell'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'art. 185 c.p. contro l'imputato e contro il responsabile civile.

La Corte, peraltro, sempre nella motivazione in oggetto non si è tuttavia limitata ad esplicitare, seppure sinteticamente, le ragioni poste a fondamento della sua presa di posizione, ma si è altresì preoccupata di confutare l'antica argomentazione utilizzata per negare l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, sia della comunione sul credito in generale sia della inclusione dei crediti nella comunione ereditaria in particolare.

L'argomentazione che è stata oggetto di confutazione da parte della Corte può essere così schematicamente riassunta: la caratteristica peculiare della comunione è l'espansione per accrescimento delle quote dei contitolari del diritto in seguito alla rinuncia di uno dei partecipi alla propria quota; la rinuncia di uno dei creditori in solido determina, invece, ai sensi dell'art. 1301 c.c. la liberazione del debitore verso gli altri creditori nei limiti della quota spettante al rinunziante, quota che pertanto non si accresce agli altri creditori; *ergo* – completando il sillogismo – si conclude che il credito non può quindi mai essere oggetto di comunione.

Se questa è la tradizionale argomentazione⁽³¹⁾ utilizzata per negare l'ammissibilità nel nostro ordinamento della comunione sul credito, vediamo ora

⁽³¹⁾ Cfr. A. CICU, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 366 ss.

quale è stata appunto la critica ad essa rivolta dalla Corte nella pronuncia di cui sopra.

Precisamente la Corte ha contestato che la rinuncia di uno dei coeredi alla propria quota di credito possa provocare l'immediata liberazione del debitore ai sensi e nei limiti di cui all'art. 1301 c.c., dal momento che, secondo la Corte, tale atto dispositivo compiuto dal coerede non avrebbe efficacia immediata – come avviene invece nella fattispecie di cui all'art. 1301 c.c. – dovendo invece l'efficacia di tale atto ritenersi *sospensivamente condizionata* all'attribuzione dell'intero credito o di una porzione di esso al medesimo coerede rinunciato⁽³²⁾.

La Corte, in quell'occasione, ha tuttavia tralasciato di affrontare un aspetto importante sia in termini di ricostruzione sistematica sia in termini di conseguente disciplina applicabile: i giudici, infatti, dopo aver affermato, sulla base delle argomentazioni sopra richiamate, il principio per cui non era vero che il credito divisibile si dovesse intendere diviso *ipso iure* al momento dell'apertura della successione, null'altro hanno detto in ordine alla situazione in cui sarebbe venuto a trovarsi un tale credito indiviso; la Corte si è limitata semplicemente ad affermare che, posto che i crediti ereditari sono oggetto di comunione, gli eredi devono procedere alla divisione dell'asse per poter esigere individualmente la parte del credito spettante a ciascuno di loro.

Quali conseguenze comportasse, cioè, in termini di disciplina applicabile, l'affermazione secondo la quale il credito del *de cuius* non si dividerebbe, *ipso iure*, tra i suoi eredi, è rimasta una questione del tutto trascurata dai giudici di legittimità.

Ci si deve, in particolare, chiedere se una affermazione di tal genere circa la inclusione dei crediti divisibili nella comunione ereditaria – conduca ad ammettere la figura del concredito, cioè la tanto contestata comunione per quote di appartenenza individuale sul *singolo* credito, oppure a ritenere piuttosto che il credito appartiene non già in comunione agli eredi individual-

⁽³²⁾ Si tratta della medesima argomentazione utilizzata da F. D. BUSNELLI, *Comunione ereditaria (diritto civile)*, cit., p. 280, per replicare alla nota tesi di Cicu sopra ricordata.

mente considerati, bensì agli eredi quali contitolari dell'intero patrimonio ereditario, concependo però allora l'aspetto soggettivo della coeredità come qualcosa di qualitativamente diverso da una semplice comunione atomistica sui singoli diritti (reali ed assimilati), per riportare invece tale aspetto a una nozione di contitolarità *lato sensu* solidale dell'intero patrimonio, comprensivo non solo di beni o meglio di diritti assoluti, ma anche di rapporti giuridici in generale ed in particolare anche dei crediti.

Successivamente alla sentenza del '92, la Corte con la pronuncia n. 4501 del 1999 è ritornata al principio opposto a quello della inclusione dei crediti nella comunione ereditaria, venendo così a ribadire la regola tradizionale secondo la quale i *nomina hereditaria ipso iure dividuntur*.

La massima della sentenza n. 4501/99 recita⁽³³⁾: «Alle prestazioni assistenziali e previdenziali si applicano le regole generali vigenti in materia successoria sicché dopo la morte dell'assicurato la prestazione può essere rivendicata da ciascun coerede, in tale qualità, nei limiti della propria quota ereditaria e non per l'intero».

Nella fattispecie posta all'attenzione della Corte, uno dei coeredi aveva chiesto ed ottenuto in primo grado, con pronuncia successivamente confermata in appello, la condanna del Ministero dell'Interno al pagamento

⁽³³⁾ Si tratta di Cass., 5 maggio 1999, n. 4501, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 1017. Sempre in materia di prestazioni previdenziali e assistenziali, la sezione lavoro della Cassazione con la pronuncia n. 12128/2002 ha, anche più recentemente riaffermato il diritto di ogni singolo coerede ad ottenere la prestazione nei limiti della propria quota ereditaria con conseguente insussistenza di un litisconsorzio necessario tra gli eredi, motivando tali affermazioni sulla base del richiamo ai «principi generali vigenti in materia successoria». Il punto è però che tali principi, peraltro non scritti dal legislatore, non vengono affatto ricostruiti ma solo supposti e supposti nel senso dell'accoglimento del brocardo *nomina hereditaria ipso iure dividuntur*, brocardo che con ampiezza di argomentazioni era stato rifiutato prima da Cass. 11128/1992, indi dalle successive Cass. 640/2000, Cass. 19062/2006, Cass., Sez. un. 24657/2007, Cass. 995/2012 le quali ultime due pronunce si distinguono anche per il fatto che, nei giudizi diretti all'accertamento dei crediti ereditari ed al loro soddisfacimento, non ritengono gli eredi litisconsorti necessari: ciò in applicazione del principio generale, secondo cui ciascun soggetto partecipante alla comunione può esercitare singolarmente le azioni a vantaggio della cosa comune. Recentemente, hanno riaffermato la caduta in comunione ereditaria dei crediti divisibili anche Cass. 9158/2013 e Cass. 15894/2014, pronunce tutte richiamate nel testo.

dell'intero debito per l'indennità di accompagnamento spettante alla defunta genitrice.

La Cassazione, accogliendo il ricorso proposto dal Ministero dell'Interno, afferma quanto segue: «Non essendo contestata in causa la qualità di coerede e non trattandosi nella specie di una situazione di credito solidale, escludendone la valenza l'art. 566 c.c., che sancisce il principio della successione in parti eguali dei figli ai genitori, ne consegue, come mette in rilievo l'Avvocatura che l'odierno intimato non poteva agire per l'intero, non essendo egli investito di un titolo idoneo per esercitare anche il diritto del fratello, ma solo *pro quota*. La condanna del Ministero pertanto deve essere limitata alla quota ereditaria afferente l'odierno intimato».

Come è evidente, tale pronuncia pur senza esplicitarlo, presuppone operante nel nostro ordinamento il principio della divisione automatica dei crediti ereditari divisibili in proporzione alle quote ereditarie e di conseguenza decide il caso proposto.

Il richiamo all'art. 566 c.c. relativo all'uguaglianza delle quote ereditarie risulta peraltro inconferente al fine di limitare la legittimazione ad esigere del coerede ad una sola parte del debito ereditario corrispondente alla quota di pertinenza del coerede istante: infatti la spettanza di una quota dell'eredità non equivale necessariamente ad un diritto attuale dell'erede su di una parte divisa di ciascun bene e diritto ereditario divisibile, come appunto nella specie era il credito, trattandosi di credito pecuniario: ciò è appunto il *thema decidendum*.

La Corte, dunque, se voleva ribadire quanto da lei stessa negato pochi anni or sono e cioè che i crediti ereditari divisibili si dividono *ipso iure* poteva forse anche tentare di farlo, ma non certo sulla base dell'art. 566 c.c., in quanto trattasi di articolo del tutto estraneo alla risoluzione della problematica in esame.

Inoltre, non è vera neppure l'affermazione fatta dalla Corte secondo la quale sarebbe proprio l'art. 566 c.c. ad escludere la solidarietà attiva tra coeredi, dipendendo invece l'esistenza o meno di quest'ultima dalla forma di contitolarità che si ritiene esistente sul credito ereditario in caso di pluralità di eredi.

La scarsità di argomenti della sentenza testé criticata e soprattutto l'assenza di riferimenti normativi convincenti e adeguati sembrano delle sufficienti ragioni per negare importanza a tale ultima pronuncia della Cassazione in punto di crediti ereditari e pluralità di eredi; anche per queste ragioni pare difficile vedere in una pronuncia di tal genere un vero e proprio consapevole *revirement* della Cassazione in punto di crediti ereditari e pluralità di eredi rispetto alla decisamente più articolata e meglio motivata sentenza n. 11128/92 di cui si è detto in precedenza.

A conferma di ciò va segnalata una successiva sentenza, precisamente la n. 640/2000 in cui la Cassazione è tornata a pronunciarsi sulla medesima questione ribadendo il principio della non automatica divisione dei crediti ereditari (divisibili) del *de cuius* e dunque la loro inclusione nella comunione ereditaria.

Anche in tale occasione la Corte ha basato le proprie affermazioni sulle norme contenute negli artt. 727, 757 e 760 c.c. avendo peraltro cura di esplicitare quello che, a suo avviso, è l'interesse tutelato dal principio della non automatica divisione dei crediti tra gli eredi: si tratterebbe cioè dell'«esigenza di conservare l'integrità della massa e di evitare qualsiasi iniziativa individuale idonea a compromettere l'esito della divisione stessa». In tale pronuncia la Corte, dal mantenimento della comunione ereditaria anche sui crediti, giungeva ad una ulteriore affermazione, peraltro non necessitata: ci riferiamo all'affermazione secondo la quale i coeredi «assumono la veste di litisconsorzi necessari nei giudizi diretti all'accertamento dei crediti ereditari ed al loro soddisfacimento».

A testimonianza del fatto che la questione non è irrilevante, non si può non citare il successivo intervento, a Sezioni unite della Cassazione⁽³⁴⁾, dove

⁽³⁴⁾ Cass., Sez. un., 28 novembre 2007, n. 24657, in *Fam. pers. e succ.*, 2008, p. 33, con ampia nota critica di N. DI MAURO, *Crediti del de cuius e pluralità di eredi*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 1770, con ampia nota di M. PILLONI, *Accertamento di credito ereditario e litisconsorzio «non» necessario*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1916, con nota di A. BERTOTTO, *Comunione ereditaria del credito ed esercizio della facoltà di pretesa*, in *Riv. not.*, 2008, p. 944, con nota di E. TIMPANO, *La comunione ereditaria si apre ai crediti: le sezioni unite sanciscono il superamento del principio nomina ipso iure dividuntur*.

la Corte si spinge anche oltre affermando quanto segue: «I crediti del *de cuius*, a differenza dei debiti, non si ripartiscono tra i coeredi in modo automatico in ragione delle rispettive quote, ma entrano a far parte della comunione ereditaria, essendo la regola della ripartizione automatica dell'art. 752 c.c. prevista solo per i debiti, mentre la diversa disciplina per i crediti risulta dal precedente art. 727, il quale, stabilendo che le porzioni debbano essere formate comprendendo anche i crediti, presuppone che gli stessi facciano parte della comunione, nonché dal successivo art. 757, il quale, prevedendo che il coerede al quale siano stati assegnati tutti o l'unico credito succede nel credito al momento dell'apertura della successione, rivela che i crediti ricadono nella comunione, ed è, inoltre, confermata dall'art. 760, che escludendo la garanzia per insolvenza del debitore di un credito assegnato a un coerede, necessariamente presuppone che i crediti siano inclusi nella comunione; né, in contrario, può argomentarsi dagli art. 1295 e 1314 stesso codice, concernendo il primo la diversa ipotesi del credito solidale tra il *de cuius* ed altri soggetti e il secondo la divisibilità del credito in generale; conseguentemente, ciascuno dei partecipanti alla comunione ereditaria può agire singolarmente per far valere l'intero credito comune, o la sola parte proporzionale alla quota ereditaria, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti gli altri coeredi, ferma la possibilità che il convenuto debitore chieda l'intervento di questi ultimi in presenza dell'interesse all'accertamento nei confronti di tutti della sussistenza o meno del credito».

Nel 2007 le Sezioni unite della Cassazione si collocano sulla linea tracciata dalla sopra citata Cass. 11128/1992 e dalla successiva Cass. 640/2000 circa l'inclusione dei crediti, anche divisibili, nella comunione ereditaria, con una importante differenziazione, però, da un punto di vista processualistico e di tutela, anche giudiziale, del credito: le sezioni unite ritengono, infatti, che l'affermato regime di comunione cui sono soggetti i crediti ereditari non comporti altresì la necessaria partecipazione di tutti i coeredi all'azione promossa contro il debitore del *de cuius*⁽³⁵⁾, dovendosi

⁽³⁵⁾ Diversamente invece Cass. 11128/1992 la quale pur partendo dal medesimo assunto della inclusione dei crediti nella comunione ereditaria aveva rigettato la domanda di un coerede che chiedeva il pagamento della propria quota di credito ereditario. Anche

fare applicazione, anche in tal caso, del principio generale, affermato dalla costante giurisprudenza della Corte⁽³⁶⁾, secondo il quale ciascun partecipante alla comunione può esercitare singolarmente le azioni a vantaggio della cosa comune senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti gli altri partecipanti, perché il diritto di ciascuno di essi investe la cosa comune nella sua interezza.

Non è questo invero il luogo per affrontare il problema della disciplina del credito ereditario indiviso quantunque divisibile, problema peraltro di cui si è dato conto in un precedente lavoro cui ci permettiamo di rinviare⁽³⁷⁾.

Al riguardo, è tuttavia interessante notare come, anche recentemente, sempre nella giurisprudenza di legittimità, sia stato ribadito che, ove il titolo esecutivo giudiziale si sia formato a favore di tutti i coeredi senza limitazione di quote, ciascuno di questi ultimi può agire per il pagamento dell'intero

Cass. 640/2000 e Cass. 19062/2006 che pure avevano affermato che il mantenimento della comunione ereditaria dei crediti fino alla divisione soddisfa l'esigenza di conservare l'integrità della massa e di evitare qualsiasi iniziativa individuale idonea a compromettere l'esito della divisione stessa, hanno affermato che i coeredi assumono la veste di litisconsorti necessari nei giudizi diretti all'accertamento dei crediti ereditari e al loro soddisfacimento.

⁽³⁶⁾ Recentemente in tal senso si veda Cass., 6 ottobre 2005, n. 19460, secondo la quale «Il diritto di ciascun condomino ha per oggetto la cosa comune intesa nella sua interezza, pur se entro i limiti dei concorrenti diritti altrui, con la conseguenza che egli può legittimamente proporre le azioni reali a difesa della proprietà comune senza che si renda necessaria la integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri condomini (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto non doversi procedere all'integrazione del contraddittorio, avendo alcuni dei condomini agito nei confronti di altri per far accertare la proprietà condominiale del sottotetto sovrastante gli appartamenti siti all'ultimo piano dello stabile, illegittimamente occupato dai proprietari di questi, che assumevano di averne la proprietà esclusiva)».

⁽³⁷⁾ V. L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 287 ss. ove, con riguardo alla disciplina del credito ereditario nella fase anteriore alla divisione ereditaria, si distingue tra legittimazione a disporre, legittimazione ad esigere e legittimazione a ricevere; con riguardo al primo degli aspetti sopra indicati si è affermato il principio dell'unanimità dei consensi, mentre con riguardo all'esercizio della facoltà di pretesa si è aderito alla tesi, peraltro in certo qual modo avallata dalla successiva pronuncia della Cassazione a Sezioni unite citata nel testo, della esigibilità dell'intera prestazione divisibile da parte di ciascuno dei coeredi a profitto del patrimonio ereditario comune.

credito ereditario, essendo la regola della ripartizione automatica di cui all'art. 752 c.c. applicabile ai soli debiti⁽³⁸⁾.

Nella stesso filone si colloca anche la successiva pronuncia del 2014, in cui la Cassazione ribadisce che «i crediti del *de cuius*, a differenza dei debiti, non si ripartiscono tra i coeredi in modo automatico in ragione delle rispettive quote, ma entrano a far parte della comunione ereditaria in conformità all'art. 727 c.c., che, nel prevedere la formazione delle porzioni con inclusione dei crediti, presuppone che gli stessi facciano parte della comunione, nonché al successivo art. 757 c.c., in forza del quale i crediti ricadono nella comunione poiché il coerede vi succede al momento dell'apertura della successione, trovando tale soluzione conferma nell'art. 760 c.c., che, escludendo la garanzia per insolvenza del debitore di un credito assegnato a un coerede, presuppone necessariamente l'inclusione dei crediti nella comunione; né, in contrario, può argomentarsi dagli artt. 1295 e 1314 stesso codice, concernendo il primo la diversa ipotesi del credito solidale tra il *de cuius* ed altri soggetti e il secondo la divisibilità del credito in generale; ne deriva che ciascuno dei partecipanti alla comunione ereditaria può agire singolarmente per far valere l'intero credito comune, o la sola parte proporzionale alla quota ereditaria, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti gli altri coeredi, ferma la possibilità che il convenuto debitore chieda l'intervento di questi ultimi in presenza dell'interesse all'accertamento nei confronti di tutti della sussistenza o meno del credito»⁽³⁹⁾. Recentemente, nel senso dell'appartenenza di detti crediti alla comunione ereditaria, v. anche

⁽³⁸⁾ Così Cass., 16 aprile 2013, n. 9158, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 857 s., con nota di A. ARCERI, *La limitazione di responsabilità dell'erede accettante con beneficio di inventario tra eccezione in senso lato ed eccezione in senso stretto*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 948 s., con nota di D. FREUDA, *Le conseguenze della caduta in comunione dei crediti ereditari*, ove sono esaminate le conseguenze della caduta in comunione dei crediti ereditari, partendo però dall'assunto, *non condiviso nel presente articolo*, che ravvisa nella comunione ereditaria una comunione c.d. "quotaria". Diversamente, per una ricostruzione della disciplina applicabile al credito ereditario indiviso, *manente comunione*, che sia coerente con una ricostruzione della comunione ereditaria quale *comunione con struttura c.d. a mani riunite* ci sia consentito il rinvio a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur*, cit., p. 287 ss.

⁽³⁹⁾ Così Cass. 15894/2014.

ABF Milano 2015 n. 3149 con la conseguenza che la liquidazione delle somme e/o dei titoli depositati sul conto corrente e/o nel deposito titoli del *de cuius* potrà essere effettuata dall'intermediario solamente sulla base di disposizioni congiuntamente impartite da tutti gli eredi, non potendo il singolo coerede compiere atti individuali dispositivi dei predetti crediti, neppure nei limiti della astratta quota ereditaria a quest'ultimo spettante.

Alla luce di quanto sopra esposto, emerge come sia un dato ormai acquisito – quanto meno nella giurisprudenza di legittimità e non solo – quello circa la pacifica affermazione, da un lato, della inclusione nella comunione ereditaria dei crediti divisibili e, dall'altro, la conseguente negazione, in capo al singolo coerede, durante lo stato di indivisione, di una legittimazione individuale a disporre, anche solo *pro quota*, del credito ereditario come meglio si vedrà nel paragrafo che segue.

4. — *Diritti reali, comunione ereditaria e legittimazione a disporre del singolo coerede.*

Nelle considerazioni fin qui svolte, è stato delineato il percorso storico e argomentativo fatto dalla giurisprudenza, in particolare di legittimità, con riguardo alla sorte di quelle entità incorporali che sono i crediti, i *nomina* appunto, in caso di successione nella titolarità degli stessi a favore di una pluralità di eredi.

Nelle considerazioni che seguono, invece, ci si può e ci si deve chiedere quale è la sorte delle posizioni giuridiche reali in caso di trasmissione *iure hereditario* ad una pluralità di beneficiari, viste appunto, in particolare, sotto l'angolo prospettico della legittimazione a disporre da parte del singolo coerede.

Come si è già sottolineato, la situazione di coeredità, nel vigente codice civile, come peraltro accadeva anche nel codice del 1865⁽⁴⁰⁾, è vista infatti quale situazione transeunte, come ribadito anche dall'art. 713 c.c., in quanto situazione destinata non solo a cessare, ma addirittura tendenzialmente ed apparentemente a sparire senza lasciare traccia nell'ordinamento stante

⁽⁴⁰⁾ Sulla disciplina delle situazioni di coeredità nel codice civile italiano del 1865 sia consentito il rinvio a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 77 ss.

L'effetto retroattivo della divisione ereditaria, effetto disposto dall'art. 757 c.c.: il legislatore ha scelto, cioè, di disciplinare la fase della divisione ereditaria, anziché quella della comunione ereditaria, tradendo così il suo disfavore per le situazioni di contitolarità.

L'effetto retroattivo della divisione, sia essa giudiziale che negoziale, se può spiegare la ragione per cui il legislatore ha creduto di non dover dettare una disciplina *ad hoc* per la situazione di coeredità⁽⁴¹⁾, non toglie però all'interprete il difficile compito di ricostruire la disciplina applicabile nella fase che va dall'accettazione dell'eredità fino alla divisione ereditaria, fase che può durare anche parecchi anni come si ricava dall'art. 713 c.c.

L'aver attribuito effetto retroattivo alla divisione ereditaria, infatti, per i limiti stessi delle potenzialità insite nel meccanismo giuridico della retroattività, non ha raggiunto completamente lo scopo perseguito dal legislatore, scopo consistente, appunto, nel voler neutralizzare il tempo intercorrente tra il momento dell'apertura della successione e quello della divisione ereditaria al fine di eliminare in radice ogni problema circa la sorte, anche rispetto ai terzi, degli atti di disposizione e di amministrazione compiuti in tale intervallo temporale da parte di uno dei coeredi che poi non fosse risultato assegnatario del bene o del diritto in sede divisoria.

Significativo, a tal fine, può essere infatti il confronto con la disciplina che il legislatore ha disposto con riguardo alla condizione volontaria cui pure sono attribuiti effetti retroattivi: nonostante tale efficacia retroattiva il legislatore ha ritenuto, infatti, comunque necessario introdurre le norme contenute negli artt. 1356, 1357 e 1358 c.c. in ordine alla sorte degli atti di disposizione e di amministrazione del diritto acquistato od alienato in pendenza della condizione, con ciò implicitamente ribadendo che la retroattività non

⁽⁴¹⁾ Storicamente, oltre che per ragioni fiscali, la norma che dispone l'effetto retroattivo della divisione è stata introdotta anche allo scopo di rendere inefficaci gli atti di disposizione, ed in particolar modo gli atti di concessione di ipoteche, compiuti *medio tempore* su di un bene della comunione ereditaria da parte di un coerede che non fosse poi risultato assegnatario di quel bene in sede di divisione: in sostanza la norma sull'effetto retroattivo della divisione ereditaria voleva rappresentare la soluzione agli inconvenienti che derivavano dall'assenza di una regolamentazione del fenomeno della coeredità. Sulla storia della divisione ereditaria si veda P. GROSSI, *Divisione (dir. intermedio)*, cit., p. 415 ss.

elimina i problemi connessi alla disciplina degli atti compiuti *medio tempore*.

Si capisce, quindi, perché la dottrina tradizionale non parli di coeredità, bensì di comunione ereditaria, concependo quest'ultima come una *species* del *genus* comunione su singoli diritti reali di cui agli artt. 1100 ss., specie che si caratterizzerebbe soprattutto per la fonte e cioè per la corrispondente natura incidentale e non volontaria⁽⁴²⁾.

Ma l'insufficienza e l'incompletezza di tale tesi – che potremmo definire “atomisitica” – appare subito solo a considerare che oggetto di successione *mortis causa* non sono solo i diritti di credito, i debiti ed i diritti reali, ma anche altre situazioni giuridiche sia attive come ad es. quelle rappresentate da diritti potestativi, basti pensare alle impugnative contrattuali (si pensi ad es. al diritto di chiedere l'annullamento o la risoluzione del contratto già spettanti al *de cuius* relativamente ad un contratto trasmissibile *mortis causa*), al potere di ratifica *ex art.* 1399 c.c., al potere di nomina *ex art.* 1401 c.c., sia passive come ad es. la soggezione ad una opzione concessa dal *de cuius* relativamente alla conclusione di un contratto trasmissibile *mortis causa*.

È abbastanza difficile pensare che i poteri testé elencati che si trasmettono agli eredi possano essere esercitati individualmente *pro quota*, non solo per il notevole pregiudizio che potrebbe derivarne ai terzi, ma soprattutto per l'unitarietà della posizione contrattuale trasmessa dal *de cuius*: è chiaro che dovrà esservi una considerazione ed un esercizio unitario degli stessi, perlomeno fino al momento della divisione ereditaria⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Nega che la comunione ereditaria sia una sottospecie della comunione ordinaria F.D. BUSNELLI, *Comunione ereditaria (diritto civile)*, cit., p. 278 ss. il quale parla anzi di *autonomia dogmatica della comunione ereditaria*, e tra gli elementi in cui tale autonomia si rivela vi sarebbe appunto anche l'oggetto della stessa. Sulla natura *sui generis* della comunione ereditaria, date le sue peculiarità, cfr. P. SCHLESINGER, A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 333: la comunione ereditaria, infatti, secondo il testo citato, non potrebbe essere inclusa né tra le comunioni incidentali – come invece fa la prevalente dottrina – perché il suo formarsi presuppone un atto volontario quale è l'accettazione dell'eredità, né tra quelle volontarie perché essa comunque presuppone un fatto estraneo alla volontà degli eredi e che è la chiamata ereditaria. Si vedano altresì gli altri Autori citati alla precedente nt. 10 del presente lavoro.

⁽⁴³⁾ Scarsa sembra essere l'attenzione della dottrina alla disciplina dei diritti potestativi appartenenti alla comunione ereditaria. Per la particolare ipotesi dei diritti potestativi consistenti in impugnative contrattuali si veda la monografia di G. IUDICA, *Impugnative contrattuali*

In tale contesto, di quasi assente regolazione della comunione ereditaria, fa eccezione una norma specificamente dettata per disciplinare la fase temporanea e transeunte che va dalla accettazione dell'eredità alla divisione ereditaria: si tratta dell'art. 732 c.c.

Tale articolo, attribuendo ai coeredi un diritto di prelazione legale nelle ipotesi di alienazione della quota di eredità, conferma che l'oggetto del diritto del coerede è certamente una quota ideale sull'intero patrimonio ereditario, considerato però nel suo complesso⁽⁴⁴⁾.

e pluralità di interessati, cit., p. 191 ss., ove vi è un intero capitolo dedicato al problema della regolamentazione delle impugnative nelle situazioni di comunione ereditaria. Per un accenno al problema della regolamentazione dei diritti potestativi oggetto di comunione ereditaria, con riguardo tuttavia, alle sole ipotesi già specificatamente disciplinate dal legislatore agli artt. 479, 1507 e 1509 c.c., cfr. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 22 ss. e ID., *Comunione e divisione ereditaria*, cit., p. 3 ss., il quale sottolinea la riconosciuta legittimazione individuale del coerede all'esercizio del diritto in questione. Sui diritti potestativi in generale cfr. G. MESSINA, *Diritti potestativi (dir.civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1968, p. 737 ss.: in particolare tale A. osserva che, nell'ipotesi in cui i diritti potestativi spettino a più soggetti o contro più soggetti, si determina una situazione di litisconsorzio necessario, perché l'effetto costitutivo della sentenza non può che intendersi prodotto verso tutti, dato l'effetto concettualmente unitario della statuizione. Sempre sui diritti potestativi cfr. S. PULEO, *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, Milano, 1959, p. 5 ss., dove peraltro i problemi originati dal fenomeno della contitolarietà – anche *mortis causa* – di tale categoria di diritti non viene affrontato.

⁽⁴⁴⁾ Sul diritto di prelazione del coerede cfr. P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 163 ss., il quale precisa che la norma si applica nei soli casi di alienazione della quota o di parte della quota, intesa come «frazione astratta dell'intero asse». La norma in oggetto non rileva invece nei casi di «alienazione concreta di un determinato bene comune ereditario» e ciò perché l'efficacia di un'alienazione di quest'ultimo tipo è comunque subordinata alla condizione che il bene sia assegnato al dividendo in sede di divisione e pertanto si tratterebbe di alienazione che non interferirebbe con la funzione della prelazione legale di cui all'art. 732 c.c., funzione che consisterebbe secondo alcuni nella volontà di favorire la concentrazione della comunione nelle mani dei coeredi, secondo altri nella volontà di evitare l'ingresso nella comunione di estranei. Sui presupposti di applicazione della prelazione legale del coerede cfr. anche N. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, in *Successioni e donazioni*, II, cit., p. 55 ss.; G. AZZARITI, *Il diritto di prelazione di cui all'art. 732 c.c.*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 271 ss.; ID., *Il diritto di prelazione*, in *Tratt. Rescigno, Successioni*, cit., p. 411 ss.; U.M. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 430 ss. (riprodotta in *Riv. not.*, 1967, p. 306 ss.). Recentemente sull'ammissibilità della c.d. rinuncia preventiva alla prelazione v. Cass., 4 agosto 2016, n. 16314. Sulla distinzione tra la quota sull'intero patrimonio e la quota sul singolo bene v. Cass., 3 maggio 2016, n. 8692.

La questione non direttamente risolta dal legislatore e perciò da porsi riguarda, invece, il distinto ed ulteriore problema se oltre al diritto sulla quota del tutto, il coerede abbia anche un diritto attuale e disponibile – beninteso sempre nei limiti della corrispondente quota di eredità – sui singoli elementi che compongono il tutto.

Si tratta in realtà di un problema, che più o meno consapevolmente, è stato anche implicitamente affrontato dalla dottrina sotto lo specifico problema dell'ammissibilità di una alienazione con immediata efficacia traslativa *pro quota* del diritto di proprietà sui singoli beni facenti parte del compendio ereditario.

Che ogni singolo coerede possa, infatti, vendere anche l'intero bene ereditario sotto la condizione sospensiva che il medesimo gli sia attribuito in sede di divisione ereditaria è pacificamente ammesso: diversa questione è, invece, quella relativa all'ammissibilità di una alienazione immediatamente traslativa, seppure *pro quota*, del diritto di proprietà su di un singolo bene dell'eredità.

E ciò sia con riguardo alle alienazioni a titolo oneroso, per le quali valgono le considerazioni che seguono, sia con riguardo alle alienazioni a titolo gratuito-liberale in ordine alle quali la questione si interseca con la specifica e ulteriore problematica della ammissibilità, ed eventualmente in che termini nel nostro ordinamento, della donazione di cosa altrui; aspetto quest'ultimo, quella della donazione di quota sul singolo bene ereditario da parte del coerede che sarà oggetto di specifica considerazione nel paragrafo che segue.

Consideriamo ora gli atti traslativi a titolo oneroso.

I problemi derivano dal fatto che non vi è alcuna certezza *a priori* che, in sede di successiva divisione ereditaria, quel bene *pro quota* alienato da uno dei coeredi venga assegnato a quest'ultimo: ben potrebbe infatti accadere che tale bene sia invece attribuito – con efficacia retroattiva ai sensi dell'art. 757 c.c. – agli altri coeredi e allora si tratterà di vedere se e cosa spetti all'acquirente *pro quota* del medesimo bene.

In realtà una questione analoga si è posta non solo in ordine alla comunione ereditaria, ma anche in relazione alla comunione ordinaria c.d. di massa, ovvero avente ad oggetto una pluralità di beni, per chi ammette tale figura nel nostro ordinamento: su questo specifico problema avremo però

modo di ritornare nel penultimo paragrafo del presente lavoro al quale pertanto si rinvia.

Nello specifico ambito della comunione ereditaria, in ordine alla questione sopra evidenziata in punto di legittimazione a disporre *pro quota* di singoli beni da parte del coerede, è stato autorevolmente affermato – peraltro dalla stessa dottrina che, pure, in punto di crediti ereditari aderisce all'impostazione tradizionale secondo cui i *nomina ipso iure dividuntur*⁽⁴⁵⁾ – che benché non possa escludersi l'alienabilità da parte del singolo coerede della sua posizione giuridica sul singolo bene ereditario – con ciò dando già per presupposto che esista un diritto di proprietà per quote di appartenenza individuali su ogni singolo bene del compendio ereditario, presupposto che invece è appunto il *thema decidendum* –, ciononostante si conclude da parte di detta dottrina che, solamente una volta avvenuta la divisione ereditaria, il diritto del terzo acquirente *pro quota* del singolo bene ereditario potrà dirsi definitivamente consolidato e sempre che il bene oggetto di disposizione venga attribuito al coerede che lo aveva alienato, risultando altrimenti priva di effetto l'alienazione; nel periodo di tempo, dunque, che va dall'alienazione alla divisione ereditaria, il terzo acquirente *pro quota* dal singolo coerede acquisterebbe perciò solo il diritto, seppure garantito *erga omnes*, all'uso e al godimento del bene comune, nonché all'amministrazione del bene comune insieme agli altri coeredi, ma non un diritto definitivo di piena proprietà "quotaria".

Per quanto riguarda più specificatamente la giurisprudenza, perlomeno quella di legittimità, si è soliti leggere che l'efficacia reale di un atto di alienazione del genere sopra indicato – cioè limitato alla sola quota su di un singolo bene ereditario – sia da ritenersi comunque condizionato all'attribuzione

⁽⁴⁵⁾ Così A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 36 ss. *Contra* F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione su beni indivisi*, in *Riv. not.*, 1995, p. 105 ss., il quale, contrariamente alla tesi esposta nel testo, dopo aver distinto l'ipotesi dell'alienazione della quota sull'intera massa comune dall'alienazione della quota su singoli beni della massa comune – sia nel caso di comunione ordinaria che nel caso di comunione ereditaria – conclude nel senso che l'alienazione della quota su singoli beni della comunione (anche ereditaria) ha immediata efficacia traslativa.

del bene all'alienante in sede di divisione e ciò anche in mancanza di una espressa condizione in tal senso nell'atto di alienazione⁽⁴⁶⁾.

Il problema, come è stato efficacemente sintetizzato in dottrina⁽⁴⁷⁾, deriva dalla presenza, perlomeno in tema di comunione ereditaria, del combinato disposto degli artt. 726 e 727 c.c.: da tali articoli, infatti, si evince la necessità, salvo diversa concorde volontà di tutti i coeredi, che tutti i beni ereditari siano soggetti ad un'unica divisione ereditaria tra i coeredi stessi, divisione avente, per giunta, efficacia retroattiva *ex art. 757 c.c.*

Proprio questo carattere peculiare della divisione ereditaria fa sì che non si ritenga operante, nel nostro ordinamento, la soluzione accolta, invece, nel diritto romano, dove peraltro la divisione non aveva efficacia retroattiva: per il diritto romano, infatti, a seguito della alienazione da parte di uno dei coeredi della propria quota su di un singolo bene ereditario, l'intero bene cessava di far parte della comunione ereditaria per costituire oggetto di comunione a sé stante tra l'acquirente *pro quota* ed i restanti coeredi non alienanti; in conseguenza di ciò poiché le comunioni risultavano essere due, di cui una sola ereditaria, si sarebbe dovuto procedere a due divisioni⁽⁴⁸⁾.

Tale era la regola nel sistema romano, dove però ciascun coerede era considerato titolare di tante quote di appartenenza individuali quanti erano i beni del compendio ereditario, conformemente a quella che era la concezione c.d. atomistica di quest'ultimo⁽⁴⁹⁾.

Tale regola non si ritiene, invece, operante anche nel nostro ordinamento – perlomeno per la comunione ereditaria – proprio per il carattere non solo soggettivamente, ma anche oggettivamente universale della divisione ereditaria, carattere desumibile appunto dagli artt. 726 e 727 c.c.⁽⁵⁰⁾: una tale

⁽⁴⁶⁾ Si vedano Cass., 18 novembre 1975, n. 3871; Cass., 24 maggio 1979, n. 3001; Cass., 13 agosto 1980, n. 4925; Cass., 18 marzo 1981, n. 1609; Cass., 9 giugno 1987, n. 5042; e più recentemente Cass., 16 agosto 1990, n. 8315.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 42 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 739 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 32 ss. e p. 109 ss.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso espressamente A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 40 ss., anche

regola sarebbe, infatti, in contrasto con l'art. 727 che impone di formare le porzioni con tutti i beni comuni e di conseguenza non sarebbe legittimo formarne due a parte con il solo bene oggetto di alienazione *pro quota* da parte del singolo coerede; inoltre se è vero che l'acquirente *inter vivos* dal coerede, dato il carattere derivativo del suo acquisto, non può avere poteri maggiori di quelli del suo dante causa si deve concludere che dovrà anch'egli essere soggetto alle regole di cui agli artt. 726 e 727 c.c.; infine, è evidente che un tale atto di alienazione, ove ammesso, costringerebbe gli altri coeredi ad affrontare due divisioni, una avente ad oggetto la comunione su tutti i beni ereditari tranne quello alienato *pro quota* e l'altra avente appunto ad oggetto la comunione instauratasi, per effetto di tale alienazione, tra i coeredi non alienanti e l'acquirente *pro quota* del singolo bene.

Dovrebbe essere, dunque, chiaro che consentire a ciascun coerede di alienare seppure *pro quota* ogni singolo bene dell'eredità con immediata efficacia traslativa relativamente alla titolarità del bene, così come sembrerebbe consentito se fosse applicabile anche in tal caso l'art. 1103 c.c., articolo dettato peraltro per la comunione ordinaria, equivarrebbe a rendere operante anche nel nostro ordinamento la regola romana che abbiamo visto, invece, essere in contrasto con le norme positive sulla divisione ereditaria dettate dal nostro legislatore: è evidente, infatti, che in tal modo i beni ereditari oggetto di tale alienazione verrebbero ad essere estromessi dalla comunione ereditaria, creandosi su di essi per effetto di una

se ciononostante tale A. ammette comunque l'esistenza di una legittimazione individuale del coerede a disporre *pro quota* del singolo bene ereditario *manente comunione*: tale atto di alienazione presenterebbe però efficacia immediata e definitiva solo con riferimento alle facoltà di uso, godimento e di amministrazione del bene, ma non anche della titolarità dello stesso. Su tale particolare posizione che a parole sostiene una tesi, ma nella sostanza viene a negare l'immediata efficacia traslativa dell'alienazione da parte del singolo coerede della sua posizione giuridica cioè della sua quota (che assiomatichamente si presume esistente) su di uno dei singoli beni dell'eredità si veda *supra* nel testo. Nega ingresso nel nostro ordinamento alla regola propria del diritto romano con riferimento anche alla comunione ordinaria G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., p. 131 ss. *Contra*, con riferimento sempre alla comunione in generale A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 293 ss.

tale alienazione tante diverse comunioni, non ereditarie, rispettivamente tra i vari acquirenti *pro quota* ed i restanti coeredi diversi dall'alienante⁽⁵¹⁾.

La vendita *pro quota* (con immediata efficacia traslativa) dei singoli beni dell'eredità da parte dei coeredi, se ammissibile, si presterebbe perciò ad operazioni volte a svuotare il patrimonio ereditario a tutto danno e senza garanzia per i creditori del medesimo: sarebbe infatti in tal modo facilmente e quel che è peggio, legalmente, pregiudicato per non dire vanificato il diritto dei creditori ereditari, anche chirografari, ad opporsi alla divisione anche ereditaria ai sensi dell'art. 1113 c.c.

Sulla base delle medesime argomentazioni e con l'aggiunta della ulteriore considerazione per cui al creditore di un soggetto non possono essere accordati poteri maggiori di quelli che sono riconosciuti al suo debitore, parte della dottrina arriva pertanto non solo a negare al coerede la legittimazione a disporre – con immediata efficacia traslativa – *pro quota* della titolarità di *singoli beni* dell'eredità, ma a negare altresì anche al *creditore personale* dello stesso la possibilità di espropriare *singoli beni* ereditari seppure nei limiti della quota spettante sull'intero patrimonio ereditario al proprio debitore⁽⁵²⁾.

Si tratta di una posizione dottrinale che è, invero, avallata dalla giurisprudenza di legittimità nella misura in cui quest'ultima afferma – e lo fa reiteratamente – che, stante l'efficacia retroattiva della divisione ereditaria disposta dall'art. 757 c.c., l'efficacia traslativa dell'alienazione, anche *pro quota*, che un coerede compia di un determinato bene non è immediata, ma è subordinata al fatto che il bene gli sia poi assegnato in sede di divisione,

⁽⁵¹⁾ Sul carattere anche *oggettivamente universale della divisione ereditaria*, carattere derogabile nella *sola divisione contrattuale* in virtù del consenso *unanime* di tutti i coeredi, cfr. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., pp. 40 ss., 107 ss. e 120 ss.; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, cit., p. 8 ss.; P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 21 ss.; G. DE CESARE, T. GAETA, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Successioni e donazioni*, cit., p. 21 ss.: la *ratio* di questo carattere viene ravvisato nella esigenza che la divisione ereditaria ponga fine ad *ogni* rapporto ereditario tra i coeredi. In giurisprudenza in senso conforme v., recentemente, Cass. n. 6931/2016.

⁽⁵²⁾ Su questo specifico aspetto della questione ci sia consentito il rinvio a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 351 ss.

per cui fino a tale assegnazione il bene continua a far parte della massa comune⁽⁵³⁾.

Sul medesimo presupposto dell'inesistenza nel patrimonio personale del coerede – prima della divisione – di una titolarità *pro quota* sui singoli beni della massa ereditaria comune, si colloca, invero, anche la pronuncia di cui alla Cass., Sez. un., n. 5068/2016, sia pure con conseguenze peculiari riconnesse all'atto dispositivo, dal momento che quest'ultimo, in tale ultima fattispecie posta al vaglio della Cassazione, non è a titolo oneroso, ma gratuito e quindi la questione, diciamo così, si complica intersecandosi con il distinto e ulteriore problema della validità della donazione di cosa altrui o parzialmente altrui.

Le problematiche sopra indicate, circa la sorte e gli effetti degli atti dispositivi compiuti individualmente e isolatamente dal singolo coerede ed aventi ad oggetto la quota sui singoli beni ricompresi in una massa ereditaria si sono poste perché il codice italiano non contiene una norma di contenuto analogo a quella di cui al § 2033 del BGB: tale ultima norma, infatti, espressamente afferma che mentre della quota a lui spettante sull'eredità il coerede può disporre individualmente, al medesimo non è invece

⁽⁵³⁾ In tal senso, *ex multis*, v. Cass. 9801/2013, in *Notariato*, 2013, p. 631 ss. con ampia nota di B. LA CAVA, *Vendita di quota sociale caduta in successione mortis causa, da parte di taluni coeredi, ante esito divisionale*; Cass. 737/2012, in *Giur. it.*, 2012, I, p. 2534 ss., con nota di M. BELLANTE, *Retrato successorio e alienazione di quota di singoli beni ereditari* e con nota di M. CIARLEGIO, G. DI BENEDETTO, *L'alienazione della «quotina» e il diritto di prelazione*, in *Vita not.*, 2012, p. 657 s.; v. anche Cass. 26051/2014, Cass. 8259/1993, Cass. 4105/1981 e Cass. 9543/2002 (in particolare, in tale ultima sentenza viene precisato che solo nel caso in cui il bene di cui sia stata compravenduta una quota costituisca l'intera massa ereditaria, l'effetto traslativo dell'alienazione non resta subordinato all'assegnazione in sede di divisione della quota del bene al coerede-venditore, essendo quest'ultimo in tale ipotesi proprietario esclusivo della quota ideale di comproprietà e potendo di questa liberamente disporre, facendo così subentrare l'acquirente nella comproprietà del bene comune). Su tale specifica questione, in ambito ereditario, ci sia consentito il rinvio a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 146 ss. Con riguardo, invece, alla distinta questione, attinente a comunioni di fonte non ereditaria, circa l'efficacia dell'atto di disposizione compiuto dal comunista in ordine alla quota di un singolo cespite facente parte di una massa di beni (in comunione ordinaria) v. *amplius* R. MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, Napoli, 2016, p. 111 ss.

riconosciuto tale potere in ordine ai *singoli* beni ricompresi nell'eredità⁽⁵⁴⁾.

La dottrina italiana, tuttavia, anche quella tradizionale che pure continua a negare l'appartenenza dei crediti divisibili alla comunione ereditaria, giunge nella sostanza – come si è visto più sopra – alla formulazione, in via interpretativa, di una regola dal contenuto, in concreto, corrispondente a quello previsto al § 2033 BGB, perlomeno in ordine al diritto di proprietà: si nega cioè nella sostanza al coerede, anche se non espressamente, la legittimazione a disporre *pro quota*, con immediata e definitiva efficacia traslativa del diritto di (com)proprietà sui singoli beni dell'eredità⁽⁵⁵⁾ e ciò essenzialmente a causa, da un lato, dell'incertezza del risultato della divisione ereditaria e, dall'altro, dell'efficacia retroattiva di quest'ultima⁽⁵⁶⁾.

Per quanto concerne, invece, la legittimazione a disporre *pro quota* da parte di un coerede di un singolo rapporto obbligatorio (si pensi ad es. ad una novazione, ad una remissione, ad una *datio in solutum*) – legittimazione sempre negata dal medesimo § 2033, Abs. 2, BGB – va segnalato il disinteresse della dottrina (tradizionale) italiana sul punto: la ragione di ciò è evidente se si considera che essa, come si è visto, parte dal presupposto – da noi non condiviso – secondo il quale i rapporti obbligatori non sono mai oggetto della comunione ereditaria, perché al momento dell'apertura della successione o si scindono (obbligazioni divisibili) oppure si moltiplicano (obbligazioni indivisibili) in un fascio di rapporti obbligatori connessi secondo quella che è la

⁽⁵⁴⁾ Sulla comunione ereditaria nel diritto tedesco v. L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., pp. 85 ss. e 124 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 40 ss., sulla cui posizione tuttavia si rinvia alle precisazioni indicate nel testo e nella precedente nota (313), nonché E. GRASSO, *L'espropriazione*, cit., p. 154 ss.; F. SATTA, *Alienazione di bene indiviso, o di quota di bene indiviso e retratto successorio*, in *Giur. it.*, 1949, I, c. 27 ss.; con riguardo in generale alla comunione avente ad oggetto una pluralità di beni, non necessariamente di provenienza successoria cfr. L. SALIS, *La comunione*, cit., p. 103 ss. *Contra*, con riferimento però, non alla specifica comunione ereditaria, bensì alle comunioni in genere aventi ad oggetto una pluralità di cose, cfr. A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 293 e G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., p. 133 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 32 ss. e p. 109 ss.

ricostruzione tradizionale della struttura delle obbligazioni plurisoggettive.

Conseguentemente per l'individuazione degli effetti prodotti da un atto dispositivo *pro quota* compiuto dal coerede in ordine al singolo rapporto obbligatorio – nella prospettiva tradizionale in dottrina – si opera sostanzialmente un diplomatico rinvio alla disciplina prevista per gli atti dispositivi compiuti da uno dei soggetti nell'ipotesi di obbligazioni plurisoggettive: pertanto un tale atto dispositivo del rapporto obbligatorio presenterebbe efficacia immediata parziale *pro quota*, nel caso di obbligazione divisibile ovvero nel caso di obbligazione indivisibile, risulterebbe applicabile la disciplina di cui all'art. 1320 c.c.

Naturalmente la dottrina tradizionale in materia di coeredità quando parla di obbligazioni plurisoggettive e richiama la relativa disciplina, utilizza tali termini con riferimento alla nozione tradizionale delle stesse come fasci di rapporti obbligatori accomunati – quantomeno nelle ipotesi di parziarietà – dall'unicità della fonte⁽⁵⁷⁾.

Tale precisazione si rende necessaria per l'apparire nella dottrina più recente di una nuova teoria dell'obbligazione soggettivamente complessa, teoria che concepisce quest'ultima come obbligazione unica, nonostante la pluralità di soggetti: si tratta della teoria che ammette anche nel nostro ordinamento il concredito ed il condebito⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ Per tale posizione tradizionale della dottrina si veda C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 699 ss. e p. 762 ss., rispettivamente relativamente alla struttura delle obbligazioni solidali e parziarie; sull'assimilazione, da un punto di vista strutturale, delle obbligazioni indivisibili con pluralità di soggetti alle obbligazioni solidali cfr. p. 759. *Contra* F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 25, il quale accoglie un concetto diverso di parziarietà rispetto a quello tradizionale, intendendo infatti le obbligazioni parziarie come quelle obbligazioni che risultano dalla *divisione della prestazione* tra più soggetti: egli ritiene infatti parziaria l'obbligazione avente ad oggetto una prestazione *indivisa*, benché suscettibile di *esecuzione parziaria*.

⁽⁵⁸⁾ Ammette che più creditori e più debitori possano essere titolari di un *unico rapporto* obbligatorio dando così luogo ad una situazione di comunione rispettivamente sul credito e sul debito F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 180 ss. Secondo tale A. gli elementi identificativi dell'obbligazione soggettivamente complessa, intesa appunto come rapporto *unico* nonostante la pluralità di soggetti, sarebbero i seguenti: esistenza di un vincolo di comunione tra la pluralità di soggetti, l'identità della prestazione dovuta ed infine l'unicità della fonte del vincolo. In tale ricostruzione, i concetti di solidarietà e parziarietà

Tale dottrina essenzialmente basa le sue affermazioni sulla traslazione dei concetti di parziarietà e di solidarietà dal piano della struttura e quindi della titolarità del rapporto obbligatorio a quello delle modalità di attuazione.

Aderendo, invece, alla tesi fatta propria anche dalla giurisprudenza, che nega la divisione automatica dei crediti ereditari tra gli eredi e quindi ne ammette l'inclusione nella comunione ereditaria, unitamente ai diritti reali, non necessariamente si giunge all'affermazione dell'esistenza di una comunione quotaria sul singolo credito che – come si è visto – è discussa pure con riferimento ai diritti reali.

Quello che ci preme sottolineare è come sia la questione della legittimazione a disporre *pro quota* da parte del singolo coerede in ordine ai singoli beni ereditari, *manente comunione*, sia la questione della automatica divisione o meno dei crediti ereditari siano in realtà due aspetti tra loro correlati e riconducibili al problema più ampio della natura della comunione ereditaria, assimilabile anche nel nostro ordinamento, più ad una comunione a mani riunite che non ad una comunione atomistica disciplinata dagli art. 1103 e ss. c.c.

Al riguardo si invita a porre attenzione ai seguenti indici normativi dai quali ci sembra trasparire una considerazione certamente unitaria del patrimonio ereditario fatta propria dal legislatore, anche in presenza di una pluralità di eredi.

Che il patrimonio ereditario riceva un trattamento unitario sia nel caso di erede unico sia nel caso di pluralità di eredi lo si può ricavare, ad esempio, dagli artt. 719 e 723 c.c., dove espressamente si parla di attivo e passivo dell'eredità⁽⁵⁹⁾.

degraderebbero a mere *modalità di attuazione* del rapporto obbligatorio soggettivamente complesso ed in quanto tale unitario. In definitiva per tale A. l'obbligazione soggettivamente complessa può essere ad attuazione parziaria o congiunta o solidale; in quest'ultimo caso si tratterebbe di quel particolare tipo di obbligazione solidale c.d. ad interesse comune. Rimangono invece fuori dall'ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse le obbligazioni solidali ad interesse unisoggettivo.

⁽⁵⁹⁾ Desume proprio dagli artt. 719 e 723 c.c. un interesse collettivo alla liquidazione delle passività ereditarie P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, cit., p. 762.

A ciò si aggiunga, inoltre, che lo stesso carattere anche oggettivamente universale della divisione ereditaria di cui agli artt. 726 e 727 c.c., altro non è che il riflesso del tipo di comunione che con tale atto ci si accinge a dissolvere: tale carattere peculiare della divisione ereditaria è sicuramente maggiormente confacente ad un tipo di comunione che non ha ad oggetto singoli diritti, bensì un complesso di beni e rapporti che costituiscono un patrimonio a sé stante⁽⁶⁰⁾.

Che la c.d. comunione ereditaria sia un fenomeno anche qualitativamente diverso dalla comunione ordinaria di fonte volontaria, la quale – si ribadisce – riguarda di regola le quote relative a singoli diritti reali, è stato seppure oscuramente avvertito anche dal legislatore: questi, infatti, ha creato un complesso intreccio normativo disciplinando da un lato la comunione ordinaria nel libro terzo e dall'altro la divisione ereditaria nel libro secondo, ponendo all'art. 1116 c.c. un rinvio, beninteso nei limiti della compatibilità, alle norme sulla divisione dell'eredità per la disciplina della divisione delle cose comuni.

La dottrina tradizionale poi, partendo dall'idea – idea peraltro non direttamente espressa dal legislatore – secondo la quale la comunione ereditaria costituirebbe una *species* del *genus* comunione ordinaria, in caso di lacune della disciplina successoria, ritiene applicabili in via diretta e non analogica alla comunione ereditaria le norme relative alla comunione in generale contenute nel libro terzo.

Vi sono poi, almeno formalmente, dei “doppioni” normativi: basti citare qui gli artt. 713-717 c.c. al cui contenuto in tema di diritto alla divisione corrisponde l'art. 1111 c.c., nonché l'art. 721 c.c. cui corrisponde l'art. 1114 c.c. sulla questione della non comoda divisibilità del bene.

Non va peraltro dimenticata la presenza solo in tema di divisione ereditaria di istituti peculiari quali quelli relativi alla sospensione della divisione per volontà del testatore o alla stessa divisione del testatore (artt. 713 e 734 c.c.), nonché quelli relativi all'imputazione dei debiti e alla collazione: si osservi poi come in particolare questi ultimi presuppongano, per il loro operare, una

⁽⁶⁰⁾ Sul punto cfr. P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 21 ss.

concezione unitaria e non atomistica del patrimonio ereditario.

Tale complesso intreccio normativo⁽⁶¹⁾ rappresenta un chiaro indice della peculiarità della comunione ereditaria, peculiarità che è rappresentata dalla sua natura di comunione sul patrimonio, come implicitamente si afferma quando si sostiene l'inammissibilità, ai sensi degli artt. 726 e 727 c.c. di una divisione giudiziale oggettivamente parziale⁽⁶²⁾, come si è visto anche in precedenza.

Non ci sembra, quindi, priva di fondamento la tesi che ravvisa nelle situazioni di coeredità una contitolarità c.d. a mani riunite del patrimonio ereditario: la peculiarità di tale tipo di comunione, infatti, risiede proprio nella circostanza che i singoli elementi della stessa, isolatamente considerati, non sono idonei a divenire oggetto di diritti individualmente ed attualmente spettanti *pro quota* ai coeredi⁽⁶³⁾.

Tutto ciò che è oggetto di comunione a mani riunite, infatti, non appartiene ai contitolari in ragione di quote di appartenenza individuali come tali spettanti ai patrimoni personali dei partecipanti: ciò perché tutti i beni e diritti che sono oggetto di comunione a mani riunite spettano, invece, nella loro interezza al patrimonio ereditario comune⁽⁶⁴⁾; in una comunione a mani riunite, infatti, la quota può esistere ed essere liberamente disponibile da parte del partecipante solo se intesa come quota sul tutto e non anche come quota di appartenenza individuale su ciascun singolo elemento del tutto.

⁽⁶¹⁾ Per una puntuale indicazione della complessità della ricostruzione delle fonti della disciplina divisoria cfr. P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 1 ss.

⁽⁶²⁾ È evidente che, con il consenso di tutti i coeredi, è invece sempre ammessa una divisione volontaria oggettivamente parziale, la quale ha per effetto di far uscire definitivamente il bene dalla massa ereditaria.

⁽⁶³⁾ Sul punto ci sia consentito il rinvio a v. L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 109 ss.

⁽⁶⁴⁾ Nel senso che oggetto della comunione ereditaria sia il patrimonio nel suo complesso si veda P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, cit., p. 762. *Contra* A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 9 ss. e ID., *Comunione e divisione ereditaria*, cit., p. 2; F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione su beni indivisi*, cit., p. 119 ss., i quali, conformemente alla tradizione romanistica, ritengono che ciascun partecipante alla comunione ereditaria sia contitolare *pro quota* di ogni singolo bene ereditario.

Ricordando, dunque, quanto sopra esposto sullo stato della dottrina e della giurisprudenza in punto di legittimazione (negata) del singolo coerede ad alienare, a titolo oneroso, con immediata efficacia traslativa i beni e diritti comuni anche solo *pro quota*, ci sembra dunque che la disciplina che, in concreto, la giurisprudenza e parte della dottrina applicano alla comunione ereditaria sia decisamente più consona ad una forma di contitolarità dalla struttura a mani riunite che non quotaria, come peraltro accade anche in altri ordinamenti di diritto civile, quale è, ad esempio, quello spagnolo.

Una conferma delle conclusioni testé esposte in ordine alla natura della comunione ereditaria partendo dall'analisi delle conseguenze degli atti di alienazione a titolo oneroso compiute dai singoli coeredi, ci sembra invero oggi rinvenibile anche nella ricostruzione della comunione ereditaria quale presupposta e sottostante alla recente pronuncia della Cassazione in punto di affermata nullità della donazione della quota di bene ereditario indiviso, in un certo senso equiparando la situazione di contitolarità ereditaria ad una titolarità di cosa altrui e/o parzialmente altrui, come meglio vedremo nel paragrafo che segue.

5. — *La legittimazione a disporre del coerede secondo la Cassazione a Sezioni unite del 15 marzo 2016, n. 5068.*

Come è noto la Cass. a Sezioni unite del 15 marzo 2016, n. 5068 ha enunciato il seguente principio: «La donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante»⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁵⁾ Su tale pronuncia e sui relativi commenti, adesivi e critici, si rinvia alla nt. 1 del presente lavoro.

La Corte, nella pronuncia in oggetto, ha affermato il principio secondo il quale la donazione di cosa altrui o anche solo parzialmente altrui è nulla, non per applicazione in via analogica della nullità prevista dall'art. 771 c.c. con riguardo alla donazione di beni futuri, ma per mancanza della causa del negozio di donazione, salvo che la donazione fosse stata strutturata come donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità del bene fosse conosciuta dal donante e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 c.c.).

La nullità della donazione di cosa altrui, dunque, discenderebbe non dal divieto di donazione di beni futuri di cui all'art. 771 c.c., bensì nell'impossibilità di realizzazione della causa del contratto di donazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 769, 1418, 2° comma e 1325 c.c., qualora la donazione sia posta in essere come donazione immediatamente traslativa di un bene altrui o parzialmente altrui.

Diversamente, la donazione di cosa altrui è invece valida allorché il donante assuma espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto al donatario: in tal caso si sarebbe in presenza di una donazione obbligatoria ai sensi dell'art. 769 c.c., ove si prevede che il donante possa, per spirito di liberalità, assumere una obbligazione.

In mancanza di una formale assunzione nell'atto pubblico di detto obbligo da parte del donante, la donazione sarebbe da ritenersi nulla per impossibilità assoluta di realizzazione del programma negoziale, avendo l'*animus donandi* rilievo causale. In sostanza, la nullità della donazione di cosa altrui, non discenderebbe tanto dall'altruità del bene in sé, ma nella mancanza, in tale ipotesi, di una espressa e formale assunzione da parte del donante dell'obbligo di procurare l'acquisto del bene al donatario.

La sentenza, tuttavia, nell'affermare il suddetto principio di diritto, non prende alcuna posizione circa la qualificazione della natura del diritto del coerede sui singoli beni oggetto di comunione ereditaria, così come non si esprime circa la natura e le modalità di adempimento dell'obbligo assunto dal donante nelle ipotesi di valida donazione (obbligatoria) di cosa altrui, né sulla trascrivibilità di detta donazione obbligatoria.

Ora, ai fini del presente lavoro, quello che ci preme osservare è per-

ché secondo la Corte l'atto disposizione, a titolo gratuito, da parte di un coerede, nei limiti della propria quota ereditaria di un bene della massa ereditaria sia assimilabile ad un atto avente ad oggetto un bene altrui o comunque parzialmente altrui, tant'è che detto atto dispositivo non potrebbe comunque avere in ogni caso efficacia traslativa immediata: e, anche nelle ipotesi di riconosciuta validità di detto atto dispositivo gratuito (conoscenza dell'altruità totale o parziale del bene e assunzione dell'obbligo di procurarne l'acquisto al donatario), esso avrebbe al più una mera efficacia obbligatoria.

Va sottolineato che la sentenza in oggetto, per giungere alle sopra riportate affermazioni in punto di efficacia della donazione di cosa altrui, parte in realtà dall'assunto secondo il quale, prima della divisione, non si può ritenere che il singolo bene né la quota sul singolo bene facciano parte del patrimonio (individuale) del coerede donante.

Ciò porta, conseguentemente, le sezioni unite a negare l'esistenza di una legittimazione individuale a disporre, a titolo gratuito, con immediata efficacia traslativa, in capo al singolo coerede in ordine ai singoli beni ereditari e ciò anche qualora l'atto dispositivo sia limitato alla quota ereditaria astrattamente spettantegli sul *relictum*.

Parallelamente, come si è avuto modo di vedere nel precedente paragrafo, anche con riguardo agli atti di disposizione a titolo oneroso da parte del singolo coerede in ordine ai singoli beni e diritti ereditari, la prevalente giurisprudenza di legittimità nega immediata efficacia traslativa a detti atti, considerandoli in tal caso non nulli (trattandosi di atti a titolo oneroso), ma sottoposti alla condizione sospensiva dell'attribuzione in sede divisionale del bene in oggetto.

Il silenzio del legislatore in tema di coeredità, solo in minima parte controbilanciato, come si è visto, dall'effetto retroattivo della divisione ereditaria, in un certo senso amplifica, anziché risolvere i problemi relativi appunto alla disciplina applicabile alla situazione di comunione ereditaria nella fase che va dall'accettazione dell'eredità a quella della divisione ereditaria.

L'art. 732 c.c., attribuendo ai coeredi un diritto di prelazione legale nelle ipotesi di alienazione della quota di eredità, conferma che l'oggetto del diritto

del coerede è certamente una quota ideale sull'intero patrimonio ereditario, considerato però nel suo complesso⁽⁶⁶⁾.

La questione, invece, non direttamente presa in considerazione dal legislatore concerne, invece, il distinto ed ulteriore problema se oltre al diritto sulla quota del tutto, il coerede abbia anche un diritto attuale e immediatamente disponibile – beninteso sempre nei limiti della corrispondente quota di eredità – sui singoli elementi che compongono il tutto.

Si tratta in realtà del problema, che più o meno consapevolmente, è stato anche implicitamente affrontato dalla dottrina sotto lo specifico problema dell'ammissibilità di una alienazione con immediata efficacia traslativa *pro quota* del diritto di proprietà sui singoli beni facenti parte del compendio ereditario.

Nessuno ha infatti mai dubitato che il singolo coerede possa, infatti, vendere anche l'intero bene ereditario sotto però la condizione sospensiva che il medesimo bene gli sia attribuito in sede di divisione ereditaria: diversa questione è invece quella relativa all'ammissibilità di una alienazione immediatamente traslativa, seppure *pro quota*, del diritto di proprietà su di un *singolo* bene dell'eredità.

Come si è visto, la questione origina dal fatto che non vi è alcuna certezza *a priori* che in sede di successiva divisione ereditaria quel bene *pro quota*

⁽⁶⁶⁾ Sul diritto di prelazione del coerede cfr. P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 163 ss., il quale precisa che la norma si applica nei soli casi di alienazione della *quota* o di *parte della quota*, intesa come «frazione astratta dell'intero asse». La norma in oggetto non rileva invece nei casi di «alienazione concreta di un determinato bene comune ereditario» e ciò perché l'efficacia di un'alienazione di quest'ultimo tipo è comunque subordinata alla condizione che il bene sia assegnato al dividente in sede di divisione e pertanto si tratterebbe di alienazione che non interferirebbe con la funzione della prelazione legale di cui all'art. 732 c.c., funzione che consisterebbe secondo alcuni nella volontà di favorire la concentrazione della comunione nelle mani dei coeredi, secondo altri nella volontà di evitare l'ingresso nella comunione di estranei. Sui presupposti di applicazione della prelazione legale del coerede cfr. anche N. ATLANTE, *Il diritto di prelazione del coerede*, in *Successioni e donazioni*, II, cit., p. 55 ss.; G. AZZARITI, *Il diritto di prelazione di cui all'art. 732 c.c.*, in *Giur. it.*, 1988, IV, c. 271 ss.; ID., *Il diritto di prelazione*, in *Tratt. Rescigno, Successioni*, cit., p. 411 ss.; U.M. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 430 ss. (riprodotta in *Riv. not.*, 1967, p. 306 ss.).

alienato da uno dei coeredi venga assegnato a quest'ultimo: ben potrebbe infatti accadere che tale bene sia invece attribuito – con efficacia retroattiva ai sensi dell'art. 757 c.c. – agli altri coeredi e allora si tratterà di vedere se e cosa spetti all'acquirente *pro quota* del medesimo bene.

Va peraltro tenuto presente che la medesima questione si è posta non solo in ordine alla comunione ereditaria qui considerata, ma anche in relazione alla comunione ordinaria c.d. di massa, ovvero avente ad oggetto una pluralità di beni, per chi ammette tale figura nel nostro ordinamento: su questo specifico problema avremo però modo di ritornare nel successivo paragrafo al quale pertanto si rinvia.

Nello specifico ambito della comunione ereditaria, in ordine alla questione sopra evidenziata, si è affermato da una parte della dottrina⁽⁶⁷⁾ che benché non possa escludersi l'alienabilità da parte del singolo coerede della sua posizione giuridica sul singolo bene ereditario – con ciò dando già per presupposto che esista un diritto di proprietà per quote di appartenenza individuali su ogni singolo bene del compendio ereditario, presupposto che invece è appunto il *thema decidendum* –, ciononostante si è poi concluso che solamente una volta avvenuta la divisione ereditaria il diritto del terzo acquirente *pro quota* del singolo bene ereditario potrà dirsi definitivamente consolidato e sempre che il bene oggetto di disposizione venga attribuito al coerede che lo aveva alienato, risultando altrimenti priva di effetto l'alienazione; nel periodo di tempo, dunque, che va dall'alienazione alla divisione ereditaria, il terzo acquirente *pro quota* dal singolo coerede acquisterebbe perciò solo il diritto, seppure garantito *erga omnes*, all'uso e al godimento del bene comune, nonché all'amministrazione del bene comune insieme agli altri coeredi, ma non un diritto definitivo di piena proprietà quotaria.

Per quanto riguarda più specificatamente la giurisprudenza, perlomeno

⁽⁶⁷⁾ Così A BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 36 ss. *Contra* F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione su beni indivisi*, in *Riv. not.*, 1995, p. 105 ss., il quale, dopo aver distinto l'ipotesi dell'alienazione della quota sull'intera massa comune dall'alienazione della quota su singoli beni della massa comune – sia nel caso di comunione ordinaria che nel caso di comunione ereditaria – conclude nel senso che l'alienazione della quota su *singoli* beni della comunione (anche ereditaria) ha immediata efficacia traslativa.

quella di legittimità, si è soliti leggere che l'efficacia reale di un atto di alienazione del genere sopra indicato – cioè limitato alla sola quota su di un singolo bene ereditario – sia da ritenersi comunque condizionato all'attribuzione del bene all'alienante in sede di divisione e ciò anche in mancanza di una espressa condizione in tal senso nell'atto di alienazione⁽⁶⁸⁾.

Il problema, come è stato efficacemente sintetizzato in dottrina⁽⁶⁹⁾, deriva dalla presenza, perlomeno in tema di comunione ereditaria, del combinato disposto degli artt. 726 e 727 c.c.: da tali articoli, infatti, si evince la necessità, salvo diversa concorde volontà di tutti i coeredi, che tutti i beni ereditari siano soggetti ad un'unica divisione ereditaria tra i coeredi stessi ed avente efficacia retroattiva *ex* art. 757 c.c.

Ciò ricordato, anche alla luce di quanto esposto nei precedenti paragrafi, in punto di efficacia/inefficacia temporanea riconosciuta agli atti di alienazione compiuti dal singolo coerede e preso atto che, anche con riguardo ai rapporti obbligatori oggetto di successione a più eredi, alla luce del diritto vivente, inteso quale diritto applicato dalle Corti e sopra esposto, anche i crediti divisibili sono oggi ritenuti oggetto di comunione ereditaria, appare quanto meno difficile oggi negare che l'aspetto soggettivo della comunione ereditaria appare più consono ad una situazione di contitolarità solidale o collettiva che non individuale.

Si tratta di una tesi che si è già sostenuta in passato⁽⁷⁰⁾ e che la Cassazione a Sezioni unite n. 5068 del 2016 non fa altro che rafforzare, a nostro avviso: il considerare, infatti, la (con)titolarità del coerede sui singoli beni della massa ereditaria come una titolarità di beni altrui, equivale a tenere distinto il patrimonio individuale del coerede in cui è presente la quota sull'intera eredità, della quale egli può individualmente disporre con i limiti discendenti dall'art. 732 c.c., dal patrimonio collettivo o a mani riunite di tutti i coeredi

⁽⁶⁸⁾ Si vedano Cass., 18 novembre 1975, n. 3871; Cass., 24 maggio 1979, n. 3001; Cass., 13 agosto 1980, n. 4925; Cass., 18 marzo 1981, n. 1609; Cass., 9 giugno 1987, n. 5042; e più recentemente Cass., 16 agosto 1990, n. 8315.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 42 ss.

⁽⁷⁰⁾ L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 287 ss.

sui singoli beni e diritti dell'asse, in ordine ai quali gli atti dispositivi possono essere efficacemente compiuti solo congiuntamente da tutti i coeredi.

Non ci sembra, quindi, priva di fondamento la tesi che ravvisa nelle situazioni di coeredità una contitolarità c.d. a mani riunite del patrimonio ereditario: la peculiarità di tale tipo di comunione, infatti, risiede proprio nella circostanza che i singoli elementi della stessa isolatamente considerati non sono idonei a divenire oggetto di diritti individualmente ed attualmente spettanti *pro quota* ai coeredi.

Tutto ciò che è oggetto di comunione a mani riunite, infatti, non appartiene ai contitolari in ragione di quote di appartenenza individuali come tali spettanti ai patrimoni personali dei partecipanti: ciò perché tutti i beni e diritti che sono oggetto di comunione a mani riunite spettano invece nella loro interezza al patrimonio ereditario comune⁽⁷¹⁾; in una comunione a mani riunite, infatti, la quota può esistere ed essere liberamente disponibile da parte del partecipante solo se intesa come quota sul tutto e non anche come quota di appartenenza individuale su ciascun singolo elemento del tutto.

Se dunque si accoglie l'idea fatta propria anche dalla Cassazione a sezioni unite n. 5068 del 2016 secondo la quale il singolo coerede non ha un diritto attuale ed immediato, nel proprio patrimonio individuale, sui singoli beni dell'asse ereditario, diritto di cui possa disporre – sia pure *pro quota* – con immediata efficacia traslativa, non si può non affrontare il problema della collocazione della comunione ereditaria nell'ambito della più ampia e discussa figura della c.d. comunione di massa, tema questo che sarà oggetto del paragrafo che segue.

⁽⁷¹⁾ Nel senso che oggetto della comunione ereditaria sia il *patrimonio nel suo complesso* si veda P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, cit., p. 762. *Contra* A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 9 ss. e ID., *Comunione e divisione ereditaria*, cit., p. 2; F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione su beni indivisi*, cit., p. 119 ss., i quali, conformemente alla tradizione romanistica, ritengono che ciascun partecipante alla comunione ereditaria sia contitolare *pro quota* di ogni singolo bene ereditario.

6. — *La comunione ereditaria e la comunione avente ad oggetto più beni tra gli stessi soggetti, ma di fonte non ereditaria.*

Nei precedenti paragrafi sono stati analizzati gli indici normativi e le argomentazioni e affermazioni della dottrina, in parte fatte proprie anche dalla recente giurisprudenza di legittimità, secondo i quali, oggi, anche nell'ordinamento italiano, si può fondatamente proporre una ricostruzione della comunione ereditaria intesa quale comunione a mani riunite.

Tra le argomentazioni addotte a sostegno di tale affermazione particolare importanza assume, come si è visto, la circostanza che l'atto dispositivo compiuto da uno degli eredi su di un singolo bene ereditario – benché limitato alla corrispondente quota spettantegli sull'intera eredità – non solo non presenta immediata efficacia traslativa, ma addirittura la stessa produzione degli effetti di tale atto è incerta, dipendendo dall'esito della successiva divisione ereditaria.

Infatti un atto del genere di quello sopra indicato non può produrre alcun effetto se il bene che ne è oggetto viene assegnato al lotto di un coerede diverso da quello che ne aveva disposto *pro quota*.

Ciò significa, dunque, che nella comunione ereditaria la regola espressa dall'art. 1103 c.c. si applica solo con riferimento alla alienazione della quota sull'intera eredità, come è confermato anche dall'art. 732 c.c., ma non anche all'alienazione della quota sui singoli bene ereditari.

In altre parole, il singolo coerede non ha cioè alcuna legittimazione individuale a disporre in ordine ai singoli beni comuni che compongono l'eredità: ciò dipende, come si è già avuto modo di evidenziare, dall'assenza – nelle situazioni di comunione ereditaria – di una titolarità quotaria dell'erede su ciascun singolo bene dell'eredità.

La titolarità quotaria dell'erede come individuo riguarda, infatti, solo l'eredità nel suo complesso, mentre relativamente ai singoli beni che compongono l'asse la titolarità spetta a tutti gli eredi insieme e per l'intero: in un certo senso si potrebbe dire che sui *singoli beni* ereditari comuni si instaura una titolarità di tipo, in senso lato, solidale che ricorda molto quella esistente nell'antico *consortium ercto non cito* conosciuto dagli antichi romani,

con tuttavia una importante differenza⁽⁷²⁾.

Precisamente ci si riferisce alla circostanza per cui nell'antico *consortium* non esisteva il concetto di quota e ciò non solo relativamente ai singoli beni, ma *nemmeno sul tutto*; mancava infatti una considerazione unitaria del *consortium*, tant'è che non vi era il concetto di spettanza individuale all'erede di una quota sull'intero patrimonio ereditario.

Nel *consortium*, accanto alla c.d. contitolarità solidale degli eredi su ciascun singolo bene, non figurava cioè – a differenza di quanto accade oggi – anche una contitolarità quotaria sul tutto.

Fatta salva questa non secondaria distinzione tra l'antico *consortium erecto non cito* e l'attuale nozione di comunione a mani riunite, l'affermazione secondo la quale la comunione ereditaria è una comunione a mani riunite conduce l'interprete ad interrogarsi circa eventuali interrelazioni tra tale figura di comunione e la c.d. comunione di massa, intendendo per tale la comunione tra gli stessi soggetti su di una pluralità di beni e per le medesime quote, a prescindere dal tipo della sua fonte.

In realtà l'esistenza stessa della comunione di massa anche in presenza di titoli di acquisto distinti è discussa: chi la ammette lo fa partendo dall'idea che sia il *gruppo* ad acquistare i nuovi beni con il risultato di accrescere la massa dei beni comuni.

In presenza dei medesimi soggetti, si osserva che un'eventuale pluralità di atti di acquisto non conta, poiché ciò che rileva in tale prospettiva è solo il rapporto che si instaura e non l'atto di acquisto: comunioni di massa sarebbero dunque non solo quelle ereditarie dove l'atto di acquisto è per definizione unico, ma anche le altre comunioni formate con beni acquistati in virtù non solo di un unico atto, ma anche di una pluralità di atti *inter vivos*.

Chi ammette dunque l'esistenza – tra i medesimi soggetti e a parità di quote – di una comunione unica pur in presenza di una pluralità di oggetti e anche di titoli di provenienza, si pone poi il problema della sorte dell'atto di disposizione da parte di un comunista della propria quota non tanto sul

⁽⁷²⁾ Su tale figura ci sia consentito il rinvio a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., pp. 61 e 109 ss.

tutto – ipotesi questa certamente regolata dall'art. 1103 ss. c.c. – quanto piuttosto sul singolo bene ad un terzo non ignaro, conservando per il resto il suo diritto sulle altre cose comuni.

A tale proposito si è sostenuto⁽⁷³⁾, con riferimento alle alienazioni a titolo oneroso di beni appartenenti ad una c.d. comunione di massa, che un tale atto di alienazione – diversamente da quanto accadeva per espressa disposizione dell'art. 679 vigente il codice del 1865⁽⁷⁴⁾ – è da ritenersi immediatamente efficace ai sensi del 1103 c.c. e non legalmente subordinato all'esito divisionale⁽⁷⁵⁾, tant'è che l'acquirente *pro quota* viene immesso nel possesso e nel godimento della singola cosa comune oggetto di alienazione; tuttavia quando vi è necessità di gestire e amministrare il complesso delle cose comuni ai fini dell'assunzione delle deliberazioni cui all'art. 1105 c.c. si ritiene debba intervenire l'alienante, poiché la posizione di comunista è ritenuta unitaria e indivisibile; l'acquirente dal canto suo interverrebbe – in qualità di interessato – solamente negli atti relativi alla gestione e alla amministrazione concernenti il singolo bene della massa da lui *pro quota* acquistato nonché alla divisione ai sensi dell'art. 1113 c.c.

Proprio per effetto della divisione possono, infatti, verificarsi due eventualità e precisamente: ove il bene *pro quota* alienato venga assegnato all'alienante, la preesistente comunione tra l'acquirente e gli altri comunisti (diversi dall'alienante) si convertirebbe in comunione con l'alienante; nel secondo caso, invece, ove il bene venga attribuito ad un soggetto diverso dall'alienante,

⁽⁷³⁾ Cfr. G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., p. 131 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. M. VITALEVI, *Della comunione dei beni*, cit., p. 499 ss.; R. LUZZATO, *La comproprietà*, cit., p. 103 ss.; F.S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, IX, Torino, 1900, pp. 823 ss. e 846 ss.

⁽⁷⁵⁾ È chiaro che nel testo l'ipotesi considerata riguarda l'atto di alienazione puro, al quale cioè le parti stesse non abbiano apposto alcuna condizione volontaria diretta a subordinare l'intera efficacia dell'atto al risultato della successiva divisione: in quest'ultimo caso infatti non vi è luogo per discussione. In tal caso, infatti, prima della divisione l'acquirente non vanta alcun diritto sul bene né in particolare ha alcuna facoltà di godimento o di amministrazione: se poi in sede di divisione alla quale potrà intervenire ai sensi dell'art. 1113 c.c. il bene verrà assegnato al suo dante causa l'atto di alienazione produrrà i suoi effetti, altrimenti rimane definitivamente inefficace. Per una chiara distinzione delle due ipotesi si vedano A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 293 ss. e G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., p. 133 ss.

te il compratore della quota di comunione perderebbe ogni diritto sul bene perché la divisione fa cessare il rapporto di comunione.

In quest'ultimo caso tuttavia – sempre secondo l'opinione che si sta riferendo – l'acquirente del diritto di comunione sul singolo bene non avrebbe diritto a ripetere il prezzo perché la causa dell'alienazione era lo scambio del prezzo contro il diritto di comunione sul singolo bene; tutt'al più si ritiene che il compratore possa surrogarsi nelle somme ricevute dall'alienante a titolo divisionale, applicando estensivamente l'art. 2825, 4° comma c.c. anche alla fattispecie considerata⁽⁷⁶⁾.

Diciamo subito che l'idea per cui, nell'ipotesi considerata, la causa del contratto di alienazione sarebbe costituita dallo scambio del diritto di comunione sul singolo bene contro il versamento di un corrispettivo, rimanendo nella sostanza a carico dell'acquirente *pro quota* il rischio della mancata attribuzione del bene medesimo all'alienante non ci convince, specie in un sistema come il nostro che accoglie il principio dell'efficacia retroattiva della divisione ereditaria: basta osservare, infatti, che ove il bene *pro quota* alienato venga attribuito ad altro comunista diverso dall'alienante, tale alienazione risulterebbe priva di efficacia, poiché per effetto dell'efficacia retroattiva della divisione l'alienante si considera come non averne mai avuto la proprietà neppure *pro quota*.

Non si vede dunque la ragione di negare al compratore il diritto alla ripetizione del prezzo pagato.

L'opinione sopra riportata è stata inoltre criticata per le difficoltà pratiche in cui si imbatterebbe relativamente alla distinzione tra gestione di tutte le cose comuni e gestione del solo bene comune che è stato *pro quota* alienato.

Sulla base di tale critica, in posizione opposta a quella appena indicata, si colloca invece chi⁽⁷⁷⁾ ritiene operante anche nel nostro ordinamento la regola romana⁽⁷⁸⁾ per cui, in caso di alienazione della quota su di uno solo

⁽⁷⁶⁾ Così G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., p. 131 ss. ed *ivi* specialmente p. 135 ss.

⁽⁷⁷⁾ Si veda A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 293 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. D. 10, 2, 54; C. 3, 37, 3.

dei beni facenti parte di una comunione di massa, sorgerebbe una nuova comunione tra l'acquirente *pro quota* e gli altri comunisti sul bene in oggetto, con la conseguenza che le divisioni dovranno essere due, peraltro autonome e distinte: una tra i comunisti e l'alienante sui restanti beni comuni e una tra i comunisti e l'acquirente di quota relativamente al singolo bene oggetto dell'alienazione⁽⁷⁹⁾.

L'adesione alla tesi per seconda prospettata implica, dunque, che per effetto di un atto di alienazione, a titolo oneroso, come quello considerato si origino una pluralità di comunioni.

Tale opinione è stata però criticata a sua volta per le conseguenze eccessive cui giunge: si osserva, infatti, che se fosse vero che vi sono tante comunioni quanti sono i beni comuni, allora tale affermazione dovrebbe valere anche nell'ipotesi in cui i beni fossero stati acquistati insieme, come ben può accadere in caso di acquisto *inter vivos* e come è la regola in caso di successione ereditaria, con l'ulteriore conseguenza che una volta sciolta la comunione ad esempio ereditaria ed assegnato un bene ad un erede ed un bene distinto all'altro erede si sarebbe in presenza non tanto di una divisione in senso proprio bensì di un atto traslativo e precisamente di una permuta di quote indivise, essendovi tante comunioni quanti sono beni.

A tale obiezione intendiamo, invece, replicare che le pretese "infelici conseguenze" cui condurrebbe la tesi esposta per ultima la quale afferma operante, anche nel nostro ordinamento, la regola romana secondo cui sul bene facente parte di una comunione di massa alienato *pro quota* sorgerebbe una nuova e distinta comunione, sono in radice eliminate se all'ambito di applicazione di detta ricostruzione si pone una eccezione riguardante appunto l'ipotesi della comunione ereditaria.

Anche tra i medesimi soggetti esisterebbero cioè tante comunioni per quote di appartenenza individuali ai sensi degli artt. 1100 ss. quanti sono i

⁽⁷⁹⁾ A quest'ultima divisione si ritiene che l'alienante non abbia infatti più titolo per partecipare, salvo il caso in cui il bene *pro quota* alienato facesse parte di una comunione ereditaria: in tal caso l'alienante parteciperebbe nella sua qualità di erede, qualità quest'ultima intrasmissibile per atto *inter vivos*. In ordine a tale specifico punto si veda A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 294.

beni, e quindi non vi sarebbe spazio per la cosiddetta comunione di massa, salvo il caso della successione a favore di più eredi⁽⁸⁰⁾: in altre parole, ciò significa che nel nostro ordinamento, l'unica comunione di massa, in senso tecnico, cui non si applica la c.d. regola romana sopra esposta in caso di alienazione *pro quota* del singolo bene, risulterebbe essere quella ereditaria⁽⁸¹⁾.

La comunione ereditaria, infatti, è e rimane sempre una comunione unica, a prescindere dal numero dei beni relitti, come si evince chiaramente anche dagli artt. 719, 723, 724, 726, 727 e 737 c.c., e tale unità è garantita dall'essere tale comunione una comunione a mani riunite.

La peculiarità di tale forma di contitolarità – come si è avuto modo di vedere – è appunto costituita dall'assenza di quote di appartenenza individuali sui singoli beni dell'asse; ne consegue che in caso di comunione ereditaria l'art. 1103 c.c. risulta applicabile solo con riferimento all'alienazione da parte del coerede della sua quota sull'intera eredità, non potendo per contro il medesimo disporre, da solo, neppure *pro quota* dei singoli beni dell'asse.

Nella diversa ipotesi, invece, di comunione non ereditaria, e quindi di comunione non a mani riunite riteniamo che, per quanto concerne il problema circa la sorte dell'atto di disposizione compiuto *pro quota* da uno dei comunisti ed avente ad oggetto uno dei beni comuni, debba ritenersi valevole la regola romana per cui l'atto di disposizione del tipo sopra indicato presenterebbe immediata efficacia traslativa con la conseguenza che sul bene oggetto dell'alienazione sorgerebbe una nuova comunione tra l'acquirente *pro quota* ed i comunisti non alienanti.

È evidente che ciò equivale a sottrarre il bene in tal modo alienato alla successiva divisione tra gli originari comunisti, divisione pertanto il cui esito non potrà influire sulla situazione dell'acquirente *pro quota* che ha efficacemente e anche e soprattutto stabilmente acquistato i diritti di comproprietà sul singolo bene.

A tale conclusione in punto di disciplina applicabile alle comunioni non

⁽⁸⁰⁾ Diversamente, partendo però da altri e qui non condivisi presupposti definitivi, v. R. MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, cit., p. 105 ss.

⁽⁸¹⁾ Sul punto sia consentito il rinvio a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 160 ss.

ereditarie non ci sembra essere d'ostacolo neppure l'art. 727 c.c.: quest'ultimo, infatti, riguarda specificatamente solo la comunione ereditaria; inoltre non ci pare che tale articolo, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 1116 c.c., possa ritenersi applicabile anche all'ipotesi in cui gli stessi soggetti hanno in comune più beni per una fonte diversa dalla successione ereditaria.

All'affermazione secondo la quale anche nel nostro ordinamento – in presenza di comunioni non ereditarie aventi ad oggetto una pluralità di beni – vale la regola romana di cui sopra potrebbe peraltro replicarsi osservando che in tal modo si costringerebbe l'altro (o gli altri) comunisti ad una doppia divisione, di cui una con l'acquirente *pro quota*: accogliendo la regola romana, infatti, le divisioni sarebbero due, perché due sarebbero le comunioni.

A tale proposito non bisogna, tuttavia dimenticare, dimenticare che nelle divisioni di comunioni non ereditarie non vi sono quelle ragioni che giustificano una considerazione unitaria della divisione e prima ancora della comunione a differenza di quanto accade, invece, nelle situazioni di coeredità dove rilevano anche i rapporti reciproci tra coeredi come dimostrano, tra l'altro anche le norme sull'imputazione dei debiti pregressi degli eredi sia verso il defunto sia verso i medesimi coeredi, nonché le norme sulla collazione dei beni donati, norme che hanno un senso solo in caso di divisione di una comunione ereditaria.

Riteniamo dunque che si possa fondatamente sostenere che l'unica vera comunione di massa esistente nel nostro ordinamento è la sola comunione ereditaria, la quale è peraltro una comunione a mani riunite: in tutti gli altri casi, invece, al di là delle definizioni terminologiche, si ritiene che si sia in presenza di *tante comunioni* – di tipo quotario – quanti sono i beni oggetto di contitolarità tra i medesimi soggetti.

7. — *Conclusioni.*

Alla luce delle considerazioni sopra svolte e delle recenti prese di posizione della giurisprudenza di legittimità, ci pare vi siano sufficienti indici per poter

affermare e ribadire la natura di comunione a mani riunite della comunione ereditaria⁽⁸²⁾.

Come è noto due sono essenzialmente le concezioni in ordine alla struttura della comunione ereditaria: una di tradizione germanica, dove vi è una considerazione a tal punto unitaria del patrimonio ereditario che non sussiste nemmeno in capo ai coeredi una quota di contitolarità (di spettanza individuale) sui singoli elementi dell'asse, ma solo una spettanza quotaria sull'intero patrimonio; l'altra idea, di derivazione romanistica, concepisce, invece, la comunione come una sorta di somma di rapporti giuridici autonomi⁽⁸³⁾.

Come si è visto, molti sono, nel nostro ordinamento, gli indici normativi che depongono per una considerazione unitaria del patrimonio ereditario e ciò sia nel caso di erede unico, sia nel caso di pluralità di eredi: basti pensare agli artt. 719 e 723 c.c., dove espressamente si parla di attivo e passivo dell'eredità⁽⁸⁴⁾.

Lo stesso carattere, anche oggettivamente universale della divisione ereditaria, quale emergente dalle prescrizioni degli artt. 726 e 727 c.c., altro non è che il riflesso del tipo di comunione che con tale atto si va ad eliminare: tale carattere peculiare della divisione ereditaria è sicuramente maggiormente aderente ad un tipo di comunione che non ha ad oggetto singoli beni e diritti, bensì un complesso di beni e rapporti che costituiscono un patrimonio a sé stante⁽⁸⁵⁾.

Non si può negare che la comunione ereditaria sia un fenomeno anche qualitativamente diverso dalla comunione ordinaria di fonte volontaria: tale dato è stato, in realtà, tenuto presente anche dal legislatore, come anticipato: questi, infatti, ha creato un complesso intreccio normativo disciplinando

⁽⁸²⁾ L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 3 ss.

⁽⁸³⁾ Sul punto ci sia consentito un rinvio a L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 3 ss.

⁽⁸⁴⁾ Desume proprio dagli artt. 719 e 723 c.c. un interesse collettivo alla liquidazione delle passività ereditarie P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale*, cit., p. 762.

⁽⁸⁵⁾ Sul punto cfr. P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 21 ss.

da un lato la comunione ordinaria nel libro terzo e dall'altro la divisione ereditaria nel libro secondo, ponendo all'art. 1116 c.c. un rinvio, beninteso nei limiti della compatibilità, alle norme sulla divisione dell'eredità per la disciplina della divisione delle cose comuni.

Vi sono così dei “doppioni” normativi: si pensi, ad esempio, agli artt. 713-717 c.c. al cui contenuto, in tema di diritto alla divisione, corrisponde l'art. 1111 c.c., nonché l'art. 721 c.c. cui corrisponde l'art. 1114 c.c. sulla questione della non comoda divisibilità del bene, che non spiegabili solo con anticipata entrata in vigore del libro secondo del nostro codice civile rispetto al libro terzo.

Non va, infatti, dimenticata la presenza, solo in tema di divisione ereditaria, di istituti peculiari quali quelli relativi alla sospensione della divisione per volontà del testatore o alla stessa divisione del testatore (artt. 713 e 734 c.c.), nonché quelli relativi all'imputazione dei debiti e alla collazione: si osservi poi come in particolare questi ultimi presuppongano per il loro operare una concezione certamente unitaria e non atomistica del patrimonio ereditario.

Concezione unitaria che ben si coordina con una visione ampia dell'oggetto della comunione ereditaria, fino a ricomprendervi anche i crediti e le partecipazioni sociali, siano queste ultime incorporali o incorporate in titoli: non è un caso che alla base della affermazione, anche giurisprudenziale della non automatica divisione dei crediti, vi sia proprio l'esigenza sostanziale di preservare l'integrità della massa e di evitare qualsiasi iniziativa individuale idonea a compromettere l'esito della futura divisione.

Ed è proprio la sopra richiamata concezione unitaria ed omnicomprensiva del patrimonio ereditario che spiega ed è all'origine delle limitazioni, durante lo stato di indivisione, alla legittimazione individuale a disporre da parte dei singoli eredi in ordine ai singoli beni e diritti dell'asse, limitazioni ben evidenti con riguardo agli atti a titolo gratuito, come chiaramente emerge anche dalla Cassazione a Sezioni unite nella sua pronuncia n. 5068 del 2016.

In tale pronuncia, come si è avuto modo di analizzare, si trova accolto il principio, peraltro già sostenuto da una parte della dottrina, secondo il quale non è applicabile alla comunione ereditaria il principio tipico delle comunioni c.d. quotarie ovvero il principio della libera disponibilità da

parte di ogni coerede della quota sui *singoli* beni ed in genere diritti comuni, principio caratteristico invece della comunione ordinaria su di un singolo bene ai sensi dell'art. 1103 ss. c.c.; si è visto, infatti, come il singolo coerede sia da ritenere individualmente privo della legittimazione a disporre, anche solo nei limiti della sua quota, sopra i singoli beni e diritti, siano essi reali che di credito, prima della divisione ereditaria.

L'affermazione della natura di comunione a mani riunite del patrimonio ereditario comune – comprensivo come tale anche dei rapporti obbligatori oltre che di quelli reali – comporta, da un lato, una differenziazione nella struttura (solidale e non individuale) della contitolarità e, dall'altro, il conseguente riconoscimento, fino al momento della divisione ereditaria, di un certo grado di autonomia al patrimonio ereditario che spetta collettivamente ai coeredi rispetto ai loro rispettivi patrimoni personali, essendo questi ultimi nella titolarità individuale degli stessi⁽⁸⁶⁾.

Come, dunque, si è cercato di illustrare nel corso del presente lavoro, in realtà, sia la questione circa l'inclusione o meno anche dei crediti nella comunione ereditaria, sia la questione circa la validità e l'efficacia traslativa immediata o meno della donazione e più in generale dell'alienazione da parte del singolo coerede avente ad oggetto il singolo bene ereditario *pro quota*, non sono questioni tra loro estranee, ma vanno entrambe collocate all'interno del più ampio problema circa l'individuazione della struttura e della natura della comunione ereditaria.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. l'interessante articolo di F. FERRARA, *Tracce della comunione di diritto germanico nel diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1909, p. 498 ss., il quale tuttavia non annovera anche la comunione ereditaria tra le comunioni di diritto germanico esistenti sotto la vigenza del codice del 1865. Sul concetto e sul grado di autonomia del patrimonio ereditario indiviso in quanto tale rispetto ai patrimoni individuali degli eredi, una volta ravvisata anche nel nostro ordinamento la natura di comunione sui generis assimilabile ad una comunione a mani riunite v. L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur: per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, cit., p. 183 ss.

ROBERTO CIPPITANI (*)

«PROPERTY PARADIGM» AND PROTECTION OF RIGHTS CONCERNING GENETIC INFORMATION

Abstract: The article analyses the current legislation relevant to the use of genetic information, with reference to persons, plants and animals. The legal sources (at International, supranational, national levels) deal with the issue to protect some important interests as the dignity of the person, in the case of human genetic information, or the protection of the environment. The norms use a “proprietary paradigm” with the aim of putting genetic information under the control of their owner, which are the individual or the State. The proprietary paradigm is expressed through the consent of the interested persons, which is required for the use of their genetic information and, on the other hand, through the notion of sovereignty of the State on the genetic resources of the environment.

SUMMARY: 1. Legal discipline of genetic information concerning persons, animals and plants. – 2. Genetic information and «proprietary paradigm». – 2.1. Human genetic information and privacy protection. – 2.2. Sovereignty over natural resources. – 3. Critical aspects of proprietary paradigm. – 3.1. Consent and rights of relatives. – 3.2. Rights of Indigenous Communities and Other Rights on Genetic Resources. – 4. Property as insufficient scheme for genetic information. – 5. From the proprietary paradigm to fundamental rights. – 6. Genetic information and balance between fundamental rights. The case of the research activities. – 6.1. Research and other activities on the personal genetic information. – 6.2. Research concerning genetic resources. – 7. Civil enforcement of rights concerning genetic information.

1. — *Legal discipline of genetic information concerning persons, animals and plants.*

The interest of law for genetic «data» or «information» concerning

(*) Jean Monnet Chair, Università degli Studi di Perugia, Dipartimento di Medicina Sperimentale, Centro di Genomica Funzionale, Jean Monnet Centre of Excellence «Rights and Science». This paper is a result of the Project «BeFOre» (Bioresources for Oliviculture) funded by the Programme Horizon 2020, «Marie Skłodowska-Curie Research and Innovation Staff Exchange», de la Unión Européenne).

persons, animals and plants is growing⁽¹⁾.

The genetic information, which is present in cells of all living beings, establish the features of the individuals which may be transmitted from a generation to the subsequent ones.

This interest has been growing since the manipulative power of technoscience has allowed not only to know the meaning of genetic information⁽²⁾, but also to use it and to intervene in the structure of life (through techniques like as cloning or genetic editing).

The law disciplines the rights and duties concerning genetic information depending on the kind of live beings and thus on the interests to be protected⁽³⁾.

A) Genetic information of the persons

Article 1, of the Recommendation of the Committee of Ministers of Council of Europe, No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data (of 13 February 1997) put the genetic information among the «medical data», that's to say the «personal data concerning the health of an individual». In particular the genetic data are defined in very huge terms⁽⁴⁾ as «data, of whatever type, concerning the hereditary characteristics of an individual or concerning the pattern of inheritance of such characteristics within a related group of individuals»⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ In particular: «Data represents material for analysis. Information is what follows from that analysis. The significance of the data that we perceive is it is interpreted», see M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*, Cambridge, 2012, p. 56.

⁽²⁾ An important milestone of the history in this sector has been the *Human Genome Project* started on and put in place by US public body, *National Institutes of Health* (NIH), and a private undertaking, *Celera Corporation* established and run by the biochemist Craig Venter.

⁽³⁾ See J. GERARDS, *General Issues concerning Genetic Information*, in J.H. GERARDS, A.W. HERRINGA, H.L. JANSEEN, *Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective*, Oxford, 2005, pp. 5-11.

⁽⁴⁾ See C.S. DIVER, J.M. COHEN, *Genophobia: What Is Wrong with Genetic Discrimination?*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2001, 149, p. 1451.

⁽⁵⁾ The «International Declaration on Human Genetic Data» of 2003 of UNESCO (hereinafter «Declaration of UNESCO»), distinguishes (at Article 2) human genetic data, which are «Information about heritable characteristics of individuals obtained by analysis

The topic is also disciplined by the European Convention on Human Rights and Biomedicine (approved by the Council of Europe in 1997 in Oviedo), Chapter IV, on the Human Genome and its Additional Protocols⁽⁶⁾.

Within European Union law, the Charter of Fundamental Rights explicitly refers to genetic information in some provisions, such as Articles 3 and 21.

The genetic information concerning natural persons are considered as an important expression of the personality of the individual and, from a legal point of view, as object of the fundamental rights. They may be collected during therapeutic and scientific research⁽⁷⁾.

The Convention on Human Rights and Biomedicine signed in Oviedo on April 4, 1997 concerning the human genome, establishes, above all the prohibition of discriminations based on the genetic heritage (Article 11) and of the interventions on genome aiming at introducing modifications in the genome of any descendants (Article 14).

On the other hand, EU Charter reaffirms the prohibition of discrimination based, among others, on genetic characteristics (Article 21) and imposes the ban of the eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons, as well as the reproductive cloning of human beings.

of nucleic acids or by other scientific analysis», the «human proteomic data» («Information pertaining to an individual's proteins including their expression, modification and interaction»), and, more in general the «biological samples», concerning «Any sample of biological material (for example blood, skin and bone cells or blood plasma) in which nucleic acids are present and which contains the characteristic genetic make-up of an individual».

⁽⁶⁾ Varios protocolos adicionales a la Convención de Oviedo hacen referencias a la información genética como por ejemplo: el Protocolo de 1998 relativo a la prohibición de la clonación humana; lo de 2001, relativo al trasplante de órganos y tejidos de origen humano; el Protocolo de 2005 relativo Investigación Médica Aplicada al hombre, y por último el más reciente, que es también la más interesante para este trabajo, que el Protocolo Adicional a la Convención de Oviedo relativo a las pruebas genéticas para la salud adoptada en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

⁽⁷⁾ More correctly, «Data represents material for analysis. Information is what follows from that analysis. The significance of the data that we perceive is it is interpreted», see M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 56. Anyway the Directive 96/45/EC (see Article 2, letter a) uses data as information: «“personal data” shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (“data subject”)».

At national level, usually the Constitutions do not explicitly regulate the rights concerning the genetic data of persons.

Only some Constitutions recently amended, such as the Swiss (see Article 24-*nonies*) and the Portuguese (see Article 26.3, par. 2) ones, make specific reference to the protection of the genetic data.

Usually the legal issues concerning genetic information are regulated at the legislative level, as in the case of the laws of France and Austria⁽⁸⁾, and other legislations⁽⁹⁾.

Other countries, such as Italy, use soft law instruments as guidelines and recommendations of the Ethics Committees⁽¹⁰⁾.

Based on the briefly mentioned legislation, the protected interests in the case of people genetic information, are at least two.

First, genetic information is considered a particularly important component of personality, and therefore its use must respect the dignity⁽¹¹⁾ of individuals and in general their fundamental rights⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ In particular, the French Law regulates the use of the genetic data, through the Chapter III of the Title I of the Civil Code devoted to «De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques» (examining the genetic characteristics of a person and the identification of a person using genetic prints), which was introduced by the laws concerning bioethics, the last one being the Law no. 2011-267 of the 14 March 2011. About the French *loi de bioéthique*, see R. CIPPITANI, *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, pp. 1836-1865; ID., *La nueva ley Francesa en tema de bioética en el contexto europeo*, in *Criminogenesis*, 2011, pp. 199-214.

⁽⁹⁾ With respect to the Swiss Law, see the Federal Law on Human Genetic Testing, approved on 2004 and entered into force on 1st April 2007. In Germany in the last years a Law concerning the Genetic Diagnostic has been approved (*Gendiagnostikgesetz* - GenDG), and entered into force on 1st February 2010. See A. DIURNI, *Esperienze di regolamentazione della diagnostica genetica*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 660.

⁽¹⁰⁾ According to Italy, see the document of the Comitato Nazionale per La Bioetica, *Orientamenti bioetici per i test genetici*, of 19 November 1999 and «Linee-guida per le attività di genetica medica» enclosed to the Agreement between Italian Ministry of Health and Regions of 15 July 2004.

⁽¹¹⁾ A. FALCONE, *La tutela del Patrimonio Genetico Umano, fra Costituzione e Diritti. Verso la formazione di un Corpus Iuris sul genoma umano*, Catanzaro, 2012, p. 17.

⁽¹²⁾ A. RUGGERI, «Nuovi» *Diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Pol. dir.*, 1993, 2, p. 183.

In particular, the protection of dignity is aimed at preventing or punishing discrimination based on genetic characteristics (Article 11 Oviedo Convention and Article 21 of the EU Charter). On the other hand, eugenic practices, in particular those aimed at the selection of persons, as well as the reproductive cloning of human beings (Article 3 EU Charter) are also prohibited.

Another interest taken into consideration does not concern the person but the humankind. It is the intangibility of the human genome. In fact, the modifications of hereditary genetic are prohibited (see UN Declaration on the Human Genome and Article 13 Oviedo Convention; see also Article 57, new Argentine Civil Code, which prohibits all practical, scientific and therapeutic practices which are aimed at the genetic alteration of the human embryo that can be transmitted to their offspring).

B) Genetic information and biodiversity

With reference to the plants and animals, the international instruments (Convention on Biological Diversity, hereinafter referred to as «CBD») define the «biological resources» which include «genetic resources, organisms or parts thereof, populations, or any other biotic component of ecosystems with actual or potential use or value for humanity».

In particular, «genetic resources» are defined as genetic material of real or potential value. On the other hand, «genetic material» means any material of plant, animal, microbial or other origin which contains functional units of heredity.

With respect to the genetic information on plants and animals, the interest of legal sources is linked to the protection of the environment⁽¹³⁾.

In the recent years, the destruction of natural biodiversity, caused by the spreading of more profitable crops or animals for companies, has begun to be considered a threat to the planet, and to humans.

This situation has led to the adoption, since, the 1990s of international

⁽¹³⁾ Cfr. E.O. BETANZOS TORRES, *Medio ambiente*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 432 ff.

instruments such as the above mentioned CBD of 1992 approved by United Nations; The Nagoya Protocol on «Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their use of the Convention on Biological Diversity» (hereinafter referred to as the «Nagoya Protocol») entered into force in 2014; The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA) was adopted in 2001.

At national and supranational levels, other legal texts implement the international instruments. For example, the European Union has issued the Regulation (EU) No 511/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on compliance measures for users from the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union.

Many other international, supranational and national laws may be applicable to discipline the interests linked to the genetic of persons as well of the other living beings.

2. — *Genetic information and «proprietary paradigm».*

The legal sources, which protect directly the interests associated with the genetic information of people and other living beings, are obviously recent.

At the same time, the legal mechanisms put in place owe much to old legal concepts.

The cited rules, and others ones dealing with the matter of genetic information, seem to be built around a «proprietary paradigm».

In fact, expressions such as «heritage» are used to refer to the human genome, albeit in a «symbolic» way (see Article 1 of the UNESCO Declaration on the Human Genome)⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ This arises from the work of the Pandectistic, especially in Savigny (see his *System des heutigen römischen Rechts*), which is the ground on which the Civil Codes of the continental Europe were elaborated. According to the Civil Code, the patrimony of a person is a set of obligations and rights on things.

«Genetic heritage» also appears in documents dealing with natural genetic resources⁽¹⁵⁾.

Within other legal sources, it is possible to find the references to the «genetic patrimony»⁽¹⁶⁾.

Indeed, beyond the terminological aspects, the proprietary paradigm influences the definition and protection of the interests associated with genetic information.

2.1. – *Human genetic information and privacy protection.*

In the case of human genetic information, the main instrument used to protect the interests of people is the privacy discipline.

At European level, the first regulatory intervention in this area was launched in 1981 by the Council of Europe with the Convention n. 108, which was put in place in the same year by the Council of Europe with the Strasbourg Convention on the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.

Subsequently, the European Union law has regulated the matter by means of the Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

The Directive did not refer to genetic information, but rather to «sensitive» personal data that may reflect racial or ethnic origin, and to health-related data (Article 8, par. 1).

The classification of genetic information as a sensitive personal data was confirmed by literature⁽¹⁷⁾ and by documents such as the «Working

⁽¹⁵⁾ See, for example the use of the term «patrimony» in the document T. GREIBER et al., *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 83, Bonn, 2013.

⁽¹⁶⁾ See also some national laws, such as the Brazilian Lei n° 13.123, of 20 May 2015, providing that «dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade».

⁽¹⁷⁾ M. D'AMICO, *Il trattamento pubblico dei dati sensibili: la disciplina italiana a confronto con il modello europeo*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Vol. 4, 2002, p. 817 ff.

Document on Genetic Data» (see par. III, p. 5), adopted on 17 March 2004 by the «Article 29 Data Protection Working Party», an advisory body of the European Commission⁽¹⁸⁾.

Finally, this qualification has been formally established by the new Regulation (EU) 2016/679 which will replace the Directive 96/44/EC of 28 May 2018⁽¹⁹⁾.

As a consequence of the qualification as «personal data»⁽²⁰⁾, genetic information must be subject to the control of the holder. This is expressed mainly through the obligation to require the consent of the concerned person by the controller⁽²¹⁾.

According to the definition contained in Article 2 of the UNESCO Declaration, which has been mentioned above, consent is the «specific, informed and express permission that a person freely gives for his genetic data to be collected, processed, used and preserved » (see also Article 4, no. 11 of Regulation (EU) 2016/679 or Article 2 (j) of Directive 2001/20/EC on clinical trials)⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ Available at http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp91_en.pdf.

⁽¹⁹⁾ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

⁽²⁰⁾ See Article 4, no. 1, of the Regulation which states that the personal data are any information relating to an identified or identifiable natural person («data subject»); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person». The genetic information of natural persons are considered as «sensitive data» (see Article 9, par. 1 and 4).

⁽²¹⁾ About the informed consent to use genetic information of the persons see R. CIPPITANI, *Consent to the Use of Genetic Information: Between Respect of Privacy and Protection of Other Fundamental Interests*, in *Diritto e Processo/Right and Remedies/Derecho y Proceso*, 2014, pp. 493-532.

⁽²²⁾ See A. SASSI, *Derechos patrimonialmente neutros*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica (en el ordenamiento civil)*, rif., p. 213 ff.

Consent derives from a «proprietary»⁽²³⁾ and individualistic⁽²⁴⁾ logic concerning the whole human body and its parts, including genetic data.

As matter of fact, the proprietary is at the base of the meaning itself of «privacy», since the origin of the notion can be find in the famous work of Samuel Warren and Louis Brandeis, «The Right to Privacy», Published on Harvard Law Review on 1890. In that paper the notion of privacy was drawn up within the proprietary paradigm, even if from a «spiritual» and not «physical» viewpoint.

2.2. – *Sovereignty over natural resources.*

With respect to international legal instruments dealing with biodiversity, the proprietary logic is affirmed through the «sovereignty» of States over natural genetic resources.

As matter of fact, sovereignty, as power over everything within national borders, is still understood as a kind of property, as Grotius understood it in his *De iure belli ac pacis*.

This approach is clearly showed by CBD (Article 15, par. 1) and may be found in other international instruments, especially in the ITPGRFA (Article 10.1) and in the Nagoya Protocol.

In particular Article 15, par. 1, CBD states that «Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation».

The affirmation of the sovereignty of States over genetic resources can be considered as a fundamental principle of international law, since it arises from the 1972 Stockholm Declaration («Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment»)⁽²⁵⁾ and has been confirmed by the «Rio Declaration on Environment and Development» of 1992.

⁽²³⁾ See for example J. DE WITTE, H. HAVE, *Ownership of genetic material and information*, in *Soc. Sci. Med.*, 1997, July, 45(1), pp. 51-60.

⁽²⁴⁾ See, Working Party, Working Document on Genetic Data, p. 8

⁽²⁵⁾ See the principle no. 21: «States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own

Also in the preamble to the United Nations Framework Convention on Climate Change, it is recalled that the «States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies» and reaffirms «the principle of sovereignty of States in international cooperation to address climate change».

This assertion of sovereignty is coherent with the model of international law governing relations among autonomous and independent States⁽²⁶⁾, which have the final say i on the internal application of transnational rules⁽²⁷⁾.

3. — *Critical aspects of proprietary paradigm.*

The use of notions linked to the idea of property to regulate the subject of genetic information allows to achieve some important results.

As far as human genetic data are concerned, this approach is justified by the attempt to protect people from the enormous risks deriving from the massive use of techno-science.

In the case of sources referred to natural genetic resources, the affirmation of State sovereignty has been the response to the depredation of natural resources by developing countries, which began in colonial times and is continued nowadays by the multinationals⁽²⁸⁾.

resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction».

⁽²⁶⁾ Among the definition of «international law», see B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, p. 3 ff.; C. ROSSEAU, *Derecho internacional público*, Barcelona, 1996, p. 1 ff.

⁽²⁷⁾ How Henkin argues: «almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of the obligations almost all the time» (L. HENKIN, *How Nations Behave*, New York, 1979). However, «it is sometimes violated with impunity» (J.L. GOLDSMITH, E.A. POSNER, *The Limits of International Law*, New York, 2005, p. 13; see also A.T. GUZMAN, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, New York, 2008).

⁽²⁸⁾ See also the affirmation of sovereignty by the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970, which introduced the notion of «cultural property».

However, the proprietary paradigm does not allow to solve many of the legal problems that refer to the genetic information.

A critical aspect of the proprietary approach is the admissibility of patents for biotechnological inventions⁽²⁹⁾.

The commodification of genetic information, which is done through industrial law, can affect the fundamental interests mentioned above⁽³⁰⁾.

Another series of criticisms of the proprietary paradigm applied to genetic information derives from the opposition between the rights of the owners (the person, the State) and the non-patrimonial rights of other subjects.

3.1. – *Consent and rights of relatives.*

The case of the genetic data of people appears particularly interesting.

The «proprietary» conception of privacy, expressed by the power of the holder to oppose against the intervention of the others, may conflict with the characteristics of genetic data⁽³¹⁾.

Particularly noteworthy are the issues arising from the «familiarity». The genetic information are unique and distinguishes an individual from other individuals, but at the same time reveals information about (and has implications for) other people, i.e. biological relatives (see *Working document on privacy*, par. III)⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ About the legal issues concerning the patents on biological invention, see among the others, N. LUCCHI, *Understanding genetic information as a commons: from bioprospecting to personalized medicine*, in *International Journal of the Commons*, Vol. 7, no 2 August 2013, pp. 313-338.

⁽³⁰⁾ S. VEZZANI, *Le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura nel dibattito sui «global commons»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, pp. 433-464; with reference to the rights of the indigenous communities, see H. PACHECO CORNEJO, *Propiedad Intelectual en la integración de Chile a los mercados internacionales. El desafío de la preservación de los derechos indígenas sobre su patrimonio intangible*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI, *Derechos Individuales e integración regional (Antología)*, ref., p. 599 ff.

⁽³¹⁾ M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*, ref., 2012, *passim*.

⁽³²⁾ See M. TAYLOR, *Data Protection, Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination*, in *Med L. Int'l*, 2006, p. 51.

As matter of fact, genetic data may show kinship and family ties, ethnicity, predisposition to diseases, and other characteristics common to members of the biological family.

As a consequence, the discipline of informed consent does not allow, for example, to solve the ethical dilemma of a physician or other health professional, who, when examining the biological material of a person, realizes the risk of a genetic disease: on the one hand, the doctor is bound by the obligation of professional secrecy, as well as the right not to know the person concerned; on the other hand this situation could affect the members of the her/his biological family.

According to the above mentioned «Working document on privacy» the other members of the same genetic family would have to be protected.

In accordance with Article 18 of the Additional Protocol to the Oviedo Convention on Genetic Testing, when the results of a genetic test performed on a person may be relevant for the health of other family members, the person concerned should be informed.

However, the consequences and conditions of such information are unclear.

Article 15, par. 1, lett. g) of Regulation (EU) 2016/679 states that the person responsible for the processing of personal data must inform the person concerned, even when the information derives from another source than the person concerned. But this provision is likely to apply only when there is a direct relationship between the responsible (in this case the health care professional) and the genetic relative (person concerned).

Anyway, in this case too, there is no solution to the problem of conflict with the professional secrecy.

3.2. – *Rights of Indigenous Communities and Other Rights on Genetic Resources.*

Other problems arises in the field of genetic resource discipline, where the proprietary paradigm, which manifests itself through the sovereignty of the State, does not consider some other important rights.

In fact, international treaties on genetic resources provide for the protection of the rights of indigenous communities present in particular

territories (see for example Article 2 of the Nagoya Protocol)⁽³³⁾, but there are no clear mechanisms through which the State should protect those rights.

Some elements can be inferred from other international instruments such as Convention no. 169 of the International Labour Organization on «Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries» of 1989, which states in article 15 that «The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded».

These provisions provide the right of indigenous peoples to participate in the use, management and conservation of natural resources and to be involved through consultative or participatory procedures by the State. But the State itself will have to adopt specific measures that comply with the Convention.

On the other hand, the principle of sovereignty is not always consistent with the objective of protecting the environment and biological diversity, since it is not an issue that can be limited to a particular State.

In general, in the case of people, or of natural resources, the proprietary paradigm may represent an obstacle to the achievement of other important objectives of the community, such as scientific research or public health.

There are rules that, for example, recognize these interests, but always in the respect of state sovereignty.

For example, research on genetic make-up and/or biochemical composition of genetic resources is considered particularly relevant in the Nagoya Protocol, and Article 8 provides that each State shall «create conditions to promote and encourage research which contributes to the conservation and sustainable use of biological diversity, particularly in developing countries, including through simplified measures on access for non-commercial research purposes, taking into account the need to address a change of intent for such research» (see also the recitals 6, 18, 27, 28, and the Article 13 of the Regulation (EU) No 511/2014 of the European

⁽³³⁾ Cfr. H. PACHECO CORNEJO, *Conocimientos tradicionales*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref., p. 67 ff.

Parliament and of the Council of 16 April 2014 concerning «compliance measures for users from the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union»).

However, any decision on measures allowing scientists to use genetic resources is left to States. In particular each legal system gives its own interpretation to concepts such as «research» and «non-commercial research»⁽³⁴⁾.

This is particularly true in a subject such as science, where «national interests», even the military ones, are generally considered superior to the more general interests of humanity⁽³⁵⁾.

4. — *Property as insufficient scheme for genetic information.*

Another problem is that ownership as a legal instrument is not the correct legal framework to understand the rights over genetic information.

This not only because of the material content associated with the concept of property itself by the Civil Codes, which refer to the right

⁽³⁴⁾ According to the EU law, for example, see the definitions provided by European Commission, Communication, Framework for state aid for research and development and innovation, C(2014) 3282, of 21 May 2014. As argued by E. CHEGE KAMAU, *Research and development under the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol*, in E. CHEGE KAMAU, G. WINTER, P.-T. STOLL (edited by), *Research and Development on Genetic Resources Public Domain Approaches in Implementing the Nagoya Protocol*, London, 2015, pp. 70-124, being the term «research» not defined, it will be needed to make reference to the Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which establishes that the terms have to be interpreted in good faith with the ordinary meaning in their context and in light of the treaty's object and purpose (p. 74).

⁽³⁵⁾ In correspondence with the rise of the National States, science and teaching became powerful tools to build the idea of nation and nationality. For example, Wilhelm Von Humboldt in his «*Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin*» («On the internal and external organization of the high scientific institutions in Berlin») of 1810 underlined the role of the universities and other scientific institutions to shape the spiritual and moral culture of a Nation.

to enjoy and dispose of a thing (see Article 348 (1) Civil Code; Article 842 Italian Civil Code, Article 333 of Spanish Civil Code; see also the Article 810 of Italian Civil Code concerning the legal notion of «good» as a «thing»).

Beyond that, it is difficult to frame the characteristics of genetic information in the realm of the traditional notion of property.

In particular, the doctrine has sought to identify the category of rights established by international texts with respect to natural resources. But without a satisfactory result.

As Bromley observes⁽³⁶⁾, legal property regimes are usually four: state ownership («In a state-owned regime, ownership and control over use rests in the hands of the state»); individual property; common property regime (an identifiable group of individuals, such as indigenous or traditional communities), and non-proprietary (open access) regimes.

Rights over genetic resources do not appear to be consistent with any of the above-mentioned regimes.

Sovereignty over natural resources does not mean that the country must nationalize them and that, therefore, genetic resources must be part of the State's heritage.

On the other hand, the discipline of international sources is not incompatible with private or community use.

However, private or community property must take into account the power accorded to States by international instruments.

Nor it seem correct to consider that the discipline of international treaties establishes «open access»⁽³⁷⁾, meaning «open access» as «res nullius»⁽³⁸⁾ of natural resources.

⁽³⁶⁾ See D.W. BROMLEY, *The Commons, Common Property, and Environmental Policy*, in *Environmental and Resource Economics*, 2, 1992, pp. 1-17.

⁽³⁷⁾ M. OKSANEN, *Privatising Genetic Resources: Biodiversity, Communities and Intellectual Property Rights*, in J. BARRY, M. WISSENBURG (ed.), *Sustaining Liberal Democracy. Ecological, Challenges and Opportunities*, London and New York, 2001, pp. 135-148.

⁽³⁸⁾ D. W. BROMLEY, *Common property as metaphor: systems of knowledge, resources and the decline of individualism*, in *The Common Property Resource Digest*, n. 27, 1993, pp. 1-8.

Thus, it does not appear that international legal sources on natural resources choose or establish a specific proprietary regime.

In fact, the sources provide some limits to national legal disciplines, in order to achieve the objective of protecting biodiversity and avoiding excessive exploitation of the resources of developing countries.

Within this framework, any type of national regime is compatible if it complies with international standards.

5. — *From the proprietary paradigm to fundamental rights.*

As above mentioned, proprietary logic is not adequate to deal with the issue of genetic information legally.

As matter of fact, in the case under consideration, as in other areas, the «terrible right» (as Stefano Rodotà has called property)⁽³⁹⁾ in the last decades has changed profoundly.

Within national constitutions and international instruments, property is no longer an absolute power over a material thing. This is because the objects of rights are often immaterial and, above all, because the right to property is recognized from the perspective of its social function (see, for example, Article 42 of the Italian Constitution), i.e. as a tool for implementing interests that go beyond those of the owner.

In addition, the property itself is considered as a fundamental right⁽⁴⁰⁾.

This evolution of the right of property is well observed in the jurisprudence of the regional Courts.

In this sense, the European Court of Human Rights protects all legal property recognized by law, regardless of whether it is a material good and whether the subjective legal situation can be considered property in the traditional sense.

⁽³⁹⁾ See S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990.

⁽⁴⁰⁾ M. PARADISO, *Propiedad (Perfiles de derecho supranacional)*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref., p. 543 ff.

Another interesting case is the right to property (see Article 21 of the American Convention on Human Rights), developed before the Inter-American Court of Human Rights, for example in the *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* case⁽⁴¹⁾.

According to that jurisprudence, the Court affirms that «property» – a in this specific case the right of indigenous peoples over «ancestral» territories – is the means for the protection of the human rights of members of the indigenous community.

As the Court recognizes, it is «a land right different from the general concept of private property law»⁽⁴²⁾. In contrast, property, as a human right, is a set of aspects of material elements and also of intangible components, political, symbolic, cultural.

Scholars highlight the insufficiency of the traditional idea of property, based on the exclusion of others from the enjoyment of material goods and scarp. This notion is not adequate to understand and regulate the phenomena of an age, such as the present one, characterised by immaterial goods that can be products, shared and used at the same time by an infinite number of subjects. This has been defined as the «age of access», as opposed to the previous «age of ownership»⁽⁴³⁾.

Also the concept of sovereignty, within the so-called «global constitutionalism»⁽⁴⁴⁾, has changed its meaning. The exercise and protection of fundamental rights is, in fact, the first priority of the State⁽⁴⁵⁾ and the new justification of political power⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴¹⁾ Corte IDH, judg. 17 June 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, Series C No. 25. See the commentary by L. CASSETTI, *Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, in *www.federalismi.it*, 15 December 2010, esp. p. 7.

⁽⁴²⁾ Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, ref., par. 121.

⁽⁴³⁾ J. RIFKIN, *Era del acceso. La revolución de la nueva economía*, trans. of *The Age of Access*, Barcelona, 2000.

⁽⁴⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*, in M. CARBONELL, R. VÁZQUEZ, (eds.), *Estado constitucional y globalización*, México, 2001, pp. 313-318.

⁽⁴⁵⁾ A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1991, p. 19.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, 1980, pp. 4-7.

Therefore, as property is the fundamental right and instrument for implementing other fundamental rights, it must be applied consistently with the constitutional system and with the international human rights law.

The link between property and human rights has been confirmed in the recent years in the theory of «commons»⁽⁴⁷⁾, which seeks to protect some «goods» which, regardless of being the object of rights of individuals, must be able to be used by all humanity, such as water, air, and, in general, the environment.

Access to and enjoy of such property is considered as a fundamental right.

Genetic information can be considered as common goods, since, as seen above, they are associated with interests that are not those of a particular State or individual.

6. — *Genetic information and balance between fundamental rights. The case of the research activities.*

If rights to genetic information are fundamental rights, they are not absolute rights and must be balanced with other ones.

6.1. — *Research and other activities on the personal genetic information.*

As it has been stated in relation to the genetic heritage of the person, ethics should not be reduced to the autonomy of the person and autonomy should not be limited to the ownership of the data. The reduction of ethics to the property would have a high price: not to take into account the distributive justice and the optimization of the social results⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ About the commons, see, among others, A. PALAZZO, *Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni*, in *Diritto e processo*, 2012, p. 217 ff.; M.R. MARELLA (ed.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, with the introduction of S. Rodotà, Verona, 2012; U. MATTEI, *Beni comuni*, Roma-Bari, 2011.

⁽⁴⁸⁾ P.TAYLOR, *When consent gets in the way*, in *Nature*, 6 November 2008, vol. 456, pp. 32-33.

For example, restrictive policies on access to genetic information⁽⁴⁹⁾, limiting it in the name of the rights of the owner or of the State, have a negative impact on scientific research and, consequently, on the solution of problems affecting human health or protection of the environment⁽⁵⁰⁾.

Privacy should be coordinated with other freedoms or rights recognized as relevant by constitutional and transnational rules, such as freedom of inquiry (see, for example, Article 13 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union)⁽⁵¹⁾.

Anyway, it is already possible to find principles capable of establishing a balance between the rights of holders of genetic information and other fundamental interests.

For example, Article 26 of the Oviedo Convention permits restrictions to the consent, if such restrictions are provided for by law and if they constitute necessary measures, in a democratic society, for public safety, prevention of criminal offenses, protection of public health or of the rights and freedoms of others⁽⁵²⁾.

From the methodological point of view, it would be advisable, also in relation to the balance of the different interests, to implement diverse strategies and new legal instruments⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ W. W. LOWRANCE, F. S. COLLINS, *Identifiability in Genomic Research*, in *Science*, 3 August 2007, vol. 317, pp. 600-602.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. M.A. GYMREK, L. MCGUIRE, D. GOLAN, E. HALPERIN, Y. ERLICH, *Identifying Personal Genomes by Surname Inference*, in *Science*, vol. 339, 18 January 2013, pp. 321-324.

⁽⁵¹⁾ See C.F. MOLINA DEL POZO, C. ARCHONTAKI, *Libertad de artes y de Investigación Científica, Libertad de Cátedra*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ref., 2013; R. CIPPITANI, *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de la autonomía universitaria*, in A.F. Buenrostro Ceballos, *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de los derechos humanos*, Mexicali, 2015, pp. 129-188.

⁽⁵²⁾ R. ANDORNO, *The right not to know: an autonomy based approach*, en *Journal of Medical Ethics*, 2004,30, pp. 435-440, esp. p. 437. With respect to the conditions and the limitations of the human rights, see also M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, *La libertad de expresión en el sistema electoral mexicano desde una perspectiva jurídica*, in G. LÓPEZ MONTIEL, E. TAMÉS MUÑOZ (coord.), *Libertad de expresión en el proceso electoral 2012*, México, PNDU/ONU, 2013.

⁽⁵³⁾ See L. VILLANI, *Biobanche e test rivelatori di informazioni genetiche: spunti di riflessione per un nuovo consenso informato*, in *Resp. civ.*, 2010, 2, p. 140.

In the case of genetic data of the person, which should also be considered as a common good⁽⁵⁴⁾, consent should not be considered as a rigid and monolithic form of opt-in/opt-out but, on the contrary, a set of legal instruments to protect the interests of the «owner», other people and humanity as a whole.

Therefore, techniques can be used which provide that the consent of a person is normally necessary and sufficient, with the exception of cases in which the interests of others must be taken into account⁽⁵⁵⁾.

The above considering that not all information has the same value to protect each individual's own interests⁽⁵⁶⁾ and that sometimes the only consent is not a guarantee for the protection of the person, especially in the case of asymmetric relationships⁽⁵⁷⁾.

In order to avoid abuses, independent authorities, organizations and ethical committees should be involved to ensure a balance between interests and fundamental rights (see Article 6, paragraph 3, of Directive 2001/20 / EC).

⁽⁵⁴⁾ See the document «Ethical, legal and social aspects of genetic testing: research, development and clinical applications» of 2004 released by a committee of experts for the European Commission, DG Research, p. 41 ff., in particular p. 42.

⁽⁵⁵⁾ See the French legislation, in particular Law no. 814/2011, providing a specific function of the physician and of the national Agency of Biomedicine in the communication of the genetic information to the familiars of the patient (see Article L.1131-1-1 of Code de la Santé Publique).

⁽⁵⁶⁾ See, for example, International Committee of UNESCO, «*Human Genetic Data: Preliminary Study by the IBC on its Collection, Processing, Storage and Use*» of 15 May 2002, which states that «Many tests which reveal genetic information will not have a great deal of significance for the person tested (...). Other tests, however, will have major implications, both for the individual and for relatives. The principle stated above sets out the consent requirements. For practical reasons, it would be unrealistic and unnecessary to require that there be specific consent to the genetic component in any test unless the consequences of this are sufficiently serious enough to justify this» (par. 59, p. 15).

⁽⁵⁷⁾ See the solutions proposed by the European Group on Ethics in Science and New Technology, Advice no. 18 concerning the «Ethical Aspects of Genetic Testing in the Workplace» of 2003, par. 2; see also the above – mentioned document «Ethical, legal and social aspects of genetic testing: research, development and clinical applications» of 2004.

6.2. – *Research concerning genetic resources.*

Similarly, legal discipline for the protection of natural resources should be applied in such a way that the State's power over genetic resources (sovereignty) is not arbitrary, but is aimed at the protection and balance of all protected interests: the interests of the State, of the local traditional communities, of landowners; the rights deriving from creative activities such as patents, as well as general interests (protection of biodiversity, scientific research).

In fact, as stated in relation to the EU discipline that incorporates the Nagoya Protocol (see Regulation (EU) No 511/2014), international, supranational and domestic standards must also respect principles such as solidarity, which protect the weakest individuals or communities⁽⁵⁸⁾.

The international sources themselves set out that benefits «arising from the utilization of genetic resources as well as subsequent applications and commercialization shall be shared in a fair and equitable way with the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention» (Article 5, par. 1, Nagoya Protocol, see also Article 15, parr. 3 and 7 of the CBD). Where benefits are not only represented by a monetary compensation, such as fees, royalties, co-ownership (see Annex to the Nagoya Protocol), they may consist also in the participation in collaborative cultural activities such as: (a) Sharing of research and development results; (b) Collaboration, cooperation and contribution in scientific research and development programmes, particularly biotechnological research activities, where possible in the Party providing genetic resources; (...) (d) Collaboration, cooperation and contribution in education and training; (e) Admittance to ex situ facilities of genetic resources and to databases; (f) Transfer to the

⁽⁵⁸⁾ V. COLCELLI, *A Critic Lecture of the EU Two Faced Approach to Biodiversity: Equal Guaranty or Multinational Bio-Raid? The Importance of a Self-Reconsideration of EU Politics in Biodiversity*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P.L. PETRILLO, (edit by), *Ambiente, Energia, Alimentazione Modelli Giuridici Comparati Per Lo Sviluppo Sostenibile (Environment, Energy, Food Comparative Legal Models For Sustainable Development)*, Firenze, 2016, vol. I, p. 41 ff.

provider of the genetic resources of knowledge and technology under fair and most favourable terms, including on concessional and preferential terms where agreed, in particular knowledge and technology that make use of genetic resources, including biotechnology, or that are relevant to the conservation and sustainable utilization of biological diversity; (g) Strengthening capacities for technology transfer; (h) Institutional capacity-building; (i) Human and material resources to strengthen the capacities for the administration and enforcement of access regulations; (j) Training related to genetic resources with the full participation of countries providing them and, where possible, in such countries; (k) Access to scientific information relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity, including biological inventories and taxonomic studies; (l) Contributions to the local economy; (m) Research directed towards priority needs, such as health and food security, taking into account domestic uses of genetic resources in the Party providing them; (n) Institutional and professional relationships that can arise from an access and benefit-sharing agreement and subsequent collaborative activities; (o) Food and livelihood security benefits; (p) Social recognition; (q) Joint ownership of relevant intellectual property rights.

Furthermore, it should be also important to prefer more adequate interpretations of terms such as «research» or «non commercial research» used, but not defined, within the legal sources protecting the genetic resources.

With that respect, in order to interpret the difference among «non-commercial» and «commercial» research, it should be preferred a «functional» definition concerning the availability of the results of research⁽⁵⁹⁾. «Non-commercial research» would be the research which makes available its results to the public without restrictions, in order to disseminate and improve the base of knowledge concerning the genetic resources.

⁽⁵⁹⁾ According to C. VON KRIES, G. WINTER, *Defining commercial and non-commercial research and development under the Nagoya Protocol and in other context*, in E. CHEGE KAMAU, G. WINTER, P.T. STOLL, (eds.), *Research and Development on Genetic Resources. Public domain approaches in implementing the Nagoya Protocol*, London-New York, 2015, pp. 125-147, esp. p. 131 ff.

On the contrary, other definitions based on formal viewpoints should be avoided, as well as on other scopes different from the need to disseminate the results of research, such as the institutional approach (public vs. private); the content-related approach (basic vs. applied); the yield-related approach (on the base of the gain arising from research activities).

On the other hand, all tools for the implementation of human rights could be put in place, including the *Drittwirkung* theory, according to which national courts can implement fundamental rights of international origin in relations between individuals⁽⁶⁰⁾.

In any case, new legislative measures should be proposed to regulate the phenomenon considering the general interest and the other ones, as far as human genetic information is concerned; or it would be important to establish mechanisms of global governance in relation to access to genetic resources, and not only let the State regulating a so essential subject for the entire planet and for humanity as a whole⁽⁶¹⁾.

7. — *Civil enforcement of rights concerning genetic information.*

If the best legal framework to protect the rights arising from genetic information are the human rights and not the «proprietary paradigm», this does not mean that the instruments provided by Civil Law are not useful also in these matters.

Firstly, the Contract Law provides the basic instruments to regulate the use of genetic information, through the «consent».

The consent is provided for the health treatment by national Constitutions⁽⁶²⁾, as well as by the supranational legal sources such as the

⁽⁶⁰⁾ See D. SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Luxembourg, 1995.

⁽⁶¹⁾ S. OBERTHÜR, G.K. ROSENDAL (edited by), *Global Governance of Genetic Resources*, Nueva York and London, 2014.

⁽⁶²⁾ Swiss Constitution, Article 118b, entered into force on 2010, disciplines informed consent in the research on humans. Also the Constitutions of Bulgaria of 1991 (Article 29),

EU Charter (see Article 3) or the additional Protocols of the Convention, especially the Protocol concerning genetic testing for health purposes (Strasbourg, 27 November 2008).

The consent to the use of genetic information of the persons is also provided by subconstitutional legal texts such as the French Civil Code, which requires the consent of the persons for all treatments (Article 16-3, paragraph 2 Civil Code), collecting their genetic information (Articles 16-10, 16-11, 16-12 Civil Code).

As above mentioned, the consent is also required by other legal text concerning privacy protection, as provided by the Article 8 par. 2 EU Charter, and the Directive 95/46/ EC and the Regulation (EU) 2016/679.

According to the definition contained within the Article 2 of the above mentioned Declaration of UNESCO, the consent is «Any freely given specific, informed and express agreement of an individual to his or her genetic data being collected, processed, used and stored». On the other hand, Article 7 of the Directive on the protection of personal data sets out that the consent consists in «any freely given specific and informed indication of his wishes» (Article 2.h).

It is quite clear that the consent shares with the contract and other kinds of agreements the element of expression of will aiming to achieve finalities recognised by the law.

Furthermore, the consent and other kinds of agreements are considered as legal instruments to implement the system to access and to share genetic resources (*Mutually Agreed Terms, Prior Informed Consent, Material Transfer Agreement*), as set out by the Convention on Biological Diversity (in particular, see Article 15), and by other legal texts above mentioned, such as the Nagoya Protocol, the ITPGRFA, the Regulation (EU) no. 514/2014.

In both above mentioned cases, even if the will of the holder of the rights to protect cannot be considered absolute, because the other interests should be considered too, however the contractual instruments may be a

Slovenia (Article 18), Hungary (Article III, par. 2) and Croatia (Article 23) prohibit medical or scientific experimentation without the consent of the person concerned.

good opportunity to realise an equilibrium: between the interests of genetic material suppliers (mainly developing countries) and the interests of users (usually multinationals or subjects of industrialized countries); between the interests of the persons holding genetic information, and those of her/his genetic family or of the research.

Secondly, in the matters considered within the present paper, it is possible to implement the rules of the civil liability to restore the violation of the fundamental interests by States or individuals which affect rights concerning genetic information, or in case of arbitrary use of those rights.

The affirmation of the civil liability of the States is the result of a process of external and internal limitations of the concept of sovereignty.

In case of no fulfilment (positive or negative) of obligations provided by EU law, for example, the Court of Justice recognises the liability of the State, whatever the organ of the State whose action or inaction has caused the failure⁽⁶³⁾, even when they are constitutionally independent⁽⁶⁴⁾, such as a local authority or the judicial power.

Also the European Court of Human Rights, in its case-law about the State liability, implements Articles 41 and following of the ECHR, providing that « If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party». The compensation is decided in order to enforce the respect of the human rights, even if they are not connected to the patrimonial sphere⁽⁶⁵⁾.

Furthermore, the Court of Strasbourg often makes reference to the

⁽⁶³⁾ Among the other cases, see for example ECJ, 11 December 1990, C-34/89, *Italy/Commission*, ECR 1990, I-3613, which makes reference to the lack of adoption of the acts in order to remedy to the irregularities of the beneficiaries of the EU grants.

⁽⁶⁴⁾ ECJ, 9 December 2003, C-129/2000, *Commission/Italy*, ECR 2003, p. I-14672.

⁽⁶⁵⁾ Just as an example, among the last judgements, see the judgement of EctHR in the case *Mennesson v. France*, application no. 65192/11, of the 26 Jun 2014, concerning the violation of the right to respect of family life (Article 8 ECHR), in case of the lack of recognition of the filiation arising from the surrogacy forbidden by the domestic legislation (in the case the French law).

protection of the patrimonial rights, especially the property recognised by the Article 1 of the Additional Protocol to the Convention, also when it wishes to grant the protection of personal rights.

It is the case of the case-law *Maurice and Daon* of 2005, where the European Court decided that the French law no. 2002-203 (also known as «*loi anti-Perruche*»), which has limited the medical liability in the event a malformation of the foetus, also for the controversies raised before the law entered into force, did not comply with the duty to respect the credit as a form of property.

If, as stated above, the human rights impact on the discipline of contracts and the latter may grant a protection of those rights, this situation leads to a series of new legal problems.

The legal disciplines of the contract and of the civil liability arises from a patrimonial perspective, as provided by the Civil Codes and by the tradition of the Civil Law.

Surely, some traditional rules concerning contracts and obligations appear as not consistent with the scope to protect the personal rights.

This is the case of contractual capacity and the right to withdraw.

With respect to the first question, according to the Civil Codes, only the persons above a specified age (usually 18 years) and who not have been declared incapable by the judicial authority because of severe mental disabilities or as a consequence of penal sanctions may act as parties of contracts.

The International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects of 2002, the Council for International Organizations of Medical Sciences, according to which «those who are relatively (or absolutely) incapable of protecting their own interests», seem to refer to the incapability.

However, in the case of non-patrimonial interests those rules, if applied strictly, would lead to the violation of constitutional principles of great relevance⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁶⁾ In fact, Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities establishes different rules. First, that provision states that « persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. » (see paragraph 2). This also in case of personal issues as those relating to informed consent.

In this context, European sources prefer, to a formal definition of capacity, an objective approach based on two substantial and dynamic notions, such as the «competence»⁽⁶⁷⁾ to receive relevant information and to give consent. In fact competence can be defined as the attitude «to understand relevant information, to evaluate that information and make a reasoned decision, to decide without undue influence, and to communicate consent or refusal»⁽⁶⁸⁾.

Therefore, according to the definition of competence, the traditional notions of capacity is not applicable.

Furthermore, the agreements used to protect fundamental rights may derogate other traditional principles such as the rule of immutability of the dispositions set out by the parties of the contracts. It is the principle of *pacta sunt servanda* which is affirmed at international and national level (see the Article 1372 of Italian Civil Code stating that the contracts «have the force of the law between the parties»).

In case the agreements are used to protect personal rights, that principle cannot be accepted⁽⁶⁹⁾.

The consent to a therapeutic or other intervention on the personal sphere of the individual may be allowed until when the person concerned agrees. Indeed, the consent may at any time be freely withdrawn (see Article 5 Convention of Oviedo; see also Article 13, par. 3, Additional Protocol of

⁽⁶⁷⁾ There is not an agreement on the notion of «competence». Among other see T.L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford, 2009; A.E. BUCHANAN, D.W. BROCK, *Deciding for Others: the ethics of surrogate decision making*, Cambridge, 1990; C.M. CULVER, B. GERT, *The inadequacy of incompetence*, in *Milbank Quarterly*, 1990, 68: pp. 619-643; J.F. DRANE, *The many faces of competency*, in *Hastings Centre Report* 15, 1985, no. 2, pp. 17-21; M.F. JONAS, *Competence to consent*, in R.E. ASHCROFT, A. DAWSON, H. DRAPER, J.R. McMILLAN (coord.), *Principles of Health Care Ethics*, Chichester, 2007, pp. 255-262.

⁽⁶⁸⁾ EUROPEAN COMMISSION, *European Textbook on Ethics in Research*, Brussels, 2010, p. 55.

⁽⁶⁹⁾ According to the differences between contracts and content, see P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ff., today in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 101 ff., esp. p. 127; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1037 ff., p. 1053; A. SASSI, *Testamento biologico e protezione del malato nella società della conoscenza*, in R. CIPPITANI (ed.), *Società della Conoscenza e Cultura dell'Integrazione*, Roma-Perugia-México, 2012, p. 349 ff., esp. p. 369.

biomedical research; Article 9, par. 2, od Additional Protocol to the Oviedo Convention on genetic testing for health purposes, 2008).

Anyway, the above-mentioned adaptations of the Civil Law instruments (and the others), do not exclude the application of many rules concerning the contracts or the civil liability.

Furthermore, it possible to observe a progressive convergence between patrimonial and personal rights⁽⁷⁰⁾, in order to better protect the fundamental rights⁽⁷¹⁾.

Therefore, the Civil law provides the legal instruments to reach, in an efficient, flexible and pervasive manner, the aims recognised by the legal system, including the protection of the fundamental rights. This one is not only let to the political decision of the States, but they become enforceable before any kind of judge in all controversies.

This function of private law, and especially of contract law, is not so surprising.

Private law shows great vitality in adapting itself to new and unexpected demands of society and the economy⁽⁷²⁾.

Anyway, today private law demonstrates its strength and versatility, rediscovering its ancient and modern main function, which is to provide the legal-logical tools (such as contract) to solve problems in the relations between individuals, whatever the subjects involved might be (private and public entity or States).

⁽⁷⁰⁾ See, for example, G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 13 ff.; D. LEFRANC, *L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité)*, in *Recueil Dalloz*, 2002, 1926 ; T. HASSLER, *La crise d'identité des droits de la personnalité*, in *Les Petites Affiches*, no 244, 7 dec. 2004, pp. 3-11; M. BUI-LETURCQ, *Patrimonialité, droits de la personnalité et protection de la personne, une association cohérente*, in *Revue de la Recherche Juridique*, 2006, p. 767; E.H. REITER, *Personality and Patrimony: Comparative Perspectives on the Right to One's Image*, in *Tulane Law Review*, 76, 2002, pp. 673-675.

⁽⁷¹⁾ R. CIPPITANI, *The «Contractual Enforcement» of Human Rights in Europe*, in A. DIVER, J. MILLER (edit by), *Justiciability of Human Rights Law in Domestic Jurisdictions*, Cham (ZG), Springer, 2016, pp. 308-331.

⁽⁷²⁾ M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 432 ff.

ALESSANDRA LANGELLA (*)

EQUITÀ, BUONA FEDE E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Abstract: The paper is structured as a work in progress. It is the preface of a larger body of work which rewrites the state of the art of equity and the contractual good faith aimed to understand the synergic power of the two tools which calibrate the negotiations to the socio-economic needs. The work wants to start a consideration on equity and good faith as legal- moral powers to react against a lack of legislations in a supplementary logic and to fix the autonomy as a replacement function, modulating the private interest towards a social solidarity required by the Constitution and by the European legal frame about the contracts. It appears as a schematic approach, a sort of bullet point, where the details of a research are established, but need to be deepened being. As of now, it has limited to highlight the typical signs of good faith and equity as well are being used in a corrective manner and in order to complete the contract by the force of law.

SOMMARIO: 1. Autonomia ed eteronomia – 2. Fonti suppletive e fonti cogenti. – 3. La difficile catalogazione del concetto di equità. – 4. Equità e regole dell'interpretazione. – 5. Interrelazione tra equità sostitutiva ed integrativa. – 6. Equità e buona fede nel contratto. – 7. Buona fede soggettiva e oggettiva. – 8. Buona fede e principio di *neminem laedere*. – 9. Responsabilità contrattuale e buona fede nell'esecuzione. – 10. Abuso del diritto e buona fede. – 11. La presunta superiorità della buona fede sull'equità nel diritto europeo dei contratti.

1. — *Autonomia ed eteronomia.*

La logica dell'autointegrazione contrattuale⁽¹⁾, e l'idea di un contratto inteso come sistema autosufficiente che rifiuta interventi esterni per il suo

(*) Dottoranda in «Diritto e Tutela: esperienza contemporanea e comparazione sistema giuridico-romanistico», Università di Roma Tor Vergata.

(1) Cfr. A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in questa *Rivista*, 2002, p. 335 ss.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011; F. SCAGLIONE, *Abuso del diritto nel contratto*, in questa *Rivista*, 2012, p. 237 ss.

funzionamento, importa nella materia contrattuale il modello di matrice illuministica che intendeva la legge come regola onnipotente, procedimento logico capace di autocompletarsi date le proprie potenzialità e virtù.

La disciplina secondo cui il contratto incrementato nella sua struttura dal giudice, dallo Stato, o dall'Autorità pubblica sia un contratto usurpato e trafugato, trasferisce nella materia contrattuale l'idea ottocentesca che la legge, in quanto semplice manifestazione geometrica, potesse essere pronunciata da chiunque fosse capace di leggere e di legare insieme due idee⁽²⁾, non essendo necessario né interpretarla né integrarla.

Con questa teoria migra, cioè, nell'ambito della contrattazione quella che il Satta definiva «l'utopia della legge»: «L'utopia della legge, della sua personificazione e identificazione, della sua capacità di informare e regolare la realtà senza intermediazione di alcuno, della sua onnipotenza e più della sua sufficienza, perché la legge esaurisce tutta la realtà, è per definizione chiara e limpida, e come tale non ha bisogno di interpretazione o di integrazione»⁽³⁾.

I due sistemi, quello della legge e quello del contratto, risulterebbero entrambi retti dal principio di autointegrazione, fondato rispettivamente sull'analogia e l'interpretazione: come l'ordinamento giuridico colmerebbe le sue lacune mediante l'analogia, il contratto autointegrerebbe la volontà delle parti attraverso l'interpretazione.

Credere che il contratto possa autointegrarsi è un'utopia; il contratto, non può risolversi tutto, ed esclusivamente, nelle pattuizioni autonome delle parti, l'eterointegrazione risulta necessaria, come appare evidente nell'ambito ad esempio della contrattazione di massa.

Gli artt. 1371 e 1374 c.c. sono le norme dell'integrazione del contratto. In particolare la seconda disposizione enumera le fonti integrative.

Sebbene l'elencazione inserita nella norma non la menzioni, tuttavia, è opinione comune che ad esse debba aggiungersi anche la buona fede oggettiva, intesa come dovere di correttezza imposto alle parti.

⁽²⁾ Così riferisce il conte di Las Cases ritenesse Napoleone, *Memoriale di Sant'Elena*, Torino, 1884, 2, p. 464.

⁽³⁾ S. SATTA, *Corte di Cassazione*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 798.

Tutte le fonti indicate concorrono ad “assistere”⁽⁴⁾ il contratto, sia che l’integrazione avvenga per supplire ad una mancanza, essendo il regolamento lacunoso, sia che l’integrazione abbia lo scopo di adattare il contratto in quanto ingiusto o squilibrato. È questa funzione univoca di assistenza al contratto, di sostegno alla volontà delle parti, che porterebbe ad escludere la divisione tra fonti suppletive e cogenti, che pure una parte di dottrina continua a sostenere.

Nella classificazione de quo, le fonti suppletive sarebbero quelle rivolte a colmare una carenza del sistema negoziale che viene integrato in quanto carente, incompleto.

I contraenti non verrebbero usurpati del loro potere di autonomia essendo l’integrazione diretta a supplire una carenza, nel rispetto delle volontà dei contraenti, in senso conforme a quanto da questi voluto, dunque, un’integrazione “amica”⁽⁵⁾.

L’equità e le clausole generali, insieme alle norme dispositive e agli usi come fonti di integrazione suppletiva opererebbero in via subordinata ed eventuale nello spazio vuoto lasciato dai contraenti. Per loro tramite il contratto verrebbe incrementato sempre entro i confini di quanto voluto da esse, nel rispetto della loro autonomia e mai in antinomia con essa. L’autonomia privata è presupposto, ma anche limite, non potendo, la fonte suppletiva, derogare o contrastare quanto liberamente pattuito.

L’integrazione cogente sarebbe costituita dalle norme di natura imperativa, da combinare insieme all’art. 1339 c.c., in materia di sostituzione automatica delle clausole.

L’inserzione automatica di clausole è espressione fortissima della tendenza del legislatore ad utilizzare il contratto come strumento idoneo ad attuare interessi ulteriori rispetto a quelli delle parti, attraverso una specie di “operazione ortopedica”⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Così si esprime C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 10.

⁽⁵⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 457.

⁽⁶⁾ P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 232.

La fonte integrativa cogente determinerebbe un intervento esterno diretto ad escludere dal contratto le regole che l'ordinamento considera riprovevoli. Limitando l'autonomia privata, le fonti cogenti sarebbero ad essa nemiche; un «meccanismo che più di ogni altro sacrifica la libertà contrattuale»⁽⁷⁾. Il volere privato verrebbe corretto dall'intervento integrativo cogente, «in nome di interessi superiori agli interessi individuali di cui le parti dispongono col contratto»⁽⁸⁾; qualora risultino superati certi confini, la volontà dei contraenti dovrebbe essere modificata per un equilibrio *nel sistema e al sistema*.

L'integrazione cogente delle norme imperative sarebbe utile, e, in alcuni casi, perfino necessaria, a calibrare l'agire privato alla realtà sociale, armonizzando l'operazione individuale con gli interessi pubblici, proteggendo l'ordinamento giuridico-economico ed il mercato, che è bene di tutti⁽⁹⁾.

La delimitazione della sfera di autonomia diviene, perciò, la risposta ad un'esigenza di «strutturazione del mercato»⁽¹⁰⁾; lo Stato partecipa alle attività produttiva e commerciale per acquietare le istanze di giustizia sociale e rendere il contratto conforme agli interessi superiori del sistema per racchiudervi anche un senso del collettivo⁽¹¹⁾.

2. — *Fonti suppletive e fonti cogenti.*

La distinzione tra fonti suppletive e fonti cogenti risponde ad una logica meramente descrittiva dovendosi considerare il contratto come risultante di diverse componenti, contribuendo al regolamento negoziale l'autonomia e gli interventi esterni.

Il contratto incorpora diversi segni, e molteplici criteri produttivi; si

⁽⁷⁾ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 471.

⁽⁸⁾ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 471.

⁽⁹⁾ Così definisce il mercato R. RORDORF, *la riforma delle società: la tutela giudiziaria - dall'istituzione del giudice di commercio alla revisione del diritto penale commerciale*, in *Società*, 2000, 2, p. 152 ss.

⁽¹⁰⁾ G. GRISI, *L'autonomia privata*, in *I contratti in generale*, I, Torino, 2000, p. 295.

⁽¹¹⁾ N. DISTASO, *I contratti in generale*, I, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1980, p. 33.

sovrappone alla capacità creativa di cui il privato è dotato il potere ordinante imposto⁽¹²⁾.

Questo affiancamento deve considerarsi funzionale al mercato e non limitativo dell'autonomia privata la quale, molto spesso, necessita di interventi in grado di sostenerla e di renderla praticabile. Il contratto non muta le proprie sembianze⁽¹³⁾; gli interventi ultronei rilevando solo da un punto di vista quantitativo, non già qualitativo, poiché l'autonomia privata resta il motore del contratto⁽¹⁴⁾.

Le regole del gioco vengono definite dalle parti ma queste non sono più le sole a porre la scelta e la valutazione di convenienza venendo concesso, ad altre fonti, il potere di influire sul regolamento, per indicare e perseguire risultati utili al benessere comune.

3. — *La difficile catalogazione del concetto di equità.*

L'essenza più intima del concetto di equità sfugge a qualsiasi tentativo di classificazione⁽¹⁵⁾.

Iperdeterminata ma ancora indeterminata⁽¹⁶⁾, l'equità è stata intesa come forza sottostante al diritto positivo che può arrivare a violarlo come suo momento di rottura, ma anche come sinonimo di giuridicità o diritto. Si è predicato che dovesse posizionarsi al di sopra della legge e dovesse essere rispettata dal subordinato diritto positivo; poi si è arrivati

⁽¹²⁾ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 4.

⁽¹³⁾ Il principio era stato affermato dalla dottrina degli anni 70, «attraverso l'utilizzazione di diversi meccanismi, il principio del monopolio privato nella costruzione della regola ha perduto il suo antico significato ideologico che derivava dalla aprioristica convinzione che i privati dovessero restare vincolati solo a ciò che direttamente poteva essere ricondotto alla loro volontà espressa nell'accordo contrattuale»: F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 192.

⁽¹⁴⁾ Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004 (1ª ed. 1969), p. 87.

⁽¹⁵⁾ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 18.

⁽¹⁶⁾ Il legame iperdeterminazione/indeterminazione è stato pronunciato con riguardo al concetto di morale da G.M. CHIODI, *Equità la categoria regolativa del diritto*, 1991, Napoli, p. 68.

a ridurne l'essenza a mero indice interpretativo. Da alcuni è stata creata una dottrina dell'equità intesa come uguaglianza, «strumento di correzione dell'ingiustizia per i più deboli»⁽¹⁷⁾; altri l'hanno identificata ora come principio etico che deve ispirare il diritto, ora in funzione di criterio logico contrapposto al giudizio di diritto, poi come diritto positivo privo di coazione. È stata definita come giudizio del caso concreto, altrove come fonte di tutto il diritto e, poi, come parametro economico da tenere in considerazione nell'equilibrio dell'operazione ma anche come «valore fondamentale cui leggi e istituzioni devono ispirarsi»⁽¹⁸⁾.

L'equità ha, di fatto, nel corso dei secoli, oscillato tra una concezione che la esauriva a principio etico ineliminabile ed imprescindibile da ogni giudizio giuridico, ad una che la considerava rimedio del *logos*, esperibile per le lacune della legge in qualità di «stampella della giustizia»⁽¹⁹⁾.

Disegnata come elemento di congiunzione tra il diritto positivo e l'etica, il giudizio equitativo diventa la forza vitale che anima il corpo morto del diritto positivo poiché per suo tramite si «instaura quel rapporto che nel giudizio meramente legalistico è invece negato, giacché, come diceva Kant, legalismo ed etica stanno fra loro press'a poco come il cadavere sta al corpo vivente. Proseguendo con la stessa metafora, si potrebbe dire che l'equità serve a gettare un soffio vivificatore su quel cadavere; nel giudizio di equità, infatti, noi possiamo cogliere il momento dell'incidenza della morale nel diritto e constatare, nell'esperienza giuridica in atto, l'astrattezza intellettualistica della distinzione tra diritto e morale, teorizzata in formule filosofiche, ma che può venire negata dalla concreta realtà dell'azione»⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ La coincidenza dell'equità con l'uguaglianza che deve essere garantita contro l'inefficiente regola del caso è in J. RAWLS, *A theory of Justice*, tradotto da V. Santini, Milano, 1982. Secondo l'A. la correzione equitativa deve essere operata a livello strutturale e non in via pratica sul caso singolo confidando nelle capacità e nel rigore di un decisore equo. Per una ricostruzione del suo pensiero si veda pagina 310 dell'opera di M. Barberis indicata nella nt. successiva.

⁽¹⁸⁾ M. BARBERIS, *Equità*, Bologna, 1986, p. 304.

⁽¹⁹⁾ C. PERELMAN, *Justice et Raison*, Bruxelles, 1963, p. 50.

⁽²⁰⁾ V. FROSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 69 ss.

Secondo altre prospettive, e la storia giuridica romana lo conferma, l'equità è criterio esterno che interviene quando l'ordinamento di diritto entra in crisi.

Al di là della classificazione che si voglia attribuire al «mistero dell'equità»⁽²¹⁾, è certo che si tratta di una costante negli ordinamenti di tutti i tempi.

Le sue origini si rintracciano già nel mondo greco e nel diritto romano ove il ruolo che essa ha giocato è stato fondamentale in un momento in cui le esigenze economiche e politiche imponevano la creazione di un nuovo diritto, *ius honorarium*, più veloce, flessibile e svecchiato rispetto al *ius Quiritium*.

Il *praetor peregrinus* usa l'equità come criterio per mezzo del quale garantire nuove tutele: nel mutato contesto culturale, le conquiste economiche e sociali che alimentano il III secolo a.c. spingono alla creazione di un nuovo processo e di nuovi strumenti idonei ad inserire correttezza ed equità nella dinamica dei rapporti tra le parti. *Adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*, sono inseriti alcuni rimedi (*exceptio, praescriptio, actiones utiles* ...) con i quali viene modulata la formula processuale per superare le disarmonie del sistema. L'equità si inseriva nell'ordinamento con lo scopo di estendere la tutela civilistica, per completare il diritto, non contrapponendosi alla legge ma accompagnandola, come si evince dal riportato brocardo papiniano⁽²²⁾.

4. — *Equità e regole dell'interpretazione.*

L'equità, inserita negli artt. 1374 e 1371 c.c. come fonte d'integrazione del contratto, è sovente richiamata nel codice del 1942 ed il suo raggio d'azione risulta ampiamente aumentato rispetto a quanto avveniva nel precedente

⁽²¹⁾ Definisce il giudizio secondo equità “mistero” F. GALGANO, *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Walter Bigiavi, Torino, 1999, p. 383 ss.

⁽²²⁾ La stessa logica è quella che ispira i sistemi di common law ove si afferma che «equity follows the law».

corpo codicistico, come dimostrato dall'incremento quantitativo delle disposizioni che richiamano il criterio equitativo, insieme alla buona fede e alla correttezza⁽²³⁾.

Se nel codice del 1865 chi si avvicinava all'equità era tenuto a chiarire il rapporto con il dato normativo essendo l'ordinamento basato sulla norma scritta; a fronte del processo "di decodificazione"⁽²⁴⁾, il sistema è oggi caratterizzato da un momento produttivo della legge e da uno creativo dell'equità la quale opera in caso di assenza di legge, ma, anche, in alcuni casi, in direzione *contra legem* con funzioni sostitutive nel caso concreto.

Il fenomeno equitativo attraversa la legislazione del 1865 e le conquiste raggiunte vengono elaborate nel codice successivo.

Sotto il primo codice, in molti ambiti le corti di merito precedono il legislatore, ad esempio nella materia del lavoro, ove si percepisce impellente il bisogno di annullare l'ineguaglianza della posizione dei soggetti coinvolti nel contratto d'opera. Facendo ricorso all'art. 1124 c.c. i giudici prescindono dal dato normativo, o perché carente o perché inadeguato e inseriscono nella costruzione del regolamento negoziale nuovi vincoli: l'istituto della sopravvenienza contrattuale e la riconduzione ad equità della clausola penale manifestamente eccessiva ne sono esempi evidenti.

Ma dall'uso dell'equità per reagire alle carenze normative si passa, con il codice del 1942, alla classificazione di istituti che, ignorati fino ad allora dalla legge, avevano trovato origine nella giurisprudenza⁽²⁵⁾.

Nel codice attuale vengono normativizzate le conquiste che la giurisprudenza antecedente aveva compiuto. L'equità diventa componente essenziale del sistema in quanto strumento atto a recepire le trasformazioni della so-

⁽²³⁾ Nel vigente codice civile si è determinata una «valorizzazione dei presupposti etici nell'agire dei soggetti di diritto», così, P. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Scritti giuridici in onore di M. Cavaliere*, Padova, 1960, p. 412.

⁽²⁴⁾ È N. Irti che definisce come «età della decodificazione» quella «caratterizzata dal fitto e quotidiano moltiplicarsi delle leggi speciali che edificano accanto alle solenni architetture dei codici, un altro diritto: più mutevole ed effimero, ma portatore di esigenze e criteri di disciplina, ignoti al vecchio sistema» in *L'età della decodificazione*, IV, Milano, 1999, p. 27.

⁽²⁵⁾ Un esempio è quello dell'art. 2054 c.c. La giurisprudenza, sotto il vigore del codice del 1865, aveva già reso vincolante la norma poi positivizzata nel 1942.

cietà in campo giuridico, fattore dinamico che modella il diritto ai luoghi, ai tempi e alle circostanze che cambiano.

Se la relazione sotto il codice del 1865 era equità-legge, sotto il codice successivo il binomio diventa equità-autonomia privata e l'operatività del principio equitativo non può ipotizzarsi senza l'attività discrezionale del giudice.

5. — *Interrelazione tra equità sostitutiva ed integrativa.*

«Il termine equità ha senza dubbio assunto un significato giuridico stereotipo e tralatizio che fa sì che il legislatore lo utilizzi senza nemmeno rendersi conto di ciò che esso dovrebbe in realtà esprimere»⁽²⁶⁾.

La natura proteiforme e le sue molteplici funzioni rendono la materia dell'equità sotto molti aspetti evanescente, inafferrabile.

L'equità sostitutiva processuale in un sistema chiuso come il nostro è il potere di decidere le controversie secondo le facoltà concesse al giudice dal legislatore. Rivelano le norme inserite negli artt. 113 e 114 del codice di rito. La prima statuisce che «nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità. Il giudice di pace decide secondo equità la causa il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelli derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'articolo 1342 del codice civile». La seconda che «il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando essa riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta».

Quando al giudice è lasciato il potere di decidere non mediante l'applicazione della norma di legge ma formulando una regola particolare tagliata sul caso concreto, allora si crea, sulla base del sentire sociale e morale dell'operatore, una "legge del caso specifico". Egli giudica col proprio discernimento⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 129.

⁽²⁷⁾ Come è stato detto, «è come se la legge dicesse al giudice: giudica secondo il criterio che io stessa ti avrei imposto se mi fossi pronunciata sul caso»: G.M. CHIODI, *Equità la categoria regolativa del diritto*, Napoli, 1991, p. 35.

La pronuncia secondo equità è la dichiarazione da parte del magistrato di una regola di giudizio del singolo caso che si sostituisce alla regola generale ed astratta che risulta dalla norma. Il legislatore abdica alla propria funzione di produzione delle norme e investe il giudice del potere di creare la regola adatta al caso.

Il giudizio equitativo avviene sulla base di quanto il giudice, con la sua coscienza, la sua morale e le sue convinzioni ritiene giusto per il caso che gli è sottoposto. Il potere giudiziario e quello legislativo si condensano nella persona del giudice che opera come legislatore e giudice al tempo stesso, con la conseguenza che, per mezzo del ricorso al parametro equitativo, si possono far entrare, nel nostro sistema, codificato, fisso, chiuso, nuovi valori attraverso valutazioni intuitive e non sillogistiche. Il nostro modello si avvicina allora, in questi casi, a quello proprio dei paesi di *common law*, diventando centrale la figura del magistrato.

Fenomeno diverso è quello dell'equità integrativa, la quale risulta necessaria a specificare elementi del regolamento contrattuale non configurabili in astratto⁽²⁸⁾.

L'equità integrativa di diritto positivo costituisce uno strumento di equilibrio fra gli opposti interessi in gioco, per la congruità dello scambio contrattuale. Essa si sostanzia nel criterio del giusto temperamento delle dinamiche della relazione che coinvolge i contraenti, avendo riguardo allo scopo e alla natura dell'affare.

Il criterio di equità è un criterio di valutazione sussidiario che adiuva l'ordinamento e il regolamento contrattuale: nell'architettura ideata dalle parti si inserisce come parametro di risposta agli interrogativi posti dalle esigenze economiche, per mezzo del quale si completa la volontà pattizia valorizzando le circostanze concrete che, altrimenti, in quanto non positivizzate, rischierebbero di non essere considerate. Il tema dell'equità, difatti, è stato rilevato⁽²⁹⁾: «emerge nei momenti in cui (...) è difficile controllare e gestire la

⁽²⁸⁾ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Ed. minor, 1, Torino, 2016, p. 67.

⁽²⁹⁾ C. SALVI, *L'equità*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, collana dei convegni di studio *Problemi attuali di diritto e procedura civile*, 1975, p. 295.

dinamica sociale mediante le consuete tecniche della legislazione analitica».

Secondo parte della dottrina la forza e il carattere globale dell'attività integrativa che il giudice può compiere *ex art.* 1374 è tale che può arrivare anche a sovvertire la conformazione negoziale scelta dalle parti, in modo così profondo e radicale da definire un nuovo perimetro del contratto. In queste ipotesi, tra l'equità integrativa e il giudizio del caso concreto *ex art.* 114 c.p.c. ci sarebbe perfetta convergenza.

Tale teoria parte dal pensiero aristotelico. Il filosofo nell'Etica Nicomachea affermava infatti che: «quando la legge parla in senso generale, ma si riferisce a fatti particolari, allora è bene integrare ciò che è stato tralasciato dal legislatore, per avere parlato in senso assoluto, con ciò che lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e ciò che avrebbe prescritto se lo avesse preveduto nel particolare. Perciò l'equo è giusto e migliore di un certo giusto; non del giusto assoluto, ma di quello che pecca per assolutezza; ed è questa la natura dell'equo, di essere correzione della legge ove essa manca per la sua assolutezza»⁽³⁰⁾.

La coincidenza tra l'equità e il giudizio del caso concreto sussisterebbe, secondo questa visione, nei casi in cui il potere del giudice è totale, completo e libero, ammettendo le due disposizioni un intervento potenzialmente globale. D'altro canto la stessa dottrina escluderebbe l'identità tra equità civile e processuale laddove il compito del giudice sia quello di mera applicazione di un parametro economico-patrimoniale, non potendosi cogliere, in questa operazione, alcuna forza autonoma e peculiare.

La concezione maggioritaria rifiuta l'idea di aderenza tra le due equità, ritenendole contrapposte⁽³¹⁾: mentre l'equità processuale sostitutiva causa la disapplicazione della *regula iuris*, quella integrativa è uno strumento che la legge mette a disposizione del giudice per concepire in concreto elementi che la norma di diritto applicata non conterrebbe né configurerebbe in astratto, rischiando, altrimenti, l'inefficienza della tutela apprestata.

⁽³⁰⁾ Traduzione di R. VECCHIONE, *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1957, p. 626.

⁽³¹⁾ Parla in questi termini della contrapposizione E. GRASSO, *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1980, p. 443 ss.

La differenza si coglie con facilità ammettendo che, mentre nell'ambito della materia contrattuale «l'equità non rappresenta un autonomo principio regolativo»⁽³²⁾ che porti alla sostituzione della norma di diritto venendo in rilevanza solo nei limiti e nei casi in cui la legge la richiama espressamente, data la sua funzione sussidiaria ed integrativa; nell'ipotesi di cui all'art. 114 c.p.c. il giudizio secondo equità rimpiazza quello di legalità e il giudice può sostituire le conseguenze che discendono dalla norma con quelle che provengono dall'equità. Ciò nonostante la decisione è pur sempre atto secondo diritto anche se non applicativo della legge positiva⁽³³⁾.

L'equità processuale è attività giudiziale che sostituisce e disapplica la legge, fondando il giudizio nel foro *conscientiae* del magistrato; il principio equitativo civile trova espressione nella legge e l'attività giudiziale diventa un mezzo di co-partecipazione alla costruzione del contratto. Si disconosce così l'identità tra i due tipi di equità, restando il *trait d'union* solo quello del legame con la figura del magistrato.

6. — *Equità e buona fede nel contratto.*

L'equità è richiamata nel codice civile in diverse disposizioni e, seppure diverse siano le dinamiche per mezzo delle quali essa agisce, lo scopo perseguito è comune, vale a dire quello di mettere il contratto in equilibrio, realizzando la parità sostanziale tra i soggetti coinvolti.

Prima norma è l'art. 1371 c.c. La disposizione impone la regola interpretativa del contratto a titolo oneroso, qualora il suo significato sia rimasto oscuro, nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti.

L'equo contemperamento degli interessi è realizzato in considerazione dell'accordo raggiunto dalle parti; qualora non sia possibile accertare la

⁽³²⁾ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 225.

⁽³³⁾ Così scrive R. CALVO, *L'equità nel diritto privato, individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010, p. 56.

volontà originaria dei contraenti, neppure con l'impiego della buona fede, il giudice sarà legittimato a stabilire l'ordine che consenta l'equilibrata esecuzione delle prestazioni, secondo il criterio commutativo. L'intervento del giudice stabilisce l'equilibrio economico del contratto oneroso mediante un'interpretazione che tenga conto dei reali interessi di entrambe le parti e li omogeneizzi sulla base della regola della commutatività. In tale valutazione il giudice deve tenere conto di quanto appare dal contesto dell'operazione negoziale più che dal testo del contratto per rendere equilibrate le obbligazioni secondo il principio del giusto prezzo di mercato.

La materia delle fonti integrative del contratto è condensata in due articoli fondamentali.

Il codice attuale ha, difatti, sdoppiato in due disposizioni – artt. 1374 e 1375 c.c. – quanto il testo Pisanelli del 1865 prevedeva in un unico articolo, il 1124⁽³⁴⁾.

La duplicazione sarebbe, secondo una dottrina, il frutto di una scelta redazionale che risponde dell'influenza che l'esperienza francese (Code Napoléon, artt. 1134 e 1135) ha giocato sul nostro codice⁽³⁵⁾.

Altri ritengono invece si tratti di una consapevole scelta legislativa, non dovendosi attribuire alla buona fede, funzione integrativa⁽³⁶⁾.

I sostenitori di quest'ultima visione ipotizzano un'incompatibilità ontologica-funzionale tra la clausola generale della buona fede e il processo integrativo a causa non solo dell'eccessiva genericità o "vaghezza" della prima

⁽³⁴⁾ Il testo dell'articolo 1124 cod. civ. 1865 disponeva che: «I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano».

⁽³⁵⁾ Per una indagine sul ruolo della buona fede nel Code Napoléon, nei codici preunitari e del 1865, si veda G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 64 ma anche, dello stesso autore, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723; e, anche E. RUSSO, *J. Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita not.*, 2002, p. 1247.

⁽³⁶⁾ U. Majello nega la funzione integrativa della buona fede in *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 47; ma, anche, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, pp. 361-363; e M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Artt. 1374-1381*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999.

ma anche per il fatto che la fase in cui la buona fede opera, quella esecutiva, è successiva da un punto di vista logico-cronologico al momento costitutivo-programmatico in cui agiscono le fonti eterointegrative⁽³⁷⁾.

Chi afferma la potenzialità della buona fede ad integrare il contratto ritiene che l'elenco dell'art. 1374 c.c., debba essere arricchito dalla correttezza, fonte legale che sarebbe prevista dalla stessa disposizione⁽³⁸⁾, la quale ammette, oltre all'equità e agli usi, anche, appunto, la legge⁽³⁹⁾.

In materia di obbligazioni il principio di buona fede e correttezza è previsto nella norma base contenuta nell'art. 1175 c.c. come «requisito etico della condotta delle parti di ogni rapporto obbligatorio»⁽⁴⁰⁾.

In sede negoziale il valore della correttezza è considerato e inserito in diverse disposizioni che coprono sia la fase statica di formazione del contratto che quella dinamica di sua esecuzione. Il legislatore valuta la buona

⁽³⁷⁾ L'idea di ritenere la buona fede come forza di integrazione del contratto è stata esclusa in dottrina, tra gli altri, anche da U. Natoli, il quale escludeva che «la regola della buona fede stesse sullo stesso piano dell'equità, dell'uso, e della legge ai fini della integrazione del contenuto del contratto», dato che «il codice vigente riserva ai due principi due disposizioni diverse (...), distinguendo nettamente il momento della integrazione da quello della esecuzione del contratto (...) l'uno riguarda in astratto il *sensu* del comportamento dei soggetti, l'altro attiene, invece, al *come* di tale comportamento in concreto», in *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1966, p. 27 s.

⁽³⁸⁾ La Relazione al codice civile del 1942 a proposito della integrazione del contratto *ex* art. 238 del progetto (attuale art. 1374) richiama la buona fede: «perché di buona fede deve anche essere esercitato il diritto».

⁽³⁹⁾ Diverso è il discorso relativo all'integrazione del contratto, che sarà approfondito in seguito, ove ad una prima tesi classica nella quale l'equità poteva avere solo funzione suppletiva nel senso di strumento a sostegno dell'autonomia privata per fornire sostegno alle carenze e lacune previste dalle parti, si contrapponevano i fattori della integrazione cd. cogente nella quale l'equità potrebbe addirittura prevalere su quanto previsto pattiziamente. Tuttavia tale ultima lettura non tiene in debita considerazione il tenore dell'art. 1374 che non prevede affatto un principio di sostituzione automatica al pari dell'art. 1339 ove l'integrazione di fonte legale è disciplinata da apposite norme. Sul tema per una sintetica ma esauriente ricostruzione e sui risvolti soprattutto in tema di contratti bancari ad interessi usurari si veda A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in questa *Rivista*, 2002, pp. 342-344; e più ampiamente A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, cit., pp. 35-47.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. in questi termini, Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Giur. it.*, 2005, p. 1810.

fede in numerose norme con relazione al primo momento di assunzione dell'obbligazione contrattuale fino a quello della sua estinzione: l'art. 1337 c.c. per le trattative del negozio e l'art. 1366 c.c. per la sua interpretazione, l'art. 1375 c.c. per l'esecuzione, oltre a norme più settoriali (artt. 1358, 1460, 2° comma e 1746 c.c.).

L'accesso della buona fede come fonte del contratto sarebbe assicurato dalla regola di correttezza nella fase di esecuzione. L'elenco contenuto nell'art. 1374 c.c. si estenderebbe sulla base di un ragionamento sillogistico le cui premesse sarebbero: *a)* l'art. 1374 c.c. ammette la legge come fonte eterointegrativa; *b)* la buona fede è prevista dalla legge, *ergo c)* la buona fede, in quanto richiamata dalla legge, è fonte integrativa del contratto.

La critica eccepisce che l'art. 1374 c.c. non si possa considerare norma in bianco. Se così fosse solo la legge sarebbe fonte integrativa ed anche il richiamo all'equità e agli usi sarebbe superfluo, essendo, questi e quella, comunque previsti da disposizione di legge.

La soluzione sarebbe allora di considerare tassativo il contenuto della norma, e, «a fronte della previsione di una chiusura generale, il legislatore avrebbe inserito delle singole autonome aperture»⁽⁴¹⁾.

L'art. 1375 c.c. sarebbe fonte integrativa *ex se*, autonoma e slegata rispetto alla disposizione che la precede, la quale, verrebbe addirittura superata. L'autonomia spiegherebbe, del resto, la previsione di due distinte disposizioni.

Tanto accogliendo la prima lettura quanto quest'ultima, comunque si dovrebbe riconoscere nella buona fede uno strumento integrativo del sistema contrattuale.

Sia che si riconosca la buona fede esecutiva come fonte integrativa prevista dalla legge *de relato* all'art. 1374 c.c., ovvero che si assuma l'art. 1375 c.c. come fondamento normativo autonomo, in ogni caso, la buona fede, come fonte legale, integrerebbe il contratto, come confermato dalla recente giurisprudenza che le riconosce ruolo fondamentale nella rinegoziazione del

⁽⁴¹⁾ Così, testualmente, G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 126.

contratto di durata, quando alcune circostanze lo abbiano reso eccessivamente oneroso per alcuna delle parti⁽⁴²⁾.

La concreta operatività della clausola di buona fede sarebbe, secondo alcuni⁽⁴³⁾, riconducibile direttamente alle norme costituzionali e ai doveri di solidarietà ivi contenuti mentre, per altri⁽⁴⁴⁾, occorrerebbe far riferimento alle scelte negoziali compiute dalle parti al momento di conclusione del contratto per ricavare il dovere di correttezza che obbliga i contraenti a ridiscutere le condizioni dell'affare qualora la situazione sia mutata⁽⁴⁵⁾.

7. — *Buona fede soggettiva e oggettiva.*

La buona fede nella sua veste integrativa deve esser considerata non in senso soggettivo⁽⁴⁶⁾ come stato intellettuale di mancata conoscenza della lesione del diritto altrui⁽⁴⁷⁾, ma, piuttosto, in senso oggettivo, come regola di

⁽⁴²⁾ Nelle parole di G. ALPA, «estrema applicazione della regola della buona fede», in *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale in onore di A. Burdese*, Padova, 2003, p. 157.

⁽⁴³⁾ G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 277; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 169.

⁽⁴⁴⁾ V.M. CESÀRO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 187, rileva che per l'operatività della buona fede non è necessario utilizzare elementi esterni al contratto quanto avere come base da valorizzare il contratto stesso e da esso ricavare l'operatività della clausola di buona fede.

⁽⁴⁵⁾ M. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 421, secondo cui le parti «in esecuzione dell'obbligo rinegoziativo, sarebbero tenute in forza del principio di buona fede a cooperare per ricostruire l'originario equilibrio economico tra le prestazioni, turbato dalla sopravvenienza».

⁽⁴⁶⁾ La buona fede in senso soggettivo è negli artt. 1147, 1415, 1445, 1192, 2° comma, 2033, 129-bis, ma anche 534 e 584 c.c.

⁽⁴⁷⁾ Accurata analisi delle distinzioni relative alla buona fede in senso soggettivo-oggettivo è stata fatta da G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 1-30.

condotta⁽⁴⁸⁾, «impegno di cooperazione», «spirito di lealtà», «attiva cooperazione e rispetto reciproco tra i contraenti»⁽⁴⁹⁾; cooperazione, lealtà e correttezza diventano i canoni volti a valutare la condotta di ciascuna parte e la legittimità delle pretese di una nei confronti dell'altra.

La buona fede è «clausola generale per eccellenza»⁽⁵⁰⁾ che si limita ad indicare un criterio di giustizia all'interprete tenuto ad elaborare una regola specifica legata al caso *de quo*, con lo scopo di massimizzare il benessere individuale e collettivo⁽⁵¹⁾.

Le clausole generali sono come dei contenitori vuoti che l'interprete deve riempire tramite un processo che si avvale di valori costituzionali e di principi generali volti a materializzarla. Alla clausola della buona fede l'interprete conferisce concretezza tramite il principio di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Carta Costituzionale, oltre che con gli artt. 3 e 41.

La buona fede come veicolo del principio solidaristico diventa presupposto necessario per il funzionamento dell'attuale economia fondata sullo scambio di beni e servizi poiché solo conferendo rilevanza alle esigenze pubbliche e sociali si riesce ad ottenere l'equilibrio sostanziale dell'operazione negoziale.

Il principio di solidarietà⁽⁵²⁾ opera come criterio di reciprocità che impone a ciascuna parte di comportarsi in modo tale da garantire il rispetto degli interessi dell'altra, a prescindere dagli obblighi contrattuali specifici e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*.

⁽⁴⁸⁾ Sulla distinzione tra buona fede intesa come fatto psicologico e buona fede quale criterio di comportamento, si confronti R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 17.

⁽⁴⁹⁾ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 65 ss.

⁽⁵⁰⁾ L'espressione è di C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29.

⁽⁵¹⁾ Così definisce, nella sua indagine sul mercato e le sue regole, la clausola della correttezza F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova 2010, p. 61.

⁽⁵²⁾ Con riguardo alla giuridicità della solidarietà si consulti G. NICOLETTI, *Solidarismo e personalismo*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 835 ss.; ma, anche G. ALPA, *La solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 365 ss.

La correttezza dell'agire «non si ferma a delimitare diritti e doveri delle parti»⁽⁵³⁾ diventando piuttosto strumento di attuazione di etica imprenditoriale, congegno attraverso il quale si adatta l'intesa contrattuale alle sottostanti richieste di giustizia contrattuale, realizzando una saldatura con il collegato principio di equità.

La regola perentoria della buona fede "s'impone" del contratto diventando suo elemento essenziale; migra nel negozio giuridico la *vis imperativa* del precetto costituzionale di solidarietà e si inseriscono nel patto convenzionale obblighi che il limite generale della correttezza rende valevoli anche qualora determinino un sacrificio all'autonomia negoziale volendo garantire la validità sociale, ancor prima che quella giuridica, del contratto.

La fattispecie legale della buona fede prescrive comportamenti di lealtà che si aggiungono agli obblighi stabiliti dal progetto negoziale pattuito, arricchendo il rapporto obbligatorio di nuovi oneri e doveri a carico delle parti, vincoli correttivi che «consentono la formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità di ordine sociale perseguite dall'ordinamento»⁽⁵⁴⁾.

Se in alcuni casi il legislatore ha fissato in specifiche norme la regola di correttezza da seguire, in altre circostanze, essa resta in incognita, in quanto atipica, fino a quando non venga valutata con riguardo all'operazione concreta; in queste ipotesi, essa genera vincoli da calibrare sull'operazione economica programmata dalle parti, tenendo in considerazione la coscienza giuridico-morale della comunità.

Solo valutando il programma dei contraenti nel contesto delle relazioni politiche e sociali che fanno da cornice all'attività privata si possono individuare, infatti, delle regole di condotta specifiche anche contro la volontà dei soggetti coinvolti, dovendosi tutelare un principio generale superiore agli interessi privati interessati.

Ai costi e ai profitti rientranti nell'assetto voluto dalle parti si aggiungono quelli che l'integrazione tramite buona fede procura.

⁽⁵³⁾ Così testualmente C. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1984, p. 493.

⁽⁵⁴⁾ Così testualmente S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 178.

8. — *Buona fede e principio di neminem laedere.*

Dalla clausola generale discende un vincolo specifico, differente dal mero, generico dovere di *neminem laedere*⁽⁵⁵⁾.

Il “non recare danno ad altri” è un vincolo generale⁽⁵⁶⁾; indeterminato oggettivamente perché non prevede atti di natura specifica o tipica, ma solo un certo contegno, esso è, anche soggettivamente indefinito, in quanto rivolto a tutti i consociati.

Qui il legislatore sanziona chiunque violi il dovere, mentre nelle norme che prevedono la buona fede il comando che la clausola generale aziona è rivolto ad un soggetto specifico, vale a dire, la parte del contratto.

L' 'inottemperanza delle peculiari attività e degli obblighi “caratterizzati” che la correttezza impone non comporta, perciò, la collisione del principio di *neminem laedere* ma, piuttosto, la rottura di una regola fissa; una norma di convivenza superiore, che esige un comportamento onesto e leale nelle attività che prendono vita nella comunità economica, rispettando gli interessi pattuiti e non frustrando gli ordini legali nei quali è stato consacrato e dedotto il principio di buona fede.

Mentre in caso di responsabilità aquiliana si viola un principio valevole *erga omnes* come dovere di astensione, qui c'è una condotta doverosa *ex lege* che, se non attuata, determina la configurabilità di una deviazione dalla clausola contrattuale di lealtà, con conseguente responsabilità per inadempimento contrattuale.

La legge della buona fede appresta una disciplina inderogabile in quanto funzionale all'interesse pubblico e, per questo, opera con la stessa forza tipica del meccanismo dell'inserzione di diritto di clausole e prezzi di beni o servizi di cui all'art. 1339 c.c.

⁽⁵⁵⁾ «La correttezza non si identifica con un generico dovere di rispetto della sfera giuridica altrui: così intesa, essa diverrebbe un vano concetto, impossibilitato ad assumere un proprio significato tra la disciplina dell'inadempimento e quella della responsabilità civile; o destinato a duplicare, come misura dello sforzo del debitore, la diligenza»: così scrive S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 161.

⁽⁵⁶⁾ S. PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 98 ss. L'autore identifica nell'*alterum non laedere* sia un principio generale che un dovere generale.

La determinazione legale della correttezzapregna il negozio giuridico come elemento normativo che supera la libertà privata, per tutelare interessi generali; essa non può essere derogata dai soggetti coinvolti, alla stregua di quanto avviene per i prezzi imperativi, in quanto nella norma inderogabile si ha una trasposizione dell'interesse pubblico.

La condotta violativa della regola imperativa di buona fede porterebbe ad un'anomalia del sistema, dannosa per il funzionamento del contratto e, come tale, da modificare.

La condotta contraria a buona fede deve essere "bloccata", tuttavia, se si ammettesse che la violazione dell'obbligo di correttezza determinasse l'invalidità dell'atto negoziale, si arriverebbe all'insensatezza che quanto inserito *ex lege* per garantire le posizioni contrattuali, porterebbe, all'opposto, alla loro dissoluzione. Ciò che l'ordinamento offrirebbe in un'ottica di salvaguardia e conservazione del contratto, acquisterebbe potenzialità distruttiva. Il paradosso sarebbe evidente: la buona fede inserita per solidificare il contratto e proteggere le parti, diverrebbe strumento pericoloso e lesivo.

La sua violazione condurrebbe all'esito opposto rispetto al motivo per il quale opera ed il contraente disonesto potrebbe agire in modo non conforme a buona fede allo scopo di sabotare l'operazione.

La soluzione è trovata nel fenomeno della sostituzione automatica delle clausole per una «pubblicizzazione» del contratto⁽⁵⁷⁾.

Si ricorrere al meccanismo dell'art. 1419, 2° comma c.c. che ammette l'assorbimento e il rimpiazzo della clausola nulla con la disposizione legale della buona fede, per la salvaguardia generale, essendo gli interessi non solo quelli dei privati, ma anche quelli della collettività⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ S. PATTI, *Responsabilità e contratti standard*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, p. 244 ss.

⁽⁵⁸⁾ Si confronti la sentenza di Cass., 29 Settembre 2005, n. 19156, la quale riconosce nella sostituzione di clausole nulle un diritto alla salvaguardia del contratto posto a tutela di interessi di carattere generale.

9. — *Responsabilità contrattuale e buona fede nell'esecuzione.*

Assodato il ruolo della buona fede come fonte integrativa, occorre tuttavia chiarire come il collegamento dell'art. 1375 c.c. con la disposizione contenuta nel precedente 1374 c.c. non risolva integralmente l'operatività del principio di correttezza nella materia contrattuale.

Come principio generale di solidarietà contrattuale, con la sua struttura polivalente, la buona fede si articola in due canoni di condotta: il primo attinente alla fase di formazione-interpretazione, come espresso negli artt. 1337, 1338 e 1366 c.c., il secondo proprio della fase di esecuzione, ove viene in rilievo la norma dell'art. 1375 c.c.

Se con riguardo alla prima funzione la buona fede si traduce in un dovere di reciproca lealtà ovvero come fedeltà ad un accordo concluso, la norma su cui si basa l'integrazione del contratto, l'art. 1375 c.c., svolge funzione aggiuntiva, ponendo, altresì, dei limiti in sede esecutiva, così da controllare e direzionare il potere discrezionale che le parti hanno in questa fase.

La norma quando afferma che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, stabilisce un precetto diretto al giudice, al quale viene indicato il modello di decisione, ma, anche, ai consociati, ai quali viene spiegata la regola di comportamento da seguire.

Nella fase di esecuzione, il canone della correttezza esige che la parte compia tutto quanto è necessario perché l'altro contraente possa avere soddisfazione della propria pretesa, cooperando, pur sempre entro certi limiti (non si può richiedere che venga offesa e sacrificata eccessivamente la posizione dell'agente), per il conseguimento di quanto voluto dall'altro.

La regola determinerebbe il dovere per le parti di preservare l'interesse altrui spingendosi oltre lo sforzo di diligenza: il contraente non solo dovrebbe impiegare tecnicamente e volitivamente quanto necessario nell'esecuzione della prestazione, ma sarebbe tenuto altresì ad orientare la sua condotta ad un dovere maggiormente esteso, vale a dire fare tutto ciò che può consentire il soddisfacimento delle altrui ragioni.

Chi esegue la prestazione deve, per essere adempiente, non solo agire in modo attento ed esente da colpa ma anche prendersi cura degli interessi

della controparte e spingere il suo operato tanto quanto risulti necessario affinché l'altro contraente ottenga il massimo godimento., in relazione alle circostanze del caso concreto, con il principio di cui all'art. 1375 c.c.

L'adempimento si colora di contenuti etico-sociali; l'esigenza di solidarietà e il dovere di collaborazione che la correttezza pone in capo agli obbligati è più della mera esattezza o coscienziosità che la diligenza vuole⁽⁵⁹⁾. Deriva che, indipendentemente dal fatto che l'esecuzione del contratto sia avvenuta con l'impiego del massimo grado di diligenza possibile, potrebbe verificarsi difformità dell'attività compiuta, in relazione alle circostanze del caso concreto, con il principio di cui all'art. 1375 c.c.

Le funzioni che la buona fede svolge atteggiandosi ora come regola di fedeltà al regolamento, ora come obbligo di protezione degli interessi dell'altro possono operare contemporaneamente: accertato il contenuto del contratto con l'impiego della clausola della correttezza, si dovrebbe verificare se sia legittima e in buona fede la pretesa avanzata da una delle parti in relazione agli interessi collettivi coinvolti nel contratto.

Le due funzioni possono coesistere ed entrambe devono essere riconosciute come inderogabili, non potendo le parti escludere pattiziamente un intervento giudiziale volto a tale sindacato. Tale duplice natura del canone di buona fede determina la necessità che non resti estraneo all'indagine sulla clausola di correttezza lo studio dell'abuso del diritto e dell'*exceptio doli generalis* essendo entrambe manifestazioni tipiche della sua violazione.

10. — *Abuso del diritto e buona fede.*

La formula «abuso del diritto» fu coniata, nel secolo scorso, dai giudici francesi in relazione alle distorsioni relative al diritto di proprietà⁽⁶⁰⁾. Si iniziò

⁽⁵⁹⁾ Nella lettura compiuta da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 160, nel rapporto che lega la diligenza alla lealtà, «la buona fede sarebbe il contenuto del dovere esecutivo mentre la diligenza definirebbe la misura di quanto richiesto».

⁽⁶⁰⁾ La ricostruzione della figura dell'abuso del diritto è contenuta in S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 1.

a parlare di abuso del diritto innanzitutto con riferimento ad un uso distorto rispetto alle finalità cui lo stesso è preordinato. Il riferimento al diritto di proprietà ed al suo esercizio, in funzione di limite ai poteri del proprietario, deriva dal fatto che esso è stato considerato paradigma del diritto soggettivo, che ne ha costituito il prototipo⁽⁶¹⁾.

Interrogandosi circa la legittimità di un diritto esercitato oltre quanto la coscienza sociale ritenesse giusto, si cominciò a sindacare per una composizione degli interessi che risultasse adeguata, al di là del contenuto specifico delle facoltà attribuite da quel diritto.

Il principio dell'abuso nato in sede giurisprudenziale è stato recepito dai legislatori di alcuni paesi in forma esplicita. In Germania il principio è avvicinato all'intenzione di nuocere (§226 BGB) e sanzionato con l'inaammissibilità del diritto esercitato con il solo scopo di provocare danno ad altri. Nel codice civile svizzero il riferimento si trova all'art. 2 che prevede che «ognuno è tenuto ad agire secondo buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge».

Nel nostro codice, invece, manca una definizione del diritto abusivo nonostante nel progetto di Codice italo-francese fosse stata ideata la presenza di una disposizione generale relativa all'abuso del diritto, oltre che nel progetto originario del nostro codice, il quale, all'art. 7, stabiliva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è riconosciuto».

Il timore di un'eccessiva apertura al potere discrezionale del giudice determinò una rinuncia alla norma definitoria; ciononostante, le disposizioni che si riferiscono all'abuso nell'ambito del codice non mancano.

Si tratta dell'art. 833 c.c. in materia di atti emulativi; del 1059 c.c., il quale impone al comproprietario che abbia concesso una servitù di non ostacolarne l'esercizio; del 1015 c.c. per l'abuso dell'usufruttuario; del 2793 c.c. relativo all'abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio, ma anche di recenti

⁽⁶¹⁾ Per una ricostruzione sintetica dell'evoluzione del diritto soggettivo di proprietà come esempio paradigmatico si veda F. SCAGLIONE, *Abuso del diritto nel contratto*, in questa *Rivista*, 2012, pp. 240-245.

interventi normativi rivolti alla protezione di soggetti ritenuti deboli, come il caso dell'art. 9 della l. 192/1998 che stabilisce che «è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice».

In tutte queste ipotesi si vuole sanzionare l'uso del diritto che fuoriesce dai limiti dello scopo e degli interessi per il quale quello è stato riconosciuto dalla legge. La disciplina dell'abuso trasforma, difatti, da legittima ad antiggiuridica la posizione del titolare del diritto che lo eserciti con modalità non corrette.

Si afferma che da una pluralità di modi di realizzazione dell'interesse, uno soltanto è quello lecito, vale a dire corretto⁽⁶²⁾. In tal senso la nozione di abuso del diritto non può essere scissa da quella di correttezza, costituendone un'applicazione generalizzata⁽⁶³⁾.

Riconoscere che un diritto possa diventare abusivo significa ammettere che il conferimento della facoltà da parte dell'ordinamento di disporre di un potere non è premessa sufficiente per una situazione di giuridicità, essendo all'uopo necessario che quel potere venga esercitato in modo legittimo.

La disciplina dell'abuso porta il titolare del diritto da una zona *in ius*, quella nella quale viene riconosciuta ed attribuita la facoltà, ad un'area *contra ius*: chi fruisce della legittima facoltà in modo arbitrario, distorto ovvero anormale, perché non conforme ai principi dell'ordinamento, siano essi espressi in apposite norme o rinvenibili tra le maglie dei principi generali e l'elasticità delle clausole generali, entra in collisione con la legge e commette abuso.

La reazione si palesa: quel comportamento viene percepito dall'ordina-

⁽⁶²⁾ F. SCAGLIONE, *Abuso del diritto nel contratto*, in questa *Rivista*, 2012, p. 246.

⁽⁶³⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989 (rist.), p. 77, nega la rilevanza della figura dell'abuso del diritto in quanto gli atti contrari alla buona fede e alla correttezza altro non sarebbero che atti contrari alla solidarietà e come tali non costituiscono uno "sviamento del diritto" ma ne sono fuori, oltre il suo limite, perché costituiscono un eccesso e pertanto sono illeciti. *Contra* P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 53, secondo cui «appare più corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell'abuso, piuttosto che sulla norma relativa agli atti emulativi, sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)».

mento non più come espressione di un diritto, ma come abuso del consociato, «tramonto del suo diritto soggettivo»⁽⁶⁴⁾.

Non dice verità il brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit*, e, per questo, possono essere imposti dei confini al diritto, tanto attraverso delle regole specifiche (ad es., art. 833 c.c.) quanto mediante clausole generali che, come quella di buona fede, intervengono come parametri atti a valutare il tipo di uso che venga fatto di quel diritto.

Ecco allora il legame funzionale che avvicina la buona fede all'esercizio equilibrato del diritto soggettivo. La connessione è palesata in alcuni casi come quello dell'art. 2 cod. svizzero, ma è evidente anche nella realtà tedesca, ove giurisprudenza e dottrina, hanno preferito alla norma del codice che richiama l'abuso (§ 226 BGB) quella relativa alla buona fede (§ 242 BGB).

È però soprattutto negli ordinamenti come il nostro, ove manca una formula che espressamente preveda l'abuso del diritto, che il richiamo alla correttezza è stato essenziale. In questi casi la buona fede è diventata l'espedito per ovviare alle deficienze normative tanto da essere considerata, addirittura, come «doppione dell'abuso, non essendo niente di più che un mezzo sicuro ed originale per ottenere un criterio di giudizio più appagante, per la nostra coscienza, di quanto non sia il criterio della legittimità formale degli atti umani»⁽⁶⁵⁾.

11. — *La presunta superiorità della buona fede sull'equità nel diritto europeo dei contratti.*

Indagando sul rapporto che lega la buona fede e l'equità, in dottrina, come in sede comunitaria, è stata affermata la superiorità della prima sulla seconda.

⁽⁶⁴⁾ L'affermazione che il tramonto del diritto soggettivo è fenomeno emergente dalla figura dell'abuso del diritto è di G. Alpa, il quale analizza, con taglio pratico, l'abuso del diritto nel suo contributo *Esercizio del diritto e abuso del diritto*, in M. BESSONE (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 2000, p. 173.

⁽⁶⁵⁾ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 11.

Il progresso economico-sociale della vita moderna ha dettato l'esigenza di un'armonizzazione dell'impianto contrattuale a livello europeo. Per questo scopo sono state istituite Commissioni con il compito di creare delle regole comuni, il c.d. "Diritto privato europeo"⁽⁶⁶⁾.

La correttezza⁽⁶⁷⁾, in quanto principio generale uniforme, è divenuta un mezzo di omogeneizzazione dei sistemi negoziali oltreché uno strumento di connessione tra i diversi ordinamenti. Essa ha assunto valore di raccordo sistematico⁽⁶⁸⁾ affermando un limite di impronta solidaristica alla libertà contrattuale⁽⁶⁹⁾.

Nonostante secondo alcuni non fosse nata sotto una buona stella⁽⁷⁰⁾, è apparsa, in sede europea, in posizione sovraordinata⁽⁷¹⁾ all'equità, già a partire dalla Direttiva 93/13/CEE ove è stata valutata come principio cardine che opera come stella polare per il giudice chiamato a sindacare delle clausole contrattuali.

⁽⁶⁶⁾ Per un quadro delle attività dirette a formare regole comuni europee in materia contrattuale si veda L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 1014 ss.

⁽⁶⁷⁾ «Il riconoscimento della buona fede come principio generale del diritto europeo dei contratti è riconoscimento che un diritto europeo comune è già realtà del presente, ed è una realtà che si muove verso l'ideale di un giusto diritto dei contratti»: così si esprime C.M. BIANCA, *Buona fede e diritto privato europeo*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale in onore di A. Burdese*, cit., p. 205.

⁽⁶⁸⁾ Come precisato da A. Palazzo, «l'idea che della buona fede non si possa fare a meno nella disciplina dell'autonomia contrattuale, ha condizionato tutta l'impostazione dei recenti Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione presieduta da Ole Lando, in essi, infatti, la correttezza può considerarsi come *trait d'union* tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*», in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 125.

⁽⁶⁹⁾ Art. 1:102, secondo il quale: «Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei Principi».

⁽⁷⁰⁾ Così G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., p. 2975.

⁽⁷¹⁾ Per uno studio della buona fede, non solo oggettiva, nell'ordinamento comunitario si veda G.A. BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, cit., p. 189 ss.

Il predominio è stato sostenuto anche in dottrina avendo «la buona fede finito per occupare uno spazio che avrebbe potuto essere dell'equità»⁽⁷²⁾.

La buona fede avrebbe preso il campo dell'altra, in parte, per l'indeterminatezza che permane intorno al concetto di equità e, in parte, per la percezione che l'equità sia estranea al giuridico⁽⁷³⁾.

In realtà, nonostante proliferino le disposizioni contrattuali in favore della buona fede, anche i riferimenti relativi a quest'ultima non mancano essendo rivolta nuova attenzione al potere equitativo-correttivo del giudice.

Ricordando l'efficace metafora di un autore⁽⁷⁴⁾, la buona fede e l'equità sarebbero come due compagni di viaggio che avanzano dal diritto romano fino ai nostri giorni.

Il moto che coinvolge le due forze integrative è quello di un flusso continuo, un andirivieni: il percorso dell'interprete deve partire dall'indagine sulle circostanze fattuali sulle quali si è formato l'accordo e solo dopo aver considerato la *fides*, vale a dire le qualità personali, le circostanze oggettive, le caratteristiche proprie delle parti, le vicende antecedenti e successive alla conclusione del contratto oltretutto la natura dell'accordo, l'interprete-giudice può applicare, verosimilmente, un'equità integrativa che permetta la corretta esecuzione del contratto⁽⁷⁵⁾.

Se l'intero sistema è permeato dalla buona fede, intesa come canone a cui il giudice deve fare riferimento per far emergere l'equità del contratto,

⁽⁷²⁾ Così scrive M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 89.

⁽⁷³⁾ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 113, afferma che «Il richiamo alla correttezza, sollecitava gli spiriti assai più di quello all'equità, quasi che, di quest'ultima, la lunga abitudine e la tradizione antichissima avessero scolorito i contorni e cancellato le possibilità operative: già dalla lettura della *Relazione* al codice civile, invece, sembrava possibile cogliere la nuova consapevolezza che reggeva quel diverso strumento ed individuare per esso concrete possibilità operative, di cui più d'una norma appariva come sicura testimonianza».

⁽⁷⁴⁾ F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, cit., p. 225.

⁽⁷⁵⁾ Sempre A. Palazzo, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, cit., p. 116.

tuttavia l'attuazione del principio di correttezza necessita di un procedimento equitativo da parte del giudice. La conseguenza è che tra buona fede ed equità non c'è preminenza, ma alternanza.

La nozione di equità evoca, infatti, un processo di integrazione che deve tenere in considerazione e valorizzare le circostanze concrete che si colgono attraverso un'interpretazione secondo buona fede delle volontà delle parti; tuttavia, altrove, è l'equità che funge da criterio interpretativo per tenere in considerazione lo spirito più che la lettera della legge⁽⁷⁶⁾.

Da ciò è evidente che le due fonti e le loro funzioni si integrano, come dimostrato dal fatto che in molti ambiti esse vengono allineate, ad esempio nell'ambito dell'art. 1, 2° comma, lett. e) della l. 30 luglio 1998, n. 281, ove vengono considerate, insieme alla trasparenza, diritti fondamentali riconosciuti ai consumatori e agli utenti⁽⁷⁷⁾.

L'interprete, talvolta parte dalla buona fede per stabilire l'equilibrio ovvero la scorrettezza del contratto usando, poi, il giudizio equitativo per darvi esecuzione, altre volte, invece, parte dall'equità per correggere il contratto scorretto: le due fonti agiscono in una continua convergenza, integrandosi reciprocamente.

Il discorso potrebbe concludersi affermando che la buona fede è lo strumento teorico al quale l'interprete deve fare riferimento per valutare l'equilibrio del contratto mentre l'equità sarebbe la tecnica attuativa con la quale il giudice dà giustizia al caso concreto, operando quando sia stato stabilito il punto di proporzione contrattuale⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ Circa la relazione tra equità e buona fede F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2010, p. 57.

⁽⁷⁷⁾ Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, Art. 1, 2° comma: «Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza».

⁽⁷⁸⁾ C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 233 ss.

La repressione, con la buona fede, di un abuso è il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l'equità, «senza fare della prima lo strumento di un giudizio equitativo»⁽⁷⁹⁾.

Continuando e rafforzando la metafora viatica verrebbe da dire che i due viaggiatori percorrono il cammino mano nella mano, con andatura costante e nella direzione comune di sindacare il contratto eccessivamente sproporzionato per renderlo corretto ed equilibrato alle parti.

⁽⁷⁹⁾ L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 149.

ANTONIO MIELE^(*)

LA RESPONSABILITÀ MEDICA ALLA LUCE DELLA «LEGGE BALDUZZI»

Abstract: The paper aims at reconstructing the legal nature of the professional responsibility of the physician after the Balduzzi's reform (Decree Law 13 September 2012, n. 158). The essay retraces the evolution of doctrine and jurisprudence relevant to medical responsibility, with particular reference to the most recent cases before the Court of merit and the 'Suprema Corte di Cassazione'.

SOMMARIO: 1. Le peculiarità della responsabilità del professionista intellettuale. – 2. L'evoluzione giuridica della natura della responsabilità medica. – 3. La controversa natura giuridica della responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi.

1. — *Le peculiarità della responsabilità del professionista intellettuale.*

La professione intellettuale, come autorevolmente enunciato in dottrina, consiste in quelle caratteristiche attività di particolare pregio per il loro carattere intellettuale, che trovano il loro elemento qualificante proprio nella prestazione dell'opera puramente creativa, a significare la peculiarità che si ravvisa nell'apporto offerto dall'intelligenza e dalla cultura del professionista medesimo⁽¹⁾.

Più nel dettaglio, elementi qualificanti della stessa sono: la prestazione di un'opera intellettuale, improntata oltre che ai generali canoni di diligenza e prudenza, alle specifiche regole (*leges artis*) del settore di riferimento del professionista; la tendenziale autonomia e discrezionalità riconosciuta al professionista nell'esecuzione della prestazione, anche ove si inserisca in un rapporto di lavoro subordinato (su tutti l'esempio del medico dipendente

^(*) Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali Luiss Guido Carli di Roma.

⁽¹⁾ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 70.

dell'ente ospedaliero); il carattere personale della prestazione ai sensi dell'art. 2232 c.c., in ragione del rapporto fiduciario che viene ad instaurarsi tra professionista e cliente⁽²⁾. Inoltre, per l'esercizio di talune professioni intellettuali è necessaria per legge l'iscrizione in appositi albi o elenchi *ex* art. 2229 c.c.

L'art. 2230 c.c., regolamentando il contratto d'opera professionale richiama, da un lato, la normativa dettata nel capo di cui esso fa parte, dall'altro, in quanto compatibili, le disposizioni dettate per il contratto d'opera (art. 2222 c.c.). Le fattispecie previste dall'art. 2222 c.c. e dall'art. 2230 c.c., si configurano come due *species* del medesimo *genus*, rappresentato dalla categoria del lavoro autonomo. L'aspetto di distinzione tra le due fattispecie si riscontra nella diversa natura dell'opera svolta dal singolo prestatore. Mentre nel contratto d'opera questa consiste in una qualsiasi attività che determini una modificazione dello stato preesistente di una cosa, realizzandosi con ciò, anche qualora si tratti di un servizio, al contrario nel contratto d'opera intellettuale l'opera, o più precisamente la prestazione, consiste nell'attuazione di un determinato comportamento rispetto ad un risultato. Nel contratto d'opera intellettuale l'opera rileva, quindi, nel suo aspetto dinamico e strumentale, quale tramite per il conseguimento di un determinato obbiettivo, anche se non è escluso che oggetto del contratto tra professionista intellettuale e cliente possa essere proprio un *opus*.

Il codice civile prevede per il contratto d'opera intellettuale una disciplina speciale rispetto allo schema generale della *locatio operis*. Ricorrono, nello specifico, indubbi aspetti favorevoli quali la disciplina sul compenso, le spese e gli acconti *ex* artt. 2233 e 2234 c.c. e soprattutto sulla responsabilità *ex* art. 2236 c.c., ma anche taluni aspetti sfavorevoli, quale quello sulla facoltà di recesso del cliente di cui all'art. 2237 c.c.⁽³⁾.

⁽²⁾ Il dettato dell'art. 2232 c.c. prevede che: «il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto». Ciò non esclude che il professionista, nell'adempimento della propria prestazione, possa avvalersi di ausiliari e sostituti, purché questi operino sotto la sua direzione e responsabilità in modo tale da salvaguardare il *proprium* del legame fiduciario.

⁽³⁾ Il disposto dell'art. 2237, 1° comma c.c., riconosce in favore del cliente il diritto di recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il

Tra gli aspetti favorevoli, merita una particolare attenzione la disciplina della responsabilità del professionista intellettuale. Il disposto dell'art. 2236 c.c. recita testualmente che: «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave». In pratica, se per le prestazioni ordinarie il professionista risponde del danno causato anche per colpa lieve, nell'ipotesi in cui la sua prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista risponderà dei danni cagionati solamente in caso di dolo o colpa grave. La *ratio legis* del precetto normativo sarebbe quella di contemperare due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista con timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella, inversa, di non indulgere nel caso di decisioni non ponderate o riprovevoli inerzie del professionista⁽⁴⁾. Il punto di equilibrio si troverebbe nell'applicazione delle normali regole di responsabilità, stabilendo per i soli casi in cui ricorrono problemi tecnici di speciale difficoltà l'esenzione del professionista dalla responsabilità per colpa lieve, prevedendosi così un'attenuazione della normale responsabilità, rispondendo dei danni solo in caso di colpa grave e dolo. La giurisprudenza di Cassazione ha accolto un'interpretazione dell'art. 2236 c.c. secondo la quale tale norma si applicherebbe soltanto quando è in discussione la perizia del professionista e non quando, al contrario, ci si trovi di fronte all'imprudenza o all'incuria del professionista. A sostegno di tale lettura dell'art. 2236 c.c. la dottrina ritiene che il legislatore faccia riferimento ai "problemi tecnici", perché la colpa che viene in rilievo è soltanto l'imperizia, consistente nella violazione di regole tecniche e nella mancanza di determinate cognizioni⁽⁵⁾.

Il concetto di "problemi tecnici di speciale difficoltà" non è definibile in termini generali per tutte le professioni, ma deve essere precisato, caso

compenso per l'opera svolta. Il cliente, quindi, non è tenuto a risarcire alla controparte il lucro cessante.

⁽⁴⁾ Così si legge nella Relazione al codice civile (n. 917), nonché in Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁽⁵⁾ F. GALGANO, *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 2007, p. 34.

per caso, dal giudice in relazione alla concreta qualificazione soggettiva del professionista. L'inutilità di una definizione generale deriva dalla vaghezza del concetto in parola: per problemi tecnici, infatti, si debbono intendere quei problemi caratterizzati da straordinarietà e particolare eccezionalità nel loro manifestarsi e/o nel loro evolversi, la cui risoluzione trascende la preparazione media: o perché ancora non studiati a sufficienza; oppure perché dibattuti con riguardo ai metodi da adottare (molteplici e tra di loro incompatibili)⁽⁶⁾. In particolare, con riferimento alla professione medica, integrano problemi tecnici di speciale difficoltà: i casi che, per essere stati oggetto, nella stessa letteratura medica, di dibattiti e studi dagli esiti tra loro opposti, per la novità della loro emersione, ovvero per essere caratterizzati dalla straordinarietà e particolare eccezionalità del loro manifestarsi, non possono considerarsi ricompresi nel doveroso – *rectius* diligente – patrimonio culturale, professionale e tecnico del professionista, avuto riguardo, anche in questo caso, alle peculiarità del settore ove svolge la sua attività, e ad uno standard medio di riferimento⁽⁷⁾.

Sempre in riferimento all'ipotesi della prestazione professionale medica, all'art 2236 c.c. non va assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, incombendo in ogni caso sul medico il dover dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, giacché la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista in relazione alle circostanze del caso concreto⁽⁸⁾.

In ogni caso di insuccesso della prestazione professionale incombe sul medico l'onere di dare la prova della particolare difficoltà della prestazione e delle problematiche tecniche insorte⁽⁹⁾. Il paziente che agisce in giudizio, deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del professionista, restando a carico dell'obbligato l'onere di provare l'esatto adempimento, con la conseguenza

⁽⁶⁾ Cass., 8 luglio 1994, n. 6464 in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 767.

⁽⁷⁾ Cass., 7 maggio 1988, n. 3389 in *www.leggiditalia.it*.

⁽⁸⁾ Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1824.

⁽⁹⁾ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455 ss.

che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non vale come criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma rileva soltanto ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, spettando al sanitario la prova della particolare difficoltà della prestazione, in conformità con il principio di generale *favor* per il creditore cui l'ordinamento è informato⁽¹⁰⁾.

Il disposto dell'art. 1176, 2° comma c.c. secondo il quale «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata», delinea una seconda caratteristica della prestazione professionale. Il professionista, nell'esercizio della sua attività, è tenuto a rispettare non solo i canoni richiesti dalla diligenza generica⁽¹¹⁾, ma anche quelli relativi alla diligenza specifica richiesta dalla natura della prestazione.

Secondo la dottrina maggioritaria, il richiamo operato dal legislatore alla natura dell'attività esercitata non crea una nozione di diligenza diversa rispetto a quella contenuta nel primo comma dello stesso articolo, ma detta criteri aggiuntivi alla diligenza media costituiti, appunto, da una diligenza professionale, da dedursi di volta in volta, in relazione all'attività esercitata⁽¹²⁾. Non può, dunque, parlarsi di una responsabilità aggravata a carico del professionista, ma più semplicemente di una responsabilità calibrata sulla natura dell'attività esercitata.

In riferimento alla prestazione del medico, il disposto dell'art. 1176, 2° comma c.c., gli impone, nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali inerenti alla propria attività professionale, di adottare una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia *ex* art. 1176, 1° comma c.c., ma è anche quella specifica del debitore qualificato, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la

⁽¹⁰⁾ Cass., 20 ottobre 2014, n. 22222, in *www.leggiditalia.it*.

⁽¹¹⁾ Ossia quelli di cui all'art. 1176, 1° comma c.c. secondo il quale il debitore nell'adempire la prestazione deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

⁽¹²⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 25.

conoscenza della professione medica, ivi compreso l'obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato anche nella fase postoperatoria⁽¹³⁾.

Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise. In altri termini, il richiamo alla diligenza, in dette ipotesi, sta a significare l'applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi il parametro della diligenza diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo. In tale forma di diligenza è quindi compresa anche la perizia, da intendersi come conoscenza e attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione. Il grado della diligenza, di per sé astratto ed oggettivo, deve pur sempre essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete e tra queste, quanto alla responsabilità professionale del medico, vi rientrano anche le dotazioni della struttura ospedaliera in cui esso opera.

2. — *L'evoluzione giuridica della natura della responsabilità medica.*

In ambito civilistico, si distinguono due differenti forme di responsabilità con connotazioni giuridiche diverse: la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale. Costituisce illecito extracontrattuale, la violazione di un diritto o di una situazione giuridica tutelata in modo assoluto, *erga omnes*, mentre si ha responsabilità contrattuale, o da inadempimento, quando viene violato un diritto relativo⁽¹⁴⁾. Le due distinte responsabilità generano differenti conseguenze, sia in ambito di onere della prova che in ambito di prescrizione della relativa azione di responsabilità e di effetti giuridici relativi al risarcimento del danno.

Le principali caratteristiche della responsabilità extracontrattuale si ravvisano nell'art. 2043 c.c. il quale stabilisce che: «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». La responsabilità extracontrattuale prescinde

⁽¹³⁾ Cass., 11 marzo 2002, n. 3492 in *www.leggiditalia.it*.

⁽¹⁴⁾ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1989, p. 205.

dall'esistenza di un vincolo contrattuale o obbligatorio. Ne costituiscono elementi costitutivi: il fatto lesivo, il dolo o la colpa del danneggiante, l'anti-giuridicità o ingiustizia del danno, il nesso di causalità e il danno.

La responsabilità contrattuale è, invece, conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione dovuta. Essa consiste, quindi, nella violazione di uno specifico dovere, proveniente da un preesistente vincolo obbligatorio rimasto inadempito. La responsabilità contrattuale è disciplinata dall'art. 1218 c.c., secondo il quale: «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il suo ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile». Il debitore pertanto deve compiere la prestazione al momento dovuto, nel luogo dovuto e secondo le modalità stabilite. La mancata realizzazione di detto comportamento costituisce inadempimento dell'obbligazione. Affinché sorga la responsabilità contrattuale, quindi, è necessario *in primis* la sussistenza del nesso causale ossia che il danno sia conseguenza immediata⁽¹⁵⁾ e diretta del comportamento negligente del debitore⁽¹⁶⁾.

Nell'ambito dell'esercizio dell'attività medica, anzitutto, occorre distinguere la responsabilità gravante sulla struttura sanitaria da quella derivante da fatti di cui è chiamato a rispondere il singolo medico che in concreto ha posto in essere la condotta colposa pregiudizievole per il paziente.

Con riguardo alla prima ipotesi, è ormai consolidato, in dottrina⁽¹⁷⁾ e giurisprudenza⁽¹⁸⁾, l'inquadramento della stessa nell'ambito della responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini

⁽¹⁵⁾ Per immediatezza si intende il requisito negativo del nesso di causa, inteso nel senso della mancanza di un concorso di altre cause efficienti, che possano aver reso mediato l'apporto causale dell'agente.

⁽¹⁶⁾ Secondo quanto stabilito dalle Sezioni Unite nella famosa sentenza *Franzese*, la condotta illecita deve essere antecedente causale rispetto all'evento; deve essere scientificamente provata la regolarità del processo causale; tale ricostruzione deve essere anche logicamente e razionalmente credibile (Cass, Sez. Un., 11 luglio 2002, n. 30328).

⁽¹⁷⁾ F. PECCENNINI, *Dalla responsabilità del medico alla responsabilità sanitaria*, in AA.VV., *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007, p. 1 ss.

⁽¹⁸⁾ Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in www.leggiditalia.it.

del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto. In un primo tempo, tale legame è stato interpretato e disciplinato sulla base dell'applicazione analogica al rapporto paziente-struttura delle norme in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale vigenti nel rapporto medico-paziente, con il conseguente appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico⁽¹⁹⁾.

Da detta ricostruzione derivava, infatti, un duplice ordine di conseguenze. In primo luogo, anche nei confronti della struttura sanitaria era applicabile la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. per gli interventi di difficile esecuzione. In secondo luogo, per affermare la responsabilità contrattuale della struttura era imprescindibile l'accertamento della colpa del medico⁽²⁰⁾.

Al fine di valorizzare e distinguere la complessità della prestazione di assistenza sanitaria gravante sulla struttura sanitaria, la giurisprudenza ha successivamente inaugurato un nuovo percorso interpretativo distinguendo il rapporto paziente-struttura da quello paziente-medico. La fonte del rapporto paziente-struttura è stata identificata in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo, insorgono a carico della casa di cura o dell'ente ospedaliero, accanto a quelli di tipo *latu sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni o emergenze⁽²¹⁾. Da tale ricostruzione consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento della condotta negligente del medico.

La suddetta ricostruzione è stata consacrata dalle sentenze nn. 576-585 della S.C. dell'11 gennaio 2008. È stato così definitivamente riconosciuto che: oggetto dell'obbligazione non è solo la prestazione del medico, ma una

⁽¹⁹⁾ Cass., Sez. un., n. 577/2008, cit.

⁽²⁰⁾ In tal senso la cassazione ha affermato la riconducibilità della responsabilità della struttura sanitaria a quella tipica del professionista (Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, cit.).

⁽²¹⁾ Cass., Sez. un., n. 577/2008, cit.

prestazione complessa definita di “assistenza sanitaria”; l’attività del medico non è che un segmento della più complessa prestazione richiesta all’ente ospedaliero, potendosi riconoscere una responsabilità di quest’ultimo anche in mancanza di responsabilità del personale sanitario o di difetto di connessione eziologica tra l’esito infausto e l’intervento chirurgico; unitario è il criterio di responsabilità, sia per la casa di cura privata che pubblica, non essendo possibile differenziare la responsabilità in base alla natura del soggetto danneggiante, trattandosi di violazioni che incidono sul fondamentale diritto alla salute, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura (pubblica o privata) della struttura sanitaria.

Con riguardo alla responsabilità del medico che ha eseguito la prestazione sanitaria, il problema della natura della sua responsabilità si pone in quanto, nella maggior parte dei casi, l’obbligo di cura del sanitario trova fondamento, non già in un contratto d’opera professionale direttamente stipulato con il paziente⁽²²⁾, ma nel rapporto di lavoro alle dipendenze della struttura sanitaria sia essa pubblica o privata. Dalla dicotomia tra parte formale (l’ente) del contratto di cura concluso con il paziente e parte sostanziale (il medico) che materialmente esegue la prestazione pattuita sono derivati ampi dibattiti in dottrina e giurisprudenza riguardo la natura della responsabilità di quest’ultimo.

Secondo l’impostazione precedentemente illustrata, l’accettazione di un paziente nell’ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d’opera professionale tra il paziente e l’ente ospedaliero⁽²³⁾. A questo rapporto contrattuale il medico rimane del tutto estraneo, venendo a instaurarsi con il malato solo un rapporto giuridicamente indiretto⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Nel qual caso è indubbia la natura contrattuale della connessa responsabilità.

⁽²³⁾ Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1115.

⁽²⁴⁾ Prova ne è che il paziente non ha alcuna facoltà di scelta del medico che lo avrà in cura. Del resto, il medico designato provvede allo svolgimento dell’attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica quale organo dell’ente ospedaliero e non già in forza di un vincolo contrattuale che lo lega al paziente.

Da ciò era discesa la conclusione che la responsabilità del sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale *ex art. 2947 c.c.*⁽²⁵⁾. In definitiva, la struttura sanitaria e il medico dipendente rispondono dei danni occorsi al paziente a titolo diverso, rispettivamente contrattuale ed extracontrattuale, potendo il paziente danneggiato invocare il cumulo o il concorso di responsabilità al fine di garantire una maggiore tutela dei beni fondamentali della persona⁽²⁶⁾.

Un approccio così rigoroso ha, però, mostrato una serie di limiti tanto sul piano della tenuta teorica che delle conseguenze pratiche. Sotto il primo versante, ravvisare nel medico un *quisque de populo* che senza alcun titolo si ingerisce nell'altrui sfera giuridica, significa non tener conto del rapporto che egli instaura con il paziente e in virtù del quale è chiamato a osservare gli stessi obblighi cui sarebbe tenuto in base a un contratto diretto. Anche sotto il diverso profilo delle ricadute pratiche tale tesi mostra tutta la sua inadeguatezza. Corollari della responsabilità aquiliana del medico sono: la prescrizione del diritto del paziente al risarcimento del danno nel breve termine di 5 anni⁽²⁷⁾ e il più gravoso onere probatorio a suo carico non operando l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c.

Sul finire degli anni ottanta, la giurisprudenza ha recepito le critiche mosse dalla dottrina alla qualificazione extracontrattuale della responsabilità del medico. Si è inaugurato un nuovo corso a favore della natura contrattuale delle responsabilità tanto dell'ente ospedaliero che del medico dipendente.

La prima sentenza della Cassazione ad inaugurare il nuovo corso fonda la sua argomentazione sul disposto dell'art. 28 Cost. a norma del quale «i funzionari e dipendenti dello stato e degli enti pubblici, sono direttamente

⁽²⁵⁾ Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, cit.

⁽²⁶⁾ Precisando ulteriormente, si tratta di un'ipotesi di concorso improprio; mentre si ha concorso proprio laddove un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivanti dal contratto, ma anche dei diritti soggettivi tutelati *erga omnes*, indipendentemente dalla fattispecie contrattuale.

⁽²⁷⁾ Anziché nell'ordinario termine di 10 anni *ex art. 2946 c.c.*

responsabili secondo le leggi penali civili e amministrative degli atti compiuti in violazione dei diritti». Sulla base di tale presupposto si afferma la responsabilità contrattuale diretta e di tipo professionale sia dell'ente in quanto ad esso è riferibile l'operato del medico dipendente sulla base del principio dell'immedesimazione organica sia del medico in quanto la sua responsabilità avrebbe radice comune a quella dell'ente⁽²⁸⁾. Detta tesi ha prestato il fianco ad una molteplicità di critiche: il richiamo all'art. 28 Cost. non è apparso esaustivo; il richiamo alla comune radice della responsabilità sia dell'ente che del medico non è sembrato risolutivo, potendosi ipotizzare casi di concorso di responsabilità contrattuale e extracontrattuale derivanti dal medesimo fatto lesivo⁽²⁹⁾.

Attesi tali elementi di criticità avverso la suddetta tesi, si è percorsa la diversa strada dell'applicazione della normativa relativa al contratto a favore di terzo, fondata sull'assunto secondo cui l'ente gestore del servizio sanitario, nel momento in cui si insatura la prestazione professionale del medico, stabilisce anche che il beneficiario di detta prestazione sia il paziente che successivamente richiederà la prestazione sanitaria. Anche tale ricostruzione è stata sottoposta a numerose critiche, dalle quali è emerso che, in primo luogo, potrebbe anche mancare il contratto tra casa di cura e medico; in ogni caso, si è obiettato che il soggetto danneggiato non agisce in forza del contratto esistente tra l'ente e il medico, di cui egli sarebbe terzo beneficiario, ma aziona il diverso "contratto" intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto alla quale egli non è terzo beneficiario ma parte contrattuale.

Le medesime critiche sono state mosse anche nei confronti di coloro che ravvisano in tale fattispecie un contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo. Nel caso del rapporto medico-paziente, l'attività diagnostica e terapeutica, quindi la prestazione, è dovuta direttamente nei confronti del paziente, che non è mero beneficiario di obblighi di protezione, ma destinatario degli obblighi di prestazione del contratto.

⁽²⁸⁾ Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, p. 992.

⁽²⁹⁾ Si tratta, come già evidenziato, delle ipotesi di concorso o cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale "proprio" (in capo allo stesso agente) e "improprio" (in capo a soggetti diversi).

Alla luce delle critiche sopra evidenziate, la soluzione più convincente al fine di attribuire natura contrattuale alla responsabilità del medico appare quella elaborata dalla Cassazione nella celebre sentenza n. 589 del 22 gennaio 1999⁽³⁰⁾.

Per la prima volta la giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'obbligazione del medico dipendente per responsabilità professionale nei confronti del paziente si fonda sul "contatto sociale"⁽³¹⁾ caratterizzato dall'affidamento che il malato ripone in colui che esercita una professione protetta che ha per oggetto beni costituzionalmente tutelati. La natura contrattuale di tale obbligazione è individuata con riferimento non alla fonte, ma al con-

⁽³⁰⁾ La giurisprudenza ha in tale sentenza definitivamente recepito le critiche mosse dalla dottrina alla tesi della natura extracontrattuale delle responsabilità del medico. Fondamentale è stato, al riguardo, il contributo di C. CASTRONOVO, in *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 148 ss.

⁽³¹⁾ Come sostenuto dalla dottrina per contatto sociale si intende la relazione, priva di fonte contrattuale, che intercorre tra due soggetti dei quali il primo faccia affidamento nell'adempimento di un dovere di diligenza gravante sul secondo in ragione delle sue qualità tecnico-professionali; il rapporto concretamente intervenuto tra i due soggetti e l'affidamento che legittimamente il primo riponga nei confronti del secondo integrano un fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. e, in particolare, a produrre un obbligo di protezione. Il contenuto di tale obbligo si sostanzia nell'utilizzo di un'adeguata diligenza nell'espletamento della propria attività tecnica o professionale, tale da evitare il verificarsi di pregiudizi in capo al soggetto con cui sia venuto in contatto. Pur in assenza di un sia pur tacito vincolo contrattuale, il soggetto gravato da obblighi di protezione risponderà dei danni cagionati per negligenza secondo la disciplina della responsabilità da inadempimento e non *ex art.* 2043 c.c. Il principale teorico del concetto dell'obbligo di protezione è HEINR. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. civ.*, 1932, 136, p. 257 ss.; v. anche H. 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, 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 protezione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss., spec. p. 1354 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1994, p. 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. In giurisprudenza v. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Contratti*, 2007, p. 991.

tenuto del rapporto. Il “contatto”, infatti, si instaura tra medico e paziente al momento dell'accettazione e della presa in carico del sanitario, inquadrando in tal modo la fattispecie nella categoria dottrinale dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, nei quali il rapporto obbligatorio nasce da comportamenti modellati su una fattispecie contrattuale di cui seguono la disciplina, seppur in assenza di una base negoziale⁽³²⁾. Nei confronti del medico dipendente si configurerebbe una responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in quanto, poiché sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale.

Non è possibile criticare la qualificazione come “contrattuale” della responsabilità del medico, invocando la rigidità del catalogo delle fonti *ex art.* 1173 c.c. L'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative. In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e tuttavia ad esso si ricollegano obblighi comportamentali di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso⁽³³⁾. In tali casi non può esservi solo responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce

⁽³²⁾ In senso contrario v. M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 705-706, secondo cui «non si tratta di “estendere” al rapporto tra medico e paziente il contratto intercorrente tra quest'ultimo e la struttura sanitaria: l'attività del medico è, propriamente, adempimento dell'ente (tramite un ausiliario), e questo esclude sia una qualifica di essa come adempimento di un *distinto* contratto col paziente, sia la qualificazione come *prestazione autonoma* dell'agente, quale ipotesi cioè di adempimento del terzo».

⁽³³⁾ Cfr. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 355 ss.

in violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui. Quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (*culpa in faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema tipico della responsabilità contrattuale.

La prestazione del medico nei confronti del paziente pertanto è sempre la stessa, vi sia o meno un contratto d'opera professionale tra i due. Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, l'esercizio di tale attività non può essere diversa a seconda che esista o meno un contratto. L'assenza formale di un contratto non è in grado di neutralizzare la professionalità che qualifica *ab origine* l'opera del medico, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionista ha fatto affidamento, entrandovi in contatto.

Non si tratta quindi di contatto sociale dal quale insorge un'obbligazione senza prestazione. Bensì l'obbligazione nascente dal contatto sociale non ha ad oggetto la sola protezione del paziente ma una prestazione che si modella su quella conseguente alla stipula di un contratto d'opera professionale.

La presenza o meno di un contratto quindi acquista rilievo solo al fine di stabilire se il medico è obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria⁽³⁴⁾. In assenza di un esplicito contratto il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico interviene perché a tanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero di appartenenza, l'esercizio della sua attività sanitaria non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un esplicito contratto intercorrente tra paziente e medico.

La teoria del contatto sociale ha così omologato la responsabilità della struttura sanitaria e quella del medico, attribuendo ad entrambe natura contrattuale. Da ciò consegue per il paziente danneggiato, l'elisione delle differenze di regime probatorio a seconda che si agisca nei confronti dell'ente ospedaliero o del medico dipendente: e ciò, in particolare, sia ai fini della

⁽³⁴⁾ Salvi i casi in cui tale attività è obbligatoria *ex lege*.

prova dell'inadempimento causalmente rilevante *ex art.* 1218 c.c. che dell'elemento soggettivo⁽³⁵⁾.

Su quest'ultima tematica si è assistito ad un'importante evoluzione giurisprudenziale. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza, operando sul terreno della dicotomia obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato⁽³⁶⁾ differenziava il regime probatorio in tema di inadempimento della prestazione medica (obbligazione di mezzi) rispetto a quello ordinario previsto dall'art. 1218 c.c. (riferibile alle sole obbligazioni di risultato). Sulla base di tale orientamento si riteneva che mentre per le obbligazioni di risultato incombesse sul creditore solo l'onere di provare il titolo dell'obbligazione e la scadenza del termine per l'adempimento (*id est*, l'inadempimento) al contrario, nel caso di obbligazioni di mezzi, questi era tenuto a provare l'inesatto adempimento *ex art.* 1176, 2° comma c.c.⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Stante l'inversione dell'*onus probandi* rispetto alla fattispecie aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.

⁽³⁶⁾ Tale distinzione è stata originariamente elaborata in Francia da R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, 1237, p. 536 ss., e recepita in Italia da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. di dir. comm.*, 1954, p. 192. Da questa è derivata una netta distinzione della concezione unitaria di obbligazione in due categorie opposte sul piano della responsabilità: nelle obbligazioni di mezzi trova applicazione la regola della responsabilità per colpa; in quelle di risultato, la regola della responsabilità oggettiva. Le obbligazioni di risultato si considerano adempiute se il debitore è stato diligente nel perseguimento del risultato, mentre quelle di risultato, a prescindere dalla diligenza del debitore. Pertanto sul piano squisitamente probatorio, mentre nelle obbligazioni di mezzi il debitore, per andare esente da responsabilità, deve provare la propria diligenza, in quelle di risultato invece, è tenuto a dimostrare di avere realizzato il risultato, a prescindere dall'assunzione di un comportamento diligente. In senso critico, v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 703 ss. Sul punto, v. ora G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni «di mezzi e di risultato» alle obbligazioni «governabili o non governabili»*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1391 ss., il quale propone una rilettura della distinzione classica tra obbligazioni di mezzi e risultato, anche oggi concretamente utilizzata dalla giurisprudenza e codificata nei principi *Unidroit*, rilevando come in ogni attività esistano prestazioni che possono essere promesse perché governabili dal debitore ed altre che invece sfuggono al suo controllo e sono perciò non governabili. Su questa base è possibile conciliare il rapporto tra gli artt. 1176 e 1218 c.c., escludendo la rilevanza del requisito della colpa, salve le ipotesi in cui sia richiamato dal legislatore, come nell'art. 2236 c.c.

⁽³⁷⁾ Tale onere subiva un temperamento solo nel caso di interventi operatori di routine

La tesi dell'allocazione differenziata dell'onere della prova in funzione della natura (semplice o complessa) dell'intervento terapeutico è stata confutata dall'intervento delle Sezioni unite con la sentenza n. 13533 del 2001. In tale sentenza è stato enucleato il principio secondo il quale poiché il presupposto fattuale ossia l'inadempimento è il medesimo, non può che essere identico il criterio di riparto dell'onere della prova sia che il creditore agisca per la risoluzione contrattuale e/o per il risarcimento del danno, che per l'adempimento. In tutti e tre i casi egli sarà tenuto a provare solo la fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi all'allegazione della mera circostanza dell'inadempimento della controparte; mentre il debitore convenuto sarà gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento o dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Lo stesso principio, a detta delle Sezioni Unite, trova applicazione anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento ma l'inesatto adempimento dell'obbligazione. Grava pur sempre sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

In pratica, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto (o del contatto sociale) e allegare l'inadempimento consistente nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove patologie per l'effetto dell'intervento; mentre resta a carico del medico o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (*id est*, l'alea terapeutica).

3. — *La controversa natura giuridica della responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi.*

L'art. 3, 1° comma del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, stabilisce che «l'esercente

o comunque di non difficile esecuzione ai quali conseguisse un risultato inaspettatamente peggiorativo delle condizioni finali del paziente.

la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

Detto intervento legislativo è finalizzato a risolvere il contrasto sorto in sede giurisprudenziale: ad un orientamento meno attento alle indicazioni terapeutiche contenute nelle linee guida, siccome ritenute incapienti la multiformità dei casi clinici sottoposti al vaglio giudiziale vista la loro astrattezza, si contrapponeva una giurisprudenza che, al contrario, non prescindeva da quelle indicazioni nel valutare la colpa del medico.

Il legislatore ha così imposto al giudice di tener conto in relazione alle peculiarità del caso concreto delle linee guida ospedaliere e dei protocolli terapeutici, accertando se siano stati o meno eseguiti. Tali *guidelines* rientrano *ex lege* fra i criteri che il giudice deve utilizzare per sindacare l'attività professionale svolta da un medico. Il rispetto delle *guidelines* tuttavia non esonera il medico se concorrono altri elementi che inducono per la sussistenza della colpa grave. Le *guidelines* costituiscono un criterio di valutazione concorrente, poiché è il caso concreto ad imporre i comportamenti correttamente attivabili e non viceversa. Se così non fosse il medico diverrebbe un mero burocrate dei trattamenti sanitari indicati o imposti.

L'art. 3 della l. n. 189/2012 al fine di limitare la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie e contrastare il fenomeno della medicina difensiva ha quindi introdotto una scriminante, ovvero una situazione in presenza della quale un fatto che altrimenti costituirebbe reato, non lo è. Qualora il medico si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica e versi in astratto in ipotesi di colpa lieve non risponde penalmente ovvero la sua condotta non è qualificabile come reato.

Nelle ipotesi in cui il medico sia esonerato da responsabilità penale per colpa lieve, il legislatore si è premurato di precisare che «in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile». Il richiamo esplicito alla disciplina della responsabilità risarcitoria da fatto illecito (art.

2043 c.c.)⁽³⁸⁾ ha suscitato ampi dibattiti in dottrina e giurisprudenza riguardo la natura giuridica della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

Sulla base di un primo orientamento, la l. n. 189/2012 non muterebbe la natura della responsabilità civile del medico.

Secondo il Tribunale di Arezzo il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nella legge Balduzzi è limitato all'individuazione di un obbligo senza alcuna indicazione dei criteri da applicare nell'individuazione della responsabilità risarcitoria del medico e quindi non vi sarebbero ragioni per ritenere che la novella incida sulla costruzione della responsabilità medica (responsabilità contrattuale) e che imponga un *revirement* giurisprudenziale nel senso di un ritorno ad un'impostazione aquiliana, con le consequenziali ricadute in punto di riparto degli oneri probatori e di durata del termine di prescrizione⁽³⁹⁾.

Anche i giudici del Tribunale di Rovereto hanno sostenuto che nessuna portata innovatrice deriva dal decreto Balduzzi in merito alla responsabilità civile del medico che, nonostante il richiamo all'art. 2043 c.c., va comunque ricondotta al disposto dell'art. 1218 c.c. in caso di inadempimento o inesatto adempimento dell'obbligazione legale gravante anche sul medico e che troverebbe la sua fonte nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978)⁽⁴⁰⁾.

Sul punto si è pronunciata a più riprese anche la Cassazione. La giurisprudenza della Suprema Corte ha sottolineato che si tratta di una norma il cui tratto di novità si rinviene esclusivamente in funzione delimitativa della responsabilità penale che ne deriva in quanto, se, da un lato, opera una distinzione tra colpa lieve e colpa grave, dall'altro, tende a dare rilevanza alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica prevedendo, in particolare, che il medico che vi si sia attenuto non risponda più a titolo di omicidio e/o di lesioni colpose per colpa lieve, ma solo per colpa grave. Nessuna innovazione è riscontrabile riguardo la natura giuridica

⁽³⁸⁾ V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 378.

⁽³⁹⁾ Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, n. 196 in *Danno e resp.*, 2013, pp. 368-370.

⁽⁴⁰⁾ Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, C. MASIERI, *Sui riflessi civilistici dell'art. 3 d.l. Balduzzi in tema di colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it.

della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. Il riferimento all'art. 2043 c.c. è una svista del legislatore, un errore involontario nella formulazione della norma, inidoneo in quanto tale a modificare il quadro concettuale di riferimento e la natura sempre contrattuale della responsabilità del medico⁽⁴¹⁾.

Sempre la Cassazione ha affermato che «l'art. 3, comma 1, della legge n. 189/2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., poiché *in lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni»⁽⁴²⁾.

Un diverso orientamento giurisprudenziale ha affermato che, in assenza di un contratto, la responsabilità del medico andrebbe ricondotta a quella da fatto illecito, stante l'esplicito richiamo dell'art. 3, l. n. 189/2012, all'art. 2043 c.c.

Il Tribunale di Varese ha evidenziato che la struttura della disposizione legislativa introdotta dalla legge Balduzzi sembra abbastanza logica. In sede civile, anche in caso di colpa lieve, è ammessa l'azione di risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* Il legislatore in modo consapevole e non per dimenticanza ha riabbracciato il modello di responsabilità civile medica così come designato precedentemente al 1999⁽⁴³⁾, secondo il quale in assenza di contratto il paziente danneggiato poteva richiedere il danno, esercitando l'azione aquiliana. Tale interpretazione è conforme alla stessa finalità del decreto Balduzzi, ossia quella di contrastare il fenomeno della medicina

⁽⁴¹⁾ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030 in *Danno e resp.*, 2013, p. 367 s.

⁽⁴²⁾ Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, in *www.foroitaliano.it*.

⁽⁴³⁾ Cass., Sez. un., 22 gennaio 1999, n. 589, in *www.leggiditalia.it*.

difensiva. Il medico vedrebbe, infatti, alleggerito il suo onere probatorio, gravando sul paziente danneggiato anche l'onere – non richiesto *ex art.* 1218 c.c. – di provare l'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità⁽⁴⁴⁾.

Anche i giudici del Tribunale di Torino hanno evidenziato che il legislatore ha dettato una norma che smentisce l'elaborazione giurisprudenziale della teoria del contatto sociale, affermando che nei casi di irrilevanza penale della condotta del medico egli è comunque responsabile *ex art.* 2043 c.c. Il fatto che anche in tali fattispecie resti comunque fermo l'obbligo di cui all'*art.* 2043 c.c. significherebbe che per il legislatore tale obbligo viene dato per scontato anche nei casi penalmente rilevanti. L'*art.* 2043 c.c. sarebbe la norma a cui ricondurre la responsabilità del medico. L'*art.* 3, l. n. 189/2012 cambia il "diritto vivente", operando una scelta di campo del tutto chiara e congruente con la finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica e stabilisce il definitivo superamento della teoria del contatto sociale⁽⁴⁵⁾.

Secondo lo stesso Tribunale di Milano, il tenore letterale del 1° comma dell'*art.* 3, l. n. 189/2012 non sembra legittimare semplicisticamente un'interpretazione della norma nel senso che il richiamo all'*art.* 2043 c.c. sia atecnico o frutto di una svista, né l'articolo in questione può essere qualificato come una legge esclusivamente penale o eccezionale che, *ex art.* 14 disp. prel. c.c., troverebbe applicazione nei soli casi ivi previsti. Se è corretta l'affermazione della Corte di Cassazione secondo cui è escluso che la legge Balduzzi abbia inteso esprimere un'opzione a favore della qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale, non è al contrario condivisibile l'interpretazione complessiva dell'*art.* 3, 1° comma della l. n. 189/2012, laddove la Corte conclude che a tale norma non andrebbe attribuito alcun rilievo che possa condurre al superamento dell'orientamento giurisprudenziale precedente del contatto sociale⁽⁴⁶⁾. Se la responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria fosse pur sempre

⁽⁴⁴⁾ Trib. Varese, 26 novembre 2012, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 375-378.

⁽⁴⁵⁾ Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 373-375.

⁽⁴⁶⁾ Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, cit.

una responsabilità contrattuale, anche in assenza di un contratto fra il sanitario e il paziente, risulterebbe errato oltre che superfluo il richiamo effettuato dal legislatore all'art. 2043 c.c. Tale tipologia di responsabilità non verrebbe infatti in rilievo nemmeno nelle ipotesi esplicitamente indicate dal legislatore.

Pertanto, secondo quanto sostenuto dal Tribunale di Milano, sembra corretto interpretare il disposto dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 nel senso che il legislatore ha inteso fornire una precisa indicazione nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile del medico va individuato in quello della responsabilità da fatto illecito *ex* art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue sia in tema di riparto dell'onere della prova, sia di termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno. Solo aderendo a detto orientamento si può attribuire alla norma un'interpretazione conforme tanto al suo tenore letterale quanto all'intenzione del legislatore. Proprio in sede di conversione del decreto legge il legislatore ha voluto consapevolmente alleggerire la responsabilità del medico attraverso il richiamo all'art. 2043 c.c.

Attribuire un diverso significato all'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 significherebbe violare il disposto dell'art. 12 disp. prel. c.c., elidendo il richiamo all'art. 2043 c.c.⁽⁴⁷⁾.

Dai richiami giurisprudenziali effettuati, in riferimento alla natura giuridica della responsabilità medica emerge un quadro fortemente spaccato che necessita di dover essere ricostruito. Prima di prendere posizione sulla possibile portata innovatrice della previsione normativa introdotta dall'art. 3, l. n. 189/2012, occorre premettere che essa non riguarda tutti i casi di responsabilità in ambito sanitario.

In primo luogo, la norma in esame non riguarda in alcun modo la responsabilità della struttura sanitaria. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale la responsabilità risarcitoria della struttura sanitaria va sempre ricondotta alla responsabilità da inadempimento *ex* art. 1218 c.c.

⁽⁴⁷⁾ Trib. Milano, 2 dicembre 2014.

Per le strutture sanitarie inserite nel Servizio sanitario nazionale l'obbligo di prestare l'assistenza sanitaria può essere individuato nella stessa l. n. 833/1978 (istitutiva del servizio sanitario pubblico a tutela del diritto alla salute garantito *ex art. 32 Cost.*). Diversamente per le strutture sanitarie private non inserite nel Servizio sanitario nazionale l'analoga responsabilità risarcitoria discende dalla conclusione di un contratto atipico di ospedalità o di assistenza sanitaria concluso al momento dell'accettazione del paziente nella struttura sanitaria.

Ne deriva che, ogni qualvolta il paziente agisca nei confronti della sola struttura sanitaria, non assume alcun rilievo la previsione dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 che si riferisce esclusivamente all'esercente la professione sanitaria. Il paziente che agisce nei confronti della struttura sanitaria è pertanto tenuto a provare l'esistenza del contratto di ospedalità e a dedurre l'inadempimento di una delle prestazioni sanitarie dovute dalla struttura.

Qualora il danneggiato intenda agire nei confronti dell'esercente la professione sanitaria occorre distinguere l'ipotesi in cui il paziente abbia concluso un contratto con il medico da quella in cui le parti non hanno concluso nessun contratto.

È indubbio che nel caso in cui il paziente abbia stipulato un contratto con il medico egli potrà continuare ad invocare la responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* del medico. Nessun riflesso quindi potrà avere in tal caso sulla responsabilità risarcitoria del medico la previsione contenuta nell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 e in particolare il richiamo all'art. 2043 c.c. È infatti escluso che la legge Balduzzi abbia inteso esprimere un'opzione a favore della qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale⁽⁴⁸⁾.

Escluse quindi dall'ambito di applicazione della legge Balduzzi le sopra menzionate ipotesi, si desume che il problema applicativo dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 si pone solo in relazione a quei casi in cui il paziente agisca contro il medico responsabile del danno, senza allegare l'esistenza di un contratto d'opera professionale.

⁽⁴⁸⁾ Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, cit.

Il tenore letterale dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 e le finalità perseguite dalla legge Balduzzi (contenimento della spesa pubblica e riduzione del fenomeno della medicina difensiva) non sembrano legittimare un'interpretazione di tale norma nel senso che il richiamo all'art. 2043 c.c. sia frutto di una "svista" del legislatore o sia stato adottato in modo "atecnico"⁽⁴⁹⁾.

Il legislatore non ha adottato in modo inconsapevole il richiamo all'art. 2043 c.c. Ciò emerge anche da quello che è stato il percorso legislativo che ha condotto all'attuale disposto dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012. Nella sua originaria formulazione, detta norma aveva un contenuto totalmente differente rispetto a quello adottato dal parlamento in sede di conversione del d.l. 159/2012. L'originario disposto dell'art. 3, 1° comma del d.l. 158/2012 prevedeva che: «fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale». La norma, quindi, non conteneva alcuna previsione destinata ad incidere sulla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria e nessun richiamo alla responsabilità da fatto illecito. In sede di conversione il legislatore ha completamente stravolto il disposto dell'art. 3, 1° comma, prevedendo che: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

Stante il tenore letterale del nuovo art. 3, 1° comma, non appare corretta l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione secondo la quale il richiamo all'art. 2043 c.c. sarebbe frutto di un errore e risulterebbe privo

⁽⁴⁹⁾ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit.

di qualsiasi rilievo⁽⁵⁰⁾. Compito dell'interprete non è quello di svuotare di significato l'art. 3, 1° comma, l. n. 189/2012 ma quello di attribuire il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all'intenzione del legislatore (art. 12, disp. prel. c.c.).

Da quella che è la nuova formulazione dell'art. 3, 1° comma della l. n. 18/2012 appare evidente che il Parlamento, in sede di conversione, abbia voluto alleggerire la posizione degli esercenti la professione sanitaria non solo escludendone la responsabilità penale in caso di colpa lieve ma anche riconoscendone in tali casi la responsabilità civile non già *ex art. 1218 c.c.*, bensì *ex art. 2043 c.c.*

A meno che non si consideri la norma in questione una legge penale o una legge eccezionale⁽⁵¹⁾, sulla base dei criteri ermeneutici indicati all'art. 12 disp. prel. c.c., appare arduo sostenere che il legislatore sia incorso in un errore e abbia inteso limitarsi a far salvo l'obbligo di risarcire il danno mediante un atecnico richiamo all'art. 2043 c.c. Sia il richiamo esplicito alla norma cardine che prevede il risarcimento del danno per fatto illecito sia l'inequivoca volontà della legge Balduzzi di restringere e di limitare la responsabilità risarcitoria derivante dall'esercizio delle professioni sanitarie per porre rimedio al dilagante fenomeno della medicina difensiva inducono a rivedere i criteri di imputazione della responsabilità risarcitoria del medico per i danni provocati in assenza di un contratto concluso dal professionista con il paziente.

A fronte del dettato normativo contenuto nell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 o si ritiene che essa sia una legge penale o eccezionale, destinata a disciplinare solo ed esclusivamente i casi ivi previsti, o sembra corretto dover interpretare la norma nel senso che la responsabilità risarcitoria del medico, eccezion fatta per i casi in cui il paziente sia legato al medico da un contratto d'opera professionale, vada ricondotta nell'alveo della responsabilità da fatto illecito *ex art. 2043 c.c.* con tutto ciò che ne consegue in tema di riparto

⁽⁵⁰⁾ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit.

⁽⁵¹⁾ Per cui ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c. troverebbe applicazione nei soli casi ivi previsti.

dell'onere della prova e di termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno.

Il disposto dell'art. 3, 1° comma della legge Balduzzi porta a rivedere l'orientamento giurisprudenziale che riconduceva la responsabilità del medico in ogni caso all'art. 1218 c.c., anche in assenza di un contratto d'opera professionale tra medico e paziente. La stessa teoria del contatto sociale non era risultata immune da critiche. Come da alcuni evidenziato, questa non era nient'altro che una forzatura giurisprudenziale, venendo il medico a essere tenuto *ex art. 1218 c.c.* a risarcire i danni anche in mancanza di un contratto con il paziente.

Il superamento ad opera del legislatore della teoria del "contatto sociale"⁽⁵²⁾ non sembra comportare un'insopprimibile compressione delle possibilità per il paziente di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione dei diritti fondamentali della persona. Ricondurre in tali casi la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità da fatto illecito dovrebbe favorire la c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente, senza che il professionista sanitario sia più tenuto ad uno "strisciante" obbligo di risultato al quale il medico non è normativamente tenuto ma a cui finisce per essere di fatto tenuto in forza dell'applicazione del disposto dell'art. 1218 c.c.⁽⁵³⁾.

Conseguenza processuale della nuova natura della responsabilità del medico sembrerebbe essere la scelta del paziente di agire nei confronti della sola struttura sanitaria, beneficiando del più favorevole regime di responsabilità da inadempimento⁽⁵⁴⁾. La *ratio legis* è quindi chiara: la previsione di un differente regime di responsabilità della struttura sanitaria (contrattuale) e del medico (extracontrattuale) e la possibilità per il paziente di agire nei soli

⁽⁵²⁾ Cass., Sez. un., 22 gennaio 1999, n. 589, cit.

⁽⁵³⁾ Ponendo a suo carico l'obbligo di risarcire il danno qualora questi non fosse in grado di provare di aver esattamente adempiuto la prestazione e che il danno derivasse da causa a lui non imputabile.

⁽⁵⁴⁾ In tale ipotesi, si prevede l'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti del professionista sanitario, da parte della struttura sanitaria. Tale azione tuttavia è esercitabile solo in caso di dolo o colpa grave del medico e soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale.

confronti della struttura sanitaria, salva la rivalsa di quest'ultima, ma solo per dolo o colpa grave del medico, sono volte a disincentivare azioni di responsabilità dirette nei confronti dell'esercente la professione sanitaria. Se il danneggiato agisse nei confronti del solo medico sarebbe gravato dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2043 c.c. Esercitando l'azione nei confronti della struttura sanitaria, invece, il paziente beneficerebbe del più mite onere della prova di cui all'art. 1218 c.c. e, al contempo, il medico, in sede di rivalsa, sarebbe esente da responsabilità in caso di fatto illecito commesso con colpa non grave⁽⁵⁵⁾.

In conclusione il dettato dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 non incide sul regime di responsabilità civile della struttura sanitaria né del medico che ha concluso un contratto d'opera professionale con il paziente. Tali ipotesi di responsabilità derivano da inadempimento e restano disciplinate dall'art. 1218 c.c.

Se non si ritiene l'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 una legge penale o eccezionale, la responsabilità del medico è ricondotta dalla legge Balduzzi alla disciplina della responsabilità aquiliana, stante l'esplicito richiamo all'art. 2043 c.c.

Da ciò non consegue una compressione del diritto al risarcimento del danno del paziente in conseguenza di una lesione del suo diritto alla salute o all'integrità fisica. Egli potrà sempre esercitare l'azione da inadempimento nei confronti della struttura sanitaria qualora intenda avvalersi dei "vantaggi" della disciplina di cui all'art. 1218 c.c.⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ I relativi danni sarebbero giuridicamente ed economicamente posti a carico della struttura sanitaria.

⁽⁵⁶⁾ Resta fermo il diritto del paziente di agire anche nei confronti dell'esercente la professione sanitaria *ex* art. 2043 c.c.

DANIELE CHIAPPINI (*)

THE *XYLELLA FASTIDIOSA* CASE:
A WAY FOR THINKING ON RESEARCH DAMAGE
IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM (**)

Abstract: The aim of this paper is analyse the state of art of research damage on the Italian legal system and actual developing of liability connected with the research activity. In order to do this, we will take into consideration what is happening in Italy concerning the research on *Xylella fastidiosa*. This is related to scientific progress which opened new fields and horizons to science, but often it carries fears and anxiety in the public opinion. Scientific development is essential for human progress and for a sustainable human impact on the world. A society which does not keep on studies and experiments is destined to stagnation and decline, because without technological progress it can not be able to faces future challenges. Nevertheless, scientific research has the potential of being dangerous as demonstrated by many studies and events. In this scenery civil liability on the one hand could become the instrument to guarantee damaged subjects and on the other hand is the way to allow a healthy development of scientific research, because every human activity can be dangerous, but the fear of the unknown effects can not stop scientific progress, therefore the judicial system must to provide the appropriate rules to protect damaged subjects by the results of the research activities without block it. From this point of view this gap could be highly fixed by civil liability.

SUMMARY: Introduction. – 1. Scientific uncertainty, new and converging technology: an unregulated field. – 2. Fundamental research and research damage. – 3. Research damage as an autonomous specific case. – 4. An illustrative case: *Xylella fastidiosa*. – 5. Liability and new technology. – 6. The connection between research damage and precautionary principle. – 7. Conclusions.

(*) Consiglio Nazionale delle Ricerche - ISAFoM-CNR, Sezione distaccata di Perugia.

(**) This paper is a result of the Project «BeFOre» (Bioresources for Oliviculture) funded by the Programme Horizon 2020, «Marie Skłodowska-Curie Research and Innovation Staff Exchange», de la Unión Européenne).

Introduction.

The elements of this research would like to offer an interpretation from a juridical point of view about what happen in scientific research field in connection with the civil liability. The aim of this paper is to build an autonomous specific case of liability connected with art. 2043 c.c. In order to do this the starting point is represented by the analysis of a specific case related to what is happening in Italy about the research on *Xylella fastidiosa*.

In the first paragraph is studied the relation between science and rights, with the focus on scientific uncertainty, new and converging technologies, while in the second paragraph the attention is focused on research types and is given the definition of research damage.

Starting from this point in the third paragraph it is explained the necessity of research damage as an autonomous specific case in connection with the Italian non contractual liability rules. This is useful to understand the *Xylella fastidiosa* case explained in the fourth paragraph, while in the fifth paragraph the conclusions of the previous paragraph are related to other fundamental researches. In order to give a complete picture of the situation, in the sixth paragraph is briefly faced the question related to the pro-action principle and the precautionary principle among which the questions related to the scientific research are involved in.

1. — *Scientific uncertainty, new and converging technology: an unregulated field.*

The issue related to the link between law and new technology became essential since 1890 with the Brandeis and Warren's article concerning the right of privacy⁽¹⁾. Since that period, scientific development was followed by a corresponding evolution of the law, with the aim to regulate scientific activities. This regulation is necessary because scientific progress has a quickly development bringing with it different kind of risks, included the

⁽¹⁾ S. WARREN, L. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, IV, 5, Harvard, 1890.

possibility of provoking damage, as affirmed by Charles Perrow⁽²⁾ who sustained that such accidents are inevitable in complex systems, despite efforts to avoid the issues, but the absence of certainty could increase the risk. Uncertainty, in effect, concerns most aspects of life, but it is especially linked with scientific research. Thereby the risk is originated by some aspects not completely unknown but still uncertain related to the answers for a determinate question⁽³⁾.

Scientific uncertainty usually identifies risks originated by some innovative human activities, and concerns various areas of interest relating to «complexity of knowledge, lack or shortage data, unpredictability of the results, stochastic nature of the hypothesis for much naturalistic sector»⁽⁴⁾ according to the idea of a non deterministic science. All these activities can be included in the technological unknown field. Nanotechnology, biotechnology, information and communication technology, neuroscience, robotics are only examples of some fields developed last decades who are involved in scientific uncertainty and technological unknown that have had the greatest progress both qualitatively and quantitatively.

Since 2002 National Science Foundation's⁽⁵⁾ Roco Report highlighted how, within the next twenty years, our comprehension would be increased and the sensorial and physical ability of human beings would be changed, augmenting the interactions between mind and instruments, and between individual and group. This means that a regulation is necessary, as proved by the European Union's orientation, which created the European Group on Ethics in science and New technologies, made by the European Commission with the task of analyse this kind of questions in order to give advices to the

⁽²⁾ C. PERROW, *Normal Accidents: Living with High-Risk Technologies*, New York, 1984.

⁽³⁾ R. COSTI, *Ignoto tecnologico e rischio di impresa*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, p. 49.

⁽⁴⁾ ITALIAN NATIONAL COMMITTEE OF BIOETHICS, *Il principio di precauzione, profili bioetici, filosofici, giuridici*, Roma, 2004, p. 11.

⁽⁵⁾ M. ROCO, W. BAINBRIDGE, *Converging Technologies for Improving Human Performance*, Dordrecht, 2002. The U.S. National Science Foundation and Department of Commerce commissioned the report.

Commission itself⁽⁶⁾. The EGE in his last Executive Summary and Recommendations of Opinion⁽⁷⁾ «recommends that the EU institutions in conjunction with member states endeavour to reach common understandings and definitions on key terms» because this bring concrete regulatory implications supporting lawmakers when classify and regulate new technologies.

The implications about definitions are very important, because we need to to emphasize that from a juridical point of view we do not have a definition for new technologies even if, in different cases, some Internationals Courts or some legislators considered this aspect. Also the European Court of Human Rights faced the question in different cases⁽⁸⁾ but never gave a definition. The same problem exists in the European Charter of Fundamental Rights, whose preamble recognises the presence of such problems⁽⁹⁾ and the Charter regulates some fields concerning new technologies, but without a parameter helpful to determine what are such new technologies and which are the application field of that regulation.

Beyond new technology concept there is an additional idea both in scientific and juridical field represented by “Converging technology”. The European Commission in 2004 established a workgroup to study the potential and the risks of this technologies, that represents situations in which different scientific areas interacts to facilitating a common development, with the task to elaborate a document in order to help the Commission and member States to understand potential, risk and opportunities of these kind of technologies.

⁽⁶⁾ The EGE was set up in 1991, following a communication from the EU Commission to the European Parliament and Council titled «Promoting the competitive environment for industrial activities based on biotechnology within the Community». The Commission emphasized the need for ethical discussions on the development of biotechnology, thus the need for an ethics body was felt, <http://erawatch.jrc.ec.europa.eu>.

⁽⁷⁾ European Group on Ethics in science and New technologies, Opinion on the ethical implications of new health technologies and citizen participation, 2015, https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/opinion-29_ege_executive-summary-recommendations.pdf#view=fit&pagemode=none.

⁽⁸⁾ *S. and Marper v. United Kingdom*, Grand Chamber, 4 December 2008.

⁽⁹⁾ European Charter of Fundamental Rights «it is necessary to strengthen the protection of fundamental rights in the light of changes in society, social progress and scientific and technological developments».

The document elaborated by this workgroup⁽¹⁰⁾ does not have a juridical value, but it is useful to understand what Converging technologies are. At present the document define these technologies as «enabling technologies and knowledge systems that enable each other in the pursuit of a common goal»⁽¹¹⁾. The document, in its conclusion, sets sixteen recommendations but does not faces the juridical aspect, leaving an important gap.

The absence of a specific legal definitions related to these aspects brings with him various problems, because in spite of the pervasive importance of new technologies and converging technologies, the applicable law does not permit an adequate definition of these fields and it may not be able to protect enough the fundamental rights in contrast with these ones. According to this, the absence of a regulation could create an unresolved contrast among different constitutionally guaranteed rights such as health right, research right, property right and many others.

2. — *Fundamental research and research damage.*

In the next step we have to defining the area of this study. First of all, scientific research follows a clear structural process defined scientific method. The scientific method is the set of factors necessary for investigating an event, acquiring new knowledge, or to correct and integrate existent knowledge. The communication from the Commission on the Precautionary principle mentions five characteristics of the scientific method: the variable chosen, the measurements made, the samples drawn, the models used and the causal relationship employed⁽¹²⁾. Therefore, scientific research and scientific method are indissolubly bonded.

⁽¹⁰⁾ CORDIS - The opportunities and challenges of converging technologies, http://cordis.europa.eu/news/rcn/24628_en.html, 2004, last access January 2016.

⁽¹¹⁾ CORDIS - The opportunities and challenges of converging technologies, http://cordis.europa.eu/news/rcn/24628_en.html, 2004, last access January 2016.

⁽¹²⁾ Communication from the Commission on the Precautionary principle, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52000DC0001&from=EN>, last access January 2016.

Scientific research belongs either to natural sciences than humanistic sciences, but it is not a single field and can be divided in different phases, as explained in EU Commission communication 2006/C 323/01 , and more recently in the Commission Regulation (EU) No 651/2014, in which the Commission gave definition for aid for research and development and innovation⁽¹³⁾ at art. 2.83 et seq. in which are identified the following categories: fundamental research, which is related to experimental or theoretical work undertaken primarily to acquire new knowledge of the underlying foundations of phenomena and observable facts, without any direct practical application or use in view. Industrial research, which is related to the planned research or critical investigation aimed at the acquisition of new knowledge and skills for developing new products, processes or services or for bringing about a significant improvement in existing products, processes or services. It comprises the creation of components of complex systems, which is necessary for the industrial research, notably for generic technology validation, to the exclusion of prototypes as covered by point. Experimental development, which is referred to the acquiring, combining, shaping and using of existing scientific, technological, business and other relevant knowledge and skills for the purpose of producing plans and arrangements or designs for new, altered or improved products, processes or services. These may also include, for example, other activities aiming at the conceptual definition, planning and documentation of new products, processes and services. The activities may comprise producing drafts, drawings, plans and other documentation, provided that they are not intended for commercial use⁽¹⁴⁾.

This is an important statement because allow us to distinguish two steps, the first one which includes the fundamental research and the second one which includes all the other following steps. Indeed, these ones are oriented to the creation of projects and prototypes and every kinds of damage could be reconnected with the product liability.

⁽¹³⁾ Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014.

⁽¹⁴⁾ European Commission, Community framework for state aid for research and development and innovation 2006/C 323/1, art. 2.2 and Commission Regulation (EU) No 651/2014, art. 2.83 et seq.

The definition of fundamental research considers «experimental or theoretical works undertaken primarily to acquire new knowledge of the underlying foundations of phenomena and observable facts, without any direct practical application or use in view»⁽¹⁵⁾, structured it in three phases. In the first one scientists develop hypotheses and ideas, in the second one these ideas are studied and at a later stage actualized in a theory, that is tested in the third one. As example of this kind of research it is useful to consider the aspect of the medical research, related not only to human illness but also to plant health, which is a priority for the European Union⁽¹⁶⁾.

After this exposition it is possible to delimitate the area useful to understand which of these fields could cause a “research damage”, that is the damage provoked by a scientific experiment or scientific research.

First of all, it is important to delimit the area of research damage. The first and the second phases previously explained, are not able to cause direct damage to goods or people because they are only theoretical, whereas the third phase in which all these theories are tested could be dangerous, because it may involve material or procedures able to interact with people and goods. From a juridical point of view This phase can not belong to the product damage field, because the Council Directive 85/374/EEC, which establish that when a defective product causes damage to a consumer the producer may be accountable for the damage, decree that «product means all movables, with the exception of primary agricultural products and game, even though incorporated into another movable or into an immovable. Primary agricultural products mean the products of the soil, of stock-farming and of fisheries, excluding products which have undergone initial processing. Product includes electricity»⁽¹⁷⁾. In this way we can't consider the results of a theoretical experiment as a product, and this is confirmed by the

⁽¹⁵⁾ European Commission, Community framework for state aid for research and development and innovation 2006/C 323/1, art. 2.2 (e) and Commission Regulation (EU) No 651/2014, art. 2.84.

⁽¹⁶⁾ Risks to plant health: European Union priorities for tackling emerging plant pests and diseases: EASAC policy Report 24, February 2014.

⁽¹⁷⁾ Council Directive 85/374/EEC, art. 2.

sentence «which have undergone initial processing», because in that step the theory do not have reached the initial processing phase yet.

According to this, there is a gap between the protection guaranteed by the product liability legislation and the moment when effectively the damage could be caused. If this gap in the past was less important and wide in comparison with the present, nowadays the situation has changed. The development of the scientific research, the converging technologies and the scientific uncertainty make necessary to fill this gap. But the product liability is not useful to fill the gap because all the scientific advancement do not belong to the product field. For this reason, it is possible to hypothesize a different branch able to include all the different situations involving eventually damages caused by the scientific research.

3. — *Research damage as an autonomous specific case.*

Even if the research damage could not belong to the product liability it could be connected with civil liability, and specifically, in the Italian judicial system, under the provision of art. 2043 of the Civil Code. This article entitled «Compensation for unlawful acts», reads: «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno»⁽¹⁸⁾. From a juridical point of view fundamental elements are individuated in the intentional or negligent act, the unjustified injury, the guilt and the causal connection. Therefore, the question is focused on these elements connected with the research damage.

From a comparative point of view it is interesting to highlight how also the French Civil Code provide a similar provision at the article 1382: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer»⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Italian Civil Code, art. 2043: Any intentional or negligent act that causes an unjustified injury to another obliges the person who has committed the act to pay damages.

⁽¹⁹⁾ French Civil Code, art. 1382: Any act of man, which causes damage to another obliges the person by whose fault it happened to repair it.

Before to proceed to the analyses of connections, the main question concerns the necessity to understand if potential dangers related to scientific uncertainty or converging technology are able to provoke material damages, and if these damages can be included in a specific kind of liability. Related to this in the website of the European Research Council, it is explained that «research at and beyond the frontiers of understanding is an intrinsically risky venture, progressing in new and the most exiting research areas and is characterised by the absence of disciplinary boundaries»⁽²⁰⁾. According to this, this study have to investigate the phase in which science and technology may have this risky characteristics and become able to damage people or goods.

To find this characteristics it is important to delineate a timeframe in which focusing the research. Approximately it is possible defining this lapse of time since first years of nineteen century. In this period, in fact, science has had a remarkable development and has acquired the same profile that is possible to find nowadays. Limiting our research to this temporal line allow us to find a great number of cases useful for our purpose. It was possible to find more than two hundred cases related to our research⁽²¹⁾, in which only those that occurred in the last forty years have had a juridical consequence . The largest number of research damages occurred in laboratory, but we have to exclude scholastic laboratories because in this cases we do not have a research damage, in fact there was not conducting any research in these cases but only scientific demonstrations. All other cases could be inserted in different groups: the first group is composed by researchers damaged by researches, the second one is composed by employees non researchers damaged by researchers, the third is composed by third parties damaged by researchers and the fourth is related to the environmental damage caused by researchers.

⁽²⁰⁾ <https://erc.europa.eu/glossary/term/267>, last access January 2016.

⁽²¹⁾ The high number of cases were found thanks to the statistic work done by the Laboratory Safety Institute and thanks to the report in different law journal and particularly *Diritto penale e processo*, *Corriere merito*, *Social science research network*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, *Danno e responsabilità*, *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, *Accademia.edu*. Moreover some newspaper simplified the research.

The Lab Safety Institute elaborated a list of deadly accidents occurred in laboratories⁽²²⁾. That list complemented with other accidents and juridical cases is useful to support our thesis. For example, it is possible to mention some cases. In the first group, which concerns damage toward researchers, it is suitable to cite Marie Skłodowska, known as Marie Curie, who died in 1934 in France, due to an aplastic anaemia contracted because of an exposure to radiation, her field of research. At that time, it was not known the radio's radiation effect, so there was no juridical action. One other case is about the dead of a researcher of Stanford Research Institute and the injury of other two during an experiment related to cold fusion in 1992 in the United States of America, due to an explosion.

For the second group, connected to damages at employees in research centres, it is possible to mention Clarence Madison Dally, a worker in the Edison Lab, who was the first man to die due an x-ray exposition in 1904 in the United States of America, during the development of the fluoroscope⁽²³⁾. One other case concern the recourse promoted by some French atomic tests veterans about the charge of «collective negligence, involuntary homicide and more» filed on November 2003⁽²⁴⁾. No one court has scheduled that lawsuit yet.

The third and more interesting group is related to injuries caused to third parties, as occurred to Janet Parker, a photographer exposed to a deadly smallpox virus at Birmingham University Medical School. Due to this exposition miss Parker died in 1978. The Health and Safety Executive⁽²⁵⁾ observed a security breach and, subsequently to an appeal advertised by

⁽²²⁾ The lab safety memorial wall, Laboratory Safety Institute (LSI) An International Educational Centre for Safety in Science and Science Education, <http://www.labsafetyinstitute.org/MemorialWall.html>, Natick (MA), 2014, last access September 2015.

⁽²³⁾ Due to this fact Thomas Alva Edison interrupted the studies concerning radio.

⁽²⁴⁾ The scientist magazine, <http://www.the-scientist.com/?articles.view/articleNo/23196/title/French-atomic-lawsuit/>, Clare Kittredge, 3 December 2004, last access August 2015.

⁽²⁵⁾ A non-departmental public body of the United Kingdom responsible for the encouragement, regulation and enforcement of workplace health, safety and welfare, and for research into occupational risks in England, Wales and Scotland.

Trade Union Association of Scientific, Technical and Managerial Staff, Janet's husband was refunded for suffered damage. This case is very interesting also because, *mutatis mutandis*, it is quite similar to the problem related to *Xylella fastidiosa* in Puglia. The second case concerns an accident happened at Cryo Cell, a steam cell bank located in Florida, where in 2003 cryogenic containers were subjected to an accident able to endanger the cells storage. In this case the damage could have been related to a goods owned by people but linked to a fundamental right such as health.

For the fourth group it is sufficient to mention the environmental damage caused by INFN Gran Sasso laboratory in Italy due to an accidental leak of oil pseudocumene boxerino in a phreatic aquifer. Because of this the President of L'Aquila district threatened a civil lawsuit, but at the end there was not any trial.

These examples are only a little part of the damages occurring every year in research field and show the existence of an elevated number of hypothesis related to research damage, caused by negligence, lack of skill, malpractice, damage unpredictable or misfortune. Some of these cases may be connect with scientific uncertainty because at the time in which the research was underway they were technological unknown. Furthermore, data collected explain how the research damage is not delimited to one or few countries, but there are damages in different part of the world both in developing countries and in developed countries, irrespective of scientific level. It is possible to note that the scientific development increased the damage frequency and this is supported by the data shows in the LSI Memorial wall⁽²⁶⁾. The study of the frontier of science became pervasive and this development, connected with the spread of the knowledge, in same cases can cause damages with juridical relevance.

These data prove the theory concerning the potential damage that could be provoked by research. Now it is necessary to understand if it is possible to apply civil liability elements to the research damage. The first element concerns the act, a non-standard legal provision, in Italy, that includes every

⁽²⁶⁾ [Http://www.labsafetyinstitute.org/MemorialWall.html](http://www.labsafetyinstitute.org/MemorialWall.html), last access September 2015.

single act. It is really important to maintain the legal provision in a non-standard area, differently by common law or German provision, because in this way every single act attributable to the research damage could be covered by the rule. This is fundamental because research involving scientific uncertainty, new and converging technology is unpredictable and the aim of this work is to guarantee a legal cover to people, goods or the environment anyway damaged by the research.

The second element concerns the unjustified injury, related to the comparison of opposed interests. A damage is unjustified when it is *non iure*, in other words it is a damage caused by a misconduct unjustified by the juridical system, and *contra ius*, therefore harmful for an interest judged by the system deserving of protection. Concerning the *contra ius* area, if the research damage involves an interest deserving protection it may belong to the provision. Concerning the *non iure* element, the situation needs more evaluation.

The problem concerns if the research area may belong to the unjustified injury or, if the scientists' behaviour during their scientific work is always licit, to the civil liability for lawful act. The solution to this question could be found applying to the research damage civil liability in every case in which the behaviour is *non iure* and *contra ius* and by the application of the civil liability for lawful act, which could be applied reasonably by analogy as decided by Italian Constitutional Court⁽²⁷⁾, when the behaviour is not *non iure*.

The third element is represented by the guilt. Nowadays the guilt related to civil liability concerns principally intentional and unintentional acts, but some specific case considers other kind of guilt, as strict liability. Intentional act does not create any problem to be used in research damage category. Unintentional act could be performed with different behaviours, by negligence, imprudence or malpractice⁽²⁸⁾, damage unpredictable, misfortune or caused by non-compliance of the law. Therefore, the potential

⁽²⁷⁾ Italian Constitutional Court, judgement June the 22th 1990, n. 307, and, judgement April the 26th 2012, n. 107.

⁽²⁸⁾ Italian Penal Code, art. 43.

damage provoked by research may belong to each of these cases because any scientists could perform a damaging act without necessary caution, prudence or practice or respecting the law. Strict liability concerns a kind of liability related to an unpredictable damage, but in the Italian judicial system it is limited to some specific case. Nevertheless, this kind of liability could better fit to our purpose, because the behaviours related to frontier research could be dangerous also if there is no negligence, imprudence, malpractice, damage unpredictable or non-compliance of the law. In these cases the only element useful to evaluate the presence of the liability is the casual connection.

This one represent the last element that is the mainly complicated aspect for many reasons. First of all, the concept of casual connection, borrowed from the Italian penal code, in the civil field has a different meaning compared to the one postulate by the penal law⁽²⁹⁾. Endorsing this idea, the main problem is represented by the lack of scientific certainty, in fact the end of deterministic science produced a gap due to the impossibility to determine for certain when a specific act produces a determined consequence. This gap is wider in new and converging technology fields, in fact, especially in this field, often the consequences of the research are not clear and in others cases the research involve dangerous activities and there are specific protocols in order to avoiding damages to goods or people.

4. — *An illustrative case: Xylella fastidiosa.*

The Italian jurisprudence faced the proposed questions in different situations concerning the link between science and right as showed in L'Aquila earthquake trial⁽³⁰⁾. At the same time other European Courts faced

⁽²⁹⁾ Corte di Cassazione, judgement 16th October 2007, n. 21619 e Corte di Cassazione, judgement 11th January 2008, n. 581.

⁽³⁰⁾ L'Aquila Court, judgement October the 22th 2012, n. 380, L'Aquila Court of Appeal, judgment 10th November 2014, n. 3317.

additional questions like the action against CERN's LHC⁽³¹⁾ activation⁽³²⁾.

In the time during this paper has been written there is a lawsuit concerning the question of *Xylella fastidiosa*, in which «nine scientists are being investigated for a possible role in enabling an outbreak of a disease that is ravaging olive groves in Puglia, Italy»⁽³³⁾. The outbreak is caused by the bacterium *Xylella fastidiosa*, a bacteria endemic in parts of the Americas, like Costa Rica, Brazil and California, but it had not been seen in Europe until 2013, when it was identified in southern Italy.

Under European Union rules, Italy carried out a scientifically based containment plan to stop the disease that involves destroying healthy trees to create buffer zones, but farmers and environmental activists protested against its implementation. Individual court rulings have found in their favour, stopping tree felling and the spraying of insecticide on their land.

On December the European Commission opened an infringement procedure over Italy's failure to carry out containment measures quickly enough.

Prosecutors had confiscated computers and documents from scientific institutes they say that the deadly *Xylella* strain may have been imported for a training workshop at the Mediterranean Agronomic Institute of Bari in 2010, and may have escaped into the environment from field experiments.

Most scientists who have examined the issue consider it likely that the disease arrived with ornamental plants imported from Costa Rica, which harbour the same strain of *Xylella*.

This is the situation related to *Xylella* lawsuit at December 2015 and, even if it is related to a penal case, is will be useful for our purpose allowing

⁽³¹⁾ The Large Hadron Collider is the world's largest and most powerful particle accelerator. It first started up on 10 September 2008, and consists of a 27 kilometre ring of superconducting magnets with a number of accelerating structures to boost the energy of the particles along the way.

⁽³²⁾ Bundesverfassungsgericht (German Supreme Court), judgment February the 18th 2010 BvR 2502/08, Verwaltungsgericht Köln (Cologne Administrative Court), 13 K 5693/08.

⁽³³⁾ Nature.com, Allison Abbot, 21 December 2015, <http://www.nature.com/news/italian-scientists-under-investigation-after-olive-tree-deaths-1.19078>.

us to evaluate the impact of a research damage and the possible refund.

The prosecution hypothesize that the spread of the olive illness follows some conferences in which some Xylella's strains was carried from Holland to Puglia without the necessary supervision⁽³⁴⁾.

The lawsuit is currently underway but for our purpose it is sufficient considering the elements previously explained.

First of all it is possible to consider the research related to plant illness as basic research, like every medical research, even if it does not involve human health, as previously showed and confirmed by the European Academies Science Advisory Council⁽³⁵⁾. In this way we can consider the research on Xylella basic research, fitting our purpose.

Secondly, following the hypothesize of the prosecution, some scientist and researcher did not use necessary precautions during the transport or the manipulation of the bacteria. In this case we can use the liability theory for this specific case. Concerning the first of four elements previously showed, the act, the legal provision includes every single act, which must to be intentional, but this is not the case, or, if unintentional, must have be done without the necessary caution, prudence or practice, or respecting the law, as explained in the third element. Concerning this element behaviours of the researchers could fit some of the requisites and specifically it might have happened with a lack of caution or without respecting the law. The other element is represented by the casual connection, that in our specific case, is related to the bacteria Xilella. In order to fit this element must to be proved that Xilella's strain which is spreading in Puglia is the same and has the same genetic characteristics of the one sent from Holland.

The last element we discuss, which is the second previously listed, is represented by the unjustified injury. Concerning the *contra ius* area, the damage created by the spread of Xylella involves an interest deserving protection, but the *non iure* element necessitates a deeper analysis.

⁽³⁴⁾ Procura della Repubblica di Lecce, Preventive urgency sequestration decree, 18th December 2015.

⁽³⁵⁾ Risks to plant health: European Union priorities for tackling emerging plant pests and diseases: EASAC policy Report 24, February 2014.

The problem concerns if the scientists' behaviour during their scientific work with Xylella is licit. In Italy the older theory considered the injury unjustified only if it was related to absolute rights, but the evolution of the concrete case shows how, during last years, the interpretation of this field was less strict and has been considered inside the unjustified injury also other categories. This new point of view allows us to consider the damage to environment and to economy done by the spread of Xylella bacteria unjustified. Thereby all the four elements exist in our specific case and we can consider the spread of Xylella, if happened without necessary care and precautions and if there will be proved that the strains derived from the ones were used by the scientist, a direct damage of scientific research, and, for this reason, compensable, as happened for the smallpox spread who killed Janet Parker in 1978⁽³⁶⁾.

All the light of the above, it is possible to apply existent liability rules, in particular related to art. 2043 of the Italian Civil Code, to some issues created by the researchers, but the protection guaranteed by this liability law could not fit to all the problem related to research liability, in particular in all that cases in which the *non iure* field is not easy to value or in that cases in which the casual connection is not easy to determine, due to the condition of scientific knowledge. Because of this, it is urgent that the legislator, both National and European, faces the question in order to prescribe an adequate normative systems ables to regulate fields that nowadays does not belong to liability area.

5. — *Liability and new technology.*

The question related to Xylella represents a useful starting point in order to build a research liability because involves a particular case of fundamental research which is very wide. Indeed, the hypothesis of research liability could be applied in various fields involving areas as space research, human

⁽³⁶⁾ [Http://research.omicsgroup.org/index.php/Janet_Parker](http://research.omicsgroup.org/index.php/Janet_Parker), last visit December 2015.

trial, neuroscience, genetic, biotechnology, nanotechnology, information technology, artificial intelligence development, illness research and much more. Considering the damaged part, it was showed that could be victims different subjects as researchers, employees and third parties, but the list of possible damaged includes also the environment and institutions or legal entities which are the owners of damageable goods.

Last years law researchers have considered nanotechnologies fields as a frontier for liability, but they considered it only in product damage field. In this cases someone shown that «non contractual liability is an extensive instrument that has been applied to new technologies»⁽³⁷⁾, like in mental health field, for example, where the current knowledge relating to the effects of nanomaterials which are able to cross previously impermeable barriers, have created anxieties and fears related to potential future harms due to nanomaterials exposure. Related to this topic it is possible to observe that different countries have chosen different law practices. For example it is possible to consider mental issues due to the anxiety generated by nanomaterials exposure. In France proofs of mental/psychiatric disorder are not required and the damage must be direct and certain to qualify for compensation. In Germany the mental illness must be foreseeable if consequent to an accident and the mental harm must surpass the normal reactions of pain, mourning and sorrow, so anxiety or fear may be considered as an actionable harm only if it is particularly acute. In England Courts decided that a mental/psychiatric illness must be certificated and foreseeable⁽³⁸⁾.

In spite of these different legislations there is no question about the importance of this topic. According to this, European Commission believed

⁽³⁷⁾ C. MICALLEF-BORG, G. VAN CALASTRE, *Non contractual liability as an instrument for regulating nano and new technology - A through review using national and european union tort law*, Leuven, 2011, p. 16.

⁽³⁸⁾ C. MICALLEF-BORG, G. VAN CALASTRE, *Non contractual liability as an instrument for regulating nano and new technology - A through review using national and european union tort law*, Leuven, 2011, p. 16.

necessary to create a regulation for nanotechnologies field⁽³⁹⁾ considering the importance and the economic investment⁽⁴⁰⁾. Thereby the Commission assigned to the Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks the assignment to study the implications of nanotechnology.

All these analysis consider the problem in the product damage field, but the existence of a potential damage in fundamental research field may allow us to consider an extension of the existing protection to this new area. Nanotechnology, and all other potentially dangerous new and converging technologies, are not hazardous only for the customers but they can be so also for researchers, employees, for the environment and other subjects even before the commercialisation, as previously proved. According to this it could be suitable to extend the protection of the law also in these cases, waiting for a complete regulation of this field by legislators, both European and National. Moreover this may be useful to balance the precautionary principle and the pro action principle without blocking scientific progress.

6. — *The connection between research damage and precautionary principle.*

The importance of scientific research in mass production led governments of different countries to consider the introduction of a principle able to avoid damages connected to technological unknowns. The range of these legislations increased in comparison to their starting point also as consequences of events which shocked the public opinion, like mad cow disease.

Despite the high number of these legislations, there is no single definition of the Precautionary Principle. The most important reference is the Rio Declaration signed in 1992 in which is set that «in order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by

⁽³⁹⁾ European Commission, research & innovation, http://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/policy_en.html, last Access August 2015.

⁽⁴⁰⁾ Only in the USA in 2005 was about 982 million dollar and the global market for nanomaterials was estimated about 20 billion euro.

States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation»⁽⁴¹⁾. Without an in-depth-analysis it is important to explain that this principle, which was initially thought only to protect the environment, nowadays spreads his application also in other fields, like health protection, and is able to block any action that is believed too dangerous. In this way the principle is not only able to affect the industrial production, and consequently the product liability, but also the scientific research, as highlighted by European Commission which suggested that «recourse to the precautionary principle presupposes that potentially dangerous effects deriving from a phenomenon, product or process have been identified, and [at the same time] that scientific evaluation does not allow the risk to be determined with sufficient certainty»⁽⁴²⁾.

This principle in Europe led to stopping some researches, like GMO research⁽⁴³⁾ even if also the European Commission consider the GMO not dangerous⁽⁴⁴⁾, while in other non-European countries the same researches, and the commercialization too, proceed. Indeed, on the one hand scientific research in these fields does not develop within the European Union and on the other hand this situation it is able to create some issues between European Union countries and third parties countries. But the dark side of this principle is represented by the possibility for the research to be blocked any time in which it is possible to identify the presence of a risk for health or environment, but at the same time the existence of this risk is not scientifically proved, because the precautionary principle is based on the absence of data which guarantee the presence of the danger, whereas scientific method

⁽⁴¹⁾ Rio Declaration of Environment and Development, Principle 15, 1992.

⁽⁴²⁾ Communication from the Commission on the precautionary principle, 2000, p. 5.

⁽⁴³⁾ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 6 febbraio 2015, n. 605, TAR Lazio, sentenza 23 aprile 2014, n. 4410.

⁽⁴⁴⁾ Philippe Busquin, European Commissioner for Research between 1999 and 2004 affirmed, after a 15 years research involving more than 400 European research institute, that GMO plant are safer than the traditional ones because more controlled.

needs proves able to confirm the existence of the risk⁽⁴⁵⁾. This could bring to an interruption of the research and a paralysis of the innovation.

In this situation the conflict between the application of the precautionary principle, with the idea of protection behind it, and the freedom of the scientific research could be insoluble with all the problems that this lack of solution can bring with him.

For this reason it is time to think to a different way to resolve this kind of problems. In the paper «Four tests for liability in torts» Guido Calabresi and Alvin Klevorick affirmed that «one of the reasons for the current unhappy state of tort law generally – and of products liability law especially – is that the courts have apparently had an unusual degree of difficulty in explaining the basis of liability. Product defect has never provided an illuminating starting point for analysis, and when it is defined to include design defects, it helps even less. Taken literally, product defect would seem to imply liability for any and all injuries that are causally linked to the product»⁽⁴⁶⁾. In this paper it was suggested to use negligence and strict liability rules to creating a system based to an ex-post test. This “third way” was never considered properly, but it could be useful to have a different point of view even if it was thought for product liability.

Calabresi and Klevorick were the first who faced the problem considering the necessity of a solution. The same necessity exists nowadays in order to guarantee the freedom of research on the one hand and the others fundamental rights on the other hand.

In this context a liability designed for research's damage could be the right way to permit to balance opposed rights maintaining the possibility for governments to using the precautionary principle, but at the same time containing the application of this principle in order to use it only in that situation in which the damage could really be non-refundable or too dangerous and allowing researchers to keep on study in all the other cases.

⁽⁴⁵⁾ I. LINCESSO, *Nanotecnologie e principio di precauzione*, in *Danno e responsabilità*, 2010, p. 1095.

⁽⁴⁶⁾ G. CALABRESI, A. KLEVORICK, *Four Tests for Liability in Torts*, Faculty Scholarship Series, Yale, 1985, paper 3744.

7. — *Conclusions.*

Nowadays the potential damage that could be provoked by scientific research is not only a theoretical cogitation, but it is absolutely actual as proved by the case of Xylella. Nevertheless it is not only impossible imagine a world without scientific progress, but it is also deeply wrong. In order to face everyday challenges and improve the human impact on the world and the environment, also to guarantee an appropriate lifestyle for future generations, scientific research must go on and develop. The interaction among research and other fundamental rights is deep and the task of the law is to face issues deriving by this connection. Indeed, on one hand the research freedom is important and can not be stopped but on the other hand it is necessary to guarantee an appropriate protection to all other fundamental rights damaged by the research.

It was showed how it was applied the precautionary principle in order to block all the actions, not only involving scientific research, potentially dangerous.

The issues arising from the first approach show that probably this is not the right way to solve the problem. The block of the research, commercial problems, inadequate protection of some rights, uncertainty of law which depends by the governments application of precautionary principle instead to assigning it to a judge⁽⁴⁷⁾, decisions made without a scientific method and the existence of different criticism about the principle are only few of problems, affecting this approach.

This means that it is necessary to go beyond the extended use of this principle restricting it only to some situations.

This restriction leads the necessity of a different solution, solution that could be represented by the research liability. For some cases, as the Xilella one, it is possible to use existent rules of civil liability, but in these cases it is possible to prove the existence negligence, lack of skill, malpractice, damage unpredictable or misfortune and the casual connection. In other cases the main problem is represented by the uncertainty of science. About

⁽⁴⁷⁾ Italian Health Minister, Decree 22 January 2015, which extend the decree 12 July 2013.

this it is possible to agree with the statement which affirm that «uncertainty avoidance concerns the extent to which members of a country feel threatened by uncertain or unknown situations. It can be argued that strict liability provides a reduction in uncertainty, firstly because of the hard-and-fast rule character of strict liability. This provides more legal certainty about the outcome of a case than fault liability. Secondly, strict liability ensures that compensation is relatively easy to obtain in case a risk materialises. Fault liability traditionally requires balancing the interests of claimant and defendant. The outcome of this balancing act very much depends on the circumstances of the case. Uncertainty-avoiding cultures shun ambiguous situations and fault liability is ambiguity par excellence»⁽⁴⁸⁾.

So civil liability, connected with art. 2043 of the Italian Civil Code, could work, but it is mandatory to provide to the juridical system a specific regulation concerning research damage. This because the issues related to the casual connection, but also with the justified or unjustified injury need a specific regulation, that could bring a strict liability regime as for some others specific case⁽⁴⁹⁾. This could be the right solution, capable of solve the temporal question raised by Calabresi and Klevorik⁽⁵⁰⁾.

It could be argued that a liability with this strict rule could bring some researchers, in order to avoiding the compensation, to stop their researches. Actually this is only a hypothesis because researchers often work inside a research centre or a research company, and in such cases the law provides that compensation shall be borne by these latter⁽⁵¹⁾.

In conclusion the aim represented by the protection of fundamental rights and by the guarantee of freedom of research could be reached by an appropriate scheme of liability, concerning researcher liability.

⁽⁴⁸⁾ C. VAN DAM, *Who is Afraid of Diversity? Cultural Diversity, European Co-operation, and European Tort Law*, in *King's law Journal*, London, 2009, p. 298.

⁽⁴⁹⁾ E.G. art. 48, 51, 53 Italian Civil Code.

⁽⁵⁰⁾ G. CALABRESI, A. KLEVORICK, *Four Tests for Liability in Torts*, Faculty Scholarship Series, Yale, 1985, paper 3744.

⁽⁵¹⁾ Italian Civil Code, art. 2049, as interpreted by the Italian Corte di Cassazione, sentence 22th October 2004, n. 20588.

Riflessioni leggendo «The American Pope – Costruire ponti per costruire la pace».

[ANTONIO PALAZZO ^(*)]

1. L'introduzione di Massimo Milone al commento del viaggio di Papa Bergoglio in America ⁽¹⁾ inizia con una rappresentazione storica del ruolo che ha avuto Cuba nel secolo scorso e che continua ad avere in questo inizio di terzo millennio.

La scritta «Todos somos Americanos», apparsa all'Avana mentre Barack Obama e Raoul Castro dialogavano ristabilendo relazioni diplomatiche, il Papa Bergoglio visitava l'isola, è il segno di come sia avvertito, da un popolo maturatosi con rivoluzioni nel processo di libertà, un ponte tra Cuba e le Americhe.

Era il 1959 quando Fidel Castro prese il potere ed io, appena laureato, ero stato eletto segretario della associazione «Antichi Alunni della Compagnia di Gesù».

Ricevevo l'annuario dell'associazione con l'elenco degli ex allievi dei gesuiti nei collegi del mondo, e leggevo in quello di Cuba: «Castro Fidel, avvocato».

In quell'anno e in quelli successivi, Fidel si impose tra i poteri del mondo non con una rivoluzione violenta, ma culturale.

Bergoglio, gesuita, incontra oltre che Raoul, che rappresenta il potere ufficiale, anche l'antico allievo dei gesuiti del collegio Belén, e lo abbraccia.

Fidel aveva da farsi perdonare la chiusura, nel 1961, del collegio dove aveva studiato, perché il Provinciale di quel tempo si era votato al potere di Batista; ma nel 2014, l'anno prima della visita di Bergoglio, è stato accolto

^(*) Accademico dei Giusprivatisti Europei, *Editor in Chief*.

⁽¹⁾ L. JAKES, P. MESSA, M. MILONE (a cura di), *The American Pope – Costruire ponti per costruire la pace*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016.

con adeguato rispetto il Padre Generale, il Papa c.d. “nero”, a Cuba, Adolfo Nicolàs Pachòn, che prepara la visita del Papa confratello gesuita.

La lettura dei discorsi di Fidel⁽¹⁾ risente della sua formazione cattolica e così, il 17 febbraio 1959, assumendo l’incarico di Primo Ministro, inizia il discorso dicendo «soffro al pensiero che abbiamo chiesto ai lavoratori invitandoli a sospendere tutte le loro richieste, per salvare il raccolto della canna, per salvare la rivoluzione; invitandoli a sperare ad avere fiducia in noi». E aggiunge: «voglio approfittare di questa occasione, mentre assumo la carica di Primo Ministro, per dire agli operai, ai contadini, che noi non li abbiamo dimenticati e che abbiamo sempre presenti le loro necessità». Per dire inoltre “che la riforma agraria è una legge (...) che risolve il problema dei contadini senza terra, che stiamo lavorando per prepararla, e sarà una realtà in poche settimane».

E sull’usura diffusa durante il governo Batista: «Prima, quando veniva costruita una strada la si faceva non a beneficio del popolo, ma dei proprietari della zona. Il popolo ha dovuto sopportare ogni genere di ingiustizia, e sopportare è diventato quasi una consuetudine in ogni occasione. Un altro esempio è costituito dall’acquisto dei mobili a rate. Chi ha il danaro in contanti paga la metà di quanto è costretto a pagare un povero che si impegna con le rate, e che inoltre è gravato da una cifra elevata d’interessi. Così, se si è costretti a ricorrere al Monte dei pegni, avviene la stessa cosa; per non parlare, poi, di chi si serve del prestito ad usura. Credo che tutto ciò debba sparire al più presto, e che lo Stato debba quanto prima risolvere anche il problema dell’usura, che succhia il denaro della povera gente. Bisogna andare inoltre nei più miserabili quartieri dell’Avana, o spingersi nei paesi dell’interno per vedere quali sono le condizioni di abitazione della povera gente. Le imprese di costruzioni sono state incapaci di risolvere il problema della casa, è questo un altro compito che lo Stato deve affrontare attraverso l’istituto del risparmio e delle case popolari», per evitare, come dirà Bergoglio, «la cultura dello scarto».

⁽¹⁾ I discorsi di Fidel Castro sono stati pubblicati con il titolo *La rivoluzione cubana. Le origini del socialismo latinoamericano*, Pgreco, Milano, 2015.

E inoltre è attuale su democrazia, ruolo dei partiti e loro libertà: «per noi democrazia significa stessi diritti per tutti. Si discutono tutte le idee, tutte le opinioni: l'uomo è ragione e non forza, è intelligenza, non imposizione e capriccio; si parli, si discuta: noi vogliamo proprio la libertà di discutere, di pensare, di scrivere e di riunirci per tutti gli atti leciti e legali. Non è questo un mondo ideale? Bisogna aggiungere, però, che dovrà essere un mondo in cui tutti possono mangiare, dove la gente non muoia di fame, perché a quelli che parlano tanto di libertà e di democrazia (e sono molto esigenti in questo campo) non gli va giù che si parli del diritto degli uomini a mangiare, vivere; e con la democrazia teorica non mangiano gli infelici che stanno morendo di fame, con la democrazia teorica non si curano i malati». E aggiunge: «la teoria politico-filosofica ideale è quella che dà all'uomo tutte le libertà e in più anche le soddisfazioni di ordine materiale. Questa la dottrina della nostra rivoluzione».

E nella parte introduttiva del discorso aveva detto a chi paventava la nascita del comunismo a Cuba: «Perché si vuole agitare il fantasma del comunismo? Solo per il fatto che qui non si perseguitano i comunisti, visto che qui non si perseguita nessuno? Dovremmo perseguitarli solo perché sono comunisti? E poi perseguitare cattolici, perché sono cattolici; i protestanti perché sono protestanti; i massoni perché sono massoni, i rotariani perché sono rotariani». E conclude: «se pensare, come io penso, significa essere comunista, io sono comunista».

Nell'aprile del 1959 è in visita a una delle associazioni di giornalisti americani a parlare nel loro congresso a New York, e afferma: «non siamo venuti qui a parlare soltanto dei problemi di Cuba. Siamo venuti a parlare dell'opinione pubblica nord-americana, dei problemi che sono comuni a tutta l'America. Non siamo qui per chiedere qualcosa: non siamo venuti ad esprimere egoisticamente – e avremmo potuto farlo – i bisogni di Cuba. Siamo venuti a dire il sentimento e il dolore d'America, siamo venuti a parlare dei bisogni d'America a questo altro grande popolo d'America. Gli uomini e le donne riuniti qui, in numero che mai s'era visto nella più grande città del mondo, dicono i sentimenti democratici, patriottici e civili di questo popolo, e niente potrebbe essere più convincente, o più eloquente o più umano. Al popolo nordamericano noi possiamo dire che là c'è un altro grande popolo,

quello dei latinoamericani, e possiamo dire che anche quello è un popolo nobile, un popolo patriottico, possiamo dire che anche là ci sono milioni di esseri umani che desiderano costruire la loro felicità, di prendere la loro libertà, di guadagnare il pane col sudore della propria fronte».

Fidel si propone quale politico e uomo di Stato, di formazione, oserei dire, cattolica, che dal centro delle due Americhe lancia un programma di solidarietà tra ricchi e poveri.

Egli, inascoltato dagli Stati Uniti, reagisce prima nel 1960 con la nazionalizzazione delle imprese americane a Cuba e, dopo la controreazione statunitense che a San José di Costa Rica cerca di contrapporgli un gruppo di paesi sudamericani, arma esuli cubani e mercenari che vengono sconfitti da Fidel, costretto ora ad avvicinarsi all'Unione Sovietica.

2. La domanda che si fa oggi Massimo Milone è: «se l'appello nella piazza della rivoluzione, dominata dall'effigie del Che Guevara e di Fidel, lanciato da Bergoglio, accelererà, come sembra, la fine dell'embargo e l'inizio di una storia nuova». E la risposta di Milone è sì: «qualcosa accadrà in questo paese 'congelato' negli anni Sessanta, dove le case dalla struggente bellezza attendono una improbabile ristrutturazione, in un centro storico protetto dall'Unesco e dove oltre 200.000 persone, ogni giorno, per sfuggire alla fame e l'isolamento s'inventano un turismo dai modi occidentali ma che va da economia da terzo mondo».

«Todos somos americanos», riprende Milone la lettura della scritta, «ma per il Papa argentino non è quello della occidentalizzazione o il volto di una nuova Miami. Bergoglio immagina una grande regione latino-americana, con un proprio codice culturale, la sua storia, la sua anima, la sua cattolicità. Ripartendo da Cuba».

«Con la visita», dice Milone, «ha confermato di essere il capo spirituale dell'intero Sudamerica, un continente in cerca di nuova unità, di nuovi equilibri economico-sociali. Papa Bergoglio lo aveva anticipato sul volo che lo riportava a Roma dall'Ecuador: 'i popoli latinoamericani devono dialogare per creare la patria grande'».

A questo punto, Milone tocca con l'analisi storica le basi di questa idea

che ha le sue origini nel pensiero di Fidel già esaminato, rileggendo i discorsi rivolti ai cubani; e l'esempio provato con la sua vita nel realizzare la rivoluzione socialista, e non quella comunista-marxista, che non ha mai convinto il Fidel antico allievo della compagnia di Gesù.

Come scrive Massimo Milone: «l'inizio del dialogo decisivo è datato gennaio 1998: Giovanni Paolo II va a Cuba e incontra Fidel. Chiesa, già allora protagonista dell'operazione disgelo. Poi Benedetto XVI ed ora Bergoglio, che atterrando a Cuba il 19 settembre 2015 dirà: "da alcuni mesi siamo testimoni di un avvenimento che ci riempie di speranza. Il processo di normalizzazione delle relazioni dei due popoli, dopo anni di allontanamento. È un processo, è un regno del prevalere della cultura dell'incontro, del dialogo, il sistema della valorizzazione universale sul sistema, morto per sempre, di dinastia e di gruppo, come diceva José Martí"».

E Martí è il patriota cubano sacrificatosi nella lotta per liberare Cuba dalla tirannia spagnola. Martí ricorre sia nei discorsi di Fidel e in quelli di Francesco. E Papa Francesco conclude: «incoraggio i responsabili politici a proseguire su questo cammino, e a sviluppare tutte le sue potenzialità come prova dell'alto servizio che sono chiamati a prestare a favore della pace e del benessere dei loro popoli e di tutta l'America, e come esempio di riconciliazione del mondo intero. Il mondo ha bisogno di riconciliazione in questa atmosfera di guerra mondiale a pezzi che stiamo vivendo».

3. Il saggio di Lara Jakes ci fa rivivere, a questo punto, quali componenti della società civile e del mondo cattolico hanno partecipato alle manifestazioni per Bergoglio cogliendo soprattutto il pensiero dei giovani ed il loro commento ai discorsi del Papa e di Obama. Ha commosso i giovani in ricordo di Francesco a tre grandi americani.

Martin Luther King e il suo sogno di uguaglianza: «non dobbiamo ripetere le colpe e gli errori del passato. Dobbiamo cercare di vivere nel modo più nobile e giusto possibile, educando la nuova generazione a non voltare le spalle al nostro vicino e tutto quello che ci circonda». Ed ha ammonito la base del potere americano dicendo: «il criterio che usiamo per gli altri sarà lo stesso che il tempo userà con noi».

Ha parlato poi di due grandi cattolici: Dorothy Day, l'attivista sociale di elevata cultura, e il monaco trappista Thomas Merton.

Della Day ha detto: «il suo attivismo sociale, la sua passione per la giustizia e per le cause degli oppressi, sono stati ispirati dal Vangelo, dalla sua fede e dall'esempio dei santi». Nel 2012 la Conferenza Episcopale degli Stati Uniti ha suggerito alle gerarchie vaticane di canonizzare Day e durante il suo discorso al congresso, Bergoglio ha detto che esaminerà questa possibilità.

4. A questo punto, il volume *The American Pope – Costruire ponti per costruire la pace* consente al lettore di approfondire il discorso di Francesco alle Nazioni Unite pronunciato a New York il 25 settembre, con il saggio di Paolo Messa.

Messa ci ricorda i discorsi di Paolo VI, Giovanni Paolo II e Benedetto XVI all'Onu, mettendo in risalto un concetto fondamentale in quei discorsi che è quello di "diritto".

Dice Messa: "nel tempo, il concetto di diritto ha assunto agli occhi della Santa Sede un elemento imprescindibile per governare la società, e garantire lo sviluppo pacifico delle relazioni umane. Da qui è nato l'apprezzamento della rinnovata vicinanza della Chiesa all'esperienza delle Nazioni Unite e a tutti gli sforzi portati avanti in questa sede per costruire quell'impianto di norme che oggi regolano la vita internazionale degli Stati e che sempre più influenzano i sistemi dei singoli paesi". E continua: "In questo modo Papa Francesco non smentisce la vicinanza della chiesa ai progetti e alla stessa struttura dell'Onu, considerandola alla stregua dei suoi predecessori", e cioè "la risposta giuridica e politica adeguata al momento storico".

Dice Messa: "Un momento storico che racconta di sfide di rilevanti dimensioni con cui l'umanità è chiamata a convivere e fare i conti: terrorismo, migrazioni, disuguaglianze, economiche, sfruttamento infantile e criminalità internazionale, che porta con sé tratta degli esseri umani, narcotraffico e prostituzione, sono sotto gli occhi di tutti".

Dinanzi a questa oscurità, come la definisce Bergoglio, si inseriscono spazi di luce rappresentati dallo sviluppo del diritto internazionale, dalla costru-

zione della normativa internazionale dei diritti umani, dal perfezionamento del diritto umano”.

Ed a questo punto Messa coglie la rilevanza degli strumenti di tutela processuale diretti alla attuazione dei diritti quali gli arbitrati.

Non è infatti sfuggito a Francesco questo strumento definito da lui “vera norma giuridica fondamentale” che però non ha trovato sempre adeguata applicazione.

La scienza del diritto costituzionale e quella del diritto internazionale hanno chiarito le interrelazioni tra i due diritti relativamente alla base minima di essi.

È l’idea più attuale di possesso di beni della vita nella scienza giuridica attuale, con a fondamento il diritto all’ambiente, alla casa, alla terra, all’istruzione.

Come viene espressa da Messa commentando questa parte del discorso del Santo Padre: “l’idea stessa di accentramento del potere è ben lontana dal concetto di diritto su cui si sviluppa la giustizia, perché secondo Papa Francesco: ‘lo sviluppo umano integrale e in pieno esercizio della dignità umana non possono essere imposti. Devono essere costruiti e realizzati da ciascuno, da ciascuna famiglia, in comunione con gli altri esseri umani e in una giusta relazione con tutti gli ambienti nei quali si sviluppa la società umana”.

Messa conclude ricordandoci che Papa Bergoglio, affermando che “prima e al di là di piani e programmi ci sono donne e uomini concreti, uguali ai governanti”, ha insegnato al mondo qual è la via della pace.

La frammentazione del diritto mondiale come determinante della sua armonizzazione.

[JOANNA OSIEJEWICZ ^(*)]

1. Attualmente nella dottrina si cerca di dimostrare l'esistenza di numerose minacce per l'unità del diritto mondiale⁽¹⁾. Si tratta in sostanza delle conseguenze del fatto che il cosiddetto "diritto mondiale", contrariamente agli ordinamenti giuridici nazionali, non possiede una griglia concettuale-dogmatica uniforme, una chiara gerarchia delle norme legali, né tantomeno una forte gerarchia giudiziaria. Le cause di questa situazione possono essere quindi riscontrate nella mancanza di organi centralizzati, nel ristretto ambito delle loro competenze specifiche, nelle differenze tra le strutture delle norme, nelle regolamentazioni a carattere parallelo o concorrenziale, nella diffusione del diritto internazionale o nelle differenze tra i regimi di norme secondarie⁽²⁾. Le soluzioni auspiccate più di una volta dovrebbero basarsi sulla creazione di una gerarchia giuridica e un riordino delle norme legali, che in realtà non condurrebbero alla sperata condizione di gerarchia pari al diritto nazionale, ma permetterebbero almeno di avvicinarvisi. Le proposte sull'introduzione di una gerarchizzazione giuridica e legislativa sono tuttora riconosciute insoddisfacenti, poiché non prendono in considerazione

^(*) Dipartimento di Diritto Internazionale ed Europeo, Facoltà di Giurisprudenza e Amministrazione, Università degli Studi di Zielona Gora. La traduzione in italiano è a cura di Izabela Gawłowicz.

⁽¹⁾ *Weltrecht*: termine affermato nella dottrina tedesca. Per quanto riguarda l'origine di questo concetto, vedi M. AMSTUTZ, V. KARAVAS, *Weltrecht: Ein Derridasches Monster*, in G.-P. CALLIÈS, A. FISCHER-LESCANO, D. WIELSCH, P. ZUMBANSEN (a cura di), *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, 2009, pp. 645-672.

⁽²⁾ G. HAFNER, *Risks Ensuing from Fragmentation of Internal Law*, Official Records of the General Assembly, 55. session, „Supplement”, 2010, 10, p. 326 ss.

la complessità del problema in questione⁽³⁾. Lo scopo del presente articolo è un tentativo di stabilire che cosa sia effettivamente il diritto mondiale, indicare le relazioni tra il diritto mondiale, quello internazionale e il diritto dell'Unione Europea e chiarire in che modo l'armonizzazione del diritto mondiale si opponga alla sua frammentazione.

2. Il termine “diritto mondiale” trova le sue origini nella teoria dei sistemi di Niklas Luhmann, che ha eseguito una analisi del diritto e della politica in qualità di sistemi sociali, che espletano funzioni specifiche nella società moderna e al contempo si sostengono reciprocamente, così come sostengono gli altri sistemi funzionali⁽⁴⁾. Nelle analisi di Luhmann che riguardano la legge e la politica si possono riconoscere tre elementi, apparsi durante le diverse fasi di sviluppo della sua concezione. In un primo tempo Luhmann ha notato che le strutture normative non hanno valori eterni e, con l'aiuto dei mezzi legali, possono essere adeguate alle nuove aspettative. Il diritto positivo è quindi aperto al futuro. In seguito ha definito politica e diritto come sistemi non autonomi, ma autopoietici, ovvero sistemi funzionali chiusi in grado di autoriprodursi. Più avanti, poi, Luhmann ha analizzato il diritto e la politica dal punto di vista di una società funzionalmente differenziata, quale era per lui la società mondiale, dalla propria struttura globale e con i propri problemi, sorta in conseguenza delle differenziazioni funzionali⁽⁵⁾.

3. Nei sistemi funzionali della società mondiale si creano le strutture specifiche della politica mondiale, della religione mondiale, del diritto mondiale⁽⁶⁾. Il diritto e la politica sono sistemi funzionali per i quali i confini territoriali e l'identità nazionale o regionale giocano un ruolo più importante che per altri; inoltre, tali sistemi si rafforzano reciprocamente nella

⁽³⁾ Cfr. P. BERMAN, *Globalization of Jurisdiction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2002, 151, p. 371.

⁽⁴⁾ N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1997, p. 595 ss.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, p. 145.

propria natura nazionale e regionale. A livello mondiale il sistema politico non è più organizzato da uno Stato e, di conseguenza, il sistema legale è posto di fronte a nuove, specifiche sfide nella società mondiale. Il cosiddetto diritto mondiale è quindi il diritto della società mondiale. Esso va oltre il tradizionale diritto internazionale, ovvero il diritto dei popoli o il diritto transnazionale. Tuttavia, l'analisi del diritto della società mondiale non è stata condotta da Luhmann in maniera coerente. Il diritto mondiale è per Luhmann una impalcatura di norme legali, indipendente dalle tradizioni regionali e dagli interessi politici nazionali, è un ordinamento giuridico senza una legislazione e una magistratura centrali. Può essere qui di aiuto un paragone con la definizione di religione mondiale secondo Luhmann. Essa comprende gli elementi della fede di tutte le persone. Contrariamente al caso dello scintoismo giapponese o della religione ebraica, vi mancano limitazioni etniche, nazionali o territoriali e anche le divinità sono deregionalizzate. Il diritto mondiale, similmente alla religione mondiale, è pluralistico. Così come nel sistema religioso della società mondiale si possono trovare non un'unica religione mondiale, ma una serie di religioni, anche nel sistema legale della società mondiale non esiste un centro, ma una molteplicità di vari ordinamenti giudiziari. Il merito di Luhmann è quello di aver evidenziato la dimensione internazionale del diritto, che prima veniva percepito a livello nazionale e regionale. Il diritto mondiale, contrariamente a quello internazionale, è in vigore non solo tra gli Stati, ma anche tra le persone, tra i popoli e le persone, tra le persone e gli Stati.

4. La teoria dei sistemi di Luhmann contribuisce a far luce sulla problematica del diritto internazionale. Il dibattito sulla frammentazione del diritto viene quindi pregiudicato su due piani: nel caso in cui la frammentazione venga ridotta al conflitto tra le norme, si giunge al riduzionismo legale; se invece ci concentriamo sui fondamenti politici dei conflitti fra le norme, si ottiene il riduzionismo politico⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, *Fragmentierung des Weltrechts. Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit*, in M. ALBERT, R. STICHWEH (a cura di), *Weltstaat – Weltstaatlichkeit: Politische Strukturbildung nach der Globalisierung*, Wiesbaden, 2005, p. 42.

Nel tentativo di evitare queste semplificazioni, A. Lescano e G. Teubner hanno descritto la proliferazione dei regimi di diritto internazionale come un epifenomeno della sfaccettata frammentazione del diritto della società mondiale – della superficie globale, che da sola si differenzia in miriadi di sistemi autonomi. La frammentazione del diritto è, secondo loro, solo un effimero riflesso di una ben più fondamentale frammentazione sfaccettata della società globale. Un punto chiave delle analisi di Lescano e Teubner è la constatazione che qualsiasi diritto, indifferentemente da come venga definito – nazionale o internazionale, pubblico o privato – è strettamente legato al sistema settoriale, finalizzato alla massimalizzazione della propria razionalità⁽⁸⁾. Nell'ambito del sistema legale i confini geografici sono stati sostituiti da una delimitazione di sistema, funzionale: la differenziazione nazionale del diritto è ora avvolta nella frammentazione strutturale. I settori sociali riproducono i conflitti strutturali tra i vari sistemi funzionali nell'ambito del diritto. Di conseguenza abbiamo a che fare con un'intera gamma di regimi, nell'ambito dei quali sono riconoscibili gli atti legislativi nazionali, internazionali e sovranazionali. Alcuni di questi regimi, in particolare quelli con una forte struttura istituzionale, si evolvono a regimi costituzionalizzati. Conformemente alla teoria dei sistemi di Luhmann, tali regimi restano fundamentalmente autonomi. A questi tipi di sistema, caratterizzati dagli elementi del regime chiuso, appartiene il sistema giuridico dell'Unione Europea, che dal punto di vista del diritto internazionale risulta un subsistema del diritto internazionale. Fintanto che ogni cambiamento nei trattati dipenderà dall'approvazione dei singoli Stati sovrani membri, l'ordinamento giuridico dell'Unione Europea sarà sempre dominato dallo spirito del diritto internazionale.

5. La frammentazione del diritto mondiale è un fenomeno troppo radicale e ampio per essere incluso in precisi ambiti legali, o anche politici, economici o culturali. Si tratta di un epifenomeno della ben più profonda e poliedrica frammentazione dell'intera collettività mondiale. Le speranze per

⁽⁸⁾ *Ibidem*, p. 43.

una uniformità normativa a livello mondiale sembrano quindi infondate a priori. Per di più, come viene indicato nella letteratura in materia, in futuro bisogna aspettarsi un aumento del frazionamento del diritto a risultato dei conflitti sociali⁽⁹⁾. La frammentazione del diritto è dunque inevitabile. È possibile solo il raggiungimento di una certa debole compatibilità normativa solo nel momento in cui, in un diritto di conflitto di nuovo tipo, si riesca a realizzare un tipo di griglia in grado di mantenere un seppur vago collegamento tra gli elementi in conflitto⁽¹⁰⁾. È evidente la sempre più veloce differenziazione della comunità internazionale in sistemi sociali autonomi, che superano i confini territoriali e si costituiscono in tutto il mondo, accomunati dall'economia, ma anche dalla scienza, la cultura, la tecnica, la salute, le forze armate, i trasporti, il turismo, lo sport e ancora la politica, il diritto e l'assistenza sociale. Tali sistemi raggiungono adesso le misure di formazioni mondiali a sé stanti. Inoltre, appare in questo contesto la questione delle loro relazioni reciproche e le loro relazioni con altri ambienti, che determinano l'ambito di libertà di tali sistemi⁽¹¹⁾. L'autorazionalizzazione dei vari sistemi funzionali, costantemente in crescita, è considerata la causa dell'autodegenerazione del progresso sociale. Tale crescita comporta a sua volta una minaccia sempre maggiore per le persone, l'ambiente naturale e la società. Questi fattori rappresentano i processi sociali responsabili per i sempre più frequenti conflitti delle norme giuridiche, per l'avanzamento della frammentazione e la dissoluzione delle istituzioni preposte alla soluzione dei conflitti⁽¹²⁾.

6. Il diritto mondiale si basa su un collegamento delle operazioni legali, al quale gli ordinamenti legali eterogenei trasferiscono regolamentazioni

⁽⁹⁾ H. WILLKE, *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*, Frankfurt, 2003, p. 179; N. LUHMANN, *Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft*, in U. BECK (ed.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt, 1998, p. 373.

⁽¹⁰⁾ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, *Fragmentierung*, cit., p. 40 s.

⁽¹¹⁾ H. WILLKE, *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*, Frankfurt, 2003, p. 179 ss.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 188 ss.

legali vincolanti⁽¹³⁾. Tale diritto è caratterizzato da una dinamica moltitudine di operazioni, durante le quali i sistemi normativi paralleli di varia provenienza si stimolano reciprocamente, si uniscono tra loro e vengono a contatto. Non danno però vita ad ordinamenti omogenei dominanti, che assorbirebbero le singole componenti, ma coesistono ancora sotto forma di una creatura eterarchica, atta a realizzare il pluralismo del diritto⁽¹⁴⁾. La differenziazione del diritto mondiale, sottoposta agli ordini delle politiche dei singoli Stati e in grado di attuarsi nei molteplici ordinamenti legali nazionali in vigore su un dato territorio, ha lasciato il posto alla sua frammentazione settoriale, effetto dell'espansione delle organizzazioni internazionali e dei regimi di regolamentazione che, contrariamente alle proprie origini negli accordi internazionali, sono cresciuti al livello di ordinamenti legali indipendenti⁽¹⁵⁾.

La comparsa dei regimi globali non significa comunque che gli ordinamenti giuridici si stiano uniformando, armonizzando o anche coordinando, ma che il diritto crea una nuova forma di differenziazione interna e forgia non tanto l'unità giuridica, quanto una nuova frammentazione⁽¹⁶⁾. In tal modo la tradizionale differenziazione del diritto, conforme alla regola della territorialità, cede il posto ad una differenziazione a livello settoriale, che conduce ad una diversificazione del diritto mondiale secondo regimi legali uniformi e transnazionali dalle aspirazioni globali, i cui confini vengono fissati dalle peculiarità dell'oggetto regolato. Non abbiamo in questo caso a che fare con la sostituzione di un tipo di differenziazione con un altro tipo, ma con l'applicazione di due diverse regole: quella territoriale-settoriale e quella tematico-funzionale. Inoltre, tali regimi non danno vita a segmenti simili, né

⁽¹³⁾ A. FISCHER-LESCANO, *Die Emergenz der Globalverfassung*, in *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, 63, p. 717 ss.

⁽¹⁴⁾ M. AMSTUTZ, *Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht*, in G. TEUBNER, Ch. JOERGES (a cura di), *Rechtsverfassungsrecht*, Baden-Baden, 2003, p. 213.

⁽¹⁵⁾ A. HASENCLEVER, P. MEZER, V. RITBERGER, *Theories of International Regimes*, Cambridge, 1999, p. 162 ss.

⁽¹⁶⁾ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, *Fragmentierung*, cit., p. 10.

sono tantomeno sistematizzati dal punto di vista gerarchico⁽¹⁷⁾. Vana quindi sembra proprio la speranza di raggiungere l'unità del diritto mondiale, confermata dalla tesi, secondo la quale la società mondiale costituisce un'entità specifica, priva di vertici come anche di un centro⁽¹⁸⁾. Sarebbe più reale l'idea di raggiungere solo un diritto coerentemente eterarchico, avente come scopo appena la costituzione di un vago legame tra quegli ordinamenti giuridici parziali già colpiti dalla frammentazione. Un tale legame può essere costituito solo per mezzo di collegamenti tra singoli punti, grazie al rafforzamento normativo dei collegamenti interni ed esterni preesistenti⁽¹⁹⁾.

7. Il succitato processo di costituzione di vaghi legami tra ordinamenti giuridici parziali già colpiti dalla frammentazione per mezzo di collegamenti normativi tra singoli punti costituisce l'armonizzazione del diritto, una risposta e una forma di difesa nei confronti della sua frammentazione. Il termine "armonizzazione" deriva dal greco "armonia", che significa «concorde, reciproca complementarità di elementi, oggetti, proprietà, fenomeni, ecc., che vengono a costituire un'unità estetica e integrata»⁽²⁰⁾. Nel caso dell'armonizzazione del diritto si tratta di conciliare vari ordinamenti giuridici, grazie all'eliminazione dei contrasti e al superamento dei disaccordi, in modo tale che il funzionamento di quegli ordinamenti resti conforme con gli scopi e gli interessi dei soggetti coinvolti. Il risultato del processo di armonizzazione è quindi l'insorgere di una certa "unione legale". L'armonizzazione è il perseguire una "unificazione" del diritto, un certo suo "accostamento" o anche "adattamento" e pertanto può essere vista come una tappa verso

⁽¹⁷⁾ Ibidem, p. 12; cfr. anche M. STOLLEIS, *Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?*, in A. HÉRITIER, M. STOLLEIS, F. SCHARPF (a cura di), *European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels*, Baden-Baden, 2004, p. 17 ss.

⁽¹⁸⁾ N. LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München-Wien, 1981, in *Analysen und Perspektiven*, 8-9, p. 22.

⁽¹⁹⁾ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, *Fragmentierung*, cit., p. 43.

⁽²⁰⁾ E. SOBOL (a cura di), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa, 1997, p. 417.

una completa coesione o persino come un valore autonomo di arrivo⁽²¹⁾. Il processo di armonizzazione del diritto consiste nella sua alterazione attiva, attraverso l'eliminazione delle differenze tra le singole norme dei vari sistemi giuridici⁽²²⁾. Un risultato armonizzato può essere ottenuto applicando cambiamenti in uno dei sistemi giuridici in oggetto, oppure riformulando tutti quei sistemi in un nuovo sistema più "condiviso". Le differenze giuridiche presenti possono essere appianate cancellando quelle disposizioni legali "di ostacolo", oppure introducendo disposizioni dal nuovo contenuto, modificato o forse precedentemente del tutto assente.

8. L'armonizzazione, di per sé, non è un fenomeno nuovo. Un suo primo tentativo può riconoscersi già nello *ius gentium* romano che, includendo nel proprio ambito di applicazione tutte le persone libere, e quindi sia i Romani che gli stranieri, si è sviluppato prima di tutto per permettere e proteggere le transazioni legali sovranazionali. Lo *ius gentium* non è stato però imposto dai Romani ai popoli facenti parte dell'Impero, né tantomeno era uno strumento o un mezzo di armonizzazione delle loro legislazioni nazionali. Le province applicavano i loro ordinamenti giuridici interni per quanto riguardava le questioni interne, conformemente al principio della personalità del diritto, in vigore nel diritto romano arcaico⁽²³⁾, mentre lo *ius gentium* veniva applicato nelle questioni in cui si riscontrava la partecipazione di un "fattore esterno"⁽²⁴⁾. Il diritto romano era del resto in uso ancora durante il Medioevo nell'Europa Occidentale e in quella Centrale in qualità di diritto sussidiario, in grado di influenzare direttamente i singoli ordinamenti giu-

(21) R. TOKARCZYK, Problemy harmonizacji polskiej kultury prawnej z kulturą prawną Unii Europejskiej, in *Studia Europejskie*, 2004, 3, p. 69.

(22) Th. OPPERMAN, D. CLASSEN, M. NETTESHEIM, *Europarecht, Ein Studienbuch*, München, 2011, p. 1037.

(23) W. WOŁODKIEWICZ, M. ZABŁOCKA, *Prawo Rzymskie. Instytucje*, Warszawa, 2009, p. 16 ss.

(24) M. IGIMI-YASUTAKE, *Bemerkungen aus der Sicht der Antike zur „neuesten“ Diskussion eines einheitlichen Vertragsrechts*, in K. RIESENHUBER, K. TAKAYAMA (a cura di), *Schriften zum europäischen und internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht*, t. 10, *Rechtsangleichung: Grundlagen, Methoden und Inhalte: Deutsch-japanische Perspektiven*, Berlin, 2006, p. 27.

ridici nazionali, assumendo il ruolo di punto di riferimento comune⁽²⁵⁾. Le norme tratte dal diritto romano, del resto, espletano a tutt'oggi la funzione di basi assiologiche sulle quali si basa un certo ambito della giurisprudenza e, al contempo, costituiscono per la giurisprudenza stessa una serie pronta di strumenti tecnici legislativi⁽²⁶⁾. Tali principi, però, restano in vigore non perché sono universalmente riconosciuti, ma perché sono stati immessi in un certo ordinamento giudiziario sulla base di una legge specifica⁽²⁷⁾. Se, al contrario, una legge o un atto vincolante del diritto internazionale desse la precedenza ad altri principi, le regole del diritto romano non troverebbero applicazione e non rappresenterebbero un elemento comune. Ricollegando questa affermazione all'armonizzazione, basti notare che già nel contesto di quelle regole si è trattato di un processo determinato da un lato da una certa necessità esterna, risultante dalle insufficienti risorse del diritto interno o anche dalla sua diversità rispetto ad altri ordinamenti nazionali; dall'altro lato, invece, rappresentava una espressione della volontà dei sovrani, che hanno deciso arbitrariamente di assumere tale regola come propria.

9. L'armonizzazione internazionale del diritto secondo l'odierna concezione è tuttavia un fenomeno molto più concreto, ambito sia a causa del già citato processo di frammentazione del diritto, come anche in considerazione di una certa necessità pratica legata alla globalizzazione e alla crescente mobilità delle persone e dei capitali. I primi passi in questa direzione hanno avuto luogo verso la metà del secolo XIX⁽²⁸⁾. Il trattato *National and international code of commerce among all civilised nations*, elaborato da L. Levi nel 1851 può essere considerato il primo tentativo di armonizzazione del diritto commerciale. Tale progetto non è stato però accolto favorevolmente ed un destino

⁽²⁵⁾ P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, London-Sidney, 1999, p. 61.

⁽²⁶⁾ Ibidem, p. 29 s.; W. LUDWICZAK, *Międzynarodowe prawo prywatne*, in *Przedsiębiorstwo Wydawnicze. Ars boni et aequi*, Poznań, 1996, p. 97; W. WOŁODKIEWICZ, M. ZABŁOCKA, *op. cit.*, p. 8.

⁽²⁷⁾ J. GILAS, *Prawo międzynarodowe prywatne*, Warszawa, 2002, p. 38.

⁽²⁸⁾ Ancora sulle attività armonizzatrici storiche: K. ZWEIGERT, J. KROPPHOLLER, *Quellen des Internationalen Einheitsrechts: Bürgerliches Recht und Handelsrecht*, Sijthoff, 1971.

simile è toccato al codice internazionale di diritto commerciale, proposto nel 1878 dal *Congrès international du commerce et de l'industrie*⁽²⁹⁾. Il primo reale contributo alla moderna armonizzazione del diritto internazionale privato rimane, invece, il *Codice Civile* italiano, entrato in vigore nel 1865, che contiene una serie di regole per quei tempi all'avanguardia. Nell'ambito dei successi italiani non si può non citare ancora l'attività dell'allora ministro di grazia e giustizia, Pasquale Stanislao Mancini, teorico del diritto internazionale, che ha proposto una regolamentazione più ampia e omogenea del diritto di conflitto⁽³⁰⁾. Nel 1874, a sua volta, l'Olanda faceva appello per una omologazione del riconoscimento internazionale delle sentenze. Tale proposta non è stata accolta con entusiasmo, in particolare in Francia e Germania⁽³¹⁾, eppure ha costituito un importante passo nel percorso dell'armonizzazione del diritto, offrendo uno stimolo indiretto ad un evento extraeuropeo che ha percorso i tempi: la conferenza di Montevideo nel 1889 e l'ampia codificazione della regolazione del diritto di conflitto e del diritto privato processuale. Il successo raggiunto alla conferenza sudamericana ha fatto sì che il governo olandese rinnovasse la sua richiesta e invitasse gli Stati europei a partecipare ad una conferenza all'Aia, al fine di condurre un dibattito sulla possibilità di omologare il diritto privato internazionale. I rappresentanti delegati dei singoli Stati già allora erano consapevoli che non sarebbe stato possibile firmare un accordo in grado di regolare tutti i rapporti legali in quell'ambito, ma d'altro canto era già evidente che la sola introduzione di norme di conflitto unitarie non sarebbe stata sufficiente a regolare la materia in oggetto. Alla conferenza del 1893, a dire il vero, non è stato raggiunto il consenso per quanto riguarda una codificazione unitaria, ciononostante da quel momento la Conferenza dell'Aia per il Diritto Privato Internazionale funziona come

⁽²⁹⁾ H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law: an Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, in *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, t. 1, London, 1946 p. 146.

⁽³⁰⁾ J. GILAS, *op. cit.*, p. 59; K. LINHART, *Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung*, Sijthoff, 2005, p. 10.

⁽³¹⁾ K. LINHART, *Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 11.

organizzazione mondiale intergovernativa che riunisce più di 60 nazioni, il cui compito principale consiste nel redigere convenzioni internazionali atte a regolare le varie questioni nell'ambito del diritto privato, che nella pratica possono verificarsi con un elemento straniero⁽³²⁾.

10. Come indicato in precedenza, il processo della moderna armonizzazione si è svolto in maniera graduale, dapprima in settori specifici, per poi occupare un ambito di applicazione sempre più ampio. Tra questi importanti successi settoriali vale la pena citare l'omologazione del diritto aereo internazionale grazie alla firma della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 per l'unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale⁽³³⁾. Un altro esempio chiave è la firma delle Convenzioni di Ginevra: sulla cambiale e il vaglia bancario nel 1930 e sugli assegni bancari nel 1931, che hanno favorito la realizzazione di una legge unitaria – pur conservando alcune differenze locali – in materia di cambiali e assegni bancari⁽³⁴⁾. In tempi più recenti, merita di essere evidenziata l'attività delle Nazioni Unite su scala già più ampia nell'ambito dell'armonizzazione del diritto dei titoli di credito, come anche il loro contributo nella fondazione della Commissione Internazionale per il Diritto Commerciale Internazionale (UNICITRAL), il cui compito statutario è l'armonizzazione e l'omologazione del diritto commerciale internazionale. Il maggior successo dell'UNICITRAL riconosciuto a livello universale è la Convenzione sui contratti commerciali internazionali, stipulata a Vienna nel 1980⁽³⁵⁾. Non si può poi omettere l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, comunemente definito

⁽³²⁾ Gazzetta Ufficiale Polacca del 1933, n. 8, pos. 49.

⁽³³⁾ Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 sull'omologazione di alcune norme riguardanti il trasporto aereo internazionale, Gazzetta Ufficiale Polacca del 1933 n. 8, pos. 49, con modifiche successive al Protocollo dell'Aia del 28 novembre 1955, Gazzetta Ufficiale Polacca del 1963, n. 33, pos. 189.

⁽³⁴⁾ L. BAGIŃSKA, *Pravo wekslowe i czekowe*, Warszawa, 2008, pp. 6-8.

⁽³⁵⁾ Cfr. E.V. CAEMERER, P. SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, 1999.

Unidroit⁽³⁶⁾, una organizzazione intergovernativa il cui scopo è l'analisi dei metodi per l'armonizzazione e la coordinazione del diritto privato tra i Paesi e i gruppi di Paesi, come anche la graduale preparazione all'introduzione di norme omologate di diritto privato da parte dei vari membri. La Commissione Internazionale dello Stato Civile (CIEC)⁽³⁷⁾ è a sua volta un organo intergovernativo che conduce un'attività su ampia scala, ad esempio per l'armonizzazione o l'unificazione dei diritti di stato civile o familiare, attraverso la redazione di progetti di convenzioni internazionali.

11. Infine, bisogna osservare il processo di integrazione tra i Paesi membri dell'Unione Europea, dapprima formulata teoricamente sui trattati e poi attuata in pratica. La politica di coesione postulata nel Trattato di Lisbona, basata sull'integrazione dei Paesi membri, indica l'armonizzazione come il fondamento della coesione stessa. Nell'art. 7 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea⁽³⁸⁾ viene a sua volta stabilito che l'Unione garantisce la coesione delle sue singole politiche e attività, prendendo in considerazione tutti i suoi scopi e conformemente alla regola del trasferimento delle competenze. Questa regola, ripetutamente accentuata nei trattati comunitari, ci indica che proprio qui bisogna porre dei limiti, entro i quali l'Unione Europea è autorizzata ad agire, ad esempio nell'ambito dell'applicazione dell'interpretazione del diritto. D'altro canto, però, compaiono nella letteratura sull'argomento voci critiche che sottolineano l'esagerata ridondanza delle norme provocata dal timore dei Paesi membri di veder assottigliate le proprie competenze⁽³⁹⁾. Il trasferimento delle competenze, posto alla base dell'integrazione europea, si limita in realtà a trasferire le competenze per

⁽³⁶⁾ *Unidroit*, in <http://www.unidroit.org/> (1° dicembre 2015).

⁽³⁷⁾ La Commission internationale de l'État Civil, CIEC, in <http://www.ciec1.org/> (1° dicembre 2015).

⁽³⁸⁾ Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea OJ C 326, 26 ottobre 2012, pp. 47-390.

⁽³⁹⁾ Ch. CALLIES, in Ch. CALLIES, M. RUFFERT (a cura di), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta. Kommentar*, Beck Juristischer Verlag, München, 2011, Art. 5 AEUV, p. 8.

l'elaborazione del diritto. La frammentazione del diritto costituisce una reale minaccia per l'avanzamento del processo di integrazione e può significare una destabilizzazione della coesione delle politiche e delle attività dell'Unione. L'elaborazione di un nuovo diritto da parte dell'Unione, come anche la modifica di quello già esistente, sono determinate dall'idea di una armonizzazione di ampia portata del diritto dei Paesi membri, escludendo solo pochi campi. L'armonizzazione è quindi una caratteristica a sé stante del processo di integrazione e una risposta a questa frammentazione. D'altra parte, comunque, una completa armonizzazione degli ordinamenti giuridici dei Paesi membri farebbe sì che la stessa Unione Europea diventasse una frammentazione del sistema mondiale. Di conseguenza, si renderebbe necessaria una ulteriore armonizzazione, questa volta del diritto comunitario, inteso come diritto uniforme dei Paesi membri, con gli altri ordinamenti giuridici.

12. Al giorno d'oggi la maggior parte dei settori del diritto mondiale è stata in qualche modo raggiunta dall'armonizzazione. Lo stesso processo di armonizzazione delle norme è stato più di una volta studiato ed esposto a numerose categorizzazioni, eppure rimane difficile applicare una interpretazione uniforme in una giungla di norme giuridiche poco trasparenti e armonizzate settorialmente. L'armonizzazione è un processo graduabile ed è soggetto a relative valutazioni, mentre il grado e l'ambito dell'armonizzazione del diritto influenzano direttamente la possibilità di applicare una sua interpretazione uniforme. Come ha affermato già nel 1916 E. Zitelman, l'omologazione del testo di una legge non garantisce ancora che il diritto vivo sia in uno Stato lo stesso diritto che in un altro⁽⁴⁰⁾. Il diritto richiede ancora una sua attuazione per mezzo di un tribunale, e quindi la reale armonizzazione verrà raggiunta soltanto quando i tribunali nazionali e gli organi amministrativi applicheranno una interpretazione uniforme ad un diritto mondiale omologato. Nei Paesi membri dell'Unione Europea l'armonizzazione dei

⁽⁴⁰⁾ E. ZITTELMANN, *Möglichkeit eines Weltrechts*, München-Leipzig, 1916, p. 46: «(...) mit der Gleichheit des Gesetzeswortlauts ist noch nicht gewährleistet, dass das lebendige Recht in dem einen Staat dasselbe ist wie in dem anderen», citazione da K. LINHART, *Internationales Einheitsrecht*, cit., p. 2.

loro ordinamenti giuridici grazie all'azione di un diritto sovranazionale assume un significato sempre più nitido. L'armonizzazione del diritto favorisce le transazioni legali internazionali, ne aumenta la prevedibilità e diminuisce il rischio di partecipazione a tali transazioni. Un ordinamento giuridico per principio è costituito da numerose norme particolareggiate, di conseguenza sorge la domanda in che modo dovrebbe svolgersi il processo di armonizzazione per non perdere di vista il proprio scopo e, allo stesso tempo, non violare quella precisa rete di regole dominanti il diritto interno.

The Human Rights in EU Law.

[TUNJICA PETRAŠEVIĆ (*)]

SUMMARY: 1. Preliminary ruling procedure in the EU law. – 2. Historical background of Human Rights in the EU. – 3. Idea of accession of the EU to the ECHR.

1. National courts of the members states of the EU are also European courts and they are primarily responsible for the proper application of EU Law. As European parliament had pointed out: «EU law would remained a dead letter if it is not properly applied in the Member States, including by national judges, who are therefore the keystone of the EU judicial system and who play a central role in the establishment of a single European legal order»⁽¹⁾

But, national courts do not have full jurisdiction to decide disputes on EU Law brought before them, since the ECJ hold the sole power to declare act of EU law invalid and have the final word in questions of interpretation of EU Law⁽²⁾. For this purpose, the Treaty provides a mechanism of preliminary ruling procedure, regulated by article 267 of TFEU⁽³⁾. Where

(*) Jean Monnet Professor. Josi Juraj Strossmayer University in Osijek, Faculty of Law Osijek.

⁽¹⁾ See *European Parliament resolution of 9th July 2008 on the role of the national judge in the European judicial system*, 2007/2027(INI) (access on 10th July 2010), p. 1.

⁽²⁾ H. BRIEM, *The preliminary ruling procedure as part of a complete system of remedies*, Master thesis, (Faculty of Law, University of Lund, 2005), p. 29., available at [http://web2.jur.lu.se/Internet/english/essay/Masterth.nsf/0/2D469AC1BEBB44B6C1257013004071CB/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://web2.jur.lu.se/Internet/english/essay/Masterth.nsf/0/2D469AC1BEBB44B6C1257013004071CB/$File/xsmall.pdf?OpenElement) (access on 13th April 2010).

⁽³⁾ The Court of Justice of the European Union has jurisdiction to give preliminary rulings on the interpretation of European Union law and on the validity of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union. That general jurisdiction is conferred on it by Article 19/3b of the Treaty on European Union (OJEU 2008 C 115, p. 13) and Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (OJEU 2008 C 115, p. 47) .

such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon⁽⁴⁾. Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court⁽⁵⁾. If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay⁽⁶⁾.

The ECJ described the role of Article 267 of TFEU (ex. Art. 234 EC) as «essential for the preservation of the Community character of the law established by the Treaty and has the object of ensuring that in all circumstances this law is the same in all States of Community»⁽⁷⁾. There is strong consensus over the importance of preliminary ruling procedure both for uniform application of EU Law but also for the whole process of the European integration. Most of the landmark judgments by the ECJ (e.g. *Van Gend en Loos*, *Costa v. ENEL* and *Simmenthal*) were handed after a national court requested the ECJ to give a judgment on the interpretation of EU Law in a preliminary ruling.

Under the preliminary ruling procedure, the role of ECJ is to give an interpretation of EU law or to rule on its validity, not to apply that law to the

⁽⁴⁾ See Art. 267/2 of TFEU.

⁽⁵⁾ See Art. 267/3 of TFEU.

⁽⁶⁾ This is a new provision in par. 4 of art. 267 TFEU regarding a person in custody. It could be brought in connection with the *new urgent preliminary ruling procedure* (so called PPU – from French *procédure préliminaire d'urgence*). It is the new type of procedure or we can even say the sub-type of the preliminary ruling procedure that is applied only in the area of freedom, security and justice. See T. PETRAŠEVIĆ, *Novi hitni prethodni postupak za područje slobode, sigurnosti i pravde – PPU* [New urgent preliminary ruling procedure in the area of freedom, security and justice – PPU], 2, Hrvatska javna uprava, 2010, pp. 427-463, and A. LAZOWSKI, 'Towards the reform of the preliminary ruling procedure in JHA area', in S. BRAUM AND A. WEYEMBERGH (eds.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 211-226.

⁽⁷⁾ See par. 2 of Judgment in case C-146/73 (Rheinmühlen).

factual situation underlying the main proceedings, which is the task of the national court⁽⁸⁾. It should be also mentioned that for the referring court, the preliminary ruling procedure is only one step of the national procedure⁽⁹⁾.

2. The EEC Treaty (1957) had no specific provisions on the protection of fundamental rights - economic integration. In a series of early cases, the CJEU even refused to recognize fundamental rights (e.g. *Stork*, *Geitling*, *Sgarlata* etc.) Because of that, some national courts reserved the right to declare Community law inapplicable if they deemed it incompatible with domestic constitutional provisions. The most famous case is *Solange I* (1974). The Court of Justice of the European Community started to emphasize the obligation to observe human rights in its own rulings, so in 1963, in case *Stauder v. Ulm* clarifies: «fundamental human rights are enshrined in the general principles of Community law and protected by the Court».

Since the EC did not have their own catalogue of human rights, the ECJ was compelled to seek inspiration elsewhere: «the constitutional traditions common to the Member States» and «international treaties for the protection of human rights, on which the Member States have collaborated or of which they are signatories».

After that the CJEU developed significant case law concerning human rights (C-36/75, *Rutili*, [1975] ECR 1219; C-149/77, *Defrenne - Sabena*, [1978] ECR 1365; C-44/79, *Hauer - Land Rheinland-Pfalz*, [1979] ECR 3727 and C-155/79). This case law was later enshrined in EU law, in the Maastricht Treaty (TEU).

Solange II (1986): «in the sphere of competence of the European Communities, a standard of protection of Fundamental rights had arisen that had to be deemed equal in substance to that provided by the German

⁽⁸⁾ See point 7 of the Information note, cit. This practical information, which is in no way binding, is intended to provide guidance to national courts as to whether it is appropriate to make a reference for a preliminary ruling and, should they proceed, to help them formulate and submit questions to the Court.

⁽⁹⁾ See T. ČAPETA, *Sudovi Europske unije. Nacionalni sudovi kao europski sudovi* [EU Courts – National Courts as European Courts], Zagreb, IMO, 2002, p. 251.

Constitution». BwG would no longer review secondary Community law on the basis of the fundamental rights of the German Constitution, as long as the European Communities, and in particular its Court, generally ensure an efficient protection of fundamental rights...

Art. F (Art. 6 of the TEU) stated that the Union «shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms».

But there was a persistent sense of unease that an organization as powerful as the European Union did not have its own binding catalogue of human rights. So, during the German presidency of Council on the 7th of December 2000, at the European Council in Nice, the European Charter of Fundamental Rights was proclaimed. The Lisbon Treaty invested the Charter with this legally binding status. On 1st December 2009, the Charter acquired the same legal status as the Treaties.

3. The sole idea of accession of the EU to the Convention is not the new one. The Commission was the first one who proposed the accession in 1979 and repeated in 1990. On 30th November 1994, the Council decided to seek the advice of the Court of Justice. The result was Opinion 2/94, in which the CJEU advised against accession. The Court observed that accession was impossible in the light of Community law since there was no firm legal basis for it⁽¹⁰⁾.

Ever since, things have significantly changed. Firstly, the new Treaty basis was introduced by the Lisbon. Art. 6(2) TEU states: «The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties». ⁽¹¹⁾ Furthermore, there is the Protocol 8, regulating aspects of the accession, as well as a Declaration requiring that accession to the ECHR must comply with the “specific characteristics” of

⁽¹⁰⁾ See more at: M. KUIJER, *The accession of the EU to the ECHR: a gift for the ECHR's 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, in *Amsterdam Law Forum*, 2011, 3, pp. 17-32.

⁽¹¹⁾ Art. 6/2 TEU.

EU law. Apart from EU legal regulation in the Council of Europe legal order a new Protocol 14 in the Art. 59(2) introduced that: «The European Union may accede to this Convention».

Furthermore, Art. 47 TEU explicitly recognizes the legal personality of the EU and as an integral part *ius contrahendi*. Finally, Art. 218 TFEU (Lisbon) regulates the international agreements and in the Art. 218(11) TFEU gives the possibility for Member State, the European Parliament, the Council or the Commission to obtain the opinion of the Court of Justice as to whether an agreement envisaged is compatible with the Treaties. Where the opinion of the Court is adverse, the agreement envisaged may not enter into force unless it is amended or the Treaties are revised⁽¹²⁾.

After the entering into force of the Lisbon Treaty, upon the recommendation of the Commission, the Council adopted a decision on 4th June 2010 authorising the opening of negotiations for an accession agreement. Draft Accession Agreement of the EU to the ECHR was adopted at 5th April 2013⁽¹³⁾. Based on the legitimacy under Art. 218(11) to obtain the Opinion of the CJEU, the Commission requested an Opinion of the compatibility of the Accession Agreement with the Treaties. Finally the CJEU published its negative Opinion on 18th December 2014.

⁽¹²⁾ Art. 218/11 TFEU.

⁽¹³⁾ Council of Europe, cooperation with other international organisations http://www.coe.int/t/dgbl/standardsetting/hrpolicy/Accession/default_en.asp accessed 15th August 2015.

Protección de la biodiversidad y conocimiento tradicional asociados a los recursos genético en la «Sociedad del Conocimiento»^()*

[VALENTINA COLCELLI^(**)]

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. “Conocimiento” como acto de conocimiento. – 3. El “conocimiento” como cognoscibilidad. – 4. Error y dolo como alteración del proceso de conocimiento. – 5. Europa como Knowledge-based Society. – 6. El conocimiento tradicional asociados a los recursos genéticos y la noción de “conocimiento” elaborada en Lisboa. – 7. El conocimiento tradicional asociados a los recursos genéticos como bienes jurídico.

1. El propósito de este artículo es en la voluntad de investigar el significado del término “conocimiento”, para entender como “el conocimiento tradicional asociados a los recursos genéticos” ayuda a definir el significado de “conocimiento” elaborado para las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa, el cual actualmente constituye la base de “Europa 2020”⁽¹⁾.

Nel Reglamento (ue) n. 511/2014, el «conocimiento tradicional asociados a los recursos genéticos» tiene protección y garantía para el ordinamiento de la Unión Europea. El Reglamento (ue) n. 511/2014 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 es relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya sobre al acceso a los

^(*) This research has received funding from the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Sklodowska-Curie, Grant agreement No 645595.

^(**) Consiglio Nazionale delle Ricerche - ISAFoM-CNR, Sezione distaccata di Perugia.

⁽¹⁾ R. CIPPITANI, *L’Europa della conoscenza (la ricerca e l’educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell’integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss. Ver también acerca de la estrategia de Lisboa, F. VESPASIANO, *La società della conoscenza come metafora dello sviluppo*, Milano, 2006.

recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización en la Unión⁽²⁾.

En el Protocolo de Nagoya se desarrollan las normas generales del Convenio relativas al acceso a los recursos genéticos y a la participación en los beneficios monetarios y no monetarios derivados de la utilización de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a los mismos. De conformidad con la Decisión 2014/283/UE del Consejo el Protocolo de Nagoya se aprobó en nombre de la Unión Europea.

El Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización es un tratado internacional adoptado el 29 de octubre de 2010.

Para el propósito de este artículo, se investigará el significado del término “conocimiento” cuando de éste se hace uso en los principales códigos civiles europeos o en la tradición del derecho privado europeo.

Así, pues, la investigación podrá servir para evaluar como:

- a) el conocimiento tradicional asociados a los recursos genéticos es una vía para entender la noción de “conocimiento” elaborada en Lisboa⁽³⁾;
- b) el conocimiento tradicional asociados a los recursos genéticos en el marco Europa concebida como *Knowledge-based Society* es un «bien jurídicos immaterial»;

⁽²⁾ Para analysis for developing a juridical framework able to defend biodiversity, its guarantee, local and native population's benefit and jurisdictional prevalence of patents. This meanwhile expects that the EU institutions must “align” their two-faced approach to the Biodiversity in their legal system. To achieve these goals the paper analyses the nature of invalidity by contracts and mutually agreed terms if missing specific provisions for the fair and equitable sharing of the benefits arising from the utilisation of genetic resources or of the traditional knowledge associated with genetic resources, ves V. COLCELLI, *A Critic Lecture Of The Eu Two Faced Approach To Biodiversity: Equal Guaranty Or Multinational Bioraid? The Importance Of A Self-Reconsideration Of Eu Politics In Biodiversity*, en *Environment, energy, food comparative legal models for sustainable development* (edit by) Ginevra C. Feroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti, P.L. Petrillo, Roma, I, 1, 2016, pp. 41-53.

⁽³⁾ R. CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, en T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss. Ver también acerca de la estrategia de Lisboa, F. VESPASIANO, *La società della conoscenza come metafora dello sviluppo*, Milano, 2006.

- c) bien jurídicos inmaterial expresan el valor del interés que realizan en el contexto social y en la destinación económica comprendida en la misma situación jurídica que el legislador reconoce.

En la tradición europea, el término “conocimiento” se utiliza generalmente como sinónimo de adquisición de información o, en ocasiones, como acto de conciencia cuando es un elemento constitutivo de caso⁽⁴⁾.

2. Múltiples son las normas en los diversos ordenamientos civiles que usan la expresión “conocimiento” y respecto a la cual hacer devengar efectos, resoluciones u otras consecuencias jurídicas. En éstas, el conocimiento es un caso jurídico o elemento de caso productivo de efectos jurídicos. De este modo, las consecuencias son hechos de conocimiento.

Se trata de expresiones puntuales de la vida psíquica que se concretizan en el conocimiento adquirido de específicos o determinados datos o hechos de la realidad respecto a uno o más sujetos; estos hechos se vuelven así objetos de evaluaciones específicas en sentido jurídico, es decir casos o elementos de casos productores de casos jurídicos⁽⁵⁾.

El conocimiento del hecho que una persona o un menor – en el caso de padres que ejercen la patria potestad – sea incapaz es la condición para comunicar este hecho al Ministerio Fiscal por parte de las autoridades públicas o funcionarios. En este último caso, se trata de un verdadero deber de transmitir la noticia al Ministerio Fiscal. Por esta razón, parece que el “conocimiento” requerido para los fines de la comunicación al Ministerio no es la pura y simple información, sino una información exhaustiva de la “posible causa de incapacitación en una persona” (art. 203 del código civil español).

3. La modalidad de conclusión del contrato a distancia plantea el problema de cuál es el concepto de “conocimiento” al que es necesario

⁽⁴⁾ V. COLCELLI, *El «conocimiento» en la tradición del derecho privado europeo*, en R. CIPPITANI (edit by), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, Roma-México-Perugia, 2012, pp. 77-117.

⁽⁵⁾ Textualmente R. CIPPITANI, *La proprietà industriale e intellettuale*, en R. CIPPITANI, L. FULCI (a cura di), *I programmi comunitari per la ricerca e l'innovazione. Regole di partecipazione e contratto tipo*, Perugia, 2007, p. 215.

hacer referencia para que el contrato pueda decirse perfeccionado.

La existencia de la previsión contenida en el art. 1335 del código civil italiano⁽⁶⁾, así como la previsión española contenida en art. 1262 del código civil español, han hecho describir la conclusión del contrato entre personas lejanas en los términos de una “cognición atenuada”, por lo que “el conocimiento efectivo de la aceptación se constituye, así, por su cognoscibilidad”⁽⁷⁾, imponiendo de hecho a quien lo propone que la aceptación –aun cuando haya llegado a su domicilio– puede haber sido ignorada inculpablemente por él y, ello no obstante, considerarse concluido el contrato.

Así, el legislador ha establecido una “equivalencia jurídica de un hecho (llegada al domicilio) a otro (el conocimiento)”⁽⁸⁾, prefiriendo el criterio de la recepción al criterio del conocimiento⁽⁹⁾.

4. Es por esta razón por lo que todos los ordenamientos prestan una atención particular a hechos como el error y el dolo.

No obstante, el momento formativo de la voluntad de un sujeto pasa de la cognición de la realidad, a través de la adquisición, al plano lógico o de la experiencia. Por lo tanto, el proceso cognitivo constituye la base de cada proceso volitivo de la persona. Alterar el momento de la cognición de un sujeto, por razones de error o a través de la inducción en la percepción de hechos y datos distintos de la realidad, significa incidir en el proceso de formación de su misma voluntad.

Es por esta razón por lo que error y dolo – como hechos idóneos para alterar el proceso cognitivo – son relevantes para los fines del reconocimiento que se está llevando a cabo acerca del significado de “conocimiento” que presupone y usa el código civil.

⁽⁶⁾ V. COLCELLI, *L'uso ed il significato del termine «conoscenza» nel codice civile italiano*, en R. CIPPITANI (edit by), *Società della Conoscenza e cultura dell'Integrazione, Studi Tematici di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo*, Roma-Perugia, 2012.

⁽⁷⁾ G. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, t. I, Padova, 2004, p. 213.

⁽⁸⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 292.

⁽⁹⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 316.

5. En ningún caso es jurídicamente relevante el único y puro hecho bio-psíquico con el cual se relaciona el conocimiento. Una valoración *sub specie iuris* de los hechos de conocimiento necesita referirse a algo sobre lo cual pueda fundarse una responsabilidad o una autorresponsabilidad del sujeto.

El “conocimiento”, entonces, lo entiende la tradición civilista como conciencia de un hecho y no simple información, por lo cual es determinante el momento de la toma de conciencia del evento, entendido como información verificada, que puede legitimar la acción.

En este caso, el conocimiento informa también si ha sido adquirido casualmente, sin la voluntad predeterminada del sujeto, es decir sin su iniciativa. En este caso, el conocimiento al cual se hace referencia es el de carácter empírico.

En la tradición civilista, el conocimiento se produce también mediante actos creativos e inventivos. En los diversos códigos civiles y en las varias leyes especiales de los estados europeos, existe naturalmente un instrumento de tutela de la creatividad humana, la cual es seguramente un acto de profundo conocer: esto es la normativa sobre la propiedad industrial.

En este simple reconocimiento que se está realizando no es, en efecto, no mencionable el hecho de que – y obviamente – la propiedad intelectual está disciplinada desde hace tiempo.

Porque desde del 2004 la Comisión UE estuvo particularmente activa en el campo de las relaciones entre derecho comunitario de la competencia y propiedad intelectual, en particular derecho de autor patente y know-how⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Por un lado, la Comisión emanó un nuevo reglamento de exención por categoría *ex art. 81* (ver Regolamento della Commissiones CE 772/2004 del 27 de abril de 2004) para los contratos de licencia en materia de patentes, know-how y derecho de autor en software. Por otro lado, en dos causas clamorosas – Decisión de la Comisión Europea, 24 de marzo de 2004, Microsoft y Corte de Justicia, 29 de abril de 2004, IMS Health, in www.eur-lex.europa.eu.it – la Comisión reivindicó claramente para sí misma la posibilidad de forzar, con base en al art. 82 TCE (ahora art.102 TFEU), mediante “licencias obligatorias”, el acceso a determinados mercados que por derechos de propiedad intelectual son dominados por una única empresa. Ves M. VAN EMPEI, *Proprietá intellettuale e diritto CE della concorrenza. 2004: un annomovimentato*, in *Dir. ind.*, 2005, p. 277 ss., subraya cómo en 2004 la Comisión UE estuvo particularmente activa en el campo de las relaciones entre derecho comunitario de la competencia y propiedad intelectual, en particular derecho de autor patente y know-how.

Los *intellectual property rights* son objeto también de la Carta de Niza, donde al derecho de propiedad se le dedica el art. 17, colocado en el capítulo dedicado a las «libertades». El art. 17 habla explícitamente del «derecho de propiedad» y de su contenido como derecho a gozar, a disponer de los bienes adquiridos legalmente o del derecho de dejarlos en herencia. El artículo enmarca el tema de los derechos reales entre los derechos fundamentales del ser humano. Lo coloca entre los derechos civiles, reagrupados en seis grandes capítulos: dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía, justicia.

La noción de “conocimiento” que se subsume en la tutela de la llamada propiedad intelectual es tal vez la más cercana a la noción de “conocimiento” que actualmente informa el proceso de integración de la Unión Europea, pero no coincide totalmente con ella⁽¹¹⁾. La referencia es a las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa⁽¹²⁾, estrategia lanzada en estos años por la Comisión U.E. que refuerza la idea según la cual la integración europea debe basarse en el “conocimiento”.

En una Europa concebida como *Knowledge-based Society* es mucho más importante la producción, el uso y la transferencia, el compartir (*sharing*) los conocimientos, antes que la propiedad y el comercio de los bienes materiales. La sociedad del conocimiento consiste en una metáfora que incluye y califica

Por un lado, la Comisión emanó un nuevo reglamento de exención por categoría *ex art.* 81 (ver Reglamento de la Comisión CE 772/2004 del 27 de abril de 2004) para los contratos de licencia en materia de patentes, know-how y derecho de autor en software. Por otro lado, en dos causas clamorosas – Decisión de la Comisión Europea, 24 de marzo de 2004, Microsoft y Corte de Justicia, 29 de abril de 2004, IMS Health, in www.eur-lex.europa.eu – la Comisión reivindicó claramente para sí misma la posibilidad de forzar, con base en el art. 82, mediante “licencias obligatorias”, el acceso a determinados mercados que por derechos de propiedad intelectual son dominados por una única empresa.

⁽¹¹⁾ En el plano del derecho internacional, se ve el Convenio de Munich en la patente europea de 1973, que permite con una sola grabación obtener un número de patentes nacionales regularmente reconocidas en los países solicitados por el depositante: es la patente europea; el Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria de 1975; el Tratado de Washington para la cooperación internacional en materia de patentes (1970); el Convenio de Unión de París (1983) para la protección de la propiedad industrial.

⁽¹²⁾ Ver Europa 2020, *Una nuova strategia economica*, en <http://www.politichecomunitarie.it/comunicazione/17109/europa-2020-una-nuova-strategia-economica-in-europa>.

las demás metáforas jurídicas constituidas por el mercado y por la sociedad de la información⁽¹³⁾.

La noción de «conocimiento» elaborada en la llamada Estrategia de Lisboa 2000, en verdad lo considera, si bien, no se refiere sólo al objeto del derecho de autor elaborado en el siglo XIX.

Las diferencias tecnológicas y los mecanismos de transferencia de la tecnología, de hecho se consideran por las modernas teorías del crecimiento económico, como las causas de que permanezca la disparidad de desarrollo entre países.

El desarrollo es caracterizado, por diferentes tasas de acumulación de factores de producción físicos y también se singulariza por una distinta capacidad de producir, utilizar y absorber nuevas ideas que, por su propia naturaleza de bienes no rivales, consienten superar aquellos vínculos al crecimiento, dados por el rendimiento de los factores físicos. Polanyi defiende de este modo, la centralidad y la importancia del saber como acto personal y no neutral.

En esto sentido el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos es una vía para entender como la noción de “conocimiento” elaborada en Lisboa⁽¹⁴⁾ encierra los resultados de la actividad de ingenio que son tutelables a través del derecho de autor de decimonónica memoria, pero en todo caso no se agota en ellos⁽¹⁵⁾.

6. En esto sentido el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos es una vía para entender como la noción de “conocimiento”

⁽¹³⁾ R. CIPPITANI, en A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto Privato del Mercato*, Perugia, 2007, p. 166.

⁽¹⁴⁾ R. CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss. Ver también acerca de la estrategia de Lisboa, F. VESPASIANO, *La società della conoscenza come metafora dello sviluppo*, Milano, 2006.

⁽¹⁵⁾ D.A. POSEY, *Intellectual Property rights and Just Compensation for Indigenous knowledge, Amazonia and Siberia: Legal Aspects of the preservation of the Environment and Development in the Last Open Spaces*, *Anthropology Today* 6, 1993, 4, p. 287.

elaborada en Lisboa⁽¹⁶⁾ encierra los resultados de la actividad de ingenio que son tutelables a través del derecho de autor de decimonónica memoria, pero en todo caso no se agota en ellos.

El saber tradicional que poseen las comunidades indígenas y locales puede proporcionar información importante para propiciar descubrimientos científicos de propiedades genéticas o bioquímicas interesantes de los recursos genéticos⁽¹⁷⁾. Dicho saber tradicional incluye los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que encarnan estilos de vida tradicionales apropiados para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica (considerando n. 5).

El Reglamento hace referencia a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos descritos en los acuerdos de participación en los beneficios (considerando n. 20).

Es en estó sentido, la Unión Europa está haciendo un rilefessione en el concepto de conocimiento que involucra situaciones legales de reconocimiento de la creatividad, pero que no coincide necesariamente con la protección de la propiedad intelectual, pero en todo caso en que la UE prepara protección y garantía del sistema. Estó es lo caso de los «Conocimientos Tradicionales asociados a los Recursos Genéticos», así como para el Reglamento (ue) no 511/2014 relativo a las medidas de cumplimiento de los usuarios del Protocolo de Nagoya.

Aún no se ha acordado, a nivel internacional, una definición de «conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos». A efectos del Reglamento (ue) no 511/2014 es «conocimientos tradicionales asociados

⁽¹⁶⁾ R. CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss. Ver también acerca de la estrategia de Lisboa, F. VESPASIANO, *La società della conoscenza come metafora dello sviluppo*, Milano, 2006.

⁽¹⁷⁾ Los recursos genéticos constituyen el patrimonio genético de especies tanto silvestres como domesticadas o cultivadas y desempeñan un papel cada vez más importante en muchos sectores económicos, como la producción de alimentos, la silvicultura y el desarrollo de medicamentos, cosméticos y fuentes de bioenergía. Además, los recursos genéticos desempeñan un papel importante en la aplicación de estrategias diseñadas para regenerar ecosistemas degradados y proteger especies amenazadas (considerando n. 4).

a recursos genéticos»: los conocimientos tradicionales que posee una comunidad indígena o local relacionados con la utilización de recursos genéticos y que estén descritos como tales en las condiciones mutuamente acordadas que se apliquen a la utilización de recursos genéticos (numero 7, Artículo 3 -Definiciones).

El nel marco del Reglamento (ue) no 511/2014, el conocimiento tradicional asociados a los recursos genéticos tiene protección y garantía del sistema EU, tiene la posibilidad d'estar transferidos utilizados y comercializado por las condiciones mutuamente acordadas en un contrato, su natura y provenineza puede estar certificada.

Son «condiciones mutuamente acordadas»: los acuerdos contractuales celebrados entre un proveedor de recursos genéticos o de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y un usuario, en los cuales se establezcan condiciones específicas para la participación justa y equitativa en los beneficios (numero 6, Artículo 3-Definiciones)⁽¹⁸⁾.

Los usuarios buscarán, conservarán y transferirán a los siguientes usuarios el certificado de conformidad reconocido a nivel internacional, así como información sobre el contenido de las condiciones mutuamente acordadas para los siguientes usuarios, o la información y los documentos correspondientes sobre i) la fecha y el lugar de acceso a los recursos genéticos o a los conocimientos tradicionales asociados con tales recursos, ii) la descripción de los recursos genéticos o de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos utilizados, iii) la fuente de la que se han obtenido directamente los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales asociados a tales recursos, así como los usuarios posteriores de los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, y ect⁽¹⁹⁾. (§3 Artículo 4 Obligaciones de los usuarios).

Los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a tales recursos únicamente serán transferidos y utilizados en condiciones

⁽¹⁸⁾ P. DUTFIELD, *Sharing the benefit of Biodiversity. Is there a role for the Patent System?*, en G.P. SAMPSON, J. WHALLEY (eds.), *WTO, Trade and the Environment*, Cheltenham, 2005, p. 513.

⁽¹⁹⁾ B. AMABLE, *The Diversity of Modern Capitalism*, Oxford, 2003.

mutuamente acordadas, cuando estas sean exigidas con arreglo a los requisitos de lo Artículo 4 Obligaciones de los usuarios. Sine la precencia de los requisitos de lo Artículo 4 se suspenderá también la utilización (para. 8 Artículo 4 Obligaciones de los usuarios).

7. El conocimiento tradicionale asociados a los recursos genéticos como “conocimiento”, es un de bienes, un de bienes inmateriales.

Así, pues, el derecho de la Unión Europea libera la noción de bienes inmateriales de la misma noción que en el ordenamiento interno que los calificaba esencialmente como propiedad intelectual⁽²⁰⁾ y los conduce plenamente en la noción de *new property*⁽²¹⁾ (basta pensar en los resultados de la actividad de investigación).

La doctrina, entonces, ha interpretado la noción de *new properties* come referida a todos aquellos bienes ni determinados ni clasificados en el código civil, ni siquiera a aquellos referidos en leyes especiales que a lo largo de los años se fueron elaborando, tratando de indicarles con fenómenos conectados al desarrollo tecnológico y a la actividad de empresa, destacando la dificultad de dar un sistemático rasgo unitario de diferentes características, dirigidos a la satisfacción de específicos intereses de los que derivan múltiples modelos normativos que los regulan⁽²²⁾.

Un rasgo unitario en la diversidad del caso de referencia ha sido hallado en la relación que se instituye entre entidad inmaterial y situación subjetiva activa, reconocida por el ordenamiento jurídico como relación con el sujeto. Con referencia a estas relaciones que el ordenamiento crea, el titular obtiene del bien la utilidad que ese puede otorgarle y lo hace con exclusividad, aún si esta utilidad no coincide con aquellas típicas de la relación entre bien material o inmaterial «tradicional» y propietario.

⁽²⁰⁾ M. VAN EMPEL, *Proprietà intellettuale e diritto CE della concorrenza. 2004: un annomovimentato*, en *Dir. ind.*, 2005, p. 277 ss., subraya cómo.

⁽²¹⁾ C. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, p. 733 ss.

⁽²²⁾ Le Livre blanc sur la gouvernance européenne COM 428 (2001) final and Suivi du Livre blanc sur la gouvernance européenne – Pour un usage mieux adapt. des instruments, COM (2782002) final, 5 June 2002, Recours encadr. . un m.canisme de cor.gulation.

La utilidad de relación de pertenencia, aun siendo diferente de la pertenencia que caracteriza el contenido de los derechos reales tradicionales conectados a la corporeidad de la cosa, no es ni siquiera una relación rigurosamente valor del interés que realizan en el contexto social y en el sector económico.

En el caso de las *new properties* como para cualquier otro bien inmaterial la destinación económica resulta comprendida en la misma situación jurídica que el legislador reconoce, sin embargo, la misma no se la explota económicamente de manera típica ni las correspondientes protecciones, como en el caso de los bienes inmateriales tradicionales. La reglamentación jurídica del bien así también su génesis parece estar aún más relacionada con la protección de intereses de naturaleza personal del sujeto, propietario, usuario o de la autoridad que genera funcionalmente el bien.

Como ya recordado con anterioridad, sin embargo, los conocimientos científicos, el progreso tecnológico y la difusión a nivel de masa del uso de los instrumentos informáticos y telemáticos, en los últimos años, han llevado a la emersión de nuevas unidades desprovistas del componente de la materialidad, que desaparece de la tradición románica y del Gewere con toda especie de consecuencia sobre las instancias de protección a ellas conectadas.

En el caso de bienes materiales, la reglamentación del derecho de propiedad conserva aún hoy, una propia lógica y razón en la constante representación de la escasez del bien material como tal. Una cosa se la clasifica como bien en virtud de su utilidad y por su objetiva escasez, por lo que el derecho de propiedad con respecto a la relación entre hombres y cosas, permite gestionar su escasez a través de su apropiación. La propiedad sobre bienes materiales determina la presencia de una *«relationship both to and through objects of social wealth»*.

En el caso de lo inmaterial, en cambio, la misma individualización del bien jurídico, o sea la creación de su ser algo a la cual no se le relaciona ninguna pertenencia en sentido técnico, es el resultado de un artificio legal que interviene *«before the relationship between right holders and dutyholders can be filtered through these peculiar things»*. Sin embargo los bienes inmateriales que

hemos definido como tradicionales, por ser de hecho abstractos, desde un punto de vista económico se explotan siguiendo modalidades particulares, como también lo son las formas de protección a ellos concedidos⁽²³⁾.

El conocimiento tradicional asociados a los recursos genéticos en el marco Europa concebida como *Knowledge-based Society* es un «bien», que non ha de entenderse la noción, que ha sido elaborada por nuestra experiencia jurídica⁽²⁴⁾, para designar los objetos de la propiedad y de la posesión⁽²⁵⁾.

Los bienes expresan el valor del interés que realizan en el contexto social y en el sector económico. A través de una disciplina diferenciada de los bienes se persigue el objetivo de satisfacer exigencias primarias de naturaleza diferente, variables entre persona y mercado⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ A. SANDBERG, *Property rights and ecosystem properties*, en *Land Use Policy*, 2007, 24, pp. 613-623.

⁽²⁴⁾ ECHR, 18 June 2002, 47122/99, *Woonbron Volksbuisvestingsgroep & Others v. the Netherlands*.

⁽²⁵⁾ S. VEZZANI, *Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali*, en *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2007, 1, pp. 305-342.

⁽²⁶⁾ V. COLCELLI, *Bienes jurídicos (en el ordenamiento de la Unión Europea)*, en M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (Coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, 2013, Roma-Perugia-México.

Corte di Cassazione, Sez. unite, 10 maggio 2016, n. 9449 – Pres. Rovelli – Est. Petitti – P.M. Salvato (conf.) – I.E. (Avv. Conti) c. C.N. (Avv. Amato) e Condominio (*omissis*).

Conferma App. Roma, 24 luglio 2007, n. 3279.

Condominio – Lastrico solare – Responsabilità civile – Responsabilità da cose in custodia – Sussistenza – Criterio di imputazione – Art. 1126 c.c. – Applicabilità.

In tema di condominio negli edifici, allorché l'uso del lastrico solare non sia comune a tutti i condomini, dei danni che derivino da infiltrazioni nell'appartamento sottostante rispondono sia il proprietario o l'utente esclusivo del lastrico solare (o terrazza a livello), in quanto custode del bene ai sensi dell'art. 2051 c.c., sia il condominio, in quanto la funzione di copertura dell'intero edificio, o di parte di esso, propria del lastrico solare (o della terrazza a livello), ancorché di proprietà esclusiva o in uso esclusivo, impone all'amministratore l'adozione dei controlli necessari alla conservazione delle parti comuni (art. 1130, 1° comma, n. 4 c.c.) e all'assemblea dei condomini di provvedere alle opere di manutenzione straordinaria (art. 1135, 1° comma, n. 4 c.c.). Il concorso di tali responsabilità, salva la rigorosa prova contraria della riferibilità del danno all'uno o all'altro, va di regola stabilito secondo il criterio d'imputazione previsto dall'art. 1126 c.c., il quale pone le spese di riparazione o di ricostruzione per un terzo a carico del proprietario o dell'utente esclusivo del lastrico (o terrazza) e per i restanti due terzi a carico del condominio.

(*Omissis*). 1. - Con atto di citazione, notificato il 15 luglio 1999, C.N. conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Roma, il Condominio (*omissis*), ed I.E. per sentirli condannare al risarcimento dei danni causati dalle infiltrazioni verificatesi, tra il novembre 1997 ed il maggio 1998, nel proprio apparta-

mento sito all'int. 9, palazzina D. L'attrice deduceva che le infiltrazioni erano provenienti dal sovrastante terrazzo di proprietà esclusiva della I., avente, in parte, funzione di copertura del medesimo edificio, precisando che il Pretore di Roma, in data 19-21 giugno 1999, adito con ricorso per danno temuto, aveva emesso nei confronti di entrambi i convenuti un provvedimento interinale di condanna in solido all'esecuzione di lavori, come indicati dal C.T.U. nel corso del giudizio, ed aveva fissato il termine di trenta giorni per l'instaurazione della fase di merito.

1.1. - Si costituiva il Condominio, che contestava la sussistenza di ogni responsabilità a proprio carico, e chiedeva la condanna dell'attrice al rimborso dell'importo (L. 14.800.000) necessario per l'esecuzione dei lavori disposti dal Pretore; in subordine, chiedeva accertarsi l'esclusiva responsabilità della I. e disporsi la sua conseguente condanna al rimborso delle somme indicate.

1.2. - Si costituiva in giudizio anche I.E., chiedendo il rigetto delle domande avanzate nei suoi confronti.

2. - Nel corso del giudizio di primo grado la I. proponeva reclamo al Collegio avverso la predetta ordinanza e il Tribunale di Roma, con provvedimento del 13 settembre 1999, rigettava sia il reclamo principale che quello incidentale, proposto dal Condominio (*omissis*), confermando l'ordinanza reclamata, con ordine ad ambedue i reclamanti di eseguire, in solido tra loro, le opere descritte nella consulenza tecnica d'ufficio. In esecuzione di detto provvedimento il Condominio (*omissis*) eseguiva tutte le opere indicate dal C.T.U.

3. - Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 13250, depositata il 16 aprile 2003, confermava l'ordinanza cautelare, condannando i convenuti in solido al risarcimento del danno di Euro 10.000 in favore dell'attrice, da ripartire per 1/3 a carico della proprietaria esclusiva del terrazzo e per 2/3 a carico degli altri condomini, oltre al pagamento delle spese processuali.

4. - Avverso tale decisione I.E. proponeva appello chiedendo che, in parziale riforma della sentenza impugnata, il risarcimento del danno a suo carico, in favore della C. fosse rapportato alla sua quota millesimale e non a quella di 1/3 *ex art.* 1126 c.c.

Si costituiva in giudizio C.N. contestando, interamente, i motivi di appello, e chiedendo il rigetto del gravame.

Il Condominio, con appello incidentale, domandava in via subordinata la condanna della I. al pagamento di 1/3 del costo dei lavori, per una somma pari a circa Euro 2.900,00, ferma analoga ripartizione *ex art.* 1126 c.c., del danno liquidato in favore dell'attrice. Chiedeva, inoltre, il rigetto di ogni domanda svolta nei suoi confronti, con la conseguente condanna dell'attrice al pagamento, in proprio favore, delle spese del doppio grado del giudizio; in ogni caso chiedeva limitarsi la determinazione del danno subito dalla C. a quello realmente sopportato come diretta conseguenza delle infiltrazioni subite.

5. - La Corte d'Appello di Roma con sentenza n. 3279 del 24 luglio 2007 rigettava il gravame, confermando la sentenza impugnata, e quindi ritenendo I.E. ed il Condominio tenuti ad eliminare tutte le cause delle infiltrazioni di acqua con le dovute riparazioni al terrazzo di copertura dell'edificio, nonché a rifondere i danni che dette infiltrazioni avevano provocato all'interno dell'appartamento di C.N., nella misura indicata dall'art. 1126 c.c.

6. - Avverso tale decisione I.E. proponeva ricorso per cassazione, notificato il 9 luglio 2008, affidato ad un unico motivo. C.N. resisteva con controricorso.

7. - All'esito della discussione della causa nella pubblica udienza dell'11 marzo 2014, la Seconda Sezione, con ordinanza interlocutoria n. 13526/14, rimetteva gli atti al Primo Presidente ai fini della eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni unite, ritenendo opportuno un ripensamento dell'orientamento espresso da queste Sezioni unite nella sentenza n. 3672/1997, sulla base del quale la controversia era stata decisa nei gradi di merito.

8. - La causa è quindi stata discussa all'udienza del 28 aprile 2015, in vista della quale la controricorrente ha depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

All'udienza del 28 aprile 2015, in vista della quale sono state depositate memorie di parte, la causa è stata discussa e poi decisa.

Motivi della decisione

1. - Con l'unico motivo di ricorso, I.E. deduce violazione di norme di diritto e contraddittoria motivazione (*ex art.* 360 c.p.c., nn. 3 e 5) circa la propria legittimazione passiva *ex art.* 1126 c.c., e artt. 1130 e 1131 c.c., evidenziando che le sentenze che si erano succedute, pur avendo riconosciuto in fatto che nessuna responsabilità diretta era a lei ascrivibile, l'avevano tuttavia condan-

nata al risarcimento del danno subito da C.N. nella misura di cui all'art. 1126 c.c., oltre alle spese di giudizio. Precisa che il Condominio era stato tempestivamente avvertito delle infiltrazioni e che aveva ritardato gli interventi a causa del mancato raggiungimento della maggioranza per deliberare gli interventi necessari, nonostante il suo voto favorevole. Chiede, quindi, la cassazione della sentenza di appello, sia con riferimento alla regolamentazione delle spese di tutti i gradi di giudizio, le quali dovevano essere poste a carico di C.N. e del Condominio, che l'avevano illegittimamente evocata in giudizio, sia con riferimento all'imputazione del risarcimento del danno con riferimento all'art. 1126 c.c., anziché in proporzione della quota millesimale.

2. - Come si è già riferito, le decisioni del Tribunale e della Corte d'Appello di Roma si sono uniformate al principio espresso dalla sentenza di queste Sezioni unite n. 3672/1997, emessa in sede di risoluzione di contrasto, secondo cui «poiché il lastrico solare dell'edificio (soggetto al regime del condominio) svolge la funzione di copertura del fabbricato anche se appartiene in proprietà superficiaria o se è attribuito in uso esclusivo ad uno dei condomini, all'obbligo di provvedere alla sua riparazione o alla sua ricostruzione sono tenuti tutti i condomini, in concorso con il proprietario superficiario o con il titolare del diritto di uso esclusivo. Pertanto, dei danni cagionati all'appartamento sottostante per le infiltrazioni d'acqua provenienti dal lastrico, deteriorato per difetto di manutenzione, rispondono tutti gli obbligati inadempienti alla funzione di conservazione, secondo le proporzioni stabilite dal citato art. 1126 c.c., vale a dire i condomini ai quali il lastrico serve da copertura, in proporzione dei due terzi, e il titolare della proprietà superficiaria o dell'uso esclusivo, in ragione delle altre utilità, nella misura del terzo residuo».

2.1. - Le Sezioni unite hanno ritenuto che la responsabilità per danni prodotti all'appartamento sottostante dalle infiltrazioni d'acqua provenienti dal lastrico solare (lastrico condominiale o in proprietà o uso esclusivo), per difetto di manutenzione, si ricollegasse, piuttosto che al disposto dell'art. 2051 c.c. ed al generale principio del *neminem laedere*, direttamente alla titolarità del diritto reale e, perciò, dovesse considerarsi come conseguenza dell'inadempimento delle obbligazioni di conservare le parti comuni, poste a

carico dei condomini (art. 1223, 1° comma c.c.) e del titolare della proprietà superficiaria o dell'uso esclusivo (art. 1226 c.c.).

Secondo tale sentenza, tanto l'art. 1223, 1° comma, quanto l'art. 1126 c.c., individuano tipi di obbligazioni *propter rem*, contrassegnate dalla titolarità, giacché soggetti attivi e soggetti passivi ne sono i partecipanti al condominio, e dall'oggetto, consistente nella prestazione delle spese per la conservazione dei beni esistenti nell'edificio. Le obbligazioni reali di conservazione coinvolgerebbero tutti i rapporti reali riguardanti l'edificio, con la conseguenza che la responsabilità per inadempimento deve coprire i danni arrecati ai beni comuni costituenti il fabbricato; con la precisazione che, se alle riparazioni ed alle ricostruzioni del lastrico solare sono obbligati i condomini secondo le regole previste dagli artt. 1123 e 1126 c.c., al risarcimento dei danni cagionati all'appartamento sottostante per difetto di manutenzione dovrebbero essere tenuti gli obbligati inadempienti.

Le norme condominiali elaborate dal nostro legislatore – si è aggiunto – sembrano essere riferite essenzialmente al profilo “reale” del fenomeno sicché, mediante il ricorso al diritto delle obbligazioni, deve ritenersi configurato un generale dovere di correttezza e di cooperazione attiva tra i condomini, idoneo a preservare le esigenze abitative dei vicini. Ne consegue che trovano applicazione i canoni fissati dall'art. 1218 c.c., per le obbligazioni contrattuali, salva l'eventualità di un fatto illecito commesso dal titolare del diritto reale, che configura una responsabilità extracontrattuale. Viene, infatti, fatta salva l'eventualità che con l'individuata responsabilità per inadempimento delle obbligazioni *propter rem* possa concorrere la responsabilità extracontrattuale per fatto illecito, fondata sul disposto dell'art. 2051 c.c., e nascente dalla lesione di un diritto soggettivo dei condomini estraneo ai rapporti di condominio (per esempio, del diritto alla salute del proprietario del piano sottostante), ovvero dalla lesione di un diritto dei terzi che entrano in relazione con l'edificio.

2.2. - La sentenza ora richiamata non ha uniformato la giurisprudenza successiva, essendosi registrate decisioni (Cass., nn. 3676/2006, 642/2003, 15131/2001, 7727/2000) che hanno ricondotto la vicenda in esame all'ambito di applicazione dell'art. 2051 c.c. Si è, infatti, sostenuto che il condo-

minio di un edificio, quale custode dei beni e dei servizi comuni, essendo obbligato ad adottare tutte le misure necessarie affinché le cose comuni non rechino pregiudizio ad alcuno, risponde, in base al disposto dell'art. 2051 c.c., dei danni da queste cagionati alla porzione di proprietà esclusiva di uno dei condomini.

Secondo questo indirizzo, dunque, la legittimazione passiva del condominio sussiste anche per quanto riguarda i danni subiti dai singoli condomini (Cass., nn. 6849/2001, 643/2003), in quanto, a tal fine, i criteri di ripartizione delle spese necessarie (*ex art. 1126 c.c.*) non incidono sulla legittimazione del condominio nella sua interezza e del suo amministratore, comunque tenuto a provvedere alla conservazione dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio ai sensi dell'art. 1130 c.c. (Cass., nn. 3676/2006, 5848/2007, 4596/2012).

Ancor più radicalmente, ma sempre riconducendo la responsabilità per infiltrazioni nell'alveo dell'art. 2051 c.c., Cass., n. 15300/2013 ha ritenuto che «la responsabilità per i difetti originari di progettazione o di realizzazione del lastrico solare ad uso esclusivo di uno dei condomini dal medesimo indebitamente tollerati, qualora siano suscettibili di recare danno a terzi, ricade in via esclusiva sul proprietario del lastrico solare, *ex art. 2051 c.c.*, e non – nemmeno in via concorrente – sul condominio» (in senso conforme, vedi già Cass., n. 9084/2010).

3. - La Seconda Sezione civile di questa Corte, con l'ordinanza interlocutoria n. 13526/2014 ha quindi ritenuto opportuno l'intervento delle Sezioni unite, manifestando perplessità con riferimento alla posizione argomentativa espressa dalla sentenza del 1997, e sollecitando quindi un ripensamento sulla natura giuridica della responsabilità per danni provenienti dal lastrico solare di uso o di proprietà esclusiva e conseguenti oneri risarcitori.

Il Collegio ha condiviso gli orientamenti critici della dottrina e della giurisprudenza discordante e ha ritenuto condivisibile la tesi che sostiene la responsabilità *ex art. 2051 c.c.*, sottolineando, in particolare, l'indebita applicazione degli artt. 1123 e 1126 c.c., che vengono interpretati dalla sentenza del 1997 non più come norme che disciplinano la ripartizione delle spese interne, ma come fonti da cui scaturiscono le obbligazioni *propter rem*.

Nell'ordinanza interlocutoria vengono individuati i seguenti passaggi qualificanti dell'orientamento criticato delle Sezioni unite del 1997: 1. l'esclusione, in via di principio, che la responsabilità per danni prodotti nell'appartamento sottostante dalle infiltrazioni d'acqua provenienti dal lastrico solare per difetto di manutenzione si ricolleggi al disposto dell'art. 2051 c.c.; 2. l'affermazione che «dall'art. 1123, e dall'art. 1126 c.c., discendono obbligazioni poste dalla legge a carico ed a favore dei condomini dell'edificio, da qualificare come obbligazioni *propter rem* di cui i partecipanti al condominio sono ad un tempo soggetti attivi e soggetti passivi»; 3. la deduzione da tali premesse che «le obbligazioni reali di conservazione riguarderebbero tutti i rapporti reali inerenti, con la conseguenza che la susseguente responsabilità per inadempimento concerne i danni arrecati ai beni costituenti il fabbricato»; 4. l'assimilazione delle «condizioni materiali di dissesto e di degrado del lastrico» come *species* dell'unico concetto tecnico «di difetto di manutenzione» e quale coincidente conseguenza «dell'inadempimento delle obbligazioni *propter rem*»; 5. la conclusione per cui la responsabilità e il risarcimento dei danni sono regolati secondo gli stessi criteri d'imputazione e di ripartizione, cioè quelli prescritti dall'art. 1126 c.c.

Il Collegio rimettente, quindi, dopo aver rilevato che la soluzione richiamata, pur se seguita da molte pronunce successive, non ha tuttavia sopito le opinioni contrarie, ha espresso il convincimento che tale orientamento «abbia effettuato una indebita applicazione delle norme fissate per stabilire il contributo alle riparazioni o ricostruzioni, concepite dal legislatore (si veda la Relazione al Re circa l'art. 1126, e suoi richiami all'art. 563 abrogato) per tenere conto della maggiore utilità che i condomini aventi l'uso esclusivo (quale piano di calpestio) traggono rispetto agli altri condomini che si giovano della funzione principale del lastrico, quella di copertura». Ha ancora rilevato che «più coerentemente altre pronunce della Suprema Corte (si vedano esemplificativamente Cass., nn. 7727/00, 3676/06, 642/03 e 15131/01) hanno richiamato l'applicazione dell'art. 2051 c.c., nell'ipotesi di cattiva manutenzione di cose in uso esclusivo al condomino, seguendo il principio che addebita il danno ascrivibile ai singoli o al condominio all'eventuale comportamento lesivo di chi lo ha cagionato». La Seconda Sezione

ha quindi osservato che «la linea di contrasto è percepibile anche a proposito della individuazione del legittimato passivo a resistere all'azione risarcitoria del terzo (anche se condomino) danneggiato», in quanto «si è introdotta (...) una distinzione tra l'ipotesi in cui ci si duole di danni dovuti a vetustà o di danni riconducibili a difetti originari di progettazione o di esecuzione dell'opera, indebitamente tollerati dal singolo proprietario, sancendo nel primo caso l'esclusiva legittimazione del condominio e nel secondo caso quella del condomino (cfr. Cass., nn. 9084/10 e 15300/13)».

Ciò che maggiormente rileva, ha ancora osservato la Seconda Sezione, «è però la convinzione che gli obblighi di contribuzione fissati negli artt. 1123, 1125 e 1126 c.c. riguardano il diritto dei proprietari e l'utilità che essi traggono dai beni, non l'allocatione del danno subito dai terzi, che nella complessa tipologia in esame prescinde, di regola, dalla condotta dell'utilizzatore. Esso infatti risale alla mancata solerzia del condominio nell'apprestare ricostruzioni e riparazioni tempestivamente, prima cioè che si produca il pregiudizio per l'appartamento sottostante. Questa omissione di azione condominiale può esservi, come nella specie è stato denunciato, anche se il condomino che vanta l'uso esclusivo del lastrico o la proprietà della terrazza (...) sia esente da specifiche colpe». Né – si è precisato – «il criterio di regolazione di cui all'art. 1218 vale a correggere, di norma, l'imputazione degli addebiti» e «il risarcimento prescinde da ogni considerazione sull'utilità che il danneggiante trae dal pregiudizio arrecato, criterio contrario a quello che regge l'art. 1126 c.c., fondato sull'utilità del danneggiante».

La Seconda Sezione ha, infine, ribadito che «il fatto costitutivo dell'illecito risale alla condotta omissiva o commissiva dei condomini, che fonda una responsabilità aquiliana, la quale deve essere scrutinata secondo le rispettive colpe dei condomini e, in caso di responsabilità condominiale, secondo i criteri millesimali, senza utilizzare la normativa coniata ad altro fine».

4. - Il Collegio ritiene che alla questione posta con l'ordinanza di rimesione debba risponderci nel senso che la responsabilità per danni da infiltrazioni prodotte dal lastrico solare o dal terrazzo di proprietà o di uso esclusivo va attratta all'ambito di operatività dell'art. 2051 c.c., avuto riguardo alla posizione del soggetto che del lastrico o della terrazza abbia l'uso esclusivo.

Ritiene altresì che, tenuto conto della funzione assolta in ambito condominiale dal lastrico o dalla terrazza posta a copertura dell'edificio o di una sua parte, sia configurabile anche una concorrente responsabilità del condominio, nel caso in cui l'amministratore ometta di attivare gli obblighi conservativi delle cose comuni su di lui gravanti ai sensi dell'art. 1130, 1° comma, n. 4 c.c., ovvero nel caso in cui l'assemblea non adotti le determinazioni di sua competenza in materia di opere di manutenzione straordinaria, ai sensi dell'art. 1135 1° comma, n. 4 c.c. (entrambe tali disposizioni nei rispettivi testi originari, applicabili *ratione temporis* al caso di specie, e comunque non modificati, per quanto rileva in questa sede, nell'ambito della riscrittura degli artt. 1130 e 1135 c.c. da parte della l. 11 dicembre 2012, n. 220).

4.1. - I profili maggiormente critici della soluzione data dalla decisione del 1997 alla questione in esame sono sostanzialmente ravvisabili in ciò che risulta attratta ad una disciplina di tipo obbligatorio una situazione in cui viene in rilievo la produzione di un danno ad un terzo, per effetto della violazione di un obbligo di custodia e comunque del dovere di manutenzione della cosa comune. Se la previsione legislativa del concorso tra condominio e condomino che abbia l'uso esclusivo del lastrico solare o di una sua parte, di cui all'art. 1126 c.c., trova la propria giustificazione nella diversità di utilizzazione della cosa comune e quindi nella esigenza che chi sia legittimato a fare un uso esclusivo della cosa comune concorra in misura maggiore – predeterminata in un terzo – alle spese per le riparazioni o le ricostruzioni del lastrico, restando gli altri due terzi a carico di tutti i condomini dell'edificio o della parte di questo a cui il lastrico solare serve, in proporzione del valore del piano o della porzione di piano di ciascuno, altrettanto non può dirsi per i danni che dalla mancanza di manutenzione derivino alle proprietà sottostanti o a terzi.

È innegabile, infatti, che chi ha l'uso esclusivo del lastrico solare o di una terrazza a livello si trovi in rapporto alla copertura dell'edificio condominiale in una posizione del tutto specifica, che se da un lato gli consente appunto l'uso esclusivo, dall'altro lo costituisce quale custode della superficie del lastrico o della terrazza, con il conseguente insorgere a suo carico di una responsabilità *ex art. 2051 c.c.* In proposito, si è affermato che per la sussi-

stenza di una simile responsabilità è sufficiente la prova del nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, mentre non assume rilievo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza, in quanto la nozione di custodia non presuppone, né implica, uno specifico obbligo di custodia analogo a quello previsto per il depositario, responsabilità a chi, di fatto, si trova nella condizione di controllare i rischi inerenti alla cosa.

La speciale responsabilità *ex art.* 2051 c.c. va ricercata nella circostanza che il custode «ha il potere di governo sulla cosa» (Cass., nn. 3676/2006, 5848/2007 e 4596/2012).

4.2. - La precedente decisione di queste Sezioni unite ha ricondotto, invece, la posizione del titolare dell'uso esclusivo del lastrico ad una obbligazione *propter rem* dei condomini per la manutenzione delle cose comuni. In sostanza, la responsabilità risarcitoria del titolare di diritto reale o di uso esclusivo sul lastrico solare sarebbe riconducibile più ad un preesistente rapporto di debito (della prestazione di manutenzione del lastrico o della terrazza) nei confronti del proprietario dell'appartamento sottostante, con conseguente insorgere di una pretesa all'adempimento in capo a quest'ultimo, che non una violazione del dovere generale del *neminem laedere*.

Tuttavia, la configurabilità di un siffatto rapporto obbligatorio non sembra tenere conto che il proprietario dell'appartamento danneggiato dalla cosa comune, anche se in uso esclusivo, è un terzo che subisce un danno per l'inadempimento dell'obbligo di conservazione della cosa comune (in tal senso v., di recente, Cass., n. 1674/2015); il che implica la chiara natura extracontrattuale della responsabilità da porre in capo al titolare dell'uso esclusivo del lastrico e, per la natura comune del bene, dello stesso condominio.

Nell'ambito di tale tipo di responsabilità, poi, deve ritenersi che le fattispecie più adeguate d'imputazione del danno siano quella di cui all'art. 2051 c.c., per il rapporto intercorrente tra soggetto responsabile e cosa che ha dato luogo all'evento, ovvero quella di cui all'art. 2043 c.c., per il comportamento inerte di chi comunque fosse tenuto alla manutenzione del lastrico.

4.3. - In tal senso deve quindi escludersi la natura obbligatoria, sia pure nella specifica qualificazione di obbligazione *propter rem*, del danno cagionato dalle infiltrazioni provenienti dal lastrico solare o dalla terrazza a level-

lo, e deve affermarsi la riconducibilità della detta responsabilità nell'ambito dell'illecito aquiliano.

In quest'ambito, come detto, non può essere posta in discussione la specificità del lastrico solare, quando questo sia anche solo in parte in uso esclusivo. Esso, invero, per la parte apparente, e quindi per la superficie, costituisce oggetto dell'uso esclusivo di chi abbia il relativo diritto; per altra parte, e segnatamente per la parte strutturale sottostante, costituisce cosa comune, in quanto contribuisce ad assicurare la copertura dell'edificio o di parte di esso.

Risultano allora chiare le diverse posizioni del titolare dell'uso esclusivo e del condominio: il primo è tenuto agli obblighi di custodia, *ex art.* 2051 c.c., in quanto si trova in rapporto diretto con il bene potenzialmente dannoso, ove non sia sottoposto alla necessaria manutenzione; il secondo è tenuto, *ex artt.* 1130, 1° comma, n. 4 e 1135, 1° comma, n. 4 c.c. (nei rispettivi testi originari), a compiere gli atti conservativi e le opere di manutenzione straordinaria relativi alle parti comuni dell'edificio (per l'affermazione della responsabilità del condominio v., in particolare, Cass., n. 3522/2003).

Ed è nel concorso tra tali due tipi di responsabilità che va risolta la questione di massima sottoposta all'esame di queste Sezioni unite.

Invero, in disparte il caso in cui risulti provato che il titolare del diritto di uso esclusivo del lastrico solare o della terrazza a livello sia responsabile dei danni provocati ad altre unità immobiliari presenti nell'edificio per effetto di una condotta che abbia essa stessa provocato l'infiltrazione e quindi il danno, deve ritenersi che le due responsabilità concorrano.

La naturale interconnessione esistente tra la superficie del lastrico e della terrazza a livello, sulla quale si esercita la custodia del titolare del diritto di uso in via esclusiva, e la struttura immediatamente sottostante, che costituisce cosa comune, sulla quale la custodia non può esercitarsi nelle medesime forme ipotizzabili per la copertura esterna e in relazione alla quale è invece operante il dovere di controllo in capo all'amministratore del condominio ai sensi del richiamato art. 1130 1° comma, n. 4 c.c., induce tuttavia ad individuare una regola di ripartizione della responsabilità mutuata dall'art. 1126 c.c. In assenza di prova della riconducibilità del danno a fatto esclusivo del

titolare del diritto di uso esclusivo del lastrico solare o di una parte di questo, e tenuto conto che l'esecuzione di opere di riparazione o di ricostruzione – necessarie al fine di evitare il deterioramento del lastrico o della terrazza a livello e il conseguente danno da infiltrazioni – richiede la necessaria collaborazione del primo e del condominio, il criterio di riparto previsto per le spese di riparazione o ricostruzione dalla citata disposizione costituisce un parametro legale rappresentativo di una situazione di fatto, correlata all'uso e alla custodia della cosa nei termini in essa delineati, valevole anche ai fini della ripartizione del danno cagionato dalla cosa comune che, nella sua parte superficiale, sia in uso esclusivo ovvero sia di proprietà esclusiva, è comunque destinata a svolgere una funzione anche nell'interesse dell'intero edificio o della parte di questo ad essa sottostante.

4.4. - Dalla attrazione del danno da infiltrazioni nell'ambito della responsabilità civile discendono conseguenze di sicuro rilievo.

Trovano, infatti, applicazione tutte le disposizioni che disciplinano la responsabilità extracontrattuale, prime fra tutte quelle relative alla prescrizione e alla imputazione della responsabilità, dovendosi affermare che del danno provocato dalle infiltrazioni provenienti dal lastrico solare o dalla terrazza a livello risponde il proprietario o il titolare di diritto di uso esclusivo su detti beni al momento del verificarsi del danno. Una volta esclusa l'applicabilità della disciplina delle obbligazioni, deve infatti escludersi che l'acquirente di una porzione condominiale possa essere ritenuto gravato degli obblighi risarcitori sorti in conseguenza di un fatto dannoso verificatosi prima dell'acquisto, dovendo quindi dei detti danni rispondere il proprietario della unità immobiliare al momento del fatto.

Trova applicazione altresì la disposizione di cui all'art. 2055 c.c., ben potendo il danneggiato agire nei confronti del singolo condomino, sia pure nei limiti della quota imputabile al condominio.

In tal senso, del resto, si è già affermato che «il risarcimento dei danni da cosa in custodia di proprietà condominiale soggiace alla regola della responsabilità solidale *ex art. 2055 1° comma c.c.*, norma che opera un rafforzamento del credito, evitando al creditore di dover agire coattivamente contro tutti i debitori pro quota, anche quando il danneggiato sia un condomino,

equiparato a tali effetti ad un terzo, sicché devono individuarsi nei singoli condomini i soggetti solidalmente responsabili, poiché la custodia, presupposta dalla struttura della responsabilità per danni prevista dall'art. 2051 c.c., non può essere imputata né al condominio, quale ente di sola gestione di beni comuni, né al suo amministratore, quale mandatario dei condomini» (Cass., n. 1674/2015).

Trova, infine, applicazione l'intera disciplina dell'art. 2051 c.c., anche per i limiti alla esclusione della responsabilità del soggetto che ha la custodia del bene da cui è stato provocato il danno.

4.5. - Deve quindi affermarsi il seguente principio di diritto: «in tema di condominio negli edifici, allorché l'uso del lastrico solare non sia comune a tutti i condomini, dei danni che derivino da infiltrazioni nell'appartamento sottostante rispondono sia il proprietario o l'utente esclusivo del lastrico solare (o della terrazza a livello), in quanto custode del bene ai sensi dell'art. 2051 c.c., sia il condominio, in quanto la funzione di copertura dell'intero edificio, o di parte di esso, propria del lastrico solare (o della terrazza a livello), ancorché di proprietà esclusiva o in uso esclusivo, impone all'amministratore l'adozione dei controlli necessari alla conservazione delle parti comuni (art. 1130, 1° comma, n. 4 c.c.) e all'assemblea dei condomini di provvedere alle opere di manutenzione straordinaria (art. 1135, 1° comma, n. 4 c.c.). Il concorso di tali responsabilità, salva la rigorosa prova contraria della riferibilità del danno all'uno o all'altro, va di regola stabilito secondo il criterio d'imputazione previsto dall'art. 1126 c.c., il quale pone le spese di riparazione o di ricostruzione per un terzo a carico del proprietario o dell'utente esclusivo del lastrico (o della terrazza) e per i restanti due terzi a carico del condominio».

5. - In applicazione di tale principio, la motivazione della sentenza impugnata deve essere corretta, risultando comunque il dispositivo conforme a diritto. Invero, la pretesa risarcitoria è stata azionata dalla proprietaria dell'appartamento danneggiato nei confronti della proprietaria della terrazza a livello e del condominio e la Corte d'Appello, facendo applicazione del precedente orientamento espresso da queste Sezioni unite, ha ritenuto che correttamente il Tribunale avesse affermato che la I. e il Condominio erano

corresponsabili del danno subito dalla C., nella proporzione stabilita dall'art. 1126 c.c., essendo incontestato che il terrazzo di proprietà esclusiva della I. svolgeva anche la funzione di copertura del fabbricato condominiale, con la conseguenza che dei danni subiti dalla C. doveva rispondere per due terzi il Condominio e, per un terzo, la proprietaria della terrazza a livello.

Soluzione, questa, che discende anche dall'applicazione dell'enunciato principio di diritto, non venendo in rilievo, nella specie, profili ulteriori e diversi rispetto a quello della ripartizione della responsabilità risarcitoria tra proprietaria esclusiva della terrazza a livello e condominio.

6. - In conclusione, il ricorso va rigettato. (*Omissis*).

Lastrico solare e responsabilità.

[SILVIO PIETRO CERRI^(*)]

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Manutenzione e risarcimento: responsabilità e criteri di ripartizione prima del 2016. – 3. La decisione del 2016. – 4. Responsabilità e novella del 2012.

1. Il proprietario di un appartamento sottostante al lastrico solare di un edificio conviene in giudizio sia il condominio che il proprietario del piano sopraelevato, e ne chiede la condanna al risarcimento dei danni delle infiltrazioni promananti dal sovrastante terrazzo di proprietà esclusiva, ed a tal fine sottolinea come i convenuti risultino già condannati con provvedimento interinale all'esecuzione, in solido tra loro, delle opere prescritte dal CTU ed aventi la finalità di eliminare il citato problema delle infiltrazioni. Il condominio nega la propria responsabilità, chiedendo il rigetto della domanda, nonché la condanna di parte attrice a restituire quanto speso per l'esecuzione dei lavori nonché, in subordine, l'accertamento di responsabilità esclusiva in capo al condomino proprietario del lastrico, con condanna di quest'ulti-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

mo al rimborso di quanto speso dal condominio medesimo. Il proprietario del lastrico chiede, da par suo, il rigetto della totalità delle domande esperite a suo carico. Il Tribunale condanna in solido i convenuti al risarcimento dei danni, statuendo che il relativo ammontare sia ripartito, per un terzo, a carico del proprietario esclusivo del lastrico, mentre per i restanti due terzi a carico dei condomini rimanenti. Il proprietario del lastrico interpone appello, affermando di dover risarcire i danni non in base a quanto stabilito *ex art.* 1126 c.c., bensì in base alla propria quota millesimale; il condominio propone appello incidentale con il quale, oltre a continuare ad affermare la propria estraneità ai danni verificatisi, chiede che anche un terzo dell'ammontare dei lavori sia dichiarato a carico del proprietario del lastrico. I giudici del gravame confermano la decisione del Tribunale, stabilendo come condominio e proprietario del lastrico siano da ritenersi obbligati alla eliminazione delle cause delle infiltrazioni, nonché al risarcimento dei collegati danni sofferti da parte attrice, ed afferma infine come detto risarcimento debba seguire le proporzioni di cui all'art. 1126 c.c. Avverso tale decisione il proprietario del lastrico propone ricorso di legittimità, evidenziando come: *a)* unico responsabile debba ritenersi il condominio il quale, seppure tempestivamente reso edotto dei problemi di infiltrazione, rimandava l'avvio dei necessari lavori; *b)* la decisione d'appello sia incorsa in una violazione di legge, avendo affermato il risarcimento dei danni a sé addebitabile in misura di un terzo, e non in proporzione alla quota millesimale.

2. Con la sentenza del 2016 le Sezioni unite affrontano nuovamente la ormai *vexata quaestio* concernente la responsabilità per danni da infiltrazione causati da lastrico in uso esclusivo (ovvero in proprietà esclusiva): viene nuovamente espresso, pertanto, un principio di diritto sia in ordine alla natura della citata responsabilità che riguardo al *modus operandi* finalizzato alla ripartizione degli obblighi di risarcimento.

Già nel 1997 le Sezioni unite avevano provveduto ad un tentativo di chiarimento sul punto, in quanto vi era contrasto, tra i Giudici, in ordine al principio in base a cui l'obbligo di riparazione o ricostruzione del lastrico solare, ovvero della c.d. terrazza "a livello", di proprietà esclusiva o in uso esclusivo,

ricadrebbe sul condominio in concorso con il proprietario o l'utente esclusivo, con conseguente obbligo, in capo a tutti gli inadempienti alla manutenzione – secondo le proporzioni di cui all'art. 1126 c.c. – di rispondere dei danni derivanti da infiltrazioni alla parte sottostante⁽¹⁾. Si era, cioè, ritenuto di collegare la responsabilità per danno da infiltrazioni provenienti da lastrico agli obblighi manutentivi promananti, a loro volta, da titolarità di diritto reale, trattandosi di obbligazione c.d. *propter rem* (cfr. artt. 1123 e 1126 c.c.), ove il profilo soggettivo è incarnato da condominio e condomino proprietario esclusivo del lastrico, mentre quello oggettivo consta della prestazione delle spese manutentive del bene – per l'appunto – comune: con conseguente esclusione, pertanto, di responsabilità da mancato rispetto del principio *neminem laedere* di cui all'art. 2051 c.c.⁽²⁾.

Successivamente al 1997, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità non ha dato “segni di unitarietà” sotto il profilo interpretativo di questioni – anche solo in parte – analoghe: *a)* si è avuto modo, da una parte, di rinvenire la *ratio* del diritto al risarcimento nell'obbligo di custodia di cui all'art. 2051 c.c., sussistente a carico del condominio anche in caso di lastrico (o terrazza “a livello”) di proprietà esclusiva od in uso esclusivo, e ciò avendo riguardo

⁽¹⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 29 aprile 1997, n. 3672, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 861, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 1095, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1415, con nota di N. IZZO, *Difetto di manutenzione del lastrico solare e responsabilità per danni*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 633, con nota di A. BATÀ, A. SPIRITO, *Danni derivanti da parti comuni dell'edificio*, in *Arch. loc.*, 2003, p. 550, la quale evidenzia che, svolgendo «il lastrico solare dell'edificio (soggetto al regime del condominio) (...) la funzione di copertura del fabbricato anche se appartiene in proprietà superficaria o se è attribuito in uso esclusivo ad uno dei condomini, all'obbligo di provvedere alla sua riparazione o alla sua ricostruzione sono tenuti tutti i condomini, in concorso con il proprietario superficario o con il titolare del diritto di uso esclusivo. Pertanto, dei danni cagionati all'appartamento sottostante per le infiltrazioni d'acqua provenienti dal lastrico, deteriorato per difetto di manutenzione, rispondono tutti gli obbligati inadempienti alla funzione di conservazione, secondo le proporzioni stabilite dall'art. 1126 c.c., vale a dire, i condomini ai quali il lastrico serve da copertura, in proporzione dei due terzi, ed il titolare della proprietà superficaria o dell'uso esclusivo, in ragione delle altre utilità, nella misura del terzo residuo».

⁽²⁾ Sul punto sia consentito un richiamo a S.P. CERRI, *Manutenzione delle terrazze a livello in uso esclusivo e ripartizione delle spese. La responsabilità per danni da omessa riparazione*, in *Rass. giur. umbra*, p. 46 ss., spec. p. 48.

alla funzione di copertura del fabbricato, posta a comune utilità: è stata pertanto dichiarata legittimazione passiva in capo al condominio (in persona del relativo amministratore) anche relativamente ai danni subiti da singoli condomini⁽³⁾, con la precisazione che il proporzionamento nella ripartizione delle spese manutentive e riparatorie di cui all'art. 1126 c.c. non può ritenersi incidente sulla legittimazione sia dell'intero condominio che dell'amministratore, obbligato ex art. 1130, n. 4 c.c. alla conservazione dei diritti inerenti alle parti comuni del fabbricato⁽⁴⁾; b) dall'altra parte, la S.C. ha ritenuto come

⁽³⁾ Cfr. Cass., 18 maggio 2001, n. 6849, in *Mass. Giur. it.*, 2001, secondo la quale «L'obbligo del condomino di contribuire in misura proporzionale al valore della sua unità immobiliare alle spese necessarie per la manutenzione e riparazione delle parti comuni dell'edificio e alla rifusione dei danni subiti dai singoli condomini nelle loro unità immobiliari, a causa della omessa manutenzione e riparazione previsto dall'art. 1123 c.c., ovvero trattandosi di lastrici solari nella misura indicata nell'art. 1126 c.c., trova la sua fonte nella comproprietà delle parti comuni dell'edificio non anche in una sua particolare condotta, commissiva od omissiva, che peraltro, se provata, può determinare, relativamente alle spese occorrenti per porre rimedio alle conseguenze negative di tale condotta, la sua esclusiva responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. Tale obbligo di contribuzione vale anche per le spese necessarie per eliminare vizi e carenze costruttive originarie dell'edificio condominiale, salva in questo caso, l'azione di rivalsa nei confronti del costruttore-venditore e si estende anche alle spese necessarie per riparare i danni che i singoli condomini subiscono nelle loro unità immobiliari».

⁽⁴⁾ V. Cass., 21 febbraio 2006, n. 3676, in *Mass. Giur. it.*, 2006, la quale sottolinea che «In tema di condominio di edifici, il lastrico solare – anche se attribuito in uso esclusivo o di proprietà esclusiva di uno dei condomini – svolge funzione di copertura del fabbricato e, perciò, l'obbligo di provvedere alla sua riparazione o ricostruzione, sempre che non derivi da fatto imputabile soltanto a detto condomino, grava su tutti, con ripartizione delle spese secondo i criteri di cui all'art. 1126 c.c. Ne consegue che il condominio, quale custode ex art. 2051 c.c. – in persona dell'amministratore, rappresentante di tutti i condomini tenuti ad effettuare la manutenzione, ivi compreso il proprietario del lastrico o colui che ne ha l'uso esclusivo – risponde dei danni che siano derivati al singolo condomino o a terzi per difetto di manutenzione del lastrico solare. A tal fine i criteri di ripartizione delle spese necessarie non incidono sulla legittimazione del condominio nella sua interezza e del suo amministratore, comunque tenuto a provvedere alla conservazione dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio ai sensi dell'art. 1130 c.c.»; ma v. anche Cass., 13 marzo 2007, n. 5848, *ivi*, 2007, che osserva come, svolgendo il lastrico solare di fabbricato soggetto a regime di condominio una «funzione di copertura del fabbricato», anche nel caso in cui appartenga in proprietà superficaria, ovvero sia attribuito in uso esclusivo, «ad uno dei condomini, all'obbligo di provvedere alla sua riparazione o alla sua ricostruzione» debbano ritenersi chiamati «tutti i condomini, in concorso con il proprietario superficario o con il titolare del diritto di

la responsabilità per difetto originario del lastrico solare in uso esclusivo di un condomino, e da quest'ultimo tollerati, in caso di danni, debba ascriversi *ex art.* 2051 c.c. al solo proprietario del lastrico medesimo⁽⁵⁾.

In giurisprudenza il contrasto – dovuto anche alla varietà delle fattispecie – si è imperniato, quindi, più che sulla natura di parte condominiale del lastrico quale copertura essenziale dell'immobile, sulla corretta individuazione del responsabile dei danni da mancata manutenzione, cioè a dire il condominio per intero, ovvero il solo titolare dell'uso esclusivo del lastrico: ci si è più volte chiesti, pertanto, se quest'ultimo possa intendersi quale unico legittimato passivo *ex art.* 2051 c.c. in quanto custode di detta parte comune del fabbricato e titolare dell'uso esclusivo, ovvero responsabile debba intendersi – seppure con suddivisione degli'incombenti risarcitori tra condomini *ex art.* 1126 c.c. – l'intero condominio. Tale ultima norma, in particolare, sulla scorta del principio di cui all'art. 1123, 2° comma c.c. adegua il criterio dei millesimi, con riguardo al lastrico solare, all'interesse all'utilizzo di quest'ultimo nonché alla sua utilità, nell'ottica della divisione interna (tra i componenti del condominio) dell'obbligo di risarcire.

3. Con la sentenza in commento viene sancito che la funzione di copertura del fabbricato svolta dal lastrico vale a comprendere detta parte comune in facoltà ed oneri di controllo e custodia *ex art.* 2051 c.c. del condominio (nella persona dell'amministratore), ed impone che la totalità dei condomi-

uso esclusivo. Pertanto, dei danni cagionati all'appartamento sottostante per le infiltrazioni d'acqua provenienti dal lastrico, deteriorato per difetto di manutenzione, rispondono tutti gli obbligati inadempienti alla funzione di conservazione, secondo le proporzioni stabilite dall'art. 1126 c.c.», cioè a dire «i condomini ai quali il lastrico serve da copertura, in proporzione dei due terzi, ed il titolare della proprietà superficiale o dell'uso esclusivo, in ragione delle altre utilità, nella misura del terzo residuo»; si v., infine, Cass., 22 marzo 2012, n. 4596, in *Riv. giur. edil.*, 2012, p. 654.

⁽⁵⁾ Cass., 19 giugno 2013, n. 15300, in *Ced Cassazione*, 2013, in proposito sottolinea che «In tema di condominio, la responsabilità per i difetti originari di progettazione o di realizzazione del lastrico solare ad uso esclusivo di uno dei condomini dal medesimo indebitamente tollerati, qualora siano suscettibili di recare danno a terzi, ricade in via esclusiva sul proprietario del lastrico solare, *ex art.* 2051 c.c., e non – nemmeno in via concorrente – sul condominio».

ni debba ritenersi obbligata, in concorso con il condomino proprietario/utente esclusivo, a riparare o ricostruire il lastrico medesimo: in base a ciò (ma anche alla luce di precedenti decisioni di legittimità attraverso cui si era affermata la responsabilità del condominio per danni a terzi – tra cui sono da individuarsi anche gli stessi condomini che subiscano i citati danni⁽⁶⁾ – promananti dal lastrico, e, conseguentemente, la legittimazione passiva del condominio rispetto ad azioni risarcitorie⁽⁷⁾) si evince la responsabilità della totalità del condominio per danni, dovuti a mancata manutenzione ovvero per difetto originario di costruzione, causati dal lastrico alle altre unità immobiliari, secondo le misure di cui all'art. 1126 c.c.

Partendo dalla disamina fatta con la sentenza del 1997, pertanto, ma tenendo conto ovviamente anche del contrasto intervenuto tra gli interpreti in epoca posteriore, nel 2016 la S.C. tenta così di “riportare ordine” riguardo alla corretta individuazione della natura di suddetta responsabilità, e ciò mantenendo fermo il criterio stabilito dal legislatore per la ripartizione delle spese di riparazione o ricostruzione, ritenuto, quindi, parametro legale complementare sia alla rappresentazione di una circostanza fattuale strettamente legata ad uso e custodia del bene, sia alla equa individuazione dei criteri di ripartizione degli obblighi risarcitori.

⁽⁶⁾ V. Cass., 29 gennaio 2015, n. 1674, in *Imm. e propr.*, 2015, 4, p. 258, con nota di richiami di R. TRIOLA, e in *Vita not.*, 2015, p. 311.

⁽⁷⁾ Cfr., sul punto, Cass., 17 gennaio 2003, n. 642, in *Guida al dir.*, 2003, 11, p. 94, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1219, in *Arch. loc.*, 2003, p. 229, in *Gius.*, 2003, p. 1048, in base a cui: «In tema di condominio di edifici il lastrico solare – anche se attribuito in uso esclusivo, o di proprietà esclusiva di uno dei condomini – svolge funzione di copertura del fabbricato e, perciò, l'obbligo di provvedere alla sua riparazione o ricostruzione, sempre che non derivi da fatto imputabile soltanto a detto condomino, grava su tutti, con ripartizione delle spese secondo i criteri di cui all'art. 1126 c.c.; ne consegue che il condominio, quale custode ex art. 2051 c.c. – in persona dell'amministratore, rappresentante di tutti i condomini tenuti ad effettuare la manutenzione, ivi compreso il proprietario del lastrico o colui che ne ha l'uso esclusivo – risponde dei danni che siano derivati al singolo condomino o a terzi per difetto di manutenzione del lastrico solare; a tal fine i criteri di ripartizione delle spese necessarie non incidono sulla legittimazione del condominio nella sua interezza e del suo amministratore, comunque tenuto a provvedere alla conservazione dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio ai sensi dell'art. 1130 c.c.». Conf. Cass., 21 febbraio 2006, n. 3676, cit.

La Sezione rimettente⁽⁸⁾ ricorda, infatti, come al principio dettato dalla sentenza del 1997 debba contrapporsi quanto dettato da altra sentenza, risalente al 2000⁽⁹⁾: qui, ritenendo di rinvenire un contrasto, tra orientamento maggioritario (ascrivente all'art. 2051 c.c. la fonte dell'obbligo risarcitorio, in favore del terzo, a fronte d'inadempimento ad obbligazioni manutentive di lastrico solare) e minoritario (affermativo della responsabilità in capo al proprietario/utente esclusivo del lastrico – in concorso con i condomini che usufruiscano della copertura –, in caso d'inadempimento agli obblighi di cui agli artt. 1123 e 1126 c.c.).

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., ord. 13 giugno 2014, n. 13526, in *Imm. e propr.*, 2014, p. 531, con nota di M. MONEGAT, *Infiltrazioni dal lastrico: come ripartire il risarcimento dei danni*, la quale sottolinea come «Gli obblighi di contribuzione fissati negli artt. 1123, 1125 e 1126 c.c.» concernano «il diritto dei proprietari e l'utilità che essi traggono dai beni, non l'allocatione del danno subito da terzi, che nella complessa tipologia in esame prescinde, di regola, dalla condotta dell'utilizzatore». Detta ordinanza inoltre richiama, in proposito, altre decisioni: Cass., 21 febbraio 2006, n. 3676, in *Mass. Giur. it.*, 2006, la quale in tema di condominio evidenzia che «il lastrico solare – anche se attribuito in uso esclusivo o di proprietà esclusiva di uno dei condomini – svolge funzione di copertura del fabbricato e, perciò, l'obbligo di provvedere alla sua riparazione o ricostruzione, sempre che non derivi da fatto imputabile soltanto a detto condomino, grava su tutti, con ripartizione delle spese secondo i criteri di cui all'art. 1126 c.c. Ne consegue che il condominio, quale custode ex art. 2051 c.c. – in persona dell'amministratore, rappresentante di tutti i condomini tenuti ad effettuare la manutenzione, ivi compreso il proprietario del lastrico o colui che ne ha l'uso esclusivo – risponde dei danni che siano derivati al singolo condomino o a terzi per difetto di manutenzione del lastrico solare. A tal fine i criteri di ripartizione delle spese necessarie non incidono sulla legittimazione del condominio nella sua interezza e del suo amministratore, comunque tenuto a provvedere alla conservazione dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio ai sensi dell'art. 1130 c.c.»; Cass., 17 gennaio 2003, n. 642, cit.; Cass., 7 giugno 2000, n. 7727, cit.; Cass., 18 maggio 2001, n. 6849, cit.; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3676, cit., Cass., 13 marzo 2007, n. 5848, cit., Cass., 22 marzo 2012, n. 4596, cit., Cass., 19 giugno 2013, n. 15300, cit.

⁽⁹⁾ Cfr. Cass., 7 giugno 2000, n. 7727, in *Arch. loc.*, 2001, p. 425, in *Danno e resp.*, 2000, p. 1230, secondo la quale «In tema di condominio di edifici, qualora il proprietario esclusivo di una terrazza a livello sia responsabile dei danni da infiltrazioni d'acqua e tale responsabilità abbia natura extracontrattuale ex art. 2051 c.c., le conseguenze del fatto illecito, anche con riferimento al concorso di colpa del (condomino) danneggiato, proprietario del sottostante terrazzo trasformato in veranda, devono essere regolate esclusivamente dalle norme poste dagli artt. 2051 e 2056 c.c., con riferimento all'art. 1227 c.c., che disciplinano la responsabilità aquiliana, e non già secondo le norme relative alla ripartizione tra condomini delle spese di riparazione o ricostruzione di parti comuni».

Detto dibattito aveva ad oggetto, in sintesi, la corretta rinvenibilità della responsabilità per mancata manutenzione del lastrico, e alternativamente: negli artt. 1123 e 1126 c.c., ovvero nell'art. 2051 c.c., il quale, nel regolamentare un caso di responsabilità aquiliana, avrebbe conseguenze anche in ordine al termine prescrizione (quinquennale), nonché con riferimento alla imputabilità, del carico risarcitorio, esclusivamente al proprietario al momento del verificarsi del danno, in caso di successione a titolo particolare nella titolarità del fabbricato ove si trovi ad insistere il lastrico *de quo*, diversamente da quanto accadrebbe in caso di responsabilità *ex art.* 1126 c.c. Particolare importanza infine assume il dibattito nelle decisioni ove, in caso di lastrico in proprietà od uso esclusivo, e caratterizzato da difetto originario di realizzazione, risulti dichiarata l'esclusiva responsabilità del condomino usuario/proprietario esclusivo in base al più volte citato art. 2051 c.c.⁽¹⁰⁾

4. Le Sezioni unite, partendo da controversia riguardante la “mera” pretesa, di parte convenuta, di sostenere il carico risarcitorio in misura proporzionale ai millesimi della propria unità immobiliare, e non con addebito di maggior quota di un terzo *ex art.* 1126 c.c. hanno inteso, in un'ottica diversa dalla citata decisione del 1997⁽¹¹⁾, sia confermare la responsabilità del con-

⁽¹⁰⁾ Cfr., in tal senso, Cass., 19 giugno 2013, n. 15300, cit.; Cass., 15 aprile 2010, n. 9084, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 1318, che evidenzia come «In tema di condominio, la disposizione dell'art. 1126 c.c., il quale regola la ripartizione fra i condomini delle spese di riparazione del lastrico solare di uso esclusivo di uno di essi» debba intendersi riferito «alle riparazioni dovute a vetustà e non a quelle riconducibili a difetti originari di progettazione o di esecuzione dell'opera, indebitamente tollerati dal singolo proprietario. In tale ultima ipotesi, ove trattasi di difetti suscettibili di recare danno a terzi, la responsabilità relativa, sia in ordine alla mancata eliminazione delle cause del danno che al risarcimento, fa carico in via esclusiva al proprietario del lastrico solare, *ex art.* 2051 c.c., e non anche – sia pure in via concorrenziale – al condominio». Nello stesso senso, anteriormente, Cass., 18 giugno 1998, n. 6060, in *Arch. loc.*, 1998, p. 685). Tali decisioni, peraltro, non paiono tenere nella dovuta considerazione la circostanza secondo cui i difetti di una parte comune di fabbricato, suscettibili di arrecare danni ad altre parti, sono da ritenersi comunque a carico dell'ente condominiale, il quale, seppure con proporzionamento in base a quanto statuito dall'art. 1126 c.c., è custode della parte comune medesima, e conseguente applicazione dell'art. 2051 c.c.

⁽¹¹⁾ Cass., Sez. un., 29 aprile 1997, n. 3672, cit.

dominio verso i terzi danneggiati *ex art.* 2051 c.c., sia escludere quella diretta del proprietario o usuario esclusivo del lastrico, cui spetterà, in ogni caso, l'obbligo risarcitorio in base al proporzionamento di cui al più volte citato art. 1126 c.c.

Nell'intervenire in ordine alla individuazione della responsabilità per danni provenienti dal lastrico in uso esclusivo o di proprietà esclusiva, cui è conseguente il carico risarcitorio, le Sezioni unite, quindi: *a)* qualificano detta responsabilità come avente natura extracontrattuale; *b)* osservano come siano proprio le diverse situazioni giuridiche soggettive, rinvenibili in capo a condominio ed a proprietario od usuario esclusivo, a portare ad individuare a carico di quest'ultimo una responsabilità di tipo aquiliano *ex art.* 2051 c.c., mentre a carico del condominio una responsabilità di tipo contrattuale, avente fonte proprio nella legge, la quale impone, con riguardo alle parti comuni, il compimento degli atti conservativi nonché delle opere manutentive straordinarie. Il concorso delle due tipologie di responsabilità potrà quindi escludersi – stanti, in ogni caso, gli obblighi di controllo da parte dell'amministratore condominiale – a mezzo della prova che il danno risulti essere imputabile solo ad omessa custodia ovvero solo ad omessa manutenzione.

Pur essendo la *ratio* della suddivisione degli oneri manutentivi tra condominio e condomino rinvenibile, *ex artt.* 1123 e 1226 c.c., nel differente uso del bene comune (un terzo della spesa di riparazione/ricostruzione del lastrico/terrazza a livello a carico di chi ne faccia maggiore uso), il medesimo impianto causale non appare quindi, alle Sezioni unite, altrettanto valido al fine di sostenere la responsabilità per danni da mancata manutenzione, ed è ciò a spingerle a ribadire l'importanza d'individuare, alla luce di dette situazioni di fatto (uso esclusivo), l'ascrivibilità, del carico risarcitorio, al mancato ottemperamento agli obblighi di custodia di cui all'art. 2051 c.c. Inoltre, in linea con altre decisioni di legittimità⁽¹²⁾, la S.C. coglie occasione per ribadire il principio di giurisprudenza maggioritaria in base a cui, ferma restando la responsabilità della totalità dei condomini in solido verso il danneggiato, il

⁽¹²⁾ Cfr. Cass., 17 gennaio 2003, n. 642, cit.; ma v. anche Cass., 21 febbraio 2006, n. 3676, cit.

proporzionamento della responsabilità *ex art.* 1126 c.c. debba intendersi utile anche ai fini della misurazione della responsabilità per danni.

Rimane tuttavia da notare come: *a)* la questione affrontata avrebbe potuto costituire terreno fertile per un'ulteriore disamina, relativa ai profili della nuova disciplina del condominio con particolare attenzione, ad esempio, alla personalità giuridica del medesimo, a fronte del superamento della tradizionale configurazione di mero "ente gestionale"; *b)* potrebbe destare qualche dubbio in termini di opportunità tale intervento, da parte delle Sezioni unite, alla luce di un orizzonte giurisprudenziale abbastanza consolidato nel ritenere applicabili, in combinato disposto, le norme statuenti una responsabilità verso l'esterno dell'ente condominiale in quanto tale⁽¹³⁾ ed il proporzionamento, interno al condominio, della responsabilità medesima (cfr. art. 1126 c.c.).

In particolare, con riferimento alla questione *sub a)*, non pare irrilevante ad oggi una lettura maggiormente in linea con il moderno concetto di ente condominiale, cui pare oramai irrinunciabile attribuire una personalità giuridica⁽¹⁴⁾, con conseguente attribuibilità, alla proprietà del medesimo in

⁽¹³⁾ V., in proposito, sempre Cass., 17 gennaio 2003, n. 642, cit.; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3676, cit.

⁽¹⁴⁾ Per la dottrina *ante riforma* v., *ex multis*, M. ROSSETTI, *Il condominio? È un ente di gestione. Ma con limitata personalità giuridica*, in *Dir. e giust.*, 2005, 12, p. 46, nonché P. GATTO, *Un trust per la personalità giuridica del condominio*, in *Arch. loc.*, 2008, p. 5. Per la dottrina *post legem* 220/2012 v. M. BASILE, *Le modifiche al regime condominiale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 617; S. CAMPOLATTARO, *Verso il riconoscimento della personalità giuridica del condominio*, in *Riv. giur. not.*, 2015, 4, p. 781.

Gli argomenti a favore della tesi di un'avvenuta "soggettivizzazione" del condominio in base alla l. 11 dicembre 2012, n. 220 (*Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici*) sono, ad ogni modo, molteplici: detta legge, infatti, attribuisce una certa autonomia soggettiva all'organizzazione condominiale: A) ove obbliga l'amministratore: 1) al deposito transitorio delle somme ricevute in specifico conto corrente «intestato al condominio» (cfr. art. 1129, 7° comma c.c.); 2) a gestire le somme in modo tale da evitare confondibilità «tra il patrimonio del condominio e il patrimonio personale» proprio ovvero di altri condomini (cfr. art. 1129, 12° comma, n. 4 c.c.); 3) ad una rendicontazione che tenga in considerazione i dati relativi «alla situazione patrimoniale del condominio, ai fondi disponibili ed alle eventuali riserve» (cfr. art. 1130-*bis* c.c.); 4) a devolvere «al fondo di cui dispone» quanto pagato dai condomini a fronte di sanzioni per infrazioni al regolamento (cfr. art. 70 disp. att.); B) ove obbliga l'assemblea, ove stabilisca di effettuare manutenzione straordinaria ovvero opere

quanto tale, delle parti comuni, e notevole semplificazione della soluzione delle controversie.

Non a caso la nuova disciplina del condominio, introdotta dalla l. n. 220/2012, ha effettuato interventi da cui non è possibile prescindere ai fini di una corretta lettura della decisione in commento: ad esempio, è stato novellato l'art. 2659 c.c. in modo tale che, rendendosi trascrivibili atti aventi ad oggetto diritti reali (in favore o meno del condominio) nei registri immobiliari⁽¹⁵⁾, viene sostanzialmente ammessa la titolarità condominiale di diritti reali e, pertanto, la personalità giuridica del condominio medesimo⁽¹⁶⁾: oggi,

innovative, alla costituzione di «un fondo speciale di importo pari all'ammontare dei lavori» (cfr. art. 1135, 1° comma, n. 4 c.c.); C) ove consente che, «a tutela dei diritti del condominio», vengano eseguite formalità pubblicitarie nei registri immobiliari (cfr. art. 1129, 12° comma, n. 5 c.c.) indicando nella nota «l'eventuale denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale» dell'ente condominiale (cfr. art. 2659, 1° comma, n. 1 c.c. come integrato *ex* art. 17 della l. 220/2012); D) ove integra l'art. 23, 1° comma c.p.c., assegnando alla competenza del giudice del luogo ove è ubicato l'immobile sia le cause «tra condomini» che le cause «tra condomini e condominio» (cfr. art. 31, l. 220/2012); E) ove recepisce, sotto il profilo processuale, l'ormai consolidata prassi secondo cui, da una parte, gli amministratori agiscono in giudizio in nome e per conto del condominio come tale, mentre, dall'altra, il Tribunale emana titoli esecutivi di condanna dei condomini, quali enti di gestione, al pagamento di somme a terzi (cfr., in proposito, l'art. 69, 2° comma disp. att., in base a cui, al fine della revisione dei valori espressi in tabella millesimale, può convenirsi «in giudizio unicamente il condominio in persona dell'amministratore»; ma v. anche l'art. 71-*quater*, 3° comma disp. att., il quale legittima l'amministratore, a fronte di delibera assembleare, a partecipare ai procedimenti di mediazione nell'ambito di controversie riguardanti il condominio.

⁽¹⁵⁾ Cfr., sul punto, il già citato art. 17 della l. 11 dicembre 2012, n. 220.

⁽¹⁶⁾ Per la giurisprudenza di legittimità che non riconosce personalità giuridica al condominio, v. Cass., 16 dicembre 2015, n. 25288, in *www.leggiditalia.it*; ma v. anche Cass., ord. 22 maggio 2015, n. 10679, in *Ced Cassazione*, 2015, ove si sottolinea che «Al contratto concluso con un professionista da un amministratore di condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica la disciplina di tutela del consumatore, agendo l'amministratore stesso come mandatario con rappresentanza dei singoli condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale». *Contra*, nella tendenza ad una seppure minima apertura verso il riconoscimento di una personalità giuridica, Cass., 18 maggio 2001, n. 6853, in *Foro it.*, 2002, I, c. 675, secondo cui «L'ordinamento giusciviltistico, pur riconoscendo al condominio una sia pur limitata personalità giuridica, attribuisce purtuttavia ad esso potestà e poteri di carattere sostanziale e processuale, desu-

quindi, possibile centro attributivo di proprietà, d'imputazione di rapporti contrattuali ed extracontrattuali⁽¹⁷⁾, nonché di responsabilità per gestione e manutenzione di parti comuni di edificio (compreso lastrico), con conseguente, naturale esclusione sia di responsabilità individuali esterne al contesto condominiale, sia di responsabilità *ex art.* 2051 c.c. ascrivibile, contemporaneamente, a singolo condomino e condominio per intero.

La decisione di App. Roma n. 3279/2007⁽¹⁸⁾, alla base del rinvio alle Sezioni unite qui in commento, parrebbe basata su una non ben comprensibile ostatività a ritenere rilevante anche una responsabilità dell'intero condominio prima ancora che una responsabilità individuale dell'utente esclusivo

mibili dalla disciplina della sua struttura e dai suoi organi, così che deve ritenersi applicabile, quanto al computo della maggioranza della relativa assemblea, la norma dettata in materia di società, per il conflitto di interessi, con conseguente esclusione dal diritto di voto di tutti quei condomini che, rispetto ad una deliberazione assembleare, si pongano come portatori di interessi propri, in potenziale conflitto con quello del condominio. Ai fini della invalidità della delibera assembleare, peraltro, tale conflitto non è configurabile qualora non sia possibile identificare, in concreto, una sicura divergenza tra ragioni personali che potrebbero concorrere a determinare la volontà dei soci di maggioranza ed interesse istituzionale del condominio»; conf., Cass., 14 novembre 1997, n. 11254, in *Vita not.*, 1998, p. 169.

⁽¹⁷⁾ Cfr., in proposito, Cass., 19 marzo 2009, n. 6665, in *Foro it.*, 2010, c. 562, e in *Imm. e propr.*, 2009, p. 384, la quale definisce «Il condominio, sebbene privo di soggettività giuridica», in termini di «autonomo centro di imputazione di interessi che non si identifica con i singoli condomini. Da ciò consegue che in tema di responsabilità extracontrattuale, se il danno subito da un condomino sia causalmente imputabile al concorso del condominio e di un terzo, al condomino che abbia agito chiedendo l'integrale risarcimento dei danni solo nei confronti del terzo, il risarcimento non può essere diminuito in ragione del concorrente apporto causale colposo imputabile al condominio, applicandosi in tal caso non l'art. 1227, 1° comma c.c., ma l'art. 2055, 1° comma c.c., che prevede la responsabilità solidale degli autori del danno».

⁽¹⁸⁾ App. Roma, 24 luglio 2007, n. 3279, in *www.leggiditalia.it*, la quale osserva come «In tema di condominio di edifici, la terrazza a livello, anche se di proprietà esclusiva di un singolo condomino», assolve certamente alla «funzione di copertura del lastrico solare posto alla sommità dell'edificio, nei confronti degli appartamenti sottostanti; ne consegue che, ai sensi dell'art. 1126 c.c., obbligati alla riparazione del terrazzo stesso sono i condomini che usufruiscono della copertura del terrazzo in concorso con il proprietario superficario. Pertanto, dei danni cagionati all'appartamento per le infiltrazioni provenienti dal terrazzo deteriorato per difetto di manutenzione, risponde il condominio in proporzione di due terzi e la titolare della proprietà esclusiva del terrazzo nella misura del residuo terzo».

del lastrico, strumento che, è bene ricordarlo, svolge funzione sia di uso individuale che, più essenzialmente, di mantenimento in esistenza dell'edificio medesimo (copertura)⁽¹⁹⁾: alla luce di ciò, la necessità di custodire il lastrico in uso esclusivo dovrà risultare a carico sia di chi ne usi in modo particolare, sia dell'ente condominiale, il quale ultimo, proprio perché prevalente la funzione di copertura dell'intero edificio, avrà a proprio carico anche i maggiori costi sia di custodia che di manutenzione⁽²⁰⁾.

Con la sentenza in commento, quindi, viene stabilita la responsabilità extracontrattuale dell'intero condominio *ex art.* 2051 c.c., la quale esclude dirette responsabilità e legittimazione passiva dell'utilizzatore esclusivo del lastrico rispetto a danni subiti da soggetti che, ai fini del risarcimento, si profilano quali terzi rispetto al condominio, a prescindere dalla circostanza che ne siano, o meno, parte: di talché, con particolare riguardo al porzionamento dei carichi manutentivi del lastrico, l'art. 1126 c.c. potrà profilarsi esclusivamente ad efficacia interna al condominio⁽²¹⁾, dovendo applicarsi a tutti i

⁽¹⁹⁾ In proposito, Cass., 5 maggio 2016, n. 9035, in *www.leggiditalia.it*, la quale richiama, a sua volta, la precedente Cass., 5 marzo 2015, n. 4501, in *Ced Cassazione*, 2015, la quale sottolinea che «La natura condominiale del lastrico solare, affermata dall'art. 1117 c.c., può essere esclusa soltanto da uno specifico titolo in forma scritta, essendo irrilevante che il singolo condomino non abbia accesso diretto al lastrico, se questo riveste, anche a beneficio dell'unità immobiliare di quel condomino, la naturale funzione di copertura del fabbricato comune».

⁽²⁰⁾ *Contra*, Cass., 29 gennaio 2015, n. 1674, cit.

⁽²¹⁾ In proposito, non può non sottolinearsi come la regola di cui all'art. 1126 c.c. sia sempre e comunque derogabile, in seno al condominio, in base al 4° comma dell'art. 1138 c.c. La decisione del 2016 qui in commento evidenzia come il proporzionamento degli obblighi risarcitori possa discostarsi da quanto statuito *ex art.* 1126 c.c. tutte le volte in cui uno o più condomini, in particolare, arrechino danni a parti comuni di fabbricato, cioè a dire in ogni situazione interruttiva del presunto nesso di causalità tra danno a terzi e mancato adempimento agli obblighi manutentivi; conf. Cass., 26 febbraio 2014, n. 4571, in *Guida al dir.*, 2014, 19, p. 77. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Roma, 29 ottobre 2013, n. 21600, in *www.leggiditalia.it*, in base a cui «In materia condominiale l'assetto architettonico [all'interno del quale è rinvenibile, ovviamente, anche il lastrico di copertura: ndr] dello stabile costituisce un valore di interesse sovraindividuale al cui rispetto ciascun condomino deve ritenersi tenuto nell'esercizio delle proprie facoltà dominicali inerenti sia all'unità immobiliare in proprietà esclusiva che alle forme di godimento delle parti comuni.

condomini la solidarietà di cui all'art. 2055 c.c., trattandosi di responsabilità extracontrattuale relativamente alla quale non è applicabile il principio di parziarietà, applicato giurisprudenzialmente alla responsabilità contrattuale durante la previgente disciplina⁽²²⁾.

In definitiva, le Sezioni unite sanciscono la responsabilità extracontrattuale del condominio alla luce del relativo obbligo di custodia del lastrico solare: detto ente, pertanto, non considerato quale “mero proprietario di parte comune”, rinviene la propria legittimazione passiva in capo al proprio amministratore⁽²³⁾, nei confronti del quale è possibile avanzare richieste risarcitorie sostenende, *ex art.* 2051 c.c., da parte dell'intera comunità condominiale.

Le nozioni di estetica e di decoro rilevanti a tali fini devono riferirsi all'assetto fisionomico dell'edificio, ossia all'insieme delle linee e delle strutture che connotano lo stabile e gli imprimono una determinata fisionomia ed una specifica identità». Quanto sopra ovviamente non esclude che, ove risulti dimostrabile una concorrenza tra malagestione ascrivibile ad uno o più condomini in particolare, ed omissione di vigilanza, da parte dell'amministratore di condominio, verso comportamenti scorretti e – verosimilmente, per lo più – reiterati nel tempo, anche il condominio dovrebbe, in linea di principio, essere chiamato a rispondere per il proprio inadempimento.

⁽²²⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Notariato*, 2008, p. 364; in *Corr. giur.*, 2008, p. 773, con note di A. DI MAJO, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali: l'eterno ritorno*, e di N. IZZO, *L'attuazione parziaria delle obbligazioni condominiali: una restaurazione ottocentesca del favor debitoris?*; in *Giur. it.*, 2009, p. 130, con nota di V. TRIPALDI, *Sulla natura solidale dell'obbligazione dei condomini*; *ivi*, 2009, p. 347, con nota di G. PELLEGRINO, *La soluzione sbagliata di un problema giusto: la sentenza Cassazione, Sezioni unite, 8 aprile 2008, n. 9148*, la quale evidenzia che «La responsabilità dei condomini nelle obbligazioni risponde al criterio dalla parziarietà in quanto: l'obbligazione in capo ai condomini, ancorché sia comune, è divisibile, trattandosi di somma di danaro; la solidarietà nel condominio non è contemplata da nessuna disposizione di legge e l'art. 1123 c.c. non distingue il profilo esterno e quello interno; l'amministratore vincola i singoli nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione delle quote, in conformità con il difetto di struttura unitaria del condominio. Ai singoli condomini si imputano pertanto, in proporzione alle rispettive quote, le obbligazioni assunte nell'interesse del condominio in relazione alle spese per la conservazione e per il godimento delle cose comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza».

⁽²³⁾ Cfr., sul punto, gli artt. 1130 e 1135 c.c.

Aumentare la Social Acceptance attraverso l'uso di contratti plurisoggettivi con comunione di scopo: studiando la realizzazione di un impianto a biomassa da residui dell'olivicoltura e della produzione di olio d'oliva.

[MARINA BUFACCHI - VALENTINA COLCELLI - MICHELANGELO DE DONNO^(*)]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Obiettivi specifici dell'articolo. – 3. Quadro normativo di riferimento nello scambio a remoto ed aree comunali da destinare alla realizzazione degli impianti per l'erogazione sia in «conto energia» che in modalità «scambio sul posto» dell'energia elettrica prodotta. – 4. La natura cooperativa del soggetto gestore: impresa di comunità. – 5 Conclusioni.

1. Nel mese di marzo 2016 si è concluso il progetto finanziato dall'Unione Europea nell'ambito del VII Programma Quadro di Ricerca e Sviluppo che ha come soggetto capofila l'Istituto per i Sistemi Agricoli e Forestali del Mediterraneo del Consiglio Nazionale delle Ricerche ISAFoM-CNR, sezione distaccata di Perugia.

Il progetto ha avuto ufficialmente inizio nell'ottobre del 2012. Il suo obiettivo generale è l'ottimizzazione dal punto di vista economico ed industriale di un processo per la co-produzione di gas naturale di sintesi e diesel dai residui di coltivazione dell'olivo e di produzione dell'olio d'oliva, utilizzando principalmente il processo di sintesi "Fischer-Tropsch"⁽¹⁾.

L'obiettivo specifico del progetto è il riutilizzo di scarti agricoli, principalmente residui dell'olivicoltura e della produzione di olio d'oliva, per la generazione di combustibili pronti all'uso come syngas e diesel, da utilizzare principalmente per la produzione di energia nella produzione olearia, come

^(*) Consiglio Nazionale delle Ricerche - ISAFoM-CNR, Sezione distaccata di Perugia.

⁽¹⁾ Fischer-Tropsch è un processo catalitico mediante il quale una corrente di gas di sintesi (syngas), costituita prevalentemente da CO e H₂, può essere convertita in una miscela d'idrocarburi gassosi, liquidi e solidi.

per esempio carburante per il trasporto nell'ambito dell'olivicoltura, ma anche per la produzione di energia elettrica. Il progetto ha ad oggetto ricerca, sviluppo, ed ha carattere dimostrativo.

Lo sfruttamento ai fini commerciali delle innovazioni introdotte è uno dei punti sui quali è stata posta grande enfasi durante la realizzazione del progetto. Per tale ragione – stante anche la natura prevalentemente dimostrativa del progetto – una delle ultime attività del progetto si concretizzerà in un'analisi economica ed estimativa nonché sulla costruzione di un database di dettaglio relativo alla biomassa per i comuni delle due regioni individuate nella prima fase del progetto FFW come potenzialmente più idonei ad ospitare un impianto, ovvero (Puglia e Andalusia), quale risultato non solo di una stima del potenziale di biomassa, ma anche di una analisi multicriteria. A valle di questa ultima attività, si è ipotizzato, allora, di valutare come in Italia il sistema studiato dal progetto potesse trovare una sua potenziale applicazione in un ipotetico comune sotto i 20.000,00 abitanti che caratterizzano i territori italiani vocati all'olivicoltura. Infatti, al 9 ottobre 2011 la Puglia è composta da 258 Comuni, il 32,9% dei quali ha una popolazione non superiore a cinquemila abitanti. Il 46,3% dei comuni della provincia di Bari ha una popolazione compresa tra cinquemila e ventimila abitanti (21,0% della popolazione provinciale) mentre il 48,8% dei comuni supera i ventimila abitanti. Solo i comuni di Poggiorsini e Binetto hanno una popolazione inferiore a cinquemila abitanti. Nelle province di Brindisi e Barletta-Andria-Trani non sono presenti comuni con popolazione inferiore ai 5 mila abitanti mentre sono 5 a Taranto (17,2%) e 40 a Lecce (41,2%). Le province di Taranto, Brindisi e Lecce presentano ciascuna 6 comuni con popolazione superiore ai ventimila abitanti, compresi i comuni capoluogo che superano tutti la soglia dei cinquantamila abitanti. Nella nuova provincia Barletta-Andria-Trani, infine, i comuni si equidistribuiscono al di sopra e al di sotto della soglia dei ventimila abitanti (50%); quattro comuni (Bisceglie, Trani, Andria e Barletta) superano i cinquantamila abitanti⁽²⁾.

⁽²⁾ L'Italia del censimento struttura demografica e processo di rilevazione. Puglia, Roma 2013.

Da tempo è maturata la consapevolezza scientifica e politica che le condizioni perché avvenga la localizzazione di centrali a biomasse – al di là delle note problematiche in termini di certezza del quadro normativo nazionale e regionale – riguardano la scelta di adeguati strumenti di *governance* in grado di pianificare la più idonea strategia di approvvigionamento delle fonti e di produzione dell'energia nel rispetto dei vincoli (presenti o prospettabili) di carattere etico, sociale, produttivo e, particolarmente, di stampo ambientale tipici del territorio di riferimento. La riflessione sulla social *acceptance* si colloca all'interno delle indagini attualmente emergenti, di carattere multi-disciplinare, relative ad esperienze innovative nella produzione o approvvigionamento dell'energia (o di altri beni o servizi essenziali per la comunità) rispetto alle tradizionali forme organizzative di carattere pubblico o privato.

Il contributo sull'obiettivo nazionale complessivo di produzione da fonti di energia globale delle agro-energie rinnovabili, imposto al 2020 al livello europeo, si attesterebbe intorno al 50 %. Si prefigura così una preponderanza potenziale delle agro-energie rispetto alle innovazioni energetiche relative ad altri settori economici, garantendo, nel contempo, risultati ambientali preclusi ad altri settori⁽³⁾. In questo versante, emerge la necessità di subordinare la produzione agro-energetica a dei criteri di sostenibilità da intendersi in senso ampio, integrando dunque il profilo tecnologico insieme a quello sociale. In altre parole, si tratta di sposare una strategia che, nel valorizzare il profilo multifunzionale dell'impresa agricola (medio-piccola), possa restituire un ruolo di protagonista al territorio di riferimento.

Lo strumento principe in tal senso è da individuare nella c.d. filiera corta e nei contratti plurisoggettivi che permettano la partecipazione della popo-

⁽³⁾ Al fine di garantire la competitività a lungo termine delle bioindustrie e in linea con la comunicazione della Commissione del 13 febbraio 2012, dal titolo «L'innovazione per una crescita sostenibile: una bioeconomia per l'Europa», e la comunicazione della Commissione del 20 settembre 2011, dal titolo «Tabella di marcia verso un'Europa più efficiente nell'impiego delle risorse», che promuovono bioraffinerie integrate e diversificate in Europa, è opportuno istituire, conformemente alla direttiva 2009/28/CE, incentivi potenziati che favoriscano l'utilizzo di materie prime di biomassa senza un elevato valore economico per scopi diversi dalla produzione di biocarburanti.

lazione locale all'attività della centrale, al fine di radicare domanda ed offerta dell'energia al territorio di elezione.

2. Il presente articolo si pone l'obiettivo di riportare sinteticamente le valutazioni dirette a fornire una soluzione contrattuale a supporto della scelta della localizzazione entro uno specifico territorio di un impianto a biomassa per la co-produzione di gas naturale di sintesi dai residui di coltivazione dell'olivo e di produzione dell'olio d'oliva. A tal fine si presenta un'ipotesi di percorso contrattuale per la gestione comune e collettiva di Energia da Fonte rinnovabile secondo il modello dello scambio da remoto in un comune italiano sotto i ventimila abitanti, finalizzato alla gestione collettiva dell'energia prodotta su terreni ed impianti di proprietà di un Comune, mediante scambio da remoto.

Per scambio da remoto è da intendersi quella modalità secondo la quale una pluralità di soggetti, siano essi persone fisiche o giuridiche, si costituiscono in una nuova forma giuridica collettiva mediante la quale ottengono e sviluppano impianti e tecnologie necessari alla produzione di energia da fonti rinnovabili in dislocazione remota rispetto alla loro ubicazione fisica, e danno luogo ad uno scambio nella misura pari al proprio fabbisogno energetico (autoconsumo).

Questa modalità consente l'efficientamento energetico di beni che per qualunque motivo non siano in condizione di essere efficientati sul posto da un punto di vista energetico. Ad esempio, si può pensare ad edifici ubicati nei centri storici, oppure edifici che per loro natura sono orientati in modo non ottimale rispetto al sole, o nuove costruzioni sottoposte a vincoli paesaggistici o urbanistici tipici del paesaggio agricolo italiano, nel caso di specie pugliese.

Si attribuisce così al contratto la funzione di realizzare un modello integrato per la produzione e la gestione di energia da fonti rinnovabili secondo le modalità di scambio da remoto mediante il diretto coinvolgimento dei cittadini. Si realizza così concretamente l'idea di ambiente come categoria aperta al godimento dei cittadini attraverso la rimozione degli ostacoli giuridici e/o anche solamente fisici che rendono impossibile l'accesso alle energie pulite quali "bene comune" a tutti i cittadini, realizzando, nel contempo, principi di giustizia sociale e solidarietà.

3. Per favorire l'utilizzazione dell'energia elettrica prodotta con fonti rinnovabili, il legislatore ha stabilito che i comuni con popolazione fino a ventimila residenti possono usufruire del servizio di scambio sul posto dell'energia elettrica prodotta secondo quanto stabilito dall'articolo 2, 150° comma, lett. *a*) della l. 24 dicembre 2007, n. 244, per gli impianti di cui sono proprietari di potenza non superiore a 200 kW. Ciò a copertura dei consumi di proprie utenze, senza tener conto tra l'altro dell'obbligo di coincidenza tra il punto di immissione e il punto di prelievo dell'energia scambiata con la rete. Resta fermo l'obbligo di pagamento degli oneri di rete⁽⁴⁾. A questa previsione lo stesso legislatore affianca la possibilità per i medesimi comuni di destinare aree appartenenti al proprio patrimonio disponibile alla realizzazione degli impianti per l'erogazione sia in «conto energia» che di «scambio sul posto» dell'energia elettrica prodotta. L'energia potrà essere così ceduta ai privati cittadini che intendono accedere agli incentivi in «conto energia» e sottoscrivere contratti di scambio energetico con il gestore della rete⁽⁵⁾. Ed invero è consentito avvalersi del meccanismo dello scambio sul posto anche collegando ad un medesimo punto di connessione diverse tipologie di impianti alimentati da fonti rinnovabili ovvero cogenerativi ad alto rendimento, la cui potenza nominale media annua complessiva non risulti superiore a 200 kW⁽⁶⁾. I vantaggi del sistema ipotizzato dal legislatore sono enormi ed evidenti, ma la normativa nulla indica circa la realizzazione in concreto del meccanismo individuato. Saranno, allora, solo i rapporti contrattuali che si instaureranno tra l'amministrazione comunale, una società Esco e tra questa (o l'amministrazione comunale) ed i cittadini selezionati, a definire prima e gestire poi il meccanismo sopra richiamato.

Infatti, la fonte normativa indica solamente chi può attuare il sistema, ovvero i Comuni con popolazione fino a ventimila residenti (art. 27, 4° com-

⁽⁴⁾ Cfr. l. 23 luglio 2009, n. 99, Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia, art. 27, 4° comma, Misure per la sicurezza e il potenziamento del settore energetico.

⁽⁵⁾ Cfr. l. 23 luglio 2009, n. 99, Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia, art. 27, 21° comma.

⁽⁶⁾ Cfr. d.m. 18 dicembre 2008, art. 17, 3° comma.

ma, l. n. 99/2009); con quale modalità operativa: lo scambio sul posto dell'energia elettrica prodotta (art. 27, 4° comma, l. n. 99/2009) e/o l'erogazione in «conto energia» (art. 27, 21° comma, l. n. 99/2009); a che condizione il Comune può attuarla, ossia facendo conservando la proprietà degli impianti (art. 27, 4° comma, l. n. 99/2009); nonché il fine, costituito dalla copertura dei consumi di proprie utenze (art. 27, 4° comma, l. n. 99/2009) e la cessione a privati cittadini che intendono accedere agli incentivi in «conto energia» e sottoscrivere contratti di scambio energetico con il gestore della rete (art. 27, 21° comma, l. n. 99/2009); il rapporto con il Gestore dei Servizi Energetici, poi, potrà avvenire anche tramite un soggetto terzo mandatario.

Dentro questi pochi paletti l'intero sistema previsto dal legislatore deve essere interamente costruito solo facendo riferimento ad un complesso di incroci contrattuali.

Il legislatore mostra quindi una tendenza a delegare al contratto una funzione organizzatoria di cui lo stesso legislatore tende a fornire le sole linee di confine. Il legislatore europeo, così come quello italiano, affidano sempre più diffusamente al contratto la funzione di regolare interi mercati o settori di mercato. Le norme di matrice europea, in particolare, impongono l'obbligo per gli Stati membri di abolire i diritti speciali o esclusivi e di dichiarare libere attività precedentemente riservate a monopoli statali.

4. Dallo studio degli istituti giuridici e contrattuali che potrebbero essere utilizzati nell'ambito del sistema integrato in esame, emerge come la formula contrattuale che meglio realizza le finalità di cui al precedente paragrafo è quella della Cooperativa di produzione e consumo a mutualità prevalente (art. 2512 c.c.), quale elemento del legame territoriale tra azienda, centro di produzione e destinatari/comunità.

Il modulo dell'impresa di comunità, inteso come formula contrattuale di aggregazione di individui, secondo diritti e doveri specifici, volta alla predisposizione di un bene e servizio secondo le caratteristiche del contesto di riferimento, costituisce uno dei referenti alternativi ai tradizionali moduli pubblicistici o privatistici (fondati su logiche oligopolistiche). Essa recupera ruolo e spazio alla cittadinanza ed ai consumatori nel governo effettivo e

nella fornitura di beni e servizi essenziali e prodromici al benessere della collettività.

Sulla base di tali premesse, sarà il Comune, quale ente esponenziale della collettività, ad individuare i partecipanti alla cooperativa con una c.d. procedura di trasparenza pubblica collocata a monte della sua costituzione.

Il modello societario in questione, prima di tutto, permette l'ingresso illimitato di nuovi soci anche persone fisiche, come possono essere i cittadini e le imprese del territorio, senza far ricorso a continue modifiche statutarie.

I soci potranno essere sia Consumatori (cittadini ed imprese, del territorio) che Cooperatori (ovvero come i membri del "Consortium FFW Project" i quali siano in grado di offrire un servizio di Global service), secondo il rapporto c.d. di "una testa un voto". Per previsione statutaria si potrà prevedere di attribuire 5 voti alle persone giuridiche membri della cooperativa (art. 2538, 3° comma c.c.). L'atto costitutivo della società, al fine di assicurare una maggiore partecipazione soprattutto dei cittadini, potrà prevedere il Sistema della assemblee separate (art. 2540 c.c.). All'assemblea generale potranno assistere anche i soci che hanno preso parte alle assemblee separate (art. 2540 c.c.). L'ultima previsione si applica sia a i soci cooperatori, consumatori ma anche a quelli finanziatori se lo statuto li legittima a votare nell'assemblea generale Sarà sempre opportuno prevedere nel contratto costitutivo che la cooperativa, per il raggiungimento degli obiettivi indicati, potrà accreditarsi come ESCO (Energy Service Companies) presso l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, anche se poi non agirà come tale.

La Cooperativa si assumerà l'onere di costruire gli impianti conferendo la proprietà al Comune quale condizione per il rispetto della normativa sullo scambio a remoto. La Cooperativa, quindi, finanzia, progetta, costruisce gli impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e provvede alla loro manutenzione e gestione nel tempo tramite contratti con soggetti terzi.

Gli impianti non diventano di proprietà della cooperativa. Non si costituisce tra Comune e Cooperativa alcun diritto di superficie in quanto sia gli impianti che l'area rimangono di proprietà del Comune.

Il Comune, socio, oltre a sottoscrivere una quota di partecipazione, ce-

derà alla Cooperativa l'energia prodotta per soddisfare sia le sue esigenze di socio consumatore, sia quelle degli altri soci/cittadini.

L'energia prodotta dall'impianto a remoto verrà naturalmente distribuita attraverso la rete (contratto con Terna o altro soggetto) e consumata dai soci ovunque localizzati (a prezzi convenienti: secondo uno scambio mutualistico, ovvero ad un costo forfettario). Altri Enti Pubblici, oltre il Comune, potranno essere soci.

I soci saranno consumatori e finanziatori. I soci consumatori ottengono il vantaggio mutualistico di utilizzare energia a prezzi convenienti. Per quanto concerne i soci finanziatori è bene ricordare come la riforma del codice civile del 2003 riconosca ampia libertà di individuare le figure che si ritengono più utili al finanziamento di quella determinata cooperativa tanto è vero che l'art. 2526 c.c. attribuisce all'atto costitutivo la facoltà di individuare in piena autonomia i diritti patrimoniali o anche amministrativi di questi istituti. Dunque lo strumento finanziario è liberamente plasmabile dalla volontà dei soci e i suoi confini possono spingersi sino all'azione di partecipazione al titolo di debito (art. 2526 c.c.).

Invero, per la sostenibilità dell'iniziativa, i soci finanziatori ottengono una remunerazione del capitale investito, come ad esempio tramite un prestito sociale annuale per sostenere gli investimenti che può assumere sia la forma tradizionale degli strumenti finanziari previsti dalla l. n. 59/92 che una forma libera così come previsto dalla riforma del diritto societario del 2003 (es. il mutuo etico). Naturalmente gli eventuali utili della cooperativa tendenzialmente sono reinvestiti per finanziare la sua crescita.

È possibile che i Comuni interessati vogliano e/o possano far ricorso al c.d. *project financing* di cui all'art. 153 del Codice appalti per la realizzazione del progetto. Si ricorda allora che il *project financing* si articola in due sub-procedimenti: a) Il primo di selezione del progetto di pubblico interesse; b) il secondo di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità. Nell'ipotesi di selezione del progetto di pubblico interesse, il primo momento di gara è finalizzato all'individuazione del soggetto che farà il progetto, anche se questi non rivestirà automaticamente la qualifica di aggiudicatario della gara finale in quanto dovrà seguire una seconda gara diretta

all'affidamento definitivo dell'opera nel cui ambito la posizione di vantaggio di chi ha fatto il progetto si concretizza nel diritto di "prelazione". "Prelazione" significa che se l'impresa che ha realizzato il progetto non risulta aggiudicataria al termine della gara, può esercitare, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, il diritto di "prelazione" e divenire aggiudicataria impegnandosi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni indicate dal miglior offerente.

Ed infatti se il promotore (nel nostro caso la cooperativa con le imprese del "Consortium FFW Project") non risultasse aggiudicatario e non esercitasse la prelazione, ha diritto comunque al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta ai sensi di legge. Questa ipotesi permette che anche il progetto possa essere remunerato in caso esito negativo della gara, ovvero si può sempre decidere di esercitare la prelazione alle condizioni dell'aggiudicazione.

Ci sono però due presupposti da chiarire per il Comune: 1. Il previo inserimento dei lavori pubblici o di pubblica utilità nella programmazione triennale. 2. o in alternativa, i lavori devono essere inseriti, negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice in base alla normativa vigente. Nel caso invece di *Project financing* ad iniziativa privata, il presupposto è rappresentato dall'inserimento dei lavori pubblici nell'elenco annuale regolarmente approvato e dall'inerzia dell'amministrazione che non abbia bandito alcuna gara per un periodo di sei mesi antecedenti. La seconda notazione è legata alla tipo di rapporto che deve legare la costituenda cooperativa con le imprese del "Consortium FFW Project" che realmente parteciperanno all'attività, e specificatamente riguarda la possibilità per una società cooperativa partecipata da una società consortile di concorrere a gare per l'affidamento di appalti pubblici facendo valere i requisiti speciali di qualificazione posseduti dalle singole imprese che compongono la società consortile stessa.

5. L'attività di studio riassunta è realizzata in supporto alle idee di progetto ed in sostegno delle parti imprenditoriali del Consorzio di progetto e diretta alla realizzazione di un programma che vede i cittadini parte attiva di una

iniziativa che è capace di coinvolgerli direttamente attraverso la cessione di energia prodotta in aree destinate ed appartenenti al patrimonio disponibile di un Comune. I diritto di uso del terreno appartenente al patrimonio disponibile del Comune rappresentano parte del corrispettivo pattuito per la realizzazione degli impianti anche su proprietà comunali ad opera del soggetto partecipato (cooperativa), e realizzati dai medesimi cittadini che beneficiano dell'energia prodotta sul terreno nella disponibilità del Comune.

Si tratta, come detto, di cittadini che si autorganizzano, perché non nelle condizioni oggettive o soggettive di procedere autonomamente alla realizzazione di impianti di produzione da fonti di energia rinnovabile e quindi ad accedere agli incentivi connessi con il loro uso.

Dopo varie ipotesi, si è inteso realizzare la *governance* del progetto facendo ricorso ad un soggetto aggregante i cittadini e scegliendo per esso la forma della società cooperativa.

Nello statuto cooperativo, i cittadini del Comune sono soci utenti, il Consorzio di progetto socio cooperatore. Sono stati previsti, per espressa richiesta dell'impresa di progetto, soci sovventori per concorrere al finanziamento del progetto.

Questa forma permette l'aggregazione dei cittadini (privati, imprese, soggetti pubblici, professionisti) ma è anche un soggetto giuridico in grado (tramite le imprese partecipanti al Consorzio FFW dell'energia, socio cooperatore anch'esso) di progettare, realizzare, gestire gli impianti per lo scambio a remoto per il Comune, così come di progettare, realizzare, gestire gli impianti per la cessione a privati cittadini di quel medesimo Comune dell'energia prodotta su terreni in disponibilità della medesima amministrazione.

Lo Statuto della Cooperativa dovrà permettere la realizzazione dell'attività di cui agli artt. 27, 4° comma e 21 della l. 23 luglio 2009, n. 99, ma costituirà altresì una struttura a maglie larghe utilizzabile, in un piccolo Comune, per fare molto altro. Naturalmente la Cooperativa dovrà anche cercare di acquisire la qualifica di ESCO, così come espressamente previsto nello Statuto, per agevolare lo svolgimento di molte attività connesse al progetto .

Inoltre si è tenuto a far partecipare a questa società cooperativa il Consorzio FFW come soggetto garante dell'operazione, ma anche come soggetto giuridico in grado di realizzare (gestire, mantenere, etc.) tramite le proprie società consorziate "gli impianti" di cui in narrativa.

In questo caso, nello svolgimento dell'appalto, il rapporto della costituenda Cooperativa con le consorziate del Consorzio FFW di cui sopra, nei confronti del Comune, stazione appaltante, dovrà essere esplicitato eventualmente nella formula dell'avvalimento, ovvero nella formula del subappalto (in caso di prestazioni oggetto di appalto fatte eseguire direttamente dalle imprese ausiliarie), per gestire l'operazione in totale sicurezza e tranquillità dal punto di vista giuridico. Ai fini della partecipazione all'eventuale appalto, infatti, deve essere esplicitato il vincolo negoziale che permette alla Cooperativa di avvalersi dell'effettiva disponibilità dei requisiti di qualificazione per l'appalto che posseduti dalle imprese consorziate al Consorzio FFW (socio cooperatore) ed eventualmente coinvolte.

In definitiva, grazie alle soluzioni tecnologiche per la produzione di energia e la gestione razionale dei flussi energetici di distribuzione, ad oggi sussistono varie possibilità di approvvigionamento locale dell'energia, con benefici potenziali in termini di risparmio dei costi e qualità del servizio. In particolare, le energie rinnovabili si collocano all'interno di questo rinnovato quadro, con buone performance in previsione anche sul versante delle tecnologie di stoccaggio per il funzionamento c.d. *off-grid*.

Le possibilità offerte dall'innovazione tecnologica, e dalla stessa evoluzione dell'ordinamento giuridico, per l'indipendenza dalla rete nazionale possono determinare nuovi scenari di mercato con possibile impatto sulla stessa attuale conformazione degli operatori. L'ipotesi di un cambio di paradigma del mercato, pertanto, deve essere accompagnata da una riflessione sulla tipologia di organizzazioni all'interno dello stesso operanti.

Le imprese di comunità energetiche (ICE) sono definibili quale categoria a sé stante di forme auto-organizzate che, al di là degli ambiti tradizionali dell'impresa di comunità, si occupano di questioni energetiche. Una rete policentrica di sistemi autonomi di questo tipo, va da sé, può consentire di aggregare i flussi di consumo, trasferendo in maniera tempestiva ener-

gia verso chi la richiede e bypassando gran parte dei costi di transazione dell'infrastruttura centralizzata. I vantaggi prospettabili vanno dal risparmio di energia e di costi associati alla trasmissione su lunghe distanze, alle performance di riduzione degli impatti ambientali (quali le emissioni dovute all'utilizzo di combustibili fossili, le radiazioni elettro-magnetiche provocate dalla rete), sino alla gestione razionale delle infrastrutture, alla migliore qualità ed affidabilità della fornitura nonché alla riduzione della vulnerabilità energetica di alcune fasce sociali.

In memory of Peter Stein (Antonio Palazzo)

Issue 2016 of Review “Diritto e processo” in memory of Peter Stein (Liverpool, 1926, 29th May – Cambridge, 2016, 7th August), University professor, historian, philosopher, jurist, writer, mentor and friend.

Peter Stein was Professor of Jurisprudence at the University of Aberdeen from 1956 to 1968 and Regius Professor of Civil Law at the University of Cambridge from 1968 to 1993. Fellow of the British Academy (FBA) since 1974, he was appointed an honorary Queen’s Counsel (QC) in 1993. He was also President of the Academy of the European Private Lawyers.

Peter Stein studied in Cambridge. He completed a scholarship at the University of Pavia before becoming an Assistant Lecturer in Law in the University of Nottingham, in 1952. He was Professor in Jurisprudence at the University of Aberdeen (1956-1968), then in Cambridge (1968-1993), where he became Regius Professor of Civil Law and Fellow of Queens’ College. He remained Emeritus Professor of Civil Law and Life Fellow of Queens’ College until his death.

He was awarded by the University of Perugia with a Honorary Degree in Law in 29th September 2001.

In particular, in this occasion, I and all members of this Review wish to commemorate Peter Stein, with particular reference to his studies in Roman Law and fundamental human rights in the current legal systems. His writings ranged across the whole field of the Roman Legal tradition, through its codification in Justinian’s *Corpus Iuris Civilis*, to the rediscovery of these ancient texts in the 12th and 13th centuries and their pervasive influence on both legal ideas and political philosophy.

Among his main works we would like to remind the following books: *Roman Law in European History* (Cambridge University Press, 1999), *The Character and Influence of the Roman Civil Law: historical essays* (Hambledon Press, 1990), *I fondamenti del diritto europeo* (Giuffrè, 1984), *Legal Evolution: the story of an idea* (Cambridge University Press, 1980), *Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims* (Edinburgh University Press, 1966).

Focus and Scope

The Review publishes original papers covering a large array of topics in Law, general theory of Law and multidisciplinary studies i.e. ethic issue, legal aspect of technology etc.

The Review aims to provide also a forum which facilitates the development of the legal aspects – especially in any field of private law is welcomed – of the scientific research and innovation, at European and International levels.

Particular attention will be paid on the rights, obligations and the legal relationships arising from the research and innovation activities, as well as on the contracts to carry out the scientific researches and to exploit the results either in academic, market contexts and human rights.

The Review will study the legal discipline of the European and National policies and of the legal instruments to implement them, especially the funding programmes and Human rights.

Publication Frequency

Published one times a year.

During the year will be published special number on specific issue.

Open Access Policy

The Review provides immediate open access to its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review provides open access to all of its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge.

The Review is Digital Object Identifier (DOI).

About the Journal

The Review offers authors the possibility to have their papers accepted in less than three months. The undertaking by the Editorial board to provide a decision within ten weeks from the submission date is motivated by the awareness that, in any field, research activity is characterized by an increasingly rapid circulation of ideas and scientific outcomes. It entails research findings to be published before becoming out-of-date, and hence of minor interest for policy guidance. Clearly, it cannot occur at the cost of a low-quality process of reviewing; for this reason, a direct assessment of the content of the papers, as well as a tight control on the overall reviewing process, is guaranteed by the Editorial board.

A preliminary selection might be done by the Editorial Board in order to assess the correspondence of the paper's content with the aims of the Review. This type of response, that does not necessarily imply a negative evaluation of the quality of the work, is finalized to avoid a lengthier procedure for papers with a low probability to be published. Authors have the opportunity to review corrections before publication, provided the articles are submitted to the editors in a timely manner.

Peer Review Process

Manuscripts are reviewed in an unbiased manner, receiving prompt attention by the editorial office and its referees. After a preliminary assessment of the suitability of the paper by the Editor, any paper will follow a double-blinded peer review process. The goal of the Editorial office is of providing the referees' reports, and the final decision by the Editor, within ten weeks since submission.

The whole process will be handled by the Managing Editor, to whom all inquiries should be addressed.

In order to ensure full anonymity of the refereeing process, authors are asked to write papers in a way to keep their identity from referees (refraining in particular from citing forthcoming or working papers or self-citation; references to these papers that are deemed necessary can be added in the final version, after acceptance). Referees are asked to provide reports hiding their own identity.

Submission

Technical Requirements

Submission is electronic only saved in MS Word (any version) format. At the initial stage no formatting effort is required.

Text must be saved in a simple format, without automatic hyphenation, automatic indexing of section headings, with a consistent script, with an unjustified right margin and NO activated hyperlinks or other macros.

Authors of accepted papers will be required to sign a Copyright Transfer Agreement (CTA), supplied by the Editorial office.

The paper Authors must submit their texts as an email attachment to: redazione@rivistadirittoeprocesso.eu; mmunive@eld.edu.mx; alvarez.mario@itesm.mx; stefania.stefanelli@unipg.it; valentina.colcelli@progetti.unipg.it; roberto.cippitani@unipg.it.

Author Guidelines

Submitted manuscripts should have an original content, and should not be published or under consideration for publication elsewhere. Although no maximum length of the papers is imposed, Author(s) are invited to write as concisely as possible.

The submitted file (no in pdf format) should be anonymous, double spaced and should include the title of the paper, an abstract of no more than 150 words, 3 to 4 keyword.

Fonts (Garamond or the closest comparable font available)

Main Body – 12 pt.

Summary – 9 pt.

English Abstract have to be always present – 10 pt. (limit characters: min 300, max 600)

No Tables, graphs & figures

Footnote – 10 pt.

References

Citation in text

Please ensure that every reference cited in the text is also present in the reference list (and vice versa). Any references cited in the abstract must be given in full. Unpublished results and personal communications are not recommended in the reference list, but may be mentioned in the text. If these references are included in the reference list they should follow the standard reference style of the journal and should include a substitution of the publication date with either ‘Unpublished results’ or ‘Personal communication’. Citation of a reference as ‘in press’ implies that the item has been accepted for publication.

Web references

As a minimum, the full URL should be given and the date when the reference was last accessed. Any further information, if known (DOI, author names, dates, reference to a source publication, etc.), should also be given. Web references can be listed separately (e.g., after the reference list) under a different heading if desired, or can be included in the reference list.

Reference style

AUTHORS SURNAME (SMALLS CAPITALS), Title (*Italic*), City and year of publication, pages.

Examples:

Reference to a book: A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 100.

Reference to a chapter in an edited book: A. SASSI, *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze nell'interpretazione civile*, Perugia-Roma, 2008, p. 117.

Reference to a journal publication: L. AZZENA, *Il giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 613 ss.

Copyright Notice

As further described in our submission agreement, in consideration for publication of the article, the authors assign to the University of Perugia all copyright in the article, subject to the expansive personal-use exceptions described below. Attribution and Usage Policies Reproduction, posting, transmission or other distribution or use of the article or any material therein, in any medium as permitted by a personal-use exemption or by written agreement of the University of Perugia, requires credit to University of Perugia as copyright holder (e.g., University of Perugia © 2011).

Privacy Statement

The names and email addresses entered in this journal site will be used exclusively for the stated purposes of this journal and will not be made available for any other purpose or to any other party.



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*, 2013, p. 232.
19. CARMINE LAZZARO, *La successione necessaria nella transizione verso la nuova famiglia solidale e complessa*, 2016, p. 296.

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 PALAZZOLO, *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 fidejussioni 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.

Commentari:

1. GIANCARLO SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016 n. 76, art. 1, commi 1-35*, 2016, p. 234.

Publicato nell'anno 2016
Impresso in Italia nel dicembre 2016