

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2017

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

Guido Alpa, *Sapienza Università di Roma*; 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*; Enrico del Prato, *Sapienza Università di Roma*; Juan Luis González Alcántara Carrancá, *Universidad Nacional Autónoma de México*; Nicolò Lipari, *Sapienza Università di Roma*; 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*; Lorenzo Mezzasoma, *Università di Perugia*; 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*; Stefania Stefanelli, *Università di Perugia*; † Peter Stein, *University of Cambridge*; Ferdinando Treggiari, *Università di Perugia*; Andrea Trisciuglio, *Università di Torino*; Marco Ventura, *Università di Siena, Centro per le Scienze Religiose (T-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@cnr.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

2017

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

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 5-12 CARLO LORENZI
Licet eos exheredare, quod et occidere licebat
- 13-24 ANDREA TRISCIUOGGIO
Concetto di status nel pensiero giuridico
- 25-52 CALOGERO PIZZOLO
Status de ciudadano y libre circulación de personas
- 53-68 JEHANNE SOSSON, GEOFFREY WILLEMS
*Donor Assisted Reproduction and Surrogacy in Belgium:
Equal Access to Parenthood and Policy Coherence*
- 69-100 ANNUNZIATA RAPILLO
Status di concepito e diritto a non nascere se non sano
- 101-112 PAULA PORETTI
Vulnerable Person
- 113-136 STEFANIA STEFANELI
Status di paziente e disciplina del fine vita
- 137-146 FRANCISCO MOLINA DEL POZO, ROXANA BALAUR
El estatus de investigador en la Union Europea
- 147-164 REYES MARZAL RAGA
*La influencia del derecho europeo en la libre prestación
de los servicios profesionales de abogado*

165-238 SILVIO PIETRO CERRI
Adeguamento del contratto e status di contraente debole

239-248 VINCENZO PASQUINO
Smart contracts: caratteristiche, vantaggi e problematiche

Editorial

249-262 *Antonio Palazzo e il positivismo degli interessi nel XXI Secolo*
[ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, STEFANIA STEFANELLI]

Overviews

263-301 *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato* (nota a Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272) [ANDREA SASSI]

302-324 *El estatus de artista* [CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO, COVADONGA TORRES ASSIEGO]

325-337 *Famiglia come istituzione e posizione dei figli nel diritto italiano dopo la recente riforma* [JACOPO ALCINI]

CARLO LORENZI (*)

LICET EOS EXHEREDARE, QUOD ET OCCIDERE LICEBAT

Abstract: In the final part of D. 28.2.11 the jurist Paul uses the expression *licebat*, referring to the faculty of the *pater familias* to kill his *filius*, to suggest that it was no longer allowed in his time. In this regard the scholars have reached different conclusions, but the use of this expression by Paul appears appropriate if related with the discipline that provides the referral to the imperial authority of *filius* whose *pater familias* wants to submit to capital punishment.

SOMMARIO: 1. D. 28.2.11 e la sua chiusa. – 2. L'utilizzazione dell'espressione *licebat*.

1. — D. 28.2.11 e la sua chiusa.

La parte finale di un passo di Paolo accolto nel libro ventottesimo del Digesto, sotto la rubrica *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*, suscita interesse per un aspetto particolare che esula dalla trattazione della materia successoria di cui il frammento *ex professo* si occupa. Si tratta di:

D. 28.2.11 PAUL. 2 ad Sab. *In suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod⁽¹⁾ et occidere licebat⁽²⁾.*

(*) Università degli Studi di Perugia

(1) La lezione accolta nell'edizione milanese del Digesto, *Digesta Iustiniani Augusti*, rec. et edid. P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoia (1908-1931), 2^a ed., Milano, 1960, è *quos et occidere licebat*. La *Littera Florentina* mostra la lettera “d” di “quod” barrata con inserzione apicale della lettera “s”.

(2) La traduzione del passo offerta in S. SCHPANI (dir.), A. PETRUCCI, A. SACCOCCIO (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, 5/1, Milano, 2014, p. 14 s.,

Il giurista, dunque, prende in considerazione il tema della successione e della continuazione della proprietà *in suis heredibus*⁽³⁾ per giungere ad affermare che, anche laddove non fossero istituiti eredi, essi divengono proprietari, non ostando a ciò il fatto che ne fosse consentita la diseredazione da parte del *pater familias*, dal momento che a quest'ultimo – e qui Paolo inserisce un termine di paragone sul cui significato ci vogliamo soffermare – era lecito anche ucciderli.

L'ultimo periodo del frammento paolino è, pertanto, quello che qui interessa più da vicino. Vi si dice che l'uccisione dei figli *licebat*, lasciando intendere che, al presente, essa non sia più consentita⁽⁴⁾. È proprio questo punto, quello cioè della possibilità che Paolo potesse effettivamente esprimersi in tal modo rispetto all'esercizio della *vitae necisque potestas* del *pater familias*, che si vuole porre sotto osservazione.

è la seguente: «Con riguardo agli eredi propri, appare alquanto evidente che «con la successione» ha luogo la continuazione della proprietà, al punto che non si considera esservi stata successione ereditaria, quasi che coloro, che anche in vita del padre sono considerati in certo qual modo proprietari, «già» allora fossero proprietari. Talché altresì «il figlio in potestà» si chiama «figlio di famiglia», così come «colui nella cui potestà egli è si chiama» «padre di famiglia», con aggiunta solo la denotazione «di figlio o di padre», con la quale si distingue il genitore da colui che è stato generato. Pertanto, dopo la morte del padre, essi non si considerano acquistare l'eredità, ma piuttosto conseguire la libera amministrazione dei beni. Per questo motivo, anche se non siano istituiti eredi, divengono proprietari; né a questa «impostazione» è di impedimento il fatto che sia consentito diseredarli, perché era pure consentito ucciderli».

⁽³⁾ Per una bibliografia essenziale della dottrina che ha esaminato il passo sotto questo profilo v. M. DE SIMONE, *Studi sulla patria potestas. Il filius familias 'designatus rei publicae civis'*, Torino, 2017, p. 206 nt. 451. La stessa A. (*ivi*, p. 205) evidenzia come «Il *filius familias* in senso stretto era anzitutto un *suius heres* perché partecipe, oltre che di tutti gli elementi sacrali, anche di quelli economici della *familia*, espressione della *potestas patria* di cui egli era partecipe. In tale prospettiva doveva essersi posto Paolo, commentando Sabino».

⁽⁴⁾ Nel senso di un diritto abolito cfr. vari autori del passato come F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld* (1790-1830), trad. it. di C. Ferrini: *Commentario alle Pandette*, 1, Milano, 1888, p. 591: «È certo che... questa facoltà [il *ius vitae ac necis*] più non spettava al padre ai tempi di Alessandro Severo. Ché Paolo ne parla come d'un diritto tramontato»; M. TROPLONG, *De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1843, p. 259 nt. 1: «Paul rappelle le droit de vie et de mort comme aboli»; E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*. II. *Le droit classique et le droit du bas-empire*, Paris, 1902, pp. 119, 120 e nt. 1 *ibidem*.

2. — *L'utilizzazione dell'espressione licebat.*

L'affermazione del giurista, per i più, ha suonato come un chiaro avviso di interpolazione, poiché, si è detto, quando Paolo scriveva, il *ius vitae et necis* doveva presentarsi ancora attuale⁽⁵⁾.

Vi è chi aggiunge notazioni ulteriori. Così la visione del giurista sarebbe che i figli si possono considerare in certo modo già come condomini del patrimonio nel quale succederanno, tanto che le facoltà che ha il padre «non ostacolano l'ammissibilità di questa concezione»; per cui «l'interpolazione è resa evidente dal rilievo che Paolo non avrebbe citato come un ostacolo alla sua concezione un diritto del padre che non fosse più esistito, se tale diritto fosse già venuto meno ai suoi tempi»⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Così un gran numero di autori, fra cui T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 618 nt. 4: «die unter Paulus Namen gehende Aeusserung Dig. 28.2.11: (*filios familias*) *et occidere licebat* können ihre Fassung erst durch justinianische Redaction erhalten haben»; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di E. Pessina, 1, Milano, 1905, p. 380 s.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* (1928, 2^a ed.), I, reint., Milano, 1947, p. 424 nt. 1: «*licebat* è sostituito a *licet*»; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia* (1925), rist., Milano, 1963, p. 112 nt. 5; 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; C. LONGO, *Corso di diritto romano, IV. Diritto di famiglia*, Milano, 1934, p. 180 s.; M. ROBERTI, «*Patria potestas*» e «*paterna pietas*», in *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, 1, Padova, 1935, p. 261 nt. 6; G. LONGO, *Diritto romano. III. Diritto di famiglia*, Roma, 1940, p. 40 s.; ID., s.v. *Patria potestà*, in *Noviss. Dig. it.*, 12, Torino, 1965, p. 576; F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934), trad. it. di V. Arangio-Ruiz: *I principii del diritto romano*, Firenze, 1949, p. 172 nt. 51; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano, 1954, p. 4: «Paolo... nel contesto genuino, come si ammette comunemente, doveva dire *occidere licet*»; C. GIOFFREDI, *I principii del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 36 nt. 138 e ID., *Funzioni e limiti della «patria potestas»*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, p. 102 nt. 73.

⁽⁶⁾ G. LONGO, *Diritto romano*, cit., p. 41. Per l'A. la sostituzione di *licebat* a *licet*, «apparentemente assai tenue, svela la nuova mentalità ed il nuovo principio giuridico: trovando affermato che il padre può uccidere i figli i compilatori si preoccupano immediatamente di adoperare il verbo al tempo passato per far credere che tale facoltà del padre non esiste più». In B.W. FRIER, T.A.J. MCGINN, *A Casebook on Roman Family Law*, Oxford-New York, 2004, p. 353, dopo avere posto il quesito: «What is Paul getting at in the last sentence? Is he saying that a right or privilege that is not exercised has no weight?», si sottolinea come «Paul's careful use of the past tense».

Di «aggiunzione inutile e, sopra tutto, incoerente», parla il Cicogna, ritenendo «*exheredare e occidere* due elementi di riferimento tra i quali non ricorre nessun termine di paragone»⁽⁷⁾. Per il Ferrini e il Bonfante, il giurista doveva aver scritto *licet* perché «altrimenti non corre neppure limpida la sua deduzione, che vuol essere, come i retori direbbero, una *confirmatio a maioribus*»⁽⁸⁾.

Queste osservazioni sono tuttavia confutate dal Voci, il quale rileva che, stante il carattere retorico dell'argomentazione di Paolo, non deve ricercarsi un collegamento logico diretto, fra il potere di uccidere e quello di diseredare: «un ordinamento giuridico può avere l'uno o l'altro istituto, o tutti e due, e non in relazione necessaria tra loro»⁽⁹⁾. L'accostamento dell'uccisione alla diseredazione è un espediente utilizzato per dare coloritura al discorso, ed in questo senso non ha nessun valore il fatto che la prima sia tuttora o sia stata, in passato, lecita⁽¹⁰⁾.

Sempre riguardo al significato della chiusa del frammento⁽¹¹⁾, l'Albanese

⁽⁷⁾ G. CICOGNA, *La patria potestà in diritto romano*, in *Studi Senesi*, 59, 1945, p. 142 e 143.

⁽⁸⁾ C. FERRINI, *Diritto penale romano*, p. 380. Così anche P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 112 nt. 5.

⁽⁹⁾ 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. 73.

⁽¹⁰⁾ Cfr. P. VOCI, *Storia*, cit., p. 73, il quale si spinge poi a ricercare se, alla base di questo accostamento, non vi sia qualche specifico motivo, trovandolo nel fatto che, per il valido esercizio del potere di diseredare, come del potere di uccidere, fosse necessaria una *iusta causa*; per cui «il senso del discorso potrebbe allora essere [che]... per la diseredazione ci deve essere una *iusta causa*, come c'era per il *ius occidendi*. Questo non si legge nel testo attuale: ma può credersi che il discorso di Paolo continuasse, e sia stato tagliato dai compilatori». L'ipotesi è suggestiva, ma ha, certamente, scarse possibilità di verifica.

Il concetto della giusta causa di diseredazione risulta ancora attuale, essendo stato ripreso dalla civilistica contemporanea, a tutela di diritti fondamentali dei soggetti deboli, in relazione alle proposte di riforma della successione necessaria: cfr. A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Pers. e danno*, 5/2007, p. 1 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 500 ss., spec. p. 508 ss.

⁽¹¹⁾ L'espressione racchiusa nell'epilogo del frammento permette a Y. THOMAS, *Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort*, in *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Rome, 1984, p. 538 nt. 79, di appuntare che la *exhereditatio* non ha solo un effetto soggettivo, ma presuppone un giudizio morale che è anche simbolicamente equivalente a un rinnegamento e quindi a una morte.

avanza diverse ipotesi interpretative⁽¹²⁾. Occorre premettere che, per l'A., non è solamente l'ultimo periodo che, per la presenza di deficienze logiche e stilistiche, solleva dubbi di interpolazione, ammesso che non sia addirittura un'aggiunta posteriore⁽¹³⁾, ma quasi tutto il frammento deve essere attribuito all'opera di una mano posteriore⁽¹⁴⁾. Paolo, ad ogni modo, non avrebbe potuto, secondo l'Albanese, usare il presente (*licet*), parlando del *ius vitae et necis*, oltre che per un motivo sostanziale, per essere quel diritto ormai desueto al tempo del giurista, anche per un motivo formale e stilistico: la ripetizione, a brevissima distanza, con vario senso, della identica parola *licet*. Anzitutto l'A. considera le diverse lezioni proposte del passaggio in questione: da una parte *quod et occidere licebat*, accettata da Mommsen e Krüger; dall'altra *quos et occidere licebat*, ricevuta nell'edizione italiana del Digesto. Quanto alla prima, egli afferma, sono possibili due traduzioni: o «non importa il fatto che è possibile diseredarli, e neanche il fatto che era possibile perfino ucciderli»; o «non importa il fatto che è possibile diseredarli, dato che era possibile perfino ucciderli».

⁽¹²⁾ Cfr. B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, 20, 1949, p. 225 s.

⁽¹³⁾ È necessario, però, precisare che, più di recente, l'A. si è espresso per la genuinità della parte finale del frammento: cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 250 nt. 192.

⁽¹⁴⁾ L'argomento è approfondito, con ricchezza di argomentazioni, in B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., p. 218 s. L'A., in particolare, mette in evidenza come l'affermazione principale, contenuta nel frammento, «che, cioè, nel caso di successione legittima non ci sia *hereditas*... è in diretto contrasto con tutto quello che sappiamo sulla successione romana» (*ivi*, p. 228). Si potrebbe però osservare come il discorso abbia carattere retorico (v. in proposito quanto nota P. VOGLI, *Storia*, cit., p. 73). Su questa linea il giurista poteva aver fatto leva su una “verosimile” assimilazione del *filiusfamilias* alla figura del *dominus* (*qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*), per giustificare il fatto che non vi sia bisogno, nei suoi confronti, di una *heredis institutio*, in quanto è “come se” non vi fosse alcuna eredità. L'Albanese conferma la propria posizione in *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, 1991), p. 364 nt. 2. L'intero frammento è rigettato da S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, 1, Napoli, 1932, 161 s.

Il primo modo di tradurre, dice l'Albanese, pur essendo stilisticamente più corretto, è sconveniente dal punto di vista logico, in quanto, accumulando ad un limite presente un limite passato, non presenta nemmeno un tentativo di motivare il precedente *nec obstat*. La seconda traduzione presuppone una struttura meno corretta del testo, poiché verrebbero assegnati significati diversi allo stesso termine, impiegato successivamente a breve distanza. Essa appare però maggiormente appagante, visto che si tenta di motivare il *nec obstat*.

Significato non diverso da quest'ultimo è da assegnare alla frase, accettando la lezione: *quos et occidere licebat*. In tal modo «si avrebbe un andamento grammaticale impeccabile, salvo restando contemporaneamente il simulacro di argomentazione»⁽¹⁵⁾. Simulacro perché, secondo l'A., si tratterebbe di un tentativo solo apparente e formale. «Che senso mai può avere», egli afferma, «che un limite minore (la possibilità di diseredazione) non importa, perché ce n'era un altro più grave (la possibilità di uccisione) che è stato rimosso? L'argomentazione sarebbe evidentemente insignificante, se non altro per il fatto che il limite minore resta sempre»⁽¹⁶⁾. Senonché, a mio avviso, si può osservare che la logica del discorso risiede nel fatto che se, per il tempo passato, la limitazione costituita dalla possibilità di uccisione, non impediva di considerare i figli *quodammodo domini*; a maggior ragione, per il tempo presente, essendo decaduto il diritto di uccidere, la sopravvivenza di una minore limitazione, cioè della possibilità di diseredare, non può essere riguardata come un ostacolo a raffigurare i figli alla stregua di *domini*⁽¹⁷⁾.

Una volta considerata salva la logica sottesa all'asserzione paolina, è da rilevare che se si considera degno di fede quanto affermato nei testi di età severiana (segnatamente C. 8.46.3 di Alessandro Severo e D. 48.8.2 di Ulpiano)⁽¹⁸⁾ che pongono a carico del *pater familias* che voglia castigare con le

⁽¹⁵⁾ B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 227.

⁽¹⁶⁾ B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 226.

⁽¹⁷⁾ Il valore di *confirmatio a maiori* non sembra, quindi, venir meno, pur non considerando il tempo al presente.

⁽¹⁸⁾ 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 agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis, artiore remedio usus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque praesidi provinciae*

punizioni più gravi il *filius*, autore di manchevolezze rimarchevoli, il vincolo del deferimento del medesimo all'autorità pubblica, ci si rende conto che Paolo poteva, considerandolo utile nell'economia del proprio discorso, scrivere *licebat*⁽¹⁹⁾ in rapporto all'infrazione al *filius* della più aspra delle sanzioni da parte del *pater familias*.

oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris. PP. V ID. DEC. ALBINO ET MAXIMO CONSS. [a. 227]; D. 48.8.2.; ULP. 1 de adult. *Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet*. Su questi testi si rinvia a C. LORENZI, *Disciplina domestica e autorità imperiale in epoca severiana*, in questa *Rivista*, 2016, p. 107 ss.

⁽¹⁹⁾ Osserva J.F. GARDNER, *Women in Roman Law & Society*, London-Sidney, 1986, p. 155, che «The difference in tenses [*licet*... *licebat*] is surely significant».

ANDREA TRISCIUOGGIO (*)

CONCETTO DI *STATUS* NEL PENSIERO GIURIDICO

ABSTRACT: The paper examines the history of the concept of personal status in the Roman medieval and modern ages. The community vision of *status*, which was abandoned in the French Revolution returns in the modern age within the European civil law doctrine, with reference to new groups emerging in the social and economic field: this is an ideological operation, which aims to the protection of the ‘weak subject’, but the term ‘*status*’ has lost its traditional implications.

SOMMARIO: 1. *Status* in Roma antica. - 1.1. *Status* nella lingua dei Romani. - 1.2. La nozione comunitaria dello *status* personale presso i Romani. - 2. *Status* in età medievale. - 3. *Status* e capacità giuridica: la teoria dei tre *status* (sec. XVI-XVIII). - 4. Rivoluzione francese. - 5. La teoria di Henry Sumner Maine (*Ancient Law* - 1861). - 6. *Status* e Stato. - 7. Permanenze di teorie comunitarie a fronte delle teorie individualiste-egualitarie nella dottrina civilistica più recente.

1. — *Status in Roma antica.*

1.1. — *Status nella lingua dei Romani.*

L’etimologia della parola *status* (da *stare*) richiama particolarmente una condizione stabile nella quale si trova una persona presa in considerazione non come individuo ma come membro appartenente ad un gruppo. Si ritiene che il termine abbia conservato nella lingua latina le caratteristiche di una voce verbale sostantivata, indicando propriamente una situazione effettiva e permanente di un uomo relazionato ad un gruppo, e non un concetto astratto⁽¹⁾.

Nelle lingue moderne è usuale stabilire una corrispondenza per l’appunto

(*) Università degli Studi di Torino

(1) M. RICCIARDI, *Status. Genealogia di un concetto giuridico*, Milano, 2008, p. 57 s.

con i termini “condizione” “posizione”, “situazione” (personale). Nel linguaggio giuridico romano si usa anche il termine ‘*condicio*’ ma esso, a differenza di *status*, indica una situazione personale non stabile, transitoria, com’è quella del servo che può essere manomesso (*condicio servilis*)⁽²⁾. In Seneca (*De Benef.* 3.18.2) tuttavia ‘*status*’ è riferito al servo, e lo stesso, quando viene manomesso in un testamento sotto condizione sospensiva, viene qualificato con l’espressione, dalla etimologia incerta, ‘*statuliber*’⁽³⁾.

Occorre inoltre evidenziare che la condizione evocata da *status* non è solo quella giuridica della persona, rinvenibile per esempio con chiarezza nella rubrica del titolo 1.5 del Digesto (*De statu hominum*) o in un noto testo di Ermogeniano ancora accolto nel Digesto *sub eodem titulo* (D.1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu...dicemus*); *status* richiama altresì una condizione sociale (*status dignitatis = dignitas*)⁽⁴⁾ definita da leggi e da regole consuetudinarie, come è quella dell’uomo di buona reputazione (D.50.13.5.1: *Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus*).

‘*Status*’ tuttavia nella lingua latina non è solamente riferito alla persona. In ambito retorico il termine è anche posto in collegamento con ‘*causa*’ (*status causae*) e in questo caso indica, in base alla teoria degli *status* risalente al retore greco Ermagora di Temno (v. *Rhetorica ad Herennium*), il nucleo di una questione in ordine alla quale si contrappongono due affermazioni della accusa e della difesa; sarà compito del giudice scegliere tra di esse la più fondata e decidere. Così, nella teoria richiamata, si distingue uno *status* congetturale (il fatto è compiuto - il fatto non è compiuto; *an sit*), uno *status* definitorio (l’imputato ha commesso il crimine A - l’imputato ha commesso il crimine B; *quid sit*); uno *status* qualitativo (è presente una causa di giustificazione - non è presente una causa di giustificazione; *qualis sit*). Nelle opere di retorica, inoltre, agli *status* razionali appena descritti si contrappongono gli *status*

⁽²⁾ G. MELILLO, *Personae e status in Roma antica*, Napoli, 2006, p. 16 ss.

⁽³⁾ G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940, p. 6 ss.; M. BRETONE, v. ‘*Statuliber*’, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 380.

⁽⁴⁾ L. PEPPE, *Note sulla dignitas*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, CVI, Milano, 2012, p. 228 ss.

legali, nei quale si dibatte non su di un fatto ma su di un testo scritto con l'intenzione di fornirne una interpretazione (v. Quint., *Inst. Or.* 3.6.86 ss.)⁽⁵⁾.

Nella celebre definizione ulpiana di *ius publicum* (D.1.1.1.2: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat*), il termine richiama invece la struttura organizzativa della comunità romana, ed è opportuno ricordare che il derivato italiano “Stato”, nell’accezione di ente pubblico astratto, sarà usato solamente a partire dal XV secolo, e specialmente da Machiavelli⁽⁶⁾.

1.2. – *La nozione comunitaria dello status personale presso i Romani.*

La visione comunitaria dei Romani, per la quale la persona viene in considerazione nel mondo del diritto non come individuo singolo ma come appartenente ad un gruppo, emerge con chiarezza nel pensiero giurisprudenziale classico, non però in rapporto al momento in cui si acquista uno *status* – normalmente con la nascita (es. *status* di libero, di cittadino), eccezionalmente per atto negoziale (es. *status* di libero per manumissione), per concessione pubblica (es. *status* di cittadino), per sentenza costitutiva (es. *status* di libero sul presupposto di una manumissione fedecommissaria non eseguita), o, a certi fini, per finzione giuridica –, ma in rapporto al momento in cui lo si perde e se ne acquista un altro. La lettura offerta da Gaio nelle sue *Institutiones* di tale fenomeno pone l’accento, infatti, non su di una vicenda individuale ma su di una vicenda di un gruppo che perde una sua “testa”. La *permutatio prioris status* di una persona è innanzitutto una *capitis deminutio* di un gruppo (Gai., *Inst.* 1.159). La perdita dunque della libertà sofferta da una persona è vista come una diminuzione numerica del gruppo dei liberi (e dei cittadini), la perdita della cittadinanza si considera come una riduzione

⁽⁵⁾ G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano*, 3ª ed., Bologna, 2000, p. 210 s.; R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria (Gli ‘status causae’)*, in *Studi Senesi*, CXVI, Siena, 2004, p. 30 ss.; F. PROCCHI, ‘*Medium quiddam tenere*’. Tra retorica e diritto: considerazioni a margine di *Plin. Ep.* 4.9, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, p. 237 ss.

⁽⁶⁾ R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 187, nt. 5; A. SICARI, *Realtà antiche e categorie moderne. Osservazioni metodologiche*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli, 2006, p. 1680 ss.

del corpo dei cittadini romani, l'emancipazione di un figlio (con l'ingresso nello *status* di *sui iuris*) o la dazione in adozione dello stesso è intesa come riduzione del corpo familiare agnaticio di origine⁽⁷⁾. È significativo a tal proposito che “*civitas*” indichi ad un tempo la condizione giuridica (lo *status*) del cittadino ed anche l'insieme dei cittadini (il gruppo).

L'appartenenza ad un gruppo nella visione dei Romani implica non solamente il riconoscimento di diritti o di privilegi ma anche di doveri. Lo *status* di cittadino per esempio nei rapporti di diritto privato consente di concludere efficacemente certi negozi traslativi della proprietà preclusi agli stranieri (*mancipatio, in iure cessio*), oppure di acquistare la proprietà per usucapione. Nel campo del diritto pubblico solo il *civis* può invocare le garanzie costituzionali a tutela della incolumità personale minacciata dal magistrato (v. specialmente Cic., *In Verr.* 2.5.162)⁽⁸⁾; al cittadino è riservata poi la partecipazione diretta agli appalti pubblici⁽⁹⁾. Tuttavia, alla cittadinanza sono legati precisi doveri, come l'obbligo del servizio militare in età repubblicana, oppure gli obblighi di natura tributaria (prima del II secolo a.C., e soprattutto dopo l'estensione della cittadinanza a quasi tutti i sudditi dell'impero con l'editto di Caracalla del 212 d.C.). Non si ravvede dunque nel concetto romano di *status* quella visione diffusa nei nostri tempi nella quale si tende ad enfatizzare i diritti legati ad una certa posizione giuridica (per lo più di un soggetto ritenuto debole) e si tende per contro ad oscurare i relativi doveri.

⁽⁷⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli, 1998, p. 45; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 55; A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, in S. MASUELLI, L. ZANDRINO (a cura di), *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista*, Napoli, 2014, p. 18.

⁽⁸⁾ G. MANCINI, *Integrazione ed esclusione nell'esperienza giuridica romana. Dalle politiche di integrazione dello straniero alla generalizzazione della condizione di “straniero in patria”*: le norme su capacità matrimoniale e filiazione come strumenti della frammentazione degli *status* in età tardoantica, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I, Napoli, 2014, p. 351; A.M. MANDAS, *Il processo contro Paolo di Tarso. Una lettura giuridica degli Atti degli Apostoli (21.27 - 28.31)*, Napoli, 2017, p. 22 ss., in riferimento al processo contro Paolo di Tarso.

⁽⁹⁾ A. TRISCIUOGGIO, «*Sarta tecta, ulrotributa, opus publicum faciendum locare*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Napoli, 1998, p. 186 ss.

Si ritiene poi in recenti studi filosofici (Esposito)⁽¹⁰⁾ che fu il diritto romano che, per primo, con l'attribuzione di *status* ad alcuni uomini, creò disuguaglianze ignote allo stato di natura. Si sarebbe con tale diritto prodotto una frattura tra la natura e l'istituzione, volendo usare il linguaggio filosofico greco (Platone, Aristotele), una frattura tra la *zōé* e il *bíos*, cioè tra l'individuo in carne ed ossa e il portatore di situazioni giuridiche soggettive. La teoria dei diritti umani che pone al centro l'uomo in quanto tale, con la sua dignità, vorrebbe ricomporre tale frattura.

1.3. – *La stabilità degli status personali.*

Gli *status* personali, che nel più tardo pensiero romanistico concorrono a costituire la capacità giuridica⁽¹¹⁾, sono lo *status libertatis*, lo *status civitatis*, lo *status familiae*, cioè, valutando la tripartizione in termini positivi, la condizione di uomo libero, di cittadino romano, di *sui iuris* (cioè di soggetto che non ha ascendenti legittimi di sesso maschile all'interno della propria famiglia). Solo l'espressione *status libertatis* tra quelle sopra ricordate, tuttavia, trova riscontri nelle fonti romane⁽¹²⁾. Tali condizioni giuridiche personali, una volta acquistate, solo eccezionalmente possono essere perdute e cambiate con altre: ciò avviene per esempio nel caso della prigionia di guerra che determina la perdita della libertà e della cittadinanza, oppure nel caso dell'*adrogatio* che determina per un *pater familias* la perdita dello *status* di *sui iuris*. I Romani dunque manifestano piuttosto chiaramente una tendenza conservativa nei confronti degli *status*, come si desume per esempio dalla regola per cui non è permesso apporre una condizione risolutiva agli atti negoziali attributivi di un nuovo *status* (es. manumissione del servo, *adrogatio*,

⁽¹⁰⁾ V. L. GAROFALO, *Principi e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schulz*, in F. REINOSO BARBERO (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, p. 102.

⁽¹¹⁾ V. *infra*, § 3.

⁽¹²⁾ R. ORESTANO, v. '*Status libertatis, civitatis, familiae*', in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 383; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 52.

emancipatio)⁽¹³⁾. In ordine poi alla incertezza che può derivare da processi (*praeiudicia*) riguardanti gli *status* personali – ivi inclusi quelli delle donne⁽¹⁴⁾ – i Romani non mancano di punire le iniziative temerarie: in tali casi infatti l'attore è a sua volta convenibile in giudizio con l'*actio iniuriarum* da colui che, subendo un'infondata contestazione circa il proprio *status* (di persona libera), è considerato diffamato⁽¹⁵⁾; inoltre il beneficiario *ex testamento* che ha posto in discussione lo *status* dell'ereditando viene colpito dall'indegnità e perde il lascito a favore del fisco (D.34.9.9.2).

Nel tardo impero romano la tendenziale stabilità degli *status* si estende a categorie socio-economiche dotate di rilevanza giuridica. Una scelta che si spiega col fatto che certi mestieri (per esempio i battellieri riuniti in corporazione) o certe dignità (per esempio quella dei *decuriones*, i senatori delle città disseminate nell'impero) erano imprescindibili per assicurare servizi pubblici essenziali (trasporto pubblico, riscossione delle imposte). Le disposizioni imperiali a partire dal IV secolo d.C. intendono impedire le fughe dalla propria categoria di appartenenza ed affermare l'ereditarietà delle stesse, sicché i figli dei *decuriones* non potranno che appartenere a quell'ordine, reso responsabile della riscossione delle imposte. L'appartenenza a tali tipi di gruppi socio-economici implica invero nell'età tardoimperiale la soggezioni ad obblighi piuttosto che il godimento di diritti o di privilegi⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 2^a ed., Palermo, 2000, p. 175.

⁽¹⁴⁾ N. DONADIO, *Donne e quaestiones di status nel mondo romano: ancora sul 'processo di Giusta'*, in A. MAFFI, L. GAGLIARDI (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Sankt Augustin, 2011, p. 128 s.

⁽¹⁵⁾ L. ATZERI, *L'infamia nei rescritti di Diocleziano*, in W. BRANDES, L.M. HOFFMANN, K. MAKSIMOVIĆ (herausg.), *Fontes Minores*, XII, Frankfurt am Main, 2014, p. 18 ss.

⁽¹⁶⁾ G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5^a ed., Torino, 1965, p. 430 s.; P. VEYNE, *Clientèle et corruption au service de l'État: la vénalité des offices dans le Bas-Empire romain*, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, XXXVI.3, 1981, p. 341 s.; G. MANCINI, *Integrazione ed esclusione nell'esperienza giuridica romana. Dalle politiche di integrazione dello straniero alla generalizzazione della condizione di "straniero in patria": le norme su capacità matrimoniale e filiazione come strumenti della frammentazione degli status in età tardoantica*, cit., p. 384.

2. — *Status in età medievale.*

Nel lessico dell'età medioevale *stato* indica il ceto, il rango sociale⁽¹⁷⁾, rivelando un significato socio-giuridico, fondato sull'appartenenza ad un gruppo, del tutto simile concettualmente a quello dell'esperienza romana più risalente. La persona dunque non è considerata come un singolo attore nel teatro del diritto, ma come membro di una classe di persone (per lo più accomunate secondo un criterio socio-economico o anche religioso) la quale è regolata da un proprio statuto e alla quale si appartiene in modo per lo più involontario e stabile⁽¹⁸⁾. In effetti il concetto giuridico di *status* personale tenuto in conto da San Tommaso nella *Summa Theologiae* (II.II, q.183 a. 1) è ancora quello romano, dal momento che Egli pone l'accento su di una condizione permanente, di libero o di servo, che determina obblighi piuttosto che diritti; e nel testo citato San Tommaso sottolinea la diversità dello *status* giuridico rispetto alla condizione economica (di ricco o di povero) o alla condizione sociale (di *dignus* o di *plebeius*) che possono cambiare e dunque non possono dirsi '*status*'⁽¹⁹⁾.

È possibile tuttavia nel diritto feudale cambiare in modo stabile la propria complessiva situazione giuridica personale anche per contratto, come avviene nel caso dell'*homagium*, convenzione in grado di costituire la condizione di vassallo per sé e per i propri figli, con i collegati obblighi di *fidelitas* nei confronti del signore, riconoscendosi a quest'ultimo una sorta di diritto reale sulla persona del vassallo, quasi un possesso del suo *status*⁽²⁰⁾.

L'accezione poi di organizzazione (pubblica), già emersa con riguardo

⁽¹⁷⁾ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, 4ª ed., Bari, 2009, p. 16.

⁽¹⁸⁾ L. LENTI, v. '*Status*', in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 30 s.; G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano, 2013, p. 6 ss.; G. ALPA, v. *Status*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R.CIPPITANI (coord.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 650.

⁽¹⁹⁾ M. RICCIARDI, *Status. Genealogia di un concetto giuridico*, cit., p. 58 ss.

⁽²⁰⁾ E. CONTE, *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Roma, 1996, spec. pp. 196 ss., 210 ss.; Id., *Diritto comune*, Bologna, 2009, p. 152.

alla definizione ulpiana di *ius publicum*⁽²¹⁾, si ritrova diffusamente nelle fonti medievali⁽²²⁾.

3. — Status e capacità giuridica: la teoria dei tre status (sec. XVI-XVIII).

La rappresentazione della capacità giuridica a Roma come la compresenza nel soggetto dei tre *status* di uomo libero, cittadino romano e *sui iuris* non ha fondamento nelle fonti romane, ma è frutto di un'elaborazione successiva (nei secoli XVI-XVIII) degli interpreti⁽²³⁾, perfezionatasi con il Savigny. 'Status' dunque non rinvia nel discorso giuridico romano a qualcosa di assimilabile alla nostra capacità giuridica, riconosciuta al soggetto del diritto considerato *uti singulus*, ma richiama solamente una posizione soggettiva (con diritti e doveri) rispetto ad un gruppo, in particolare quello dei cittadini romani, o quello familiare, posto che il gruppo degli uomini liberi, se disgiunto da quello dei cittadini, non riflette una specifica rilevanza giuridica⁽²⁴⁾. Il concetto di capacità giuridica, per altro, è stato elaborato – si ritiene non pacificamente – da Thibaut solamente agli inizi dell'Ottocento⁽²⁵⁾.

4. — Rivoluzione francese.

I rivoluzionari francesi, con la *Déclaration des Droits de l'Homme e du Citoyen* (1789), seguendo concezioni giusnaturalistiche nelle quali si contrap-

(21) V. *supra*, § 1.1.

(22) G. POST, *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton (New Jersey), 1964, spec. p. 335 ss.

(23) A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3^a ed., Torino, 1975, p. 136.

(24) E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, p. 80; R. ORESTANO, v. 'Status libertatis, civitatis, familiae', p. 383 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 76 s.; F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *civilistica.com* II.4 (2013), p. 3, e in *Rass. dir. civ.*, 1997, IV, p. 810 ss.

(25) G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993, p. 63 s.; P. STANZIONE, *Il soggetto*, II, *Capacità, legittimazione, status*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2017, p. 23, nt. 44.

pone uno *status naturalis* allo stato artificiale (*status civilis*) creato dall'arbitrio dell'uomo⁽²⁶⁾, pongono al centro del sistema giuridico l'individuo (cittadino) libero ed eguale agli altri individui, in sostituzione della persona-membro di una classe sociale intermedia denominata all'epoca *stato* (nobiltà, clero, terzo stato o popolo). La persona a partire da questo momento si considera nel mondo del diritto, *uti singulus* e non artificialmente *uti socius*⁽²⁷⁾. Occorre tuttavia ricordare che una più diffusa attuazione di un sistema egualitario, opposto ad un sistema retto sul criterio degli *status* familiari e sociali, si riscontra solamente nell'età contemporanea⁽²⁸⁾.

5. — *La teoria di Henry Sumner Maine (Ancient Law - 1861).*

Tale passaggio epocale è rilevato con acume da Henry Sumner Maine (1822-1888), poliedrico autore scozzese, comparatista-internazionalista-antropologo ma soprattutto romanista⁽²⁹⁾. Egli concepisce la fortunata formula: “dallo *status* al contratto”, utile per illustrare il passaggio dall'età romana e medioevale all'età moderna ma non esente da critiche⁽³⁰⁾. In particolare Maine osserva che relazioni di tipo contrattuale nei suoi tempi hanno sostituito le relazioni di carattere potestativo un tempo stabilmente costituite all'interno della famiglia a seconda dell'afferenza delle persone ad un certo *status*: non c'è più il *servus* privo di libertà e assoggettato ad un *dominus*, ma al suo posto è comparso l'inserviente che può concludere, da libero, contratti con il padrone; il figlio allo stesso modo si obbliga contrattualmente nei

⁽²⁶⁾ A. CORASANITI, v. ‘*Stato delle persone*’, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 955.

⁽²⁷⁾ L. LENTI, v. ‘*Status*’, p. 31; R. AGO, V. VIDOTTO, *Storia moderna*, Bari, 2006, pp. 71, 220; C. LANZA, *Concezioni giuridiche in forma storica*, Napoli, 2012, p. 63 ss.; G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, cit., p. 12 ss.; P. STANZIONE, *Il soggetto*, II, *Capacità, legittimazione, status*, cit., p. 28 ss.

⁽²⁸⁾ M. PANI, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Bari, 2010, p. 110 s.

⁽²⁹⁾ P. STEIN, *Legal evolution: the story of an idea*, Cambridge, 1980, p. 86 ss.

⁽³⁰⁾ V., per esempio, S. PEROZZI, *Gli studi di H. Sumner Maine e la filosofia del diritto*, in U. BRASIELLO (a cura di), *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 721.

confronti del padre, la donna non è più assoggettata alla tutela di soggetti diversi dal marito e ha acquistato anch'essa autonomia negoziale; insomma le relazioni ora derivano dal libero accordo degli individui anche quando intercorrano legami parentali⁽³¹⁾.

6. — *Status e Stato.*

Il concetto di *status*, rielaborato, ha poi un certo successo anche nelle dottrine pubblicistiche dell'Ottocento. Nella teoria di Jellinek sui diritti pubblici soggettivi, ripresa poi da Santi Romano, sono individuati quattro *status* che connotano il rapporto tra l'individuo e lo Stato: lo *status subiectionis*, *libertatis*, *civitatis*, *activae civitatis*; una pluralità di posizioni che prefiguravano doveri ma anche diritti (di cittadinanza e politici) riconosciuti dallo Stato al cittadino⁽³²⁾.

7. — *Permanenze di teorie comunitarie a fronte delle teorie individualiste-egualitarie nella dottrina civilistica più recente.*

Si può dire che la visione individualista ed egualitaria dello *status* (*personae*) non è prevalsa definitivamente rispetto alla più antica visione comunitaria dello *status* di origine romana e, anzi, si rileva attualmente una crisi del soggetto unico universale⁽³³⁾ e si discorre apertamente di ritorno agli *status*⁽³⁴⁾ dando tuttavia al termine significati nuovi. Da un lato antichi *status* sono

⁽³¹⁾ H.S. MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, P. Smith, Gloucester (Mass.), 1970, spec. pp. 163-165, 302 s., 356 s.; A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, cit., p. 19 s.; P. STANZIONE, *Il soggetto, II, Capacità, legittimazione, status*, cit., p. 48 s.

⁽³²⁾ A. CORASANITI, v. 'Stato delle persone', cit., p. 963; G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, cit., pp. 32 ss., 79 ss.

⁽³³⁾ U. VINCENTI, 'Persona' e diritto: trasformazioni della categoria giuridica fondamentale, in G. BONIOLO, G. DE ANNA, U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Milano, 2007, p. 193 ss.

⁽³⁴⁾ G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., p. 205 ss.

configurati, dal punto di vista legislativo, su basi diverse: per esempio si tende ad individuare lo *status familiae* non tanto sulla base dei tradizionali legami coniugali e di sangue, quanto piuttosto sulla base di un rapporto affettivo, anche costituitosi *extra ordinem*, com'è il caso delle unioni omosessuali⁽³⁵⁾. D'altro lato le comunità di riferimento non sono più solamente familiari e politiche, oppure economico-sociali, come in età romana e medioevale, ma sono anche insiemi di soggetti che versano in una medesima condizione di svantaggio e dunque è opportuno che siano protetti – eventualmente con appositi statuti di gruppi, con leggi speciali⁽³⁶⁾ – per la realizzazione di una effettiva, non solo formale, eguaglianza⁽³⁷⁾; ricorrente è, a tal proposito, l'esempio dei consumatori⁽³⁸⁾. In questa nuova accezione di *status* non si riscontrano tuttavia i tradizionali elementi della stabilità e dell'afferenza necessitata (non volontaria) al gruppo ed il termine inoltre rischia di cadere nella vaghezza e nella irrilevanza giuridica⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ F.D. BUSNELLI, *Nascere per contratto?*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, p. 42 ss.

⁽³⁶⁾ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Milano, 1999, p. 40 ss.

⁽³⁷⁾ C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv. not.*, 2009, p. 1140 ss.

⁽³⁸⁾ Per il BGB v. P. RESCIGNO, *Status e capacità*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, p. 16 s.; C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, cit., 1148 ss.

⁽³⁹⁾ B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Milano, 1998, pp. 9 ss., 47 ss., 117 ss.; P. STANZIONE, *Il soggetto*, II, *Capacità, legittimazione, status*, cit., p. 52 ss.

CALOGERO PIZZOLO (*)

STATUS DE CIUDADANO
Y LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS (**)

ABSTRACT: The paper aims to analyze the right of the free circulation related to the third countries citizens resident in one of Member States. In this filed, according to article 20 TFUE, EU Court of Justice realized an analysis to strengthen the EU citizens guarantees regards the EU Institutions and the Member States. Mainly attention will be posted on the parental relationships between the family members in the light of Directive 2004/38/EC. To apply the Directive above mentioned according to the right of the free circulation, for EU Courts of Justice interpretation, the primary interest to take into consideration shall be the child interest also if borne from third countries citizens.

SUMARIO: 1. De una libertad económica básica para el mercado común a un derecho fundamental del ciudadano de la Unión. – 2. El elemento transfronterizo. – 3. Protección del interés superior del niño y residencia de ciudadanos de terceros países. – 4. La Directiva 2004/38/CE. – 5. Consideraciones finales.

(*) Universidad de Buenos Aires, Catedrático Jean Monnet.

(**) Sobre el tema ver A.P. ABARCA JUNCO, M.V. GÓMEZ-URRUTIA, *El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario* (STJUE Ruiz Zambrano), en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, 23, disponible en www.reei.org; D. BLÁZQUEZ PEINADO, *Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Amsterdam*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 2, 1998, 3, pp. 261-280; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *La libertad de establecimiento en los acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del este? (A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany E.A.)*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 6, 2002, 13, pp. 943-960; L.D.A. DE SOTOMAYOR, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2011, 92; E. LINDE PANIAGUA, *La libre circulación de los trabajadores versus libre circulación de las personas. La ciudadanía europea*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, segundo semestre 2003, 5; A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 1998; A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2010; D. MARÍN CONSARNAU, *TJUE – Sentencia de 05.05.2011, S. McCarthy/Secretary of State for the Home Department, C-434/09 - «Artículo 21 TFUE – libre circulación de personas – nacional que siempre ha residido en*

1. — *De una libertad económica básica para el mercado común a un derecho fundamental del ciudadano de la unión.*

El Tratado de Roma (1957), mediante el cual nace la entonces Comunidad Económica Europea⁽¹⁾, contemplaba la libre circulación de personas económicamente activas (trabajadores) en función del desarrollo de un mercado común⁽²⁾. Este derecho, por tanto, se venía disfrutando como *eje esencial* de un proceso de integración basado en el establecimiento de un Mercado Común en el que los agentes económicos debían gozar de libertad de movimientos para acceder a un empleo asalariado o por cuenta propia y desempeñarlo (permanencia), prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión, etc. *Residir* en un Estado miembro, por su parte, para llevar a cabo las citadas actividades económicas, independientemente de la nacionalidad, había quedado ya desde mediados de los años setenta del siglo pasado al margen de todo poder discrecional de los Estados miembros⁽³⁾.

La prohibición de discriminación en razón de la nacionalidad, en este

el estado miembro de su nacionalidad». Nuevos matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la Unión, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, Madrid, enero-abril 2012, 41; M.A. MARTÍN VIDA, La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, julio-diciembre 2007, 8, pp. 95-137; C.F. MOLINA DEL POZO, Violaciones del Derecho de la Unión Europea en materia social: la expulsión de gitanos del territorio francés, en Derechos sociales en los procesos de integración, Curitiba, 2011, pp. 167-189; C.F. MOLINA DEL POZO, Derecho de la Unión Europea, Madrid, 2011; C.F. MOLINA DEL POZO, Manual de derecho de la comunidad europea, 3ª ed., Madrid, 1997; C. PIZZOLO, Derecho e Integración regional, Buenos Aires, 2010; V. RUIZ RODRÍGUEZ, Ciudadanía y nacionalismo frente a la libre circulación de personas en la Unión Europea, en Revista de Derecho de la Unión Europea, Madrid, primer semestre 2003, 4; A. VALLE, La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, Madrid, enero-junio 1998, 3.

⁽¹⁾ Cfr. artículo 3.

⁽²⁾ Ello se explica, recuérdese, porque el objetivo inicial y distintivo de la actual Unión Europea era netamente económico: la creación de un mercado común, donde la libre circulación de trabajadores se erigía en una libertad económica más junto a la de capitales, mercancías y servicios.

⁽³⁾ C. PIZZOLO, *Derecho e Integración regional*, cit., pp. 696-697.

contexto y gracias al aporte de la jurisprudencia comunitaria, fue alcanzando una dimensión sobresaliente. Sin embargo, la libertad que estudiamos junto a las otras libertades básicas, fueron consideradas ante todo como *libertades económicas*. Este criterio, con el progreso de la integración europea⁽⁴⁾, va ha ser dejado de lado⁽⁵⁾ para finalmente dar lugar a un criterio mucho más amplio e inclusivo. Un criterio que vincula la libre circulación de personas, *más allá* de su sentido económico, a los derechos derivados del estatuto de ciudadanía de la Unión⁽⁶⁾.

El *salto cualitativo* vino de la mano del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. La libre

⁽⁴⁾ La limitativa normativa originaria del citado Tratado de Roma en materia de libre circulación económica no discriminatoria se había visto redimensionada por el Acta Única Europea con la noción de mercado interior como *espacio sin fronteras interiores* en el que la libre circulación de personas queda garantizada, posteriormente acompañada de un derecho de residencia.

⁽⁵⁾ Aun cuando sus antecedentes más remotos se encuentran en la formulación de ciertas propuestas – en el marco del proyecto de una Unión Europea que surge en la Cumbre de París de 1972 – encaminadas a hacer extensivo el derecho de libre circulación a todos los nacionales de los Estados miembros, las primeras fisuras en el plano normativo, relativas a la consideración de dicha libertad como un derecho de contenido no necesariamente económico y no circunscrito en exclusiva a los trabajadores o a las personas en busca de un empleo, llegaron casi veinte años más tarde. El primer punto de inflexión se produjo gracias a las tres siguientes normas: la Directiva 90/364/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia*; la Directiva 90/365/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional*; y la Directiva 90/366/CEE, de 28 junio, *relativa al derecho de residencia de los estudiantes* (posteriormente sustituida por la Directiva 93/96/CEE, de 29 octubre). La importancia de estas tres Directivas – hoy derogadas por la Directiva 2004/38/CE –, ha sido determinante para la evolución que seguimos.

⁽⁶⁾ En julio de 2009 la Comisión afirmó que más de 8 millones de ciudadanos de la Unión han hecho uso de su derecho de libre circulación y residencia, y viven ahora en otro Estado miembro. La libre circulación de los ciudadanos «constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior y es el núcleo del proyecto europeo» (ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: «Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», Bruselas, 2 de julio de 2009, COM(2009) 313 final, p. 3).

circulación y residencia venía abarcando un campo social muy amplio (el familiar) a partir del agente económico, pero no era un ámbito completo, es decir, no afectaba, antes de 1992, a «toda la sociedad»⁽⁷⁾.

El Tratado de Maastricht añadió una nueva segunda parte al entonces Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), bajo el título «Ciudadanía de la Unión». En palabras del actual artículo 20.1 (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE, antiguo artículo 17 TCE): «Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla».

Bajo estas premisas, los ciudadanos de la Unión fueron beneficiarios de una serie de derechos civiles y políticos, de entre los cuales el *derecho a circular y residir libremente* en el territorio de los Estados miembros – con independencia ya de motivaciones de carácter laboral o profesional – es el que mayor repercusión jurídica y práctica ha venido teniendo. El artículo 21.1 (TFUE, antiguo artículo 18.1 TCE) dice al respecto: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE), en el presente con el «el mismo valor jurídico que los Tratados» (cfr. art. 6.1, TUE), reconoce en su artículo 45.1 que: «Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros».

Nos encontramos, como sostiene Mangas Martín, frente a un «derecho universal de todo ciudadano» de la Unión. La libre circulación y residencia, «libertad fundamental vinculada a un hecho económico y prevista en los tratados fundacionales, se transformó en una libertad política fundada en un derecho de la ciudadanía de la Unión y vinculada a este estatuto a partir de 1992». Como un derecho «no solo de agentes económicos (trabajadores,

⁽⁷⁾ Ver su comentario al artículo 45 en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, cit., p. 719.

prestación de servicios, establecimiento), sino de todos los nacionales de los Estados miembros»⁽⁸⁾. Es un derecho fundamental inherente a la categoría política de la ciudadanía de la Unión. Se establece, continúa la autora citada, como una “obligación de resultado”. Es, además, una norma de «aplicación directa cuyo disfrute en sí mismo no está condicionado por medidas de ejecución del Consejo o de los Estados miembros». Todas las condiciones de ejercicio y eventuales límites «deben estar previstos en el Tratado de funcionamiento y en las normas de desarrollo»⁽⁹⁾.

El efecto directo del antiguo artículo 18.1 (TCE) – actual artículo 21.1, TFUE – fue asumido directamente por la jurisprudencia comunitaria⁽¹⁰⁾. En palabras del Tribunal de Justicia, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión «es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros»⁽¹¹⁾. El TUE, se afirma, no exige que los ciudadanos de la Unión ejerzan una actividad profesional, por cuenta ajena o por cuenta propia, para poder disfrutar de los derechos relativos a la ciudadanía de la Unión. Además, concluye el Tribunal, no hay nada en el texto del Tratado que permita considerar que los ciudadanos de la Unión, que se hayan establecido en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta ajena, se verán privados de los derechos conferidos por razón de la ciudadanía europea, cuando cese dicha actividad⁽¹²⁾. La libre circulación de personas es una de las bases de la Unión Europea. Por tanto, las excepciones a este principio deben interpretarse de forma estricta⁽¹³⁾.

⁽⁸⁾ A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, cit., p. 721.

⁽⁹⁾ A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, loc. ult. cit.

⁽¹⁰⁾ Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, C-413/99, EU:C:2002:493, apartado 84.

⁽¹¹⁾ Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Grzeleczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, apartado 31.

⁽¹²⁾ Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, C-413/99, EU:C:2002:493, apartado 83.

⁽¹³⁾ Sentencia de 3 de junio de 1986, *Kempf*, C-139/85, EU:C:1986:223, apartado 13, y *Jipa*, sentencia de 10 de julio de 2008, C-33/07, EU:C:2008:396, apartado 23.

Se trata de la “comunitarización” del acervo de Schengen⁽¹⁴⁾, cuya razón de ser se dirigía precisamente a la «creación de un espacio de libre circulación entre los Estados signatarios, mediante la eliminación de los controles a las personas en sus fronteras interiores y el reforzamiento de éstos en sus fronteras exteriores»⁽¹⁵⁾. Lo que en un primer momento estaba concebido como una libertad con implicaciones esencialmente económicas, reconocida en exclusiva a los nacionales de los Estados miembros que pretendiesen llevar a cabo una actividad laboral o profesional en el territorio de otro Estado miembro, actualmente aparece revestida de una dimensión social indiscutible, como lo prueba el hecho de que esta libertad se haya extendido al conjunto de ciudadanos de la Unión, con independencia de las razones que puedan motivar su desplazamiento. De todas formas, conviene dejar sentado que esa dimensión social que acompaña ahora a la libre circulación – y que ha quedado definitivamente apuntalada con la instauración de una ciudadanía europea – sigue coexistiendo con la económica⁽¹⁶⁾.

La creación de una ciudadanía de la Unión, con el corolario de la libre circulación de sus titulares por el territorio de todos los Estados miembros, supone un gran avance cualitativo, porque *desvincula esa libertad de sus elementos funcionales o instrumentales* (la relación con una actividad económica o con la consecución del mercado interior) *y la eleva a la categoría de derecho propio e independiente*, inherente al *status* político de los ciudadanos de la Unión⁽¹⁷⁾.

La libre circulación de personas, señala Molina del Pozo, tiene una triple vertiente⁽¹⁸⁾: a) la libre circulación de personas no activas, en íntima conexión con la ciudadanía europea, b) la libre circulación de trabajadores, tanto por

⁽¹⁴⁾ Los países que aplican en su totalidad el acuerdo de Schengen constituyen un territorio denominado «espacio de Schengen». El acuerdo permite, por tanto, suprimir los controles en las fronteras interiores entre los Estados signatarios y crear una única frontera exterior donde se efectúan los controles de entrada en dicho espacio con arreglo a procedimientos idénticos.

⁽¹⁵⁾ L.D.A. DE SOTOMAYOR, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, cit., p. 263.

⁽¹⁶⁾ L.D.A. DE SOTOMAYOR, *La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa*, loc. ult. cit.

⁽¹⁷⁾ Cfr. conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 20 de marzo de 2007, C-11/06 y C-12/06, EU:C:2007:174, apartado 82.

⁽¹⁸⁾ Cfr. C.F. MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 328 ss.

cuenta ajena como por cuenta propia, y c) la libre circulación no solo de los nacionales de los países de la Unión sino también de nacionales de terceros países que pretendan vivir o residir en el territorio de los Estados miembros.

El TFUE, por su parte, dedica su Título IV a la «Libre circulación de personas, servicios y capitales». En su artículo 45.1 concretamente se dice: «Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión».

A continuación, la norma cita manifiesta que la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 45.2). Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión (art. 45.3). Concluyendo la norma en que, las nombradas disposiciones, «no serán aplicables a los empleos en la administración pública» (art. 45.4).

De manera concordante, el artículo 15 (CDFUE) sostiene que todo ciudadano de la Unión tiene «la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro». Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión. En similar sentido se expresa el artículo 49 (TFUE).

La UE ha evolucionado, como observamos, hacia un espacio de integración regional que encuentra puntos de convergencia con la tutela de los derechos humanos. La vigencia de una CDFUE, junto a un Tribunal de Justicia que la interpreta, ha permitido un desarrollo jurisprudencial sobre el alcance de la ciudadanía de la Unión con el fin de garantizar su *efecto útil*. Esto último

ha quedado en evidencia cuando ha sido necesario tutelar la libre circulación y residencia de personas menores de edad cuyos padres, siendo ciudadanos de terceros países veían amenazado su derecho de permanecer en el territorio de la Unión. La jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo creo entonces, dadas ciertas circunstancias que examinamos a continuación, un *nexo* entre los padres extracomunitarios y sus hijos ciudadanos de la Unión que permite reconocer los beneficios de la libre circulación y residencia a sus progenitores. Para entender los alcances de esta jurisprudencia comunitaria es necesario primero entender como incide, según el Tribunal de Justicia, el elemento transfronterizo.

2. — *El elemento transfronterizo.*

En la definición del alcance de la libre circulación de personas y residencia cobra relevancia el *elemento transfronterizo*⁽¹⁹⁾. Esto es la invocación de esta libertad – como las otras libertades básicas – *requiere de algún tipo de circulación entre los Estados miembros*. El derecho de la Unión «no se aplica a las cuestiones meramente internas. No existe pues aplicación del estatuto del ciudadano sino se ejerce el derecho a la libertad de circulación, es decir, sin movimiento transfronterizo»⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Del artículo 21 (IFUE) se infiere que tanto la circulación como la residencia han de presentar un *carácter intracomunitario* ya que dentro de cada Estado Miembro tienen sus nacionales, por obra de su propio derecho, el de residencia y circulación, que por supuesto no están sujetos «a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados». Igualmente sucede con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18, TFUE) aplicable «en el ámbito de aplicación de los Tratados». Igualmente en el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuyos destinatarios son las instituciones y órganos de la Unión así como los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión* y obliga a las instituciones a respetarlos en todos los ámbitos competenciales de la Comunidad (artículo 51, citada Carta). Dejando claro que la Carta «no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión». También la Carta, como Derecho de la Unión que es, sólo se aplicará a las *situaciones intracomunitarias*.

⁽²⁰⁾ Ver A.P. ABARCA JUNCO, M.V. GÓMEZ-URRUTIA, *El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario* (STJUE Ruiz Zambrano), cit., p. 11.

Ahora bien, atendiendo a la jurisprudencia comunitaria, esta situación no parece en absoluto *excluyente* de cualquier otra que no aparezca vinculada al *previo cruce* de una frontera. Como ha puesto de relieve la Abogada General en el asunto *Ruiz Zambrano*⁽²¹⁾: «no creo que el ejercicio de derechos derivados de la ciudadanía de la Unión esté siempre inextricable y necesariamente unido a la circulación física. Actualmente, existen además situaciones de ciudadanía en los cuales el elemento de circulación real o apenas se distingue o sinceramente no existe».

La misma abogada cita tres sentencias del Tribunal de Justicia en apoyo a su afirmación. El asunto *García Avelló* donde los progenitores eran españoles que se habían trasladado a Bélgica, pero sus hijos, Esmeralda y Diego (que tenían doble nacionalidad española y belga y cuyos controvertidos apellidos constituían el objeto del procedimiento) nacieron en Bélgica y, por lo que se deduce del informe para la vista, nunca abandonaron dicho Estado⁽²²⁾. El asunto *Zhu y Chen*, donde Catherine Zhu había nacido en una parte del Reino Unido (Irlanda del Norte) y simplemente se trasladó dentro del Reino Unido (a Inglaterra). La normativa que concedía en aquel entonces la nacionalidad irlandesa a quien hubiera nacido en la isla de Irlanda (incluida Irlanda del Norte), conjuntamente con un buen asesoramiento jurídico, le permitieron basarse en la ciudadanía de la Unión para fundamentar un derecho de residencia en el Reino Unido para ella y su madre, de nacionalidad china, ya que, de otro modo, le habría sido imposible, siendo infante, ejercer de manera efectiva sus derechos como ciudadana de la Unión⁽²³⁾. El asunto *Rottmann*, la nacionalidad crucial (alemana por naturalización, antes que su nacionalidad anterior austriaca, de origen) fue adquirida por el Dr. Rottmann después de trasladarse a Alemania desde Austria. Sin embargo, la sentencia no tiene en cuenta la circulación realizada con anterioridad, y examina únicamente los efectos *pro futuro* que tendría la pérdida de la nacionalidad

⁽²¹⁾ Conclusiones de la Abogado General Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, EU:C:2010:560, apartado 77.

⁽²²⁾ Sentencia de 2 de octubre de 2003, *García Avelló*, C-148/02, EU:C:2003:539.

⁽²³⁾ Sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639.

alemana, que habría convertido al Dr. Rottmann en apátrida⁽²⁴⁾.

En el mismo sentido se había expresado con anterioridad otro Abogado General al afirmar que «no se debe circunscribir esta doctrina a las hipótesis en las que se ha circulado, pues también comprende aquellas en las que *se impide o se disuade de circular*, cuando los auxilios se destinan a formarse en otros Estados miembros, evidenciándose así la imprescindible conexión comunitaria para invocar el artículo 18 (TCE)»⁽²⁵⁾. El derecho europeo «permanece al margen de la política de los Estados sobre las ayudas para estudiar en el extranjero, pero, si deciden otorgarlas, vigila que las condiciones impuestas para disfrutarlas no limiten indebidamente la libre circulación»⁽²⁶⁾. En este sentido, el Tribunal de Justicia resolvió que los citados artículos 17 (TCE) y 18 (TCE), «se oponen, en circunstancias como las de los litigios principales, a un requisito según el cual, para poder obtener una beca para cursar estudios en un Estado miembro que no sea el de la nacionalidad de los estudiantes que la solicitan, dichos estudios han de ser continuación de los realizados durante al menos un año en el territorio del Estado miembro de origen de los estudiantes»⁽²⁷⁾.

En el asunto *Ruiz Zambrano* la cuestión prejudicial que se plantea es sí el progenitor extranjero no comunitario de un niño nacional de un Estado miembro que no ha ejercido la libertad de circulación puede invocar en su beneficio las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación⁽²⁸⁾. EL Tribunal de Justicia reconoce que, la Directiva 2004/38/CE, no es de aplicación en base a dos consideraciones: de una parte, porque en su artículo 3 apartado 1 la misma establece que se aplicará a «cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado

⁽²⁴⁾ Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104.

⁽²⁵⁾ Cfr. conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 20 de marzo de 2007, C-11/06 y C-12/06, EU:C:2007:174, apartado 87. Sin resaltar en el original.

⁽²⁶⁾ Id., apartado 88.

⁽²⁷⁾ Sentencia de 23 de octubre de 2007, *Riannon Morgan c. Bezirksregierung Köln y Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, C-11/06 y C-12/06, EU:C:2007:626.

⁽²⁸⁾ Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124.

del que tenga la nacionalidad»; y, de otra parte, porque dentro de los familiares incluidos en su ámbito de aplicación material entran los ascendientes “a su cargo”, más no a la inversa, por lo que tampoco sería de aplicación a este supuesto. El fundamento de la sentencia se ubica entonces en el propio estatuto de ciudadano de la Unión cuya función es, como vimos, convertirse en el *estatuto fundamental* de los nacionales de los Estados miembros.

La sentencia recuerda que el artículo 20 (TFUE) se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de tales derechos y, en este sentido declara que las decisiones referentes a la denegación de un permiso de residencia o trabajo «privarían a los menores ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión»⁽²⁹⁾.

En efecto, la denegación del permiso de trabajo o de la residencia en Bélgica de los Sres. Ruiz Zambrano tendría la consecuencia, como bien indica el Tribunal, que los menores se verían obligados a abandonar el territorio de la Unión del que son ciudadanos. Siguiendo este razonamiento, y en consecuencia lógica, los referidos derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión pertenecen, según el Tribunal, a todos los ciudadanos comunitarios *sin más condiciones*.

En base a lo expuesto, se ha señalado que existen *de facto* «dos tipos de ciudadanos». El que tiene todos los derechos de la ciudadanía (porque «se ha movido» y aquel otro que es sólo potencialmente ciudadano («mientras no se mueva»). Situación confusa pues, efectivamente, desde el Tratado de Maastricht, la ciudadanía no requiere más condición que la de ser nacional de un Estado miembro (art. 20, TFUE). Para el Tribunal de Justicia, una situación como la del asunto *Ruiz Zambrano* «no es una mera situación que quede desprotegida automáticamente del Derecho de la Unión y, en este sentido, es el estatuto de ciudadanía el que va a darle cobertura, activando además la protección comunitaria de los derechos fundamentales»⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Id., apartado 44.

⁽³⁰⁾ A.P. ABARCA JUNCO, M.V. GÓMEZ-URRUTIA, *El Estatuto de Ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)*, cit., p. 14.

El problema de fondo que plantea el asunto *Ruiz Zambrano* es, como vemos, el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en una materia como es la libertad de circulación de personas y, en especial, su *superposición* con el ámbito interno de los Estados miembros. El criterio *expansivo* de aquella sentencia fue reacomodado en pronunciamientos posteriores. En el asunto *Shirley McCarthy*, un caso semejante (porque no se aprecia el ejercicio de la libre circulación) el Tribunal de Justicia sentencia que el artículo 21 (TFUE): «no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro, siempre y cuando la situación de ese ciudadano no implique la aplicación de medidas de un Estado miembro que tengan como efecto privarle del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión u obstaculizar el ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»⁽³¹⁾.

En ambos casos, el Tribunal de Justicia activa la protección que confiere el estatuto de ciudadano de la Unión sin resultar marginados a meras situaciones internas. La diferencia radica en que el manto protector en *Ruiz Zambrano* se matiza en *McCarthy*. Ello debido a que en *Ruiz Zambrano* se concluye que la medida nacional sí tiene efectos perversos y contrarios a los derechos que le confiere el estatuto de la ciudadanía de la Unión, y ello no se detecta en el segundo, puesto que la Sra. *McCarthy* no se ve obligada a abandonar el territorio de la Unión⁽³²⁾.

En el reciente asunto *Chávez-Vilchez y otros*⁽³³⁾, el Tribunal de Justicia vuelve sobre la cuestión que tratamos al resolver una petición de interpretación prejudicial presentada en el marco de una serie de litigios entre, por una

⁽³¹⁾ Sentencia de 5 de mayo de 2011, *Shirley McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, apartado 56.

⁽³²⁾ Ver D. MARÍN CONSARNAU, TJUE – Sentencia de 05.05.2011, S. McCarthy/Secretary of State for the Home Department, C-434/09 - «Artículo 21 TFUE – libre circulación de personas – nacional que siempre ha residido en el estado miembro de su nacionalidad». *Nuevos matices a la protección que ofrece el estatuto de ciudadano de la Unión*, cit., p. 229.

⁽³³⁾ Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354.

parte, la Sra. H.C. Chávez-Vílchez y otras siete nacionales de países terceros, madres de uno o de varios hijos menores de edad de nacionalidad holandesa, de los que asumen el cuidado diario y efectivo, y, por otra parte, las autoridades competentes del Estado, *en relación con la denegación de sus solicitudes de prestación de asistencia social y de prestaciones familiares por no disponer de un derecho de residencia en los Países Bajos.*

3. — *Protección del interés superior del niño y residencia de ciudadanos de terceros países.*

Los ocho litigios principales que se tratan en el asunto *Chávez-Vílchez y otros* versan sobre las solicitudes de prestación de asistencia social (*bijstandsuitkering*) y de prestación familiar (*kinderbijslag*), presentadas ante las autoridades holandesas competentes con arreglo a la Ley sobre la asistencia social y a la Ley de prestaciones familiares, respectivamente, por nacionales de países terceros⁽³⁴⁾. Esto es por madres de uno o varios menores de nacionalidad holandesa, cuyo padre comparte dicha nacionalidad. Todos esos menores han sido reconocidos por dichos padres pero viven principalmente con sus madres.

En todos los litigios aludidos, las solicitudes de prestación de asistencia social o de prestación familiar presentadas por las interesadas fueron denegadas por las autoridades competentes basándose en que, *al carecer de permiso de residencia, no tenían, en virtud de la normativa nacional, derecho a percibir tales prestaciones.*

En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente (*Centrale Raad van Beroep* o Tribunal Central de Apelación) se pregunta si las demandantes en los litigios principales, que son nacionales de países terceros, *pueden, como madres de un menor ciudadano de la Unión, beneficiarse de un derecho de residencia con arreglo al artículo 20 (TFUE) en las circunstancias específicas de cada una de ellas.* Considera que, de ser así, las demandantes podrían invocar las disposiciones

⁽³⁴⁾ En concreto se trata de dos madres de nacionalidad venezolana, dos surinamesas, una de la antigua Yugoslavia, una nicaragüense, una ruandesa, y una camerunesa.

de la Ley sobre la asistencia social y de la Ley de prestaciones familiares que permiten considerar nacionales holandeses a los extranjeros que residen de manera legal en los Países Bajos y percibir, en su caso, una prestación de asistencia social o una prestación familiar en virtud de dichas leyes, sin que se requiera a ese efecto ninguna resolución del Servicio de Inmigración y Naturalización de los Países Bajos que les conceda un permiso de residencia o les expida un documento que acredite la legalidad de su residencia.

Para llegar a esta conclusión, el órgano jurisdiccional remitente invoca en su fundamento los ya citados asuntos *Ruij Zambrano* y *Dereci y otros*. En conformidad con dichos precedentes, se afirma, «se desprende que las demandantes en el litigio principal tienen un derecho de residencia basado en el artículo 20 [TFUE] que se deriva del derecho de residencia de sus hijos, que son ciudadanos de la Unión, siempre que se hallen en una situación como la recogida en dichas sentencias». Por lo tanto, es preciso determinar, en cada uno de los litigios principales, «si se dan circunstancias que obliguen efectivamente a esos menores a abandonar el territorio de la Unión si se deniega el derecho de residencia a sus madres»⁽³⁵⁾. En consecuencia, se pregunta a los jueces de Luxemburgo qué importancia ha de atribuirse, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *al hecho de que el padre, ciudadano de la Unión, resida en los Países Bajos o en la Unión, considerada en su conjunto*.

La pregunta anterior se ve motivada en el hecho de que, en la práctica, diversos órganos administrativos holandeses interpretan las citadas sentencias *Ruij Zambrano* y *Dereci y otros*, de modo restrictivo y consideran que la jurisprudencia establecida en dichas sentencias sólo es aplicable en situaciones en las que el padre, conforme a criterios objetivos, no puede hacerse cargo del menor porque, por ejemplo, está en prisión, ingresado en una institución especializada o en un hospital, o ha fallecido. Fuera de estas situaciones, el progenitor nacional de un país tercero deberá probar de manera convincente que el padre no está en condiciones de hacerse cargo del hijo, ni siquiera con la ayuda, en su caso, de terceros. Según el órgano jurisdiccional remitente, esas reglas se derivan de la Circular sobre Extranjería.

⁽³⁵⁾ Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354, apartado 33.

A lo expuesto se añade que, en todos los litigios principales citados, las autoridades holandesas involucradas no han considerado pertinentes ni el hecho de que el cuidado diario y efectivo del menor recayera sobre la madre, nacional de un país tercero, y no sobre el padre, ciudadano de la Unión, ni la naturaleza de los contactos entre el menor y su padre, ni en qué medida éste contribuía a la manutención y a la educación del menor, ni tampoco si el padre estaba dispuesto a hacerse cargo del menor. Asimismo, el hecho de que el padre no tuviera la guarda y custodia del hijo no se ha considerado pertinente porque no se ha demostrado de forma convincente que ésta no se le pudiera atribuir. El órgano jurisdiccional remitente, en definitiva, se pregunta si la nombrada jurisprudencia comunitaria debe interpretarse de un «modo tan restrictivo»⁽³⁶⁾.

A su turno, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia en el sentido de que «los menores afectados por los litigios principales pueden, en su condición de nacionales de un Estado miembro, invocar, *también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen*, los derechos correspondientes a su estatuto de ciudadanos de la Unión, que les confiere el artículo 20 TFUE»⁽³⁷⁾.

Asimismo, se reafirma que el citado artículo 20 (TFUE), se opone a me-

⁽³⁶⁾ En estas circunstancias, el *Centrale Raad van Beroep* (Tribunal Central de Apelación) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes: «1) ¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE en el sentido de que se opone a que un Estado miembro prive del derecho de residencia en dicho Estado miembro a un nacional de un país tercero encargado del cuidado diario y efectivo de su hijo menor de edad, que es nacional de dicho Estado miembro?, 2) ¿Resulta relevante para responder a esta cuestión el hecho de que la carga legal, económica o afectiva no recaiga por completo en este progenitor y, además, no se excluya que el otro progenitor, nacional del referido Estado miembro, pueda estar efectivamente en condiciones de hacerse cargo del menor?, 3) En este supuesto, ¿deberá acreditar el progenitor nacional de un país tercero que el otro progenitor no puede asumir la guarda y custodia del hijo, de suerte que éste se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si se denegara el derecho de residencia al progenitor nacional de un país tercero?».

⁽³⁷⁾ Sin resaltar en el original. Véase en este sentido las sentencias de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, apartado 48; de 15 de noviembre de 2011, *Derici y otros*, C-256/11, EU:C:2011:734, apartado 63, y de 6 de diciembre de 2012, *O. y otros*, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartados 43 y 44.

didadas nacionales, incluidas las decisiones que deniegan el derecho de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del «disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto»⁽³⁸⁾.

En cambio, también recuerda el Tribunal de Justicia, las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no confieren ningún *derecho autónomo* a los nacionales de un país tercero. En efecto, los eventuales derechos conferidos a tales nacionales no son *derechos propios* de esos nacionales, sino *derechos derivados* de los que tiene el ciudadano de la Unión. La finalidad y la justificación de dichos derechos derivados se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión⁽³⁹⁾.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia hace notar que ya ha declarado que existen «situaciones muy específicas» en las que, pese a no ser aplicable el derecho derivado en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros países y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trate no haya ejercido su libertad de circulación, «debe reconocerse sin embargo un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de dicho ciudadano, pues de lo contrario se vulneraría el *efecto útil* de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto»⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Ver sentencias de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartado 42, y de 6 de diciembre de 2012, *O. y otros*, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 45.

⁽³⁹⁾ Ver sentencias de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartados 72 y 73, y de 13 de septiembre de 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, apartados 27 y 28.

⁽⁴⁰⁾ Sin resaltar en el original. Véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartados 43 y 44; de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, C-256/11, EU:C:2011:734, apartados 66 y 67; de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 74, y de 13 de septiembre de 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, apartado 29.

Las situaciones mencionadas en el apartado anterior se caracterizan, siempre según los jueces de Luxemburgo, por el hecho de que, aun cuando se rigen por normativas que *a priori* son competencia de los Estados miembros. Es decir, normativas sobre el derecho de entrada y de residencia de nacionales de terceros países fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del Derecho derivado de la Unión que contemplan, bajo determinadas condiciones, la atribución de ese derecho. Dichas situaciones están sin embargo intrínsecamente relacionadas con la libertad de circulación y de residencia de un ciudadano de la Unión, que se opone a que el derecho de entrada y de residencia les sea denegado a dichos nacionales en el Estado miembro en el que reside ese ciudadano, para no menoscabar tal libertad⁽⁴¹⁾.

En el asunto *Chávez-Vílchez y otros*, sentencia el Tribunal de Justicia, en el supuesto de que la denegación de la residencia a los nacionales de terceros países de que se trata en los litigios principales obligase a los interesados a abandonar el territorio de la Unión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, de ello podría derivarse una restricción de los derechos que confiere a sus hijos menores el estatuto de ciudadano de la Unión y, en particular, del derecho de residencia, puesto que dichos hijos menores podrían verse obligados a acompañar a su madre y, por tanto, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. De este modo, «la eventual obligación de sus madres de abandonar el territorio de la Unión privaría a sus hijos menores del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que, sin embargo, les confiere su estatuto de ciudadano de la Unión»⁽⁴²⁾.

Es esta *relación de dependencia* entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia, asevera el Tribunal de Justicia, la que puede desvirtuar el «efecto útil de la ciudadanía de la Unión», dado que es esta dependencia la que llevaría a que el ciudadano de la Unión se viese obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la

⁽⁴¹⁾ Ver sentencias de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 75, y de 13 de septiembre de 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, apartado 30.

⁽⁴²⁾ Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vílchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354, apartado 65.

Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria⁽⁴³⁾.

En el asunto, *Rendón Marín* los jueces de Luxemburgo ya habían hecho referencia a la necesidad de proteger el *nexo* entre el progenitor extracomunitario y el hijo ciudadano de la Unión. La negativa a permitir que el progenitor, nacional de un tercer Estado – afirmó entonces el Tribunal de Justicia – que se ocupa del cuidado efectivo de un ciudadano de la Unión menor de edad resida con éste en el Estado miembro de acogida «privaría de todo efecto útil al derecho de residencia del menor, dado que el disfrute de un derecho de residencia por un menor implica necesariamente que éste tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste»⁽⁴⁴⁾. Por lo tanto, el artículo 21 (TFUE) y la Directiva 2004/38, según el Tribunal de Justicia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige la *denegación automática* de una autorización de residencia a un nacional de un tercer Estado, progenitor de un hijo menor de edad ciudadano de la Unión que está a su cargo y que reside con él en el Estado miembro de acogida, debido únicamente a que dicho nacional de un tercer Estado tiene antecedentes penales⁽⁴⁵⁾.

Volviendo al asunto *Chávez-Vilchez y otros*, recuerda el Tribunal de Justicia que para apreciar el riesgo de que el menor de que se trate, ciudadano de la Unión, se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión y quede, de este modo, privado del *disfrute efectivo* del contenido esencial de los derechos que le confiere el artículo 20 (TFUE) si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le deniega el derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión, es preciso determinar, en cada uno de los litigios principales, cuál

⁽⁴³⁾ Véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartados 43 y 45; de 15 de noviembre de 2011, *Dereci y otros*, C-256/11, EU:C:2011:734, apartados 65 a 67, y de 6 de diciembre de 2012, *O. y otros*, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 56.

⁽⁴⁴⁾ Sentencia de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 51.

⁽⁴⁵⁾ Sentencia de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, cit., apartado 51.

es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una *relación de dependencia efectiva* entre éste y el progenitor nacional de un país tercero. Al examinar estos extremos, sentencia el Tribunal de Justicia, las autoridades competentes *«deben tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se reconoce en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la referida Carta»*⁽⁴⁶⁾.

De este modo, se introduce un criterio de interpretación fundamental para la aplicación, por parte de las autoridades nacionales, del estatuto de ciudadanía de la Unión. Criterio ya estipulado en la Convención de los Derechos del Niño (ONU) que tiende más a amplificar la protección antes que limitarla mediante interpretaciones restrictivas.

A efectos de esa apreciación, concluye el Tribunal de Justicia, la circunstancia de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello *«constituye un elemento pertinente, pero no suficiente por sí mismo para poder declarar que no existe entre el progenitor de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión si a ese nacional de un país tercero se le denegase el derecho de residencia»*⁽⁴⁷⁾.

En efecto, una declaración de esas características debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y del riesgo que separarlo de éste entrañaría para el equilibrio del menor⁽⁴⁸⁾.

En cuanto a la tercera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia respon-

⁽⁴⁶⁾ Sin resaltar en el original. Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vélchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354, apartado 70.

⁽⁴⁷⁾ Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vélchez y otros*, cit., apartado 71.

⁽⁴⁸⁾ Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vélchez y otros*, loc. cit.

de que, el artículo 20 (TFUE) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro supedita el derecho de residencia en su territorio de un nacional de un país tercero, progenitor de un menor que posee la nacionalidad de dicho Estado miembro, y que se encarga de su cuidado diario y efectivo, a la obligación de que ese nacional aporte los datos que permitan acreditar que una decisión que deniegue el derecho de residencia al progenitor de un país tercero privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión, obligándole a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto. Corresponde, no obstante, a las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate proceder, basándose en los datos aportados por el nacional de un país tercero, *a las investigaciones necesarias para poder apreciar, a la luz del conjunto de circunstancias del caso concreto, si una decisión denegatoria tendría esas consecuencias*⁽⁴⁹⁾.

Para terminar de ubicar en su contexto la relevancia de la jurisprudencia que acabamos de repasar, cerramos el análisis con referencias a la Directiva 2004/38/CE, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros.

4. — *La Directiva 2004/38/CE.*

Como su propio título sugiere, esta disposición viene a refundir en un único instrumento jurídico toda la dispersión normativa que hasta el momento existía en torno al derecho de libre circulación y residencia⁽⁵⁰⁾. En su redacción se sigue muchos de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia más relevantes sobre la materia.

Desde sus considerandos iniciales, la Directiva 2004/38/CE parte de la

⁽⁴⁹⁾ Sentencia de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, cit., apartado 78.

⁽⁵⁰⁾ Modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

base de que la ciudadanía de la Unión confiere «un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación»⁽⁵¹⁾.

También se la define como una de las libertades fundamentales del mercado interior, que implica un «espacio sin fronteras interiores» en el que la libre circulación de personas estará garantizada con arreglo a las disposiciones del Tratado⁽⁵²⁾. El derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en «condiciones objetivas de libertad y dignidad», debe serle reconocido – se afirma – también a los miembros de su familia, «cualquiera que sea su nacionalidad»⁽⁵³⁾. El disfrute de una residencia permanente para los ciudadanos de la Unión que hayan decidido instalarse de forma duradera en un Estado miembro de acogida «refuerza el sentimiento de pertenencia a una ciudadanía de la Unión y es un elemento clave para promover la cohesión social, que figura entre los objetivos fundamentales de la Unión»⁽⁵⁴⁾.

La Directiva 2004/38/CE da relevancia al ya comentado *elemento transfronterizo*. Se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se «traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia», que le acompañen o se reúnan con él⁽⁵⁵⁾. En consecuencia, queda garantizado el «derecho a salir del territorio de un Estado miembro para trasladarse a otro Estado miembro», estableciéndose que a las personas que ejerzan este derecho «no se les podrá imponer ningún visado de salida ni obligación equivalente»⁽⁵⁶⁾. Consiguien-

⁽⁵¹⁾ Directiva 2004/38/CE, considerando 1. Coincidentemente en su considerando 11 se afirma que: «El derecho fundamental y personal de residencia en otro Estado miembro ha sido otorgado directamente a los ciudadanos de la Unión por el Tratado, y no depende de haber completado los procedimientos administrativos».

⁽⁵²⁾ Directiva 2004/38/CE, considerando 2.

⁽⁵³⁾ Directiva 2004/38/CE, considerando 5.

⁽⁵⁴⁾ Directiva 2004/38/CE, considerando 17.

⁽⁵⁵⁾ Artículo 3 «Beneficiarios».

⁽⁵⁶⁾ Artículo 4 «Derecho de salida».

temente, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los documentos de viaje en controles fronterizos nacionales, «los Estados miembros admitirán en su territorio a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido». A los ciudadanos de la Unión, de esta forma «no se les podrá imponer ningún visado de entrada ni obligación equivalente»⁽⁵⁷⁾.

En cuanto al *derecho de residencia*, la Directiva 2004/38/CE lo regula conforme al tiempo de permanencia en el Estado de acogida. Si la residencia alcanza un período de *hasta tres meses*, los ciudadanos de la Unión pueden permanecer en el territorio de otro Estado «sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos». Lo mismo para los miembros de la familia en posesión de un pasaporte válido que no sean nacionales de un Estado miembro y acompañen al ciudadano de la Unión, o se reúnan con él⁽⁵⁸⁾. Pero no debe olvidarse que los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia indicado «mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida»⁽⁵⁹⁾. Aún así, sin perjuicio de las limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, «en ningún caso» podrá adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión o miembros de su familia si: a) los ciudadanos de la Unión son trabajadores por cuenta ajena o propia, o b) los ciudadanos de la Unión entraron en el territorio del Estado miembro de acogida para buscar trabajo. En este caso, los ciudadanos de la Unión o los miembros de sus familias no podrán ser expulsados mientras los ciudadanos de la Unión puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Artículo 5 «Derecho de entrada».

⁽⁵⁸⁾ Artículo 6 «Derecho de residencia por un período de hasta tres meses».

⁽⁵⁹⁾ Cfr. artículo 14.1 «Mantenimiento del derecho de residencia».

⁽⁶⁰⁾ Cfr. artículo 14.4 «Mantenimiento del derecho de residencia».

A diferencia del caso anterior, todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período *superior a tres meses* si: a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de «recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida», o c) está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional, y cuenta con un «seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia», o d) es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c)⁽⁶¹⁾.

El derecho de residencia, como ha señalado la doctrina⁽⁶²⁾, no se ejerce entonces independientemente de la situación económica y la cobertura sanitaria y social, por lo que quedarían dos categorías fuera del derecho de residencia: una, los ciudadanos de la Unión que carezcan de recursos económicos suficientes y, otra, las personas excluidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

Los Estados miembros no podrán establecer un «importe fijo» correspondiente a lo que consideran «recursos suficientes», sino que tendrán que tener en cuenta la situación personal del interesado. En cualquier caso, según la Directiva 2004/38/CE, dicho importe no superará el nivel de recursos

⁽⁶¹⁾ Artículo 7 «Derecho de residencia por más de tres meses».

⁽⁶²⁾ A. MANGAS MARTÍN, D.J. LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 148.

por debajo del cual el Estado miembro de acogida puede conceder asistencia social a sus nacionales o, cuando no pueda aplicarse tal criterio, el nivel de la pensión mínima de seguridad social pagada por el Estado miembro de acogida⁽⁶³⁾. Por otra parte, el recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de la su familia «no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión»⁽⁶⁴⁾. El Tribunal de Justicia tiene dicho, en este punto, que deberán aceptarse los recursos de una tercera persona⁽⁶⁵⁾.

En opinión de la Comisión, los ciudadanos de la Unión tienen derecho a residir en el Estado miembro de acogida si ejercen en él una actividad económica. Los estudiantes y los ciudadanos de la Unión que no ejerzan tal actividad «deberán tener *suficientes recursos* para que ellos mismos y los miembros de su familia no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante el período de su residencia, y tener cobertura *sanitaria total*»⁽⁶⁶⁾.

Los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un *período continuado de cinco años* en el Estado miembro de acogida tendrán un

⁽⁶³⁾ Cfr. artículo 8.4 «Trámites administrativos para los ciudadanos de la Unión».

⁽⁶⁴⁾ Cfr. artículo 14.3 «Mantenimiento del derecho de residencia».

⁽⁶⁵⁾ Sentencia de 23 de marzo de 2006, *Comisión v. Bélgica*, asunto C-408/03, EU:C:2006:192. Afirma el Tribunal que «basta con que los nacionales de los Estados miembros «dispongan» de los recursos necesarios, sin que esta disposición implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia. Esta interpretación se impone con mayor motivo si se tiene en cuenta que las disposiciones que consagran un principio fundamental como el de la libre circulación de personas deben interpretarse en sentido amplio» (apartado 40). La tesis contraria, sostiene el Tribunal, «constituiría una injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación y de residencia (...) puesto que no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido, a saber, la protección del erario de los Estados miembros» (apartado 41). En el mismo sentido, sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, apartado 30 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. apartado 2.3 en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: «Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», ya citada, pág. 8. Resaltado en el original.

derecho de residencia permanente en éste. Dicho derecho no está sujeto a las condiciones previstas en los dos casos anteriores. Lo mismo para los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida. La continuidad de la residencia no se ve afectada por «ausencias temporales no superiores a un total de seis meses al año, ni por ausencias de mayor duración para el cumplimiento de obligaciones militares, ni por ausencias no superiores a doce meses consecutivos por motivos importantes como el embarazo y el parto, una enfermedad grave, la realización de estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o a un tercer país». Una vez adquirido, el derecho de residencia permanente sólo se perderá por ausencia del Estado miembro de acogida durante más de dos años consecutivos⁽⁶⁷⁾.

La Directiva 2004/38/CE también prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para «denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia»⁽⁶⁸⁾. El *fraude* puede definirse como un engaño o artificio deliberado con el fin de obtener el derecho de libre circulación y residencia conforme a la citada Directiva. En el contexto de esta normativa, es probable que el fraude se limite a la falsificación de documentos o a la representación falsa de un hecho material referente a las condiciones vinculadas al derecho de residencia. En consecuencia, podrá denegarse, extinguirse o retirarse sus derechos en virtud de la Directiva 2004/38/CE a las personas a las que se haya expedido un documento de residencia a consecuencia de una conducta fraudulenta respecto de la que hayan sido condenadas⁽⁶⁹⁾. Mientras que la constatación de que se trata de una práctica *abusiva* exige, en palabras de los jueces de Luxemburgo, «por un

⁽⁶⁷⁾ Artículo 16 «Norma general para los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia». No obstante en el artículo siguiente se establecen excepciones para los trabajadores que cesen su actividad en el Estado miembro de acogida y los miembros de sus familias.

⁽⁶⁸⁾ Artículo 35 «Abuso de derecho».

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Sentencia de 5 de junio de 1997, *Kol*, C-285/95, EU:C:1997:280, apartado 29.

lado, que concurren una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa. Requiere, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención»⁽⁷⁰⁾.

Los *matrimonios por conveniencia* son definidos en la Directiva 2004/38/CE como una relación contraída con el exclusivo objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia⁽⁷¹⁾.

Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Derecho originario y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la Directiva 2004/38/CE gozarán de *igualdad de trato* respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente⁽⁷²⁾.

El principio de igualdad de trato, afirma el Tribunal de Justicia, constituye una expresión particular, «prohíbe las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, pero también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado»⁽⁷³⁾.

Sin embargo, no se trata de un principio absoluto, en la misma sentencia citada, el Tribunal debe resolver si el Derecho de la Unión se opone a una normativa municipal, como la que es objeto del litigio principal, que prohíbe la admisión de personas que no residan en los Países Bajos en los *coffee shops* situados en el municipio de Maastricht. Esto es, si dicha normativa muni-

⁽⁷⁰⁾ Cfr. Sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, EU:C:2000:695, apartados 52-53.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Directiva 2004/38/CE, considerando 28.

⁽⁷²⁾ Cfr. artículo 24 «Igualdad de trato».

⁽⁷³⁾ Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *Josemans*, asunto C-137/09, EU:C:2010:774, apartado 58.

pal constituye una restricción al ejercicio de libertades básicas como la libre circulación y, en su caso, si la citada medida puede estar justificada por el objetivo de la lucha contra el “turismo de la droga” y las molestias que éste conlleva, y, por último, si constituye una medida proporcionada a la luz de dicho objetivo. El Tribunal de Justicia concluye en que, no hay duda de que los objetivos citados constituyen un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión. Es innegable, sostiene, que la prohibición de admitir a no residentes en los *coffee shops*, es una medida que limita de manera sustancial el turismo de la droga y, en consecuencia, reduce los problemas ocasionados por éste⁽⁷⁴⁾. Por lo tanto, el Tribunal encuentra que la restricción está justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva.

5. — *Consideraciones finales.*

La Unión Europea es el único proceso de integración regional, al menos hasta hoy, donde la dinámica de la integración económica es convergente con la dinámica de la integración humana instrumentalizada esta última a través de la libre circulación de personas. En otras palabras, queda expresada tanto en un Mercado Común libre de barreras económicas – arancelarias, paraarancelarias, etc. –, como un espacio social común libre de controles fronterizos. Sin olvidar todos los conflictos *intra-bloque* que lo dicho genera, estamos frente a un avance de proporciones inimaginables apenas décadas atrás.

La integración europea ha logrado superar, como observamos, el enfoque económico que se le da a la circulación de personas anclando su fundamento, ya no en una libertad básica del Mercado Común, sino en el estatuto de ciudadanía de la Unión.

El diseño institucional de los procesos de integración regional, por otra

⁽⁷⁴⁾ Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *Josemans*, cit., apartado 75.

parte, demuestra no ser ajeno a su éxito o fracaso, si observamos en el tiempo a las distintas experiencias integracionistas. La atribución de competencias a organismos supranacionales –lo cual permite su ejercicio común-, ha demostrado ser determinante para que la libre circulación de personas se consolide en la Unión Europea, por ejemplo, con la constitución del espacio Schengen.

JEHANNE SOSSON (*)
GEOFFREY WILLEMS (**)

DONOR ASSISTED REPRODUCTION AND SURROGACY IN BELGIUM: EQUAL ACCESS TO PARENTHOOD AND POLICY COHERENCE

Abstract: During the last few years, Belgium has demonstrated an ongoing concern for equal access of homosexual couples to parenthood. As far as lesbian couples are concerned, equality seems now to be achieved. The 2007 law on medically assisted reproduction allows fertility centers to define their own policies as to the access to artificial insemination and in vitro fertilization and lesbian partners may easily find a center agreeing to perform these techniques in view of realizing their parental project. When it comes to parenthood, the Belgium legislature recently allowed to establish a legal tie between the non-biological mother and the child directly by presumption (when the lesbian couple is married) or by recognition or judicial establishment (for unmarried couples). Things remain different for gay couples, in the absence of any legal regulation of surrogacy. Nevertheless, since surrogacy is not forbidden, at least two Belgian fertility centers accept to perform surrogacy for gay couples. Moreover, Belgian courts now generally accept to grant applications tending to establish parenthood through adoption. This contribution suggests that, for the sake of equality and coherence, the legislature should clearly affirm the principle that contractual commitment is the fundamental cornerstone of legal parenthood in the ART context for heterosexual couples as well as for (all) homosexual couples and for insemination and in vitro fertilization as well as for surrogacy.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. ART with sperm, egg or embryo donation. – 2.1. Access to ART. – 2.2. Parenthood after ART. – 2.3. Heterosexual couples. – 2.4. Lesbian couples. – 3. Surrogacy. – 3.1. Access to surrogacy. – 3.2. Legal parenthood. – 4. Remaining discriminations and the need for further reforms. – 4.1. Insemination and *in vitro* fertilisation. – 4.2. Surrogacy. – 5. Conclusion.

(*) Université Catholique de Louvain. Lecturer at Université Saint-Louis Bruxelles and Université Paris II Panthéon-Assas.

(**) Université Catholique de Louvain.

1. — *Introduction*⁽¹⁾.

Same sex families based on donor assisted reproduction or surrogacy open the door to huge challenges for family law as they tend to weaken the traditional conception of legal parenthood based on biology and tend to support the idea that legal ties between adults and children should be based on intention or responsibility rather than on biology.

In 2003, Belgium was the second country to legalise same-sex marriage after the Netherlands in 2001. Over the last ten years, Belgium has demonstrated an ongoing concern for equal access to parenthood for homosexual couples.

The first important step was the Same-sex Adoption Act 2006 permitting the joint adoption of a child by a homosexual couple as well as the adoption by the partner of the other partner's child. Same-sex spouses are thus allowed to adopt as well as same-sex registered partners and same-sex *de facto* partners. However, as demonstrated by official statistics, it is not easy for homosexual partners to become adoptive parents. The number of adoptions by same-sex couples is slowly growing, but the rate remains globally low. So, naturally these couples tend to turn to assisted reproductive technology (hereinafter ART).

The Assisted Reproduction Act 2007⁽²⁾ regulates the use of artificial insemination and *in vitro* fertilisation⁽³⁾ in a highly liberal way and allows lesbian women to become parents through ART with donated sperm. Furthermore,

⁽¹⁾ The authors want to thank Gwendoline Motte for her careful rereading of the draft version of this contribution.

⁽²⁾ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, in *Moniteur belge*, 17 juillet 2007, p. 38575. All legal texts cited in this chapter are available on the website of the Belgian Ministry of Justice (<http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>).

⁽³⁾ The law defines ART as «all terms and conditions of the application of new medical technologies that aid reproduction in which one of the following are performed: 1° artificial insemination, or 2° an in-vitro fertilization technique, that is to say a technique in which, at some point during the procedure, access is given to the egg and/or the embryo».

since the adoption of the Comaternity Act 2014⁽⁴⁾, it has become much easier for women couples to have legal parenthood established with regard to the child as they no longer have to go through the adoption process.

Because of its controversial nature, surrogacy was excluded from the scope of the 2007 legislation and remains currently unregulated in Belgium. However, some fertility clinics already accept to implement surrogacy as the practice is neither authorised nor prohibited and Belgian judges are now inclined to use the ordinary rules of legal parenthood and adoption to create a legal link between the intended parents and the child.

This contribution describes how heterosexual and homosexual couples can fulfil their desire to have a child through ART (I) or surrogacy (II) and be designated as this child's legal parents and puts forward a few thoughts on how further legislation should be adopted in order to achieve a truly equal and consistent legal framework.

2. — *ART with sperm, egg or embryo donation.*

2.1. — *Access to ART.*

The Assisted Reproduction Act 2007 was mainly designed to legalise the practices already implemented by the approved fertility centres⁽⁵⁾ which varied – and still vary – depending on the particular ethical, religious, or philosophical sensibilities of the medical centres and the guidelines established by their local ethics committee.

Accordingly, the law defines the author(s) of a parental project very widely as «any person who has made the decision to become a parent

⁽⁴⁾ Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparenté, in *Moniteur belge*, 5 mai 2014, p. 51703.

⁽⁵⁾ The organisation and funding of these centres is regulated by a royal decree (Arrêté royal du 15 février 1999 fixant les normes auxquelles les programmes de soins «médecine de la reproduction» doivent répondre pour être agréés, in *Moniteur belge*, 25 mars 1999, p. 9556).

through an assisted reproductive procedure, regardless of whether the technique was performed with his or her own gametes or embryos»⁽⁶⁾.

The law nevertheless provides some age-based medical restrictions. Applications for gametes insemination or embryo implantation are only open to adult women aged 45 or under and they must be maximum 47 years old at the time of insemination or implantation. Egg retrieval cannot be performed on a woman after she has reached the age of 45⁽⁷⁾.

The law also provides a few fundamental ethical limits. For instance, eugenics and sex selection are expressly prohibited⁽⁸⁾ unlike post-mortem insemination or implantation which are authorised if it has been provided for in the ART agreement and if it is performed between six months and two years after the death⁽⁹⁾.

Beyond these fundamental medical and ethical rules, the Assisted Reproduction Act does not contain any restriction as to who may apply for ART treatment. Accordingly, anyone, irrespective of his or her couple status, sexual orientation or nationality⁽¹⁰⁾ may contact an approved fertility centre in view of starting a parental project.

However, notwithstanding the limited conditions relating to age or ethics which are outlined in the law, the fertility centres are free to decide which ART treatments they perform and for whose benefit⁽¹¹⁾. Accordingly, if a fertility centre does not want to offer its medical services to homosexual couples, it can rely on a “conscience clause” specifically provided by article 5 of the Belgian law.

⁽⁶⁾ Article 2, f), of the Law of 6 July 2007.

⁽⁷⁾ Article 4 of the Law of 6 July 2007.

⁽⁸⁾ Articles 23 and 52 of the Law of 6 July 2007.

⁽⁹⁾ Articles 15, 16, 44 and 45 of the Law of 6 July 2007.

⁽¹⁰⁾ The law does not require the applicants to be Belgian nationals or Belgian residents in order to access ART in Belgium and this has generated many ART applications initiated by people from abroad, notably from France.

⁽¹¹⁾ See notably M.N. DERESE, G. WILLEMS, *La loi du 6 juillet relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*, in *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 2, p. 283 s.

Each centre must be consistent and transparent about the types of parental projects it agrees to support. When a centre refuses an application, it must do so in writing and it must provide the contact details of another centre more likely to implement the parental project. If the application is accepted, accurate information and counselling is then provided to the intended parents as well as a contract covering all aspects of the project (including the fate of potential supernumerary embryos)⁽¹²⁾.

This profoundly liberal legal framework applicable to ART is a remarkable example of the tendency of Belgian law to recognise and protect pluralism and to heavily rely on the medical profession to deal with controversial bioethical issues.

2.2. – *Parenthood after ART.*

Unfortunately, the Assisted Reproduction Act 2007 exclusively deals with access to ART, without properly addressing the issue of the legal parenthood of the child. This flaw generates significant negative consequences for intended parents using donated gametes or embryos⁽¹³⁾.

Articles 27 and 56 of the law only provide that donors cannot claim legal parenthood nor any of its financial consequences and that, in reverse, no claim can be brought against them by the intended parents. This means that the sperm, egg or embryo donors may under no circumstance be regarded as the child's legal parents.

Articles 27 and 56 also state that in case of gametes or embryo donation, «the rules on legal parenthood contained in the Civil Code shall be

⁽¹²⁾ See the Law of 6 July 2007, notably articles 6 ss.

⁽¹³⁾ Gametes and embryo donation is free and – in most cases – anonymous. A non-anonymous gametes donation (though not an embryo donation) is possible in the case of an agreement between the donor and the recipient(s) (articles 22 and 57 of the Law of 6 July 2007). For more details concerning the question of anonymity in Belgian law, see notably G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, 2014; G. SCHAMPS, M.N. DERESE, *L'anonymat et la procréation médicalement assistée en droit belge. Des pratiques à la loi du 6 juillet 2007*, in B. FEUILLET (dir.), *Procréation assistée et anonymat – Panorama international*, Bruxelles, 2008, pp. 125-152.

interpreted in favour of the author(s) of the parental project». Hence, legal parenthood must be established according to the traditional rules of the Civil Code interpreted in the most favourable way for the intended parents.

However, the traditional provisions of the Civil Code are based on biology and – obviously – are very inappropriate for ART with gamete or embryo donation. This could lead to considerable problems for heterosexual couples as well as for lesbian couples.

2.3. – *Heterosexual couples.*

When a heterosexual couple receives donated gametes or embryos in view of a heterologous insemination or *in vitro* fertilisation, the child's legal parenthood is established according to the classical rules governing maternity and paternity.

Establishing the child's maternity will never present any particular difficulty since under the Belgian law, the legal mother is the woman who gives birth to the child (*mater semper certa est*). Indeed, in cases of ART with egg or embryo donation, the intended mother will still bear the child and will therefore automatically be considered as the legal parent even if she is not the genetic parent⁽¹⁴⁾.

In most cases, the child's legal paternity will also easily be established even if the child results from sperm or embryo donation. If the intended parents are married, the husband will automatically become the legal father of the child on the basis of the presumption of paternity (*pater is est quem nuptiae demonstrant*)⁽¹⁵⁾. If they are not married, the intended father can acknowledge the child with the consent of the mother⁽¹⁶⁾.

However, things can get more complicated if the intended parents separate during the gestation period and argue either because the mother does not want the man to be the father anymore or because the man does not

⁽¹⁴⁾ Article 312 of the Belgian Civil Code.

⁽¹⁵⁾ Article 315 of the Belgian Civil Code.

⁽¹⁶⁾ Article 329 et seq. of the Belgian Civil Code.

want to be the father anymore. If they are married, the presumption of paternity still applies and cannot be challenged successfully even if the husband is not genetically related to the child (art. 318, § 4, CC). But if they are not married, neither the man nor the woman will be able to obtain judicial establishment of paternity because the decisive element is currently the existence or absence of a biological link.

Accordingly, in case of ART with sperm or embryo donation, there is a substantial risk that, if a conflict arises between unmarried intended parents, the mother's partner will not be designated as the father even if he has been a part of the parental project since the very beginning and had signed the ART contract with the mother and the fertility centre.

2.4. – *Lesbian couples.*

Before the adoption of the 2014 Comaternity Act, things were somewhat complicated for lesbian partners who used ART with sperm or embryo donation to become parents since their only option was to go through an adoption process.

Of course, the woman who bore the child was automatically considered as the legal mother, but the second woman had no other choice than to adopt the child. This implied several disadvantages as not only did the adopting woman have to follow the whole process of preparation to adoption, but on top of that, the adoption could only take place two months after the child's birth. Nevertheless, in the cases where, after the birth, the intended mothers were still a couple and/or still agreed on becoming the two legal mothers of the child, adoption could work out well for them and could therefore be considered as a rather satisfying solution. Nevertheless, it could be considered as a quite satisfying solution if, after the birth, the intended mothers were still a couple and/or still agreed on becoming the two legal mothers of the child.

However, substantial problems occurred when the relationship broke down before or shortly after the child's birth: if the biological and legal mother no longer wanted her ex-partner to become the child's adoptive

parent, she could simply refuse to consent to the adoption; if the ex-partner no longer wanted to become the child's adoptive parent, the mother had no possibility of forcing her to take responsibility for the child.

In 2014, the Belgian legislature decided that it was inappropriately burdensome for the second mother to be obliged to establish her legal parenthood through adoption and created a brand new model for lesbian parenthood which allows the child to have, from its birth, two legal mothers (or – more precisely – a mother and a “co-mother”).

The biological mother will still automatically be considered as the legal mother by application of the maternity presumption. If she is married, her same-sex spouse will automatically be considered as the legal co-mother of the child on the basis of a new co-maternity presumption⁽¹⁷⁾. If the mother is not married, her registered partner or *de facto* partner will only have to acknowledge the child before the civil registrar with the mother's consent⁽¹⁸⁾.

Of course, in case of relationship breakdown, conflicts may still arise between the two women. However, if a dispute arises, the family court will, in most cases, decide that co-maternity must be maintained (in case of a married couple) or established (in case of an unmarried couple). Indeed, co-maternity is based on consent: if two women contractually agreed to engage together in an ART process and if there is no doubt that the birth of the child is the consequence of this process, both women must be considered as the child's legal parents.

3. — *Surrogacy*.

3.1. — *Access to surrogacy*.

There is currently no regulation of surrogacy in Belgium. Therefore, surrogacy is neither authorised nor prohibited and, in such a legal vacuum, a limited number of fertility centres accept to implement surrogacy agreements.

⁽¹⁷⁾ Art. 325/2 of the Civil Code.

⁽¹⁸⁾ Art. 325/4 of the Civil Code.

The implementation of a surrogacy agreement in a fertility centre requires an artificial insemination or an *in vitro* fertilisation. As a consequence, the medical and ethical principles laid down by the Assisted Reproduction Act 2007 must be respected.

A surrogacy process carried out in a fertility centre is necessarily altruistic by nature because commercial surrogacy is prohibited in Belgium pursuant to the civil and criminal law principle prohibiting the commercialisation of the human body.

Fertility centres that perform surrogacy obviously remain free to define the conditions under which they accept to implement a surrogacy agreement according to their own ethical approach and values⁽¹⁹⁾. Such conditions may for instance concern: the expected profile of the intended parents (single woman, single man, heterosexual couples, homosexual couples); the expected profile of the surrogate (whether she should be a relative or a friend of the intended parents); the requirement that the intended parents are able to provide all or at least some of the genetic material (eggs, sperm, both); the requirement that the surrogate has previously built her own family; residence or nationality requirements⁽²⁰⁾.

In 2014, the Belgian Parliament commissioned the Senate to elaborate a report on the opportunity of establishing a legal framework for surrogacy. The report was issued in December 2015⁽²¹⁾. It contains nearly three hundred pages and contains an in-depth analysis of the legal and ethical issues related to surrogacy. About twenty five experts were heard and all political groups were asked to express their position on the subject.

Most political groups agree that only commercial surrogacy should be

⁽¹⁹⁾ See also M.N. DERESE, *L'accès à la gestation pour autrui*, in G. SCHAMPS, J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Bruxelles, 2013, pp. 293-323.

⁽²⁰⁾ See notably C. AUTIN, *Gestation pour autrui: expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée*, in G. SCHAMPS, J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, cit., pp. 9-21.

⁽²¹⁾ Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité fait au nom de la Commissions des affaires institutionnelles par M. Mahoux et consorts, *Documents parlementaires*, session ordinaire 2015-2016, n. 6-98/2 (the report is available on the Senate website (<http://www.senate.be>)).

prohibited, while non-commercial surrogacy should be allowed and regulated⁽²²⁾.

Moreover, there is a strong political agreement on the idea that surrogacy should be open both to heterosexual couples and homosexual couples. A vast majority of the political groups also agree on the idea that surrogacy agreements should be approved by the family court before their implementation. Similarly, all political groups consider that at least one of the intentional parents should provide his or her own gametes. However, divergences remain as to whether partial surrogacy as well as full surrogacy should be authorised.

This report now provides the basis for a discussion in the House of Representatives⁽²³⁾ but because the current legislature is coming to an end it is impossible to say if and when such a discussion will be held.

3.2. – *Legal parenthood.*

From a civil law perspective surrogacy contracts are generally considered to be void which means that they cannot be enforced. This means that the surrogate mother can never be obliged to hand over the child to the intended parents and that the intended parents cannot be obliged to welcome the child into their home⁽²⁴⁾. However, if both parties maintain their original intentions, Belgian judge now generally accept to use the traditional rules relating to legal parenthood and adoption to integrate the child in his intended family.

In any case, the name of the woman who carried the child must ap-

⁽²²⁾ The only party which considered that surrogacy should not be legally regulated was the CDH (“Centre Démocrate Humaniste”) which referred to the precautionary principle and advocated the blanket prohibition of surrogacy in Belgium (see notably the above-mentioned Senate report, p. 339).

⁽²³⁾ At least one draft bill is currently pending (for a summary of all the bills that have been formally introduced before, see the above-mentioned Senate report, p. 291 s.).

⁽²⁴⁾ See notably N. GALLUS, *La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel*, in G. SCHAMPS, J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, cit., p. 181 s.

pear on the birth certificate and this automatically establishes legal parenthood⁽²⁵⁾. The surrogate is thus automatically designated as the legal mother of the child regardless of whether she is solely the gestational mother or also the genetic mother.

In case where surrogacy is performed for the benefit of a heterosexual couple, the intended father can legally acknowledge the child⁽²⁶⁾ and the intended mother can adopt the child. The intended parents may also adopt the child jointly. Acknowledgment and adoption will always require the consent of the surrogate mother.

The same applies to homosexual intended parents. Irrespective of their gender, they will be able to become legal parents through acknowledgment and adoption or through joint adoption. However, in Belgium, only two fertility centres currently accept to implement surrogacy for homosexual couples, while most of the time lesbian partners do not need surrogacy to fulfil their desire to be parents.

After some initial reluctance (especially in cases where the surrogate was the genetic mother of the child⁽²⁷⁾), most Belgian courts⁽²⁸⁾ now consider that there is no reason to refuse to pronounce the adoption of a child born through domestic and altruistic surrogacy cases⁽²⁹⁾. As a consequence,

⁽²⁵⁾ Articles 57 and 312 of the Belgian Civil Code. Some French couples come to enter into a surrogacy agreement with a French surrogate mother. Back in France, they use the possibility offered by French law to give birth anonymously, which is not possible in Belgium.

⁽²⁶⁾ Article 329-*bis* of the Civil Code.

⁽²⁷⁾ Ghent Court of Appeal (15th chamber), 16 January 1989, *Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak*, 1989, p. 52.

⁽²⁸⁾ See notably, in chronological order: Brussels Youth Court, 4 June 1996, *Jurisprudence de Mons, Liège et Bruxelles*, 1996, p. 1182; Turnhout Youth Court, 4 October 2000, *Rechtkundig Weekblad*, 2001-2002, p. 206, note F. Swennen; Antwerp Court of Appeals, 14 January 2008 (reforming Antwerp Youth Court, 11 October 2007), *Rechtkundig Weekblad*, 2007-2008, p. 1774, note F. SWENNEN; Brussels Youth Court, 6 May 2009, *Jurisprudence de Mons, Liège et Bruxelles*, 2009, p. 1083 et *Revue trimestrielle de droit familial*, 2011, p. 172, note J. SOSSON; Huy Youth Court, 22 December 2011, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, p. 403. See also G. VERSCHELDEN, L. PLUYM, *Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne)*, in G. SCHAMPS, J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, cit., p. 201 s.

⁽²⁹⁾ However, in 2012, the Ghent Court of Appeal refused to grant the full adoption

if all the parties involved stick to their commitment, it is rather easy to transfer legal parenthood from the surrogate to the intended parents.

However, if the surrogate changes her mind and finally refuses to consent to the acknowledgment or the adoption of the child, intended parents can find themselves facing serious obstacles. An intended father who provided sperm will be entitled to a judicial authorisation to acknowledge the child despite the surrogate refusal to consent. But all other intended parents will have no possibility of being legally recognised as the child's legal parent.

The 2015 Senate report⁽³⁰⁾ reveals that opinions are all the more divided on the question of how parenthood should be established after a surrogacy arrangement. Four political groups consider that paternity, maternity, copaternity or comaternity after surrogacy should be established directly, immediately and automatically in application of the judicially approved surrogacy agreement. Accordingly, the surrogate would never be considered as the child's mother and would not be able to refuse to hand over the child to his or her intentional and legal parents. Three other political parties, however, consider – with slight variations – that parenthood should not be established automatically as a necessary and irreversible consequence of the surrogacy contract. According to this second approach, the surrogate should be recognised the right to change her mind and to decide to remain or to become the child's mother⁽³¹⁾.

requested because it appeared that the adoption dissimulated the buying and selling of a child (the surrogate had received 1.600,00 euros per month during the pregnancy, which exceeds, according to the Court, the normal costs of a surrogacy) and considered that for-profit surrogacy is contrary to human dignity. As a result, the Court ruled that the adoption was not based on “fair motives”, and that the *de facto* relationship established between the child and the adoption candidate did not thwart this analysis (Ghent Youth Court, 13 June 2012, *Tijdschrift Jeugd- en Kinderrechten*, 2012/3, p. 261, note L. PLUYM, *Weigering volle adoptie na commercieel laagtechnologisch draagmoederschap*).

⁽³⁰⁾ See above.

⁽³¹⁾ Even if we have now a comprehensive view of the political positions on surrogacy, the fact remains that there is currently only one law proposal under review and it was tabled in October 2014 by Flemish socialists. According to this proposal, heterosexual and homosexual couples should have access to surrogacy. Only full surrogacy would be accepted and at least one of the intentional parents should also be a genetic parent. Interestingly,

4. — *Remaining discriminations and the need for further reforms.*

To achieve a truly equal and consistent legal framework, further legislation is needed because, as the law stands, the regulation of ART and the lack of regulation of surrogacy involve clear-cut discrimination and uncertainty.

4.1. — *Insemination and in vitro fertilisation.*

The Assisted Reproduction Act 2007 undoubtedly set up a satisfying legal framework for the access to artificial insemination and *in vitro* fertilisation. Moreover, the Comaternity Act 2014 ensures that both lesbian women who participate in the ART agreement will ultimately be designated as the child (co-)mothers. However, as we pointed out, some avoidable uncertainty remains when ART with sperm donation is performed in favour of a heterosexual couple.

To a certain extent, this can be seen as “reverse discrimination” against heterosexual couples. In our opinion, the law should guarantee that where two intended parents entered an ART agreement with a fertility clinic, they should become the legal parents of the conceived child irrespective of the origin of the genetic material and of any dispute arising after the birth. This can be accomplished through a new reform that would enshrine the simple principle that, in cases of ART, the ultimate foundation of legal parenthood is a contractual commitment.

4.2. — *Surrogacy.*

Surrogacy has been practiced for twenty years in Belgium and most judges accept to use the traditional rules relating to parenthood and adoption to integrate the child in the family of the intended parents. It is now time for the Belgian legislature to express a clear authorisation and establish a suitable legal framework.

the proposal provides that no judicial control is necessary before implementation of the surrogacy agreement. At birth, the child would be automatically and definitively considered as the intentional parents’ legal child.

The first reason is that the current state of law creates a discrimination between female and male homosexual couples because male partners need not only an insemination or an *in vitro* fertilisation but also surrogacy to become parents through ART. As surrogacy has been tolerated for years in Belgium, the legislature should legalise it and hereby recognise the right for all couples to become parents through an expressly authorised assisted reproductive technology.

The second reason is that the current state of law leaves way to much uncertainty as to legal parenthood. Either for same sex or different sex couples, there are currently no guarantees that the child's legal parenthood will be established in accordance with the surrogacy agreement. Such uncertainty is detrimental for the intended parents as well as for the surrogate. Here again, the law should lay down the principle that, in case of ART, legal parenthood is based on contractual commitment.

5. — *Conclusion.*

In the wake of the establishment of parenthood for female partners on the basis of the ART convention signed by the mother and the “co-mother”, Belgium has moved towards a new approach of parenthood based on contractual commitment.

For the sake of equality and coherence, the legislature should now carry this logic to its conclusion by establishing the principle that contractual commitment is the fundamental cornerstone of legal parenthood in the ART context for heterosexual couples as well as for homosexual couple and for insemination and *in vitro* fertilisation as well as for surrogacy. Legal certainty is crucial when legal parenthood is at stake and where a baby is conceived through ART there should be no doubt as to who is entitled or obliged to be his or her legal parents.

It is interesting to note that such evolution is not imposed by supra-national standards established by the ECtHR which remains particularly (overly?) cautious as soon as ART and surrogacy are concerned. In *Gas and*

Dubois v France⁽³²⁾ and *Boeckel and Gessner-Boeckel v Germany*⁽³³⁾, the Court did not appear excessively concerned by lesbian partners' comaternity claims. With respect to surrogacy, the Court only dealt with international cases and decided, in *Mennesson v. France* and *Paradiso and Campanelli v Italy*⁽³⁴⁾, that only biological links must be recognised and protected to comply with the right to respect of private and family life enshrined in article 8 of the ECHR.

However, inspiration for reforms may be found in legislation relating to ART and surrogacy adopted in other European and non-European countries. Argentina⁽³⁵⁾ and Québec⁽³⁶⁾ are good examples of jurisdictions where parenthood following ART is regulated by a set of specific legal provisions and expressly rooted in contractual commitment. Closer to Belgium, Greece has developed a legal framework for surrogacy whereby the judicial authorisation of the agreement results in automatic acquisition of legal parenthood by the intended parents⁽³⁷⁾.

It should be emphasised that designating contractual commitment as the indisputable foundation of legal parenthood in ART and surrogacy cases does not necessarily imply, as such, any reconfiguration of legal parenthood in the natural procreation context. Accordingly, the legal parenthood of naturally procreated children should, in our view, at least for now, remain

⁽³²⁾ The Court decided that there had been no breach of the Convention in a situation where a woman was prevented from adopting the child to whom her partner had given birth through an artificial insemination performed in Belgium (ECtHR, *Gas and Dubois v France*, 15 March 2012).

⁽³³⁾ The Court decided that there had been no breach of the Convention in a situation where a woman claimed that her name should be mentioned on the birth certificate of the new-born child of her same-sex registered partner (ECtHR (decision), *Boeckel and Gessner-Boeckel v Germany*, 7 May 2013).

⁽³⁴⁾ ECtHR (GC), *Mennesson v France*, 26 June 2014 and ECtHR (GC), *Paradiso and Campanelli v Italy*, 24 June 2017.

⁽³⁵⁾ See articles 560 s. of the Argentinian Civil Code (<http://servicios.infoleg.gob.ar>).

⁽³⁶⁾ See articles 538 s. of the Quebec Civil Code (<http://legisquebec.gouv.qc.ca>).

⁽³⁷⁾ See K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *Parentage and surrogacy in a European perspective*, in J. SCHERPE (dir.), *European Family Law*, III, *Family Law in a European Perspective*, Cheltenham-Northampton, 2016, p. 257 s.

established through a subtle – and sometimes heartbreakingly complex – balancing of biological and socio-affective links. However, it cannot be excluded that the increased role of will in the ART and surrogacy contexts may lead, in the long run, to a consecration of intention and/or responsibility as the decisive criteria to establish legal parenthood even for naturally conceived children.

ANNUNZIATA RAPILLO (*)

STATUS DI CONCEPITO
E DIRITTO A NON NASCERE SE NON SANI (**)

Abstract: The paper is focused on the investigation on the jurisprudential evolution about the compensatory remedy in favour of the unborn child. This is one of the most fascinating *quaestiones iuris* in the Italian legal system which cannot disregard the preliminary issue, not yet petered out, about the juridical status referred to the unborn child. A significant moment in this debate is represented by the proliferation of new hypothesis of non moral damages, during the last forty years, when the “diritto a non nascere se non sano” had tried, hesitantly, to pick up space, although inhibited by the constitutional interpretation of the principles, among which the “right to life” was declined just in its positive perspective.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il concepito e la sua tutela. – 3. Nuove figure del danno risarcibile. – 4. Il diritto a non nascere se non sano. – 5. La rilettura del sistema. – 6. Posizione della Corte di Cassazione. – 7. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

La questione che riguarda il danno da nascita indesiderata rappresenta un affascinante *topic* della *tort law* nel contesto italiano: sebbene lambisca la difficile materia della responsabilità medica, continuamente oggetto di revisioni e riletture legislative e giurisprudenziali, la profonda complessità dell'argomento si cela dietro la scoperta delle nuove forme di pregiudizio risarcibili e del novero dei legittimati ad agire, dibattito quest'ultimo da sempre fervente⁽¹⁾.

(*) Università degli Studi di Salerno, Dottoranda di ricerca.

(**) La presente ricerca è frutto anche degli studi compiuti presso l'Institute for European studies, University of Malta.

(1) V., per le trattazioni specifiche in materia di filiazione, A. PALAZZO, *La filiazione*, in

Nell'ampio *genus*, infatti, della *wrongful birth/life* vanno incluse varie tipologie di lesioni che producono negativi effetti su soggetti indeterminabili *a priori* e che, in ogni caso, devono fare i conti con le classiche regole dell'illecito civile, talvolta ammorbidite dalla propensione a voler accomodare la vita di chi, nato sfortunato, soggiace ad una tutela rimediale particolarmente atteggiata.

Il danno da nascita indesiderata, invero, sintetizza al suo interno ipotesi di lesione da nascita malformata, danno da vita disagiata in seguito ad azione od omissione di un terzo⁽²⁾, danno patrimoniale per nascita indesiderata in senso stretto, come nelle ipotesi di errore nella procedura abortiva⁽³⁾, e danno da lesione dell'autodeterminazione; diverse fattispecie destinate a diversi trattamenti in relazione sia all'*an* che all'*exequetur*.

Prima facie può evincersi che il dibattito relativo alla tutela del concepito fonde al suo interno due significativi profili problematici, da un lato la posizione giuridica riconosciuta al nascituro, non ancora venuto alla luce eppure destinatario di talune disposizioni legislative; dall'altro la disciplina e l'evoluzione dell'illecito civile e dei suoi elementi che, a partire dagli anni '80 ha galvanizzato l'attenzione delle Corti Superiori intente a delineare i contorni del pregiudizio non patrimoniale⁽⁴⁾.

Tratt. Cicu-Messineo, 2ª ed., Milano, 2013, p. 104 ss., e A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, 2ª ed., Torino, 2018, p. 96 ss.

⁽²⁾ In tal senso merita un richiamo l'ipotesi, invero più volte affrontata dalla giurisprudenza, di perdita parentale nella fase di gestazione: si tratta dei casi di premorienza dei genitori che, benché non vadano a segnare la vita in senso stretto del figlio sono in grado di far crescere in quest'ultimo una lesione conseguente al disagio provocato dalla crescita in assenza di un genitore, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il danno morale al concepito, ovvero il "già e non ancora" nella responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 348.

⁽³⁾ *Ex multis*, cfr. M. BONA, *Filiazione non voluta e risarcimento del danno da bambino non voluto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 82; S. CACACE, *Ancora a proposito di nascite indesiderate*, *ivi*, 2003, p. 1222; A. BITETTO, *Bambino inatteso ... paga il medico consapevole della possibilità del suo arrivo!*, *ivi*, p. 403; R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, *ivi*, 2002, p. 469; G. CASSANO, *Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera "esistenziale"*, in *Dir. fam.*, 2001, p. 106.

⁽⁴⁾ Per la ricostruzione dell'evoluzione del danno non patrimoniale, *ex multis*, cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*,

Senza volersi troppo dilungare sul fenomeno del risarcimento per danni arrecati alla madre in fase di gestazione riconducibile ad errore diagnostico del medico o anche a errato intervento abortivo, la posizione che da decenni ormai è dibattuta nel panorama del diritto civile italiano è quella del nascituro, definito oggetto di tutela dalla giurisprudenza⁽⁵⁾ ma non soggetto giuridico a tutti gli effetti, non foss'altro che per la cristallizzata presa di posizione del legislatore il quale all'art. 1 c.c. ha espressamente previsto che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita.

Il dibattito sorto dalle ceneri della sempre-verde questione attinente all'ampiezza del danno non patrimoniale rafforza il suo vigore quando, nella seconda metà del secolo scorso in occasione della diatriba che ha coinvolto

Milano, 1972; P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Studi in Onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998; G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, p. 150; P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520; ID., *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, *ivi*, 2003, p. 775; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in ID. (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010; A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in S. DELLA MONACA (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 115; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981.

⁽⁵⁾ A tale prospettiva giurisprudenziale fermamente si oppone G. Ballarini, il quale ripercorrendo l'*iter, illo tempore* tracciato da Falzea, ne deduce una seppur particolarmente atteggiata soggettività giuridica. Secondo l'Autore, infatti, aderendo alla teoria organica della soggettività, quest'ultima rappresenterebbe sintesi di due elementi: uno materiale, l'altro formale; il primo sintetizzabile nel substrato reale, requisito primo per una qualificazione soggettiva, il secondo la presenza di una qualificazione di tipo normativo. A ben vedere, infatti, il concepito rappresenterebbe un istituto giuridico in grado di condensare al suo interno entrambe le sfumature, che si relazionano tra loro condizionandosi vicendevolmente. Sempre in ossequio alle teorie di Falzea, inoltre, il riconoscimento della soggettività passa per due momenti, uno di suggellazione formale seguito da un altro che implica l'insorgere di determinati effetti. Senza pretese di esaustività in merito all'impostazione organica, preme porre in evidenza che seguendo tale percorso il nascituro già concepito va annoverato tra i soggetti dotati di una capacità e non tra i meri oggetti di tutela, sebbene si debba parlare di una capacità di tipo statico, che poca attenzione riserva ai diritti patrimoniali, effettivamente sospesi fino all'evento nascita, ma che può essere considerata piena relativamente a quei diritti personali ed inviolabili sanciti nella Carta Costituzionale: cfr. G. BALLARINI, *La capacità giuridica "statica" del concepito*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 1462 ss. Cfr. inoltre, per completezza, A. FALZEA, v. *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8.

per ben due volte la Corte Costituzionale⁽⁶⁾ sempre fermamente ancorata alla volontà legislativa del 1942, la giurisprudenza di legittimità si è mostrata propensa ad una vera e propria proliferazione di nuove ipotesi di pregiudizio meritevoli di tutela risarcitoria. In altri termini, la fattispecie di *wrongful life* coniuga al suo interno questioni giuridiche di fondamentale importanza, ancora oggi al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

2. — *Il concepito e la sua tutela.*

La figura giuridica del nascituro rappresenta un'intrigante questione che fin dall'epoca dei Romani ha vissuto alterne vicende. Sicuramente la posizione assunta dal legislatore del 1942 lascia (e ha lasciato) poco spazio ad interpretazioni arbitrarie: la capacità giuridica, secondo l'ordinamento italiano, si ottiene solo successivamente all'evento nascita, sebbene vi siano forme di tutela e di protezione che il sistema civile appresta al feto non ancora venuto alla luce.

Come anticipato la questione che si incentra sulla posizione giuridica rivestita dal nascituro era oggetto di attenzione già da parte degli studiosi Romani che, in differenti epoche, hanno assunto distinte posizioni. Ciò che è certo è che fin dal II e III secolo a.C. la presenza del concepito e del nascituro veniva già richiamata nel contesto del diritto successorio: gli stessi infatti andavano considerati *pro iam natis* e la loro mancata istituzione nel testamento esponeva la dichiarazione del *de cuius* a forme di invalidità⁽⁷⁾. Medesima

⁽⁶⁾ Il richiamo è alle sentenze Corte cost., 30 giugno-14 luglio 1986, n. 184, e Corte cost., 12 luglio-26 luglio 1979, n. 88.

⁽⁷⁾ Rilevante quanto è emerso dalle *Institutiones* di Gaio (I, 147) in cui era prevista la nomina di tutore per quei soggetti che, concepiti al momento dell'apertura della successione, sarebbero stati considerati sotto la patria potestà del *de cuius* qualora non fosse quest'ultimo passato a miglior vita. Secondo tale visione, infatti, ed in ossequio al brocardo "*pro iam natis habetur*" andavano riconosciuti ai concepiti tutti i diritti patrimoniali positivi di cui potevano avvantaggiarsi, e la valenza imperativa di tale imposizione andava intravista nell'eventuale sanzione che i *postumi* potevano infliggere: in caso di mancata istituzione, infatti, questi ultimi potevano invalidare il testamento interamente: cfr. *Institutiones* di Gaio (II, 130).

impostazione, qualche anno dopo, venne ulteriormente specificata da Celso, il quale spiegava che il concepito, nel momento stesso in cui poteva essere percepito all'interno dell'utero, andava considerato come essere giuridico esistente *in rerum natura*, dunque assegnatario di una tutela rimediale da parte del sistema civilistico.

Invero, tale lettura di romanistica memoria verrà smentita da chi ha sostenuto che la stessa era conseguenza di una prospettiva storica manipolata dagli storici post-classici: secondo tale orientamento, infatti, la forma di protezione che l'ordinamento riservava al nascituro era in ogni caso protesa al futuro, incentrata sul c.d. "*commodus*"⁽⁸⁾.

La menzione del nascituro, limitata al solo diritto successorio, vede una fase di ampliamento nel contesto dei Longobardi in cui allo stesso viene riconosciuto non solo il diritto a rientrare ed essere considerato nell'asse ereditario, ma anche la soggettività idonea a ricevere donazioni.

Certamente la diatriba restava in auge: il quesito era riconducibile alla verifica dell'esatto momento in cui l'acquisizione della soggettività giuridica diveniva non più solo potenziale ma si consolidava in ogni profilo. Ebbene,

⁽⁸⁾ Cfr. in tal senso Gandolfi, il quale ha posto in evidenza i due orientamenti che nel corso degli anni si sono succeduti, negandone peraltro la veridicità: secondo una prima impostazione, infatti, la manipolazione della prospettiva romanistica sarebbe avvenuta con la diffusione del cristianesimo, nell'originaria visione, infatti, al nascituro era negata qualunque forma di personalità, acquisita probabilmente nel corso delle reinterpretazioni che delle massime erano state fornite da studiosi di epoca cristiana. Per altra opinione, invece, il momento di svolta sarebbe riconducibile all'avvento della cultura bizantina, che, cercando di generalizzare quanto già statuito in merito alla equivalenza tra concepito e nato, avrebbe introdotto l'elemento del "*commodus*", cioè del vantaggio, sintetizzando, dunque, la finalità dell'assimilazione in sé. Secondo il Gandolfi, però, tali ipotesi di contaminazione rappresenterebbero esse stesse una manipolazione nella misura in cui fin dall'epoca classica il nascituro era considerato come un nato, ma ciò sotto un profilo rimediale, cioè gli si attribuiva una tutela in ragione della entità futura che si accingeva a divenire. Inoltre, l'affermazione secondo cui il concetto di "*commodus*" sarebbe stata introdotto in una fase posteriore rappresentava una sovrastruttura nella misura in cui era proprio il vantaggio che derivava dal fittizio riconoscimento della personalità che attribuiva il *quid pluris* a livello patrimoniale. Per ulteriori approfondimenti, G. GANDOLFI, v. *Nascituro*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 530 ss.

a tal proposito non può trascurarsi l'opinione di chi sosteneva⁽⁹⁾ che tale valutazione non era soggetta a fattori cronologici ma sorgeva nel momento stesso del concepimento, quando veniva alla luce "l'anima" del nascituro. Tale impostazione non era condivisa da chi, invece, sosteneva andasse presa in considerazione la distinzione che sussisteva tra *informes* e *formati*: solo in tale ultima ipotesi, infatti, l'essere umano poteva essere considerato come esistente *in rerum natura* e, dunque, tutelabile anche sotto un profilo squisitamente giuridico⁽¹⁰⁾.

La propensione a suggellare una distinzione riconducibile al momento della gestazione, invero, sarà anche motivo di analisi da parte dei giuristi posteriori: è, infatti, nell'epoca del cristianesimo che il momento in cui il concepito poteva essere considerato *animatus* viene delineato in maniera più chiara, e ricondotto a 40 giorni ed 80 giorni prima del parto, rispettivamente, in caso di infante di sesso femminile o maschile, termini questi utilizzati per indicare il frangente esatto in cui il concepito diviene essere umano a tutti gli effetti⁽¹¹⁾.

Seppur parzialmente, il diritto romano⁽¹²⁾ viene richiamato nel codice

⁽⁹⁾ TERTULLIANO DI CARTAGINE, *Apologeticum* (IX, 8): «Quanto a noi, essendoci interdetto l'omicidio una volta per tutte, non ci è consentito di distruggere neanche la creatura concepita nel grembo, l'embrione che si sta trasformando in un essere umano. È un omicidio affrettato impedire di nascere, e non importa se si soffoca una vita formata o se si sopprime una vita nascente. È uomo anche chi sta per diventarlo; anche ogni frutto esiste già nel seme».

⁽¹⁰⁾ Tale opinione è riconducibile a Sant'Agostino, il quale sosteneva vi fosse una distinzione tra feti formati e non: solo nei primi infatti i *lineamenta compacta* implicavano il consolidamento dell'anima, e pertanto, solo in tale momento, quando vi era autonoma esistenza del feto dalla madre, individuabile attraverso i movimenti che questo soleva fare nell'utero durante la gestazione, e si poteva considerare esistente *in rerum natura* il concepito.

⁽¹¹⁾ Ovviamente l'identificazione dell'esatto momento non assumeva valore esclusivamente sotto il profilo civilistico, ma risultava fondamentale anche sotto il profilo penale in quanto implicava il perfezionamento con conseguente consumazione del reato di omicidio, in tutte le ipotesi in cui poteva ravvisarsi una sorta di aborto, per così dire, tardivo.

⁽¹²⁾ Tale rinvio particolare è dovuto alla sensibile reinterpretazione che del diritto romano si è data nell'epoca pandettistica: invero, la lettura del sistema antico con l'apposizione del filtro concettuale, tipico di tale epoca moderna, ha concretamente offerto una prospettiva che effettivamente va considerata distinta da quella originale romanistica. La preminen-

francese napoleonico, grande punto di riferimento del sistema codicistico italiano, all'interno del quale la figura del nascituro assume una valenza significativa solo in caso di avvenuto concepimento, lasciato, invece, senza alcuna forma di protezione era il potenziale nascituro non ancora concepito: veniva riservata, infatti, solo successivamente al concepimento una tutela in caso di donazione di beni futuri, avvenuta mediante contratto di matrimonio.

Invero, questione sempre aperta è stata la esatta individuazione dei presupposti in grado di legittimare la venuta ad esistenza del nascituro: in tal senso la tradizione romana poca attenzione prestava a quanto avveniva subito dopo la venuta alla luce del bambino, che veniva considerato soggetto di diritto in seguito al fenomeno della nascita. Diverso il regime adottato dal codice francese del 1804 in cui il nascituro non solo doveva venire alla luce ma doveva nascere vivo⁽¹³⁾, presunzione che si considerava realizzata qualora l'infante nascesse dopo centottanta giorni dal concepimento.

Il codice italiano, riprendendo in blocco tali disposizioni francesi, prese in prestito anche le forme di tutela che l'ordinamento apprestava in caso di morte del padre, attesa la sola possibilità di quest'ultimo di esercitare la patria potestà, impostazione giuridica che, recepita anche nel codice del

za, inoltre, del profilo squisitamente patrimoniale di fine '800 che fungeva da parametro di rilettura del codice di epoca giustiniana attribuiva una valenza all'istituto del concepito ben distinta da quella che, invero, veniva riconosciuta in epoca romana e che, invece, appare più aderente a quanto ereditato nei codici sudamericani, in cui il concepito è solitamente annoverato tra i soggetti di diritto. In tal senso F.D. BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. e dir.*, 1988, p. 213 ss.

⁽¹³⁾ La vitalità, invero, rappresentava di per sé altra *quaestio iuris* significativa per taluno risolta con la necessaria sussistenza del primo vagito e per qualcun altro con la mera respirazione autonoma. Giova in ogni caso porre l'attenzione sul fatto che il legislatore del 1865, fortemente proiettato alla creazione di un testo legislativo unitario, in ragione della recente unificazione, poco tempo e attenzione dedicò alle disciplina normative, per lo più prese in prestito dal *Code Napoléon* del 1804. Per ulteriori approfondimenti in tal senso cfr. v. *Nascituri*, in *Nuovo Dig. it.*, XVII, 1939, p. 859 ss; cfr. inoltre A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 12^{ma} ed., Napoli, 2001, p. 270 ss. Per ulteriori approfondimenti, inoltre, sul contesto preunitario e le contaminazioni francesi, cfr. G. FERRI, *Sulla qualificazione giuridica del concepito nei codici degli stati preunitari e nella stagione della codificazione unitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 227.

1942, solo nel 1975, in occasione della riforma del diritto di famiglia⁽¹⁴⁾, si è convertita in potestà genitoriale, intesa al plurale e dunque suddivisa su ambo i genitori. In ogni caso, la perdita della potestà paterna rendeva il nascituro soggetto vulnerabile al punto da autorizzare la nomina di un tutore in caso di prematura morte del padre, assegnatario del compito di tutelare il beni del concepito sia da eventuali offese dei terzi che della stessa madre.

Da un lato le prese di posizione del legislatore fascista e dall'altro la progressiva evoluzione del diritto di famiglia, che a trent'anni dal codice ha subito notevoli mutamenti, delineano oggi una disciplina relativa al nascituro particolare che però non si è mai sbilanciata in definizioni di valore generale relativamente al *an* e al *quando*⁽¹⁵⁾.

Ciò che ci è dato sapere è sintetizzabile in una serie di norme che, senza entrare nel merito dell'esatta qualificazione del fenomeno, apprestano tutela in casi singolari come quello della successione *mortis causa*, disciplinata all'art. 462 c.c., che elegge tra i soggetti successibili tutti coloro nati o concepiti al momento dell'apertura della successione, specificando che concepito è colui il quale nasce entro 300 giorni dalla morte del *de cuius*. Alla stregua richiamo alla figura del nascituro già concepito è effettuato

⁽¹⁴⁾ Cfr. per spunti di riflessione G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 197.

⁽¹⁵⁾ Tale questione, sebbene si presenti secondaria rispetto alla prioritaria individuazione degli esatti confini della valenza del concepito in sé, assume connotati interessanti soprattutto sotto una prospettiva squisitamente risarcitoria. Di ciò si è occupato Espinoza, il quale ha posto in evidenza la distinzione tra "individualizzazione" e "concepimento" e riconducendo il primo ad una sorta di pre-embrione, inteso come fase di incontro tra gamete e spermatozoo dalla durata di circa 12 ore in cui si spiega la fusione nucleare e che lascia presumere, qualora si intervenisse, la mancanza di qualsivoglia riferimento alla vita umana. Differente invece il concetto di "concepimento" che rappresenterebbe inizio di vita umana in cui non è riconoscibile alcun segmento vitale intermedio e in cui l'eventuale intervento implicherebbe sempre aborto. Invero lo stesso Autore finisce con lo spiegare come i concetti di pre-embrione e di individualizzazione siano errate letture sistematiche in ragione di una sola certezza, ossia che dal momento in cui avviene il concepimento e la singola cellula si distingue da quella materna, contendo invero al suo interno già la completezza dei geni umani, ne scaturisce solo un continuo divenire e un'evoluzione che implica una crescita della vita, già instauratasi a monte: cfr. J.E. ESPINOZA, *Sullo statuto giuridico del concepito*, in *Dir. fam.*, 1994, p. 371 ss.

dall'art. 784 c.c. che disciplina la donazione e definisce potenziale donatario sia il concepito che il nascituro non ancora concepito ma figlio di persona vivente al momento del contratto, con la sola differenza incentrata su una diversa amministrazione dei frutti che, esclusivamente in caso di concepito, spettano al donatario retroattivamente. Il tutto ovviamente incasellato nella cornice delineata dall'art. 1 del codice che, diviso in due incisi, ha destato non poche perplessità nel suo contenuto asciutto e netto che sancisce l'acquisizione della capacità giuridica al momento della nascita e (al 2° comma) che prevede che i diritti riconosciuti dalla legge al concepito restino subordinati all'evento nascita⁽¹⁶⁾.

Sebbene i richiami all'interno del codice civile siano esigui, vi sono una serie normative speciali che vanno ad arricchire la disciplina del concepito, prima fra tutte la normativa sull'interruzione di gravidanza (l. 194 del 1978) che all'art. 1 sancisce la tutela della vita umana fin dal suo inizio, pochi anni prima anticipata dalla legge di istituzione dei consultori familiari (l. 405 del 1975) in cui all'art. 1, lett. c) si affermava il perseguimento della tutela della donna e del prodotto del concepimento. Come può evincersi, dunque, sebbene in maniera poco organica, una forma di protezione a favore del nascituro non era avulsa dalla *intentio legis* fin dagli anni '70; è però con la disciplina sulla procreazione assistita (l. 40 del 2004) che espressamente viene

⁽¹⁶⁾ Notevoli impostazioni si sono succedute sull'interpretazione dell'art. 1 c.c. composto di due commi che tra loro sembrano dar origine ad un contrasto ontologico: il 1° comma, infatti, sancisce l'acquisizione della capacità giuridica al momento della nascita, mentre il 2° comma prevede che i diritti già riconosciuti ai nascituri sono subordinati alla nascita. Due incisi apparentemente in contrasto sono per taluno avvinti da un legame di genere a specie, per altri rappresentano una *conditio iuris* la cui natura appare dubbia. Nell'investigare la consistenza di condizione risolutiva o sospensiva, emerge che la valenza dicotomica dell'alternativa che si consolida nella nascita come evento da cui scaturiscono gli effetti, che in negativo si declina in non acquisizione della capacità, è sicuramente più coerente con la lettura sistematica che, viceversa aderendo ad una natura risolutiva della *conditio* implicherebbe la cessazione degli effetti al momento della nascita con conseguente affermazione di una temporanea sussistenza di una qualche soggettività prima del lieto evento. In tal senso, *ex multis*, F. CARNELUTTI, *Logica e metafisica nello studio del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, 3ª ed., Padova, 1961; G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 499 ss.

sancita la tutela del soggetto concepito, includendolo tra quelli coinvolti nel procedimento di procreazione⁽¹⁷⁾.

Alla luce di quanto sinora affermato la posizione, ai confini della soggettività giuridica, del nascituro non si presenta concetto così certo: invero, in tal senso interviene anche la giurisprudenza di legittimità che più volte si è espressa talvolta forzando le maglie del sistema e volendo

⁽¹⁷⁾ Assolutamente contrario alla disciplina sulla procreazione medicalmente assistita è F. Gazzoni, il quale avverte un senso di mistificazione che va a contaminare l'elemento che più in assoluto dovrebbe essere dominato dal caso: il concepimento. La causalità, a detta dell'Autore, dovrebbe regolare i fenomeni di nascita e morte, mentre sempre più spesso viene disciplinato scientificamente, lasciando sorgere notevoli problemi anche di natura giuridica, come quello della tutela dell'embrione che va ad insinuarsi nel solco della *quaestio iuris* di esclusivo appannaggio, fino al 2004, del concepito non ancora nato. Invero, la normativa prevista dalla l. 40 del 2004, sebbene sembra *prima facie* la fonte normativa della tutela del non ancora nato, non fa altro che integrare una disciplina già di per sé completa, risultato della sincronica lettura del 2° comma dell'art. 1 c.c. e della legge sull'interruzione della gravidanza del 1978. A margine poi, Autorevole giurista, da sempre fautore dell'impossibilità di riconoscere una qualche soggettività giuridica al soggetto ancora racchiuso nel ventre materno, pone in evidenza come tale speculazione si presenti sostanzialmente irrilevante, nella misura in cui la vita umana merita di essere tutelata a prescindere dalla posizione giuridica che il soggetto vulnerabile vanta. Non si può attribuire tanto al concepito che all'embrione la soggettività giuridica, in omaggio a quanto sancito all'art. 1 c.c., sebbene non può negarsi la protezione di stampo conservativo che le discipline speciali negli ultimi quarant'anni riservano a tali categorie ancora non venute alla luce. Per ulteriori approfondimenti F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, p. 181 ss. Diversa opinione quella contenuta negli scritti di F.D. Busnelli, il quale in merito alla normativa del 2004 sostiene una potenziale duplice lettura ancorata e derivante dalla finalità che si vuol dare alla speculazione stessa che si incentra sulla disciplina della procreazione assistita: se, infatti, si pensa di ritrovare una medesima tutela che già sussisteva con la emanazione della legge sull'interruzione della gravidanza del 1978 allora non ne resterebbe che una ridondante e inutile proiezione; qualora, invece, si attribuisca a quanto sancito all'art. 1 della l. 40 del 2004 il valore di riconoscimento del soggetto giuridico, allora la stessa assumerebbe un ruolo peculiare e innovativo, in ragione della potenziale fonte di nuove forme di tutela, anche preventive: cfr. F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. cin.*, 2004, p. 533 ss. Per ulteriori approfondimenti recenti in tema di procreazione medicalmente assistita, cfr. M. CASINI, *La dimenticanza del diritto alla famiglia del figlio concepito con le tecniche di Pma sotto il profilo dell'unitarietà delle figure genitoriali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, p. 73; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. cin.*, 2011, p. 459.

intravedere una capacità particolarmente atteggiata, talaltra ponendo in evidenza la consistenza del concepito come oggetto di tutela da parte del sistema giuridico odierno. Come si avrà modo di osservare, inoltre, la esatta qualificazione giuridica del fenomeno finirà col divenire solo incidentale questione, dal valore poco significativo, visto che lo sfumato sillogismo tra soggettività ed esperibilità delle azioni di tutela, come già *illo tempore* affermato «non condiziona la verifica della rilevanza e neanche la tutela riferita allo stesso concepito»⁽¹⁸⁾.

3. — *Nuove figure del danno risarcibile.*

Come anticipato, la questione relativa alla tutela risarcitoria esperibile *iure proprio* dal nascituro si inserisce nel solco delineato dalla giurisprudenza costituzionale che, negli anni '80, ha preso posizione sulla apparente aporia del danno non patrimoniale.

Invero, la proliferazione delle forme di pregiudizio e le elaborazioni relative ai confini della lesione non patrimoniale, che in un certo momento sembrava scivolare in una patologica dimensione atipica, trovano un argine nella presa di posizione della Corte Costituzionale n. 233 del 2003⁽¹⁹⁾, che fotografa un notevole cambio di prospettiva, in grado di abbracciare al suo interno sfumature risarcitorie prima solo evanescenti. In un simile contesto storico, con prepotenza, ritorna in auge il dilemma relativo al nascituro e alla meritevolezza risarcitoria delle lesioni che, sebbene poste in essere durante il periodo di gestazione, sono in grado di spiegare effetti negativi anche dopo la nascita, ingabbiando il neonato in una condizione di *handicap* e disabilità⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ L'affermazione, sintesi di pragmatica proiezione alla semplificazione delle questioni giuridiche, è di G. Oppo il quale in occasione del Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei – dal titolo *Il diritto e la vita materiale* – presentò il suo saggio confluito successivamente nella *Rivista di diritto civile* del 1982 dal titolo *L'inizio della vita umana*, p. 499 ss.

⁽¹⁹⁾ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233. V. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 589 ss.

⁽²⁰⁾ Per un approfondimento relativo alle eventuali forme di danno riconducibili alla

Soccorrono, nel perimetrare le ipotesi di pregiudizio risarcibile, le generali norme che regolano l'illecito civile, reinterpretate secondo una prospettiva dinamica e non più solo attenta alla tutela dei diritti soggettivi, bensì protesa ad un ripristino dello *status quo ante* in caso di lesione ingiusta alla sfera giuridica del destinatario.

Particolarmente ampio l'elenco delle posizioni ritenute meritevoli di protezione: la vita familiare resta una priorità del contesto costituzionale italiano che colora di differente significato la tutela della persona *tout court* intesa; in tale procedimento va innestandosi il fenomeno della cd. depatrimonializzazione del diritto civile⁽²¹⁾ da cui scaturisce il peso di dover affrontare scelte tragiche, oscillanti tra più diritti inviolabili e in contrapposizione tra loro⁽²²⁾.

La strada giurisprudenziale del risarcimento del danno a favore del nascituro prende le mosse da una sentenza della Cassazione che, nel 2002⁽²³⁾

procedura di procreazione, naturale e artificiale, si tengano in considerazione i contributi di S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 251; nonché, I. SARDELLA, *Quali danni risarcibili se nasce un figlio non desiderato?*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 615.

⁽²¹⁾ A tal proposito doveroso il richiamo a C. DONISI, *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644; P. PERLINGIERI, *"Depatrimonializzazione" e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1.

⁽²²⁾ Giova richiamare quelli che per Autorevole dottrina vengono riconosciuti come i tre fattori fondamentali nella rilettura sistematica della figura del concepito, riconducibili in primo luogo all'abbandono dell'impostazione ereditata dalla pandettistica tedesca, in grado di concettualizzare e sublimare in astratte categorie molteplici sfumature del mondo giuridico; in secondo luogo, il fenomeno di depatrimonializzazione che ha caratterizzato il XX secolo, soprattutto in ragione dell'introduzione della Carta Costituzionale che nel 1948 ha forzato un mutamento prospettico non più proiettato alla preminenza dei traffici e della ricchezza, quanto alla salvaguardia della persona umana e dei diritti che intorno a quest'ultima ruotano; infine, il diffondersi di una serie di contemperamenti e bilanciamenti di valori che hanno, nel corso del tempo, condotto a quelle che illustre giurista americano definiva "scelte tragiche". Il richiamo per tal prospettiva è a F.D. BUSNELLI, *Lo statuto del concepito*, in *Dem. e dir.*, 1988, p. 213 ss.

⁽²³⁾ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giur. it.*, 2003, p. 883. In tale occasione, invero, la Corte riconosce al padre una pretesa risarcitoria non derivante da danni secondari o da rimbalzo ma in quanto terzo soggetto protetto dal contratto stipulato tra la gestante e il

per la prima volta, statuisce come la nascita di un figlio possa rappresentare un “non lieto evento” per il nucleo familiare nel suo complesso, riconoscendo non solo alla madre l’esperibilità della domanda risarcitoria, ma estendendo anche al padre del nato indesiderato analogo potenziale forma di rimedio. A tale conclusione la Suprema Corte giunge in conseguenza del riconoscimento della natura del contratto stipulato tra la gestante e il ginecologo come contratto con effetti protettivi in favore del terzo, terzo in tal frangente rappresentato non solo dal concepito ma anche dal padre dello stesso.

Tale presa di posizione della Corte dà la stura al dibattito dottrinale che ravvede una lesione del parametro dell’uguaglianza nella esperibilità dell’azione risarcitoria da parte del padre, dei fratelli ma non del soggetto che effettivamente subisce le conseguenze più limitanti e gravi: il concepito.

Nulla questio relativamente alle forme di danno che rappresentano conseguenza diretta e immediata di azioni od omissioni del terzo: in tal senso appare fuori da ogni dubbio il risarcimento in caso di condotta negligente del medico, sia qualora la stessa sia stata posta in essere in fase di gestazione che qualora il danno rappresenti conseguenza di incidenti in fase di travaglio e parto.

ginecologo, stabilendo che a al genitore spetta una liquidazione sia di stampo patrimoniale, che andrà divisa con la moglie, che non patrimoniale, autonoma. La lesione in questione, però, non va ricercata nella mancata interruzione della gravidanza o nella lesione del diritto di autodeterminazione bensì nel pregiudizio che deriva dalla nascita di un figlio malformato, per citare Cass. 14488 del 2004 “anormale” e che, pertanto, implica una vita disagiata anche al genitore. Inoltre come posto in evidenza da V. Guglielmucci, che nella medesima occasione, però la Corte di Cassazione si espresse in senso negativo rispetto alla titolarità di un’azione al risarcimento esperibile dal concepito: in primo luogo la mancanza di un’affezione patologica in grado di degenerare la vita del neonato, vista la portata congenita della sua malattia che mai aveva consentito una vita normale; in secondo luogo la consistenza di una mera aspettativa di diritto a nascere sani creerebbe notevoli conflittualità tra genitore e nato disagiato, in *Riflessioni in tema di danni da procreazione in Danno e resp.*, 2007, p. 957. Cfr. in senso conforme Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in cui il giudice si esprime a favore della liquidazione del danno non patrimoniale in via equitativa, in *Giur. it.*, 2007, p. 628, con nota di A. RESTIGNOLI, *Nota in tema di danno da nascita indesiderata*; G. FACCI, *Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 256; S. CACACE, *La scelta solo alla madre, il risarcimento anche al padre: cronache di una nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 510.

A ben vedere, infatti, a prescindere dal titolo di responsabilità che all' esercente la professione sanitaria si vuol attribuire⁽²⁴⁾ – oggi riformata in seguito alla revisione della disciplina dapprima con l'ausilio della normativa Balduzzi nel 2012⁽²⁵⁾ e lo scorso anno con la Legge Gelli-Bianco⁽²⁶⁾, che ha sancito il definitivo superamento della teoria del contatto sociale qualificato secondo quanto previsto nella Sent. Corte Cassazione 589 del 1999⁽²⁷⁾ – in conformità alla verifica successiva al giudizio controfattuale, la condotta in sé rappresenta il fulcro del pregiudizio arrecato e la sola causa scatenante, da cui può desumersi, pertanto, l'applicazione della disciplina dell'illecito.

Problema diverso, invece, emerge nell'ipotesi in cui la condotta negligente del medico si consolidi nel mancato e tempestivo riconoscimento della sussistenza di una grave patologia congenita a carico del nascituro che, inaspetta-

⁽²⁴⁾ Interessante sotto tal profilo il contributo di L. VIOLA, *Il danno da nascita indesiderata: contratto con effetti protettivi o contatto sociale?*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 527; V. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*, in *Contratti*, 2010, p. 662; S. MAGRA, *La responsabilità professionale medica*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 842; G. GLIATTA, *Il danno da procreazione: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento e la natura della responsabilità del medico*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 845; C. GARGIONI, *Il medico, l'ospedale e una nascita indesiderata*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 795; inoltre, A. GALATI, *Considerazioni su errore diagnostico, danno da nascita indesiderata e danni risarcibili*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 865.

⁽²⁵⁾ Per approfondimenti relativi alla riforma del 2012 cfr., *ex multis*, G. FORTE, *Il “quadro in movimento” della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 738; A. PANTI, *“Decreto Balduzzi” e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 735; V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 378; G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, *ivi*, 2016, p. 816; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida*, *ivi*, p. 801.

⁽²⁶⁾ La legge in questione è la n. 24 del 2017, per approfondimenti cfr., *ex multis*, D. RONCALI, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 280; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 572; M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017 ... “quo vadit”? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 293; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, *ivi*, p. 268; M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, *ivi*, p. 75; A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 769.

⁽²⁷⁾ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589.

tamente, nasce e vive una vita *handicappata*: in una simile fattispecie il profilo complesso è duplice visto che, da un lato, l'azione negligente implica la violazione del diritto di autodeterminazione per la madre che è stata privata della libertà di scegliere di interrompere la gravidanza; dall'altro, intacca la sfera giuridica del neonato, ingabbiato in uno stato patologico, solitamente, irreversibile.

In punta di piedi emerge e va cristallizzandosi il concetto di “diritto a non nascere se non sano” che sconvolge il classico contemperamento tra diritti di pari valore costituzionale: non è, invero, disciplinato il diritto a non nascere in nessuna sfumatura possibile. La Costituzione italiana, sebbene non esplicitamente, infatti, tutela la vita attraverso il richiamo e la lettura combinata dell'art. 2 della Carta, che tutela la persona umana e i relativi diritti della personalità, e l'art. 27, 4° comma, che vieta indiscutibilmente la pena di morte.

Distante dai principi che hanno dettato il cambiamento rappresentato dalla costituzionalizzazione del sistema giuridico, il diritto a non nascere (*recitius*, alla morte) non appare meritevole di protezione, impedendo qualunque tipo di bilanciamento: non si prospetta alcuna alternativa degna di conflitto, infatti, tra il diritto a nascere malati e quello a non venire alla luce.

4. — *Il diritto a non nascere se non sano.*

Il consolidamento del “diritto a non nascere se non sano”⁽²⁸⁾ finisce nelle

⁽²⁸⁾ Preliminarmente giova segnalare la posizione, per così dire, scettica mostrata da F. Gazzoni, che dopo aver chiarito la logicità di ogni singola forma di tutela risarcitoria per equivalente nell'ipotesi in cui un terzo in fase di parto o gestazione ha intaccato la sfera giuridica del nascituro, fermamente censura qualsiasi ipotesi di protezione in caso di malattia congenita, con consequenziale ripudio del diritto a non nascere se non sano. Le ragioni addotte sono due, la prima sostanzialmente legata all'assenza di un nesso causale in grado di vincolare eziologicamente la condotta del medico, presunto responsabile, alla patologia del neonato. In seconda battuta, una simile legittimazione darebbe origine ad una latente ammissione di meccanismi di eugenia, contrari a qualunque principio che tuteli la vita umana: cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, p. 181 ss.

Sulla questione v., di recente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 98 ss.

Aule della Corte di Cassazione nel 2004⁽²⁹⁾ quando una coppia ricorre per vizio di legittimità della sentenza di appello, sostenendo l'inopportunità del sistema che contempla una tutela risarcitoria per la madre, nonché per il padre e gli altri membri della famiglia, ma non per il nato malformato, destinato a vivere una vita tragicamente compromessa.

Invero, la prima osservazione da fare riguarda la potenziale legittimazione all'azione risarcitoria in ragione della titolarità del diritto: quest'ultimo, infatti, si presenta come "adespota" nella misura in cui la legittimazione ad agire si consolida in capo al soggetto al momento della venuta alla luce, nascita che però, in caso di esercizio legittimo del diritto di non nascere perché non sano, rappresenterebbe al contempo la perdita del diritto stesso. Mettendo per un secondo da parte il curioso gioco di parole che ne vien fuori, il nucleo della questione è riscontrabile nella aporia che ravvede l'insorgere della posizione di tutela solo nel caso in cui non venga alla luce il solo soggetto potenzialmente legittimato a far valere la lesione. D'altra parte, qualora tale diritto non venisse esercitato, comportando la nascita del neonato malato, non vi sarebbe spazio per la relativa tutela conseguente alla sua violazione.

A tale profilo dal sapore squisitamente processuale va accostato un ulteriore punto di riflessione dal valore sostanziale e aprioristico, riconducibile alla sussistenza nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere in previsione di una *wrongful life*: che vi sia una propensione a tutelare la nascita e il diritto alla vita è ovvio, sia attraverso il richiamo desumibile dalla Carta Costituzionale⁽³⁰⁾,

⁽²⁹⁾ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3327, con nota di A. BITETTO, *Il diritto a nascere sani*; in *Fam. e dir.*, 2004, p. 559, con nota di G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; in *Giust. cin.*, 2005, I, p. 221, con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*; in *Resp. cin. e prev.*, 2004, p. 1348, con nota di M. GORGONI, *La nascita va accettata senza beneficio di inventario?*.

⁽³⁰⁾ Invero, secondo Autorevole Dottrina l'avvento della Costituzione aveva contribuito ad una nuova prospettiva di osservazione: andava infatti posta in evidenza da un lato la personalità, che implicava un vero e proprio valore e che, risultando degno di tutela sotto un profilo squisitamente oggettivo, andava declinato secondo i principi sanciti a livello costituzionale. D'altro lato il concetto di capacità giuridica continuava ad assumere un valore fondamentale nel suo significato di titolarità di situazioni giuridiche soggettive, pertanto profilo imprescindibile del soggetto di diritto nella sua massima consistenza. Il richiamo è immediato a P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

principalmente con gli artt. 2 e 32⁽³¹⁾ Cost., che sulla base di quanto affermato

⁽³¹⁾ In tal senso non va sottovalutato il testo e il valore che la Carta ha attribuito al diritto alla salute, posto in evidenza *ex multis* da N. COVIELLO, *La tutela della salute dell'individuo concepito*, in *Dir. fam. e pers.*, 1978, p. 245 ss. Secondo quanto letteralmente previsto, infatti, «la Repubblica italiana tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo», con la possibilità dunque di annoverare all'interno della categoria di individuo non solo la persona umana venuta alla luce, ma qualunque forma e sfumatura dell'essere umano. Sebbene sullo sfondo di tale osservazione si celasse il più ampio dibattito sulla diretta applicabilità delle norme costituzionali, non ancora oggi definitivamente sopito, non va trascurato che effettivamente il richiamo al concetto di individuo è stato dai Padri Costituenti riservato solo alla disciplina del bene salute: non si presenta, dunque, avulsa dalla realtà l'interpretazione di quanti ravvedevano in quel singolo termine una presa di posizioni più ampia che suggellava non solo la protezione di un diritto fondamentale, ma anche un ampliamento dell'ambito di applicazione dello stesso, astrattamente invocabile anche dal concepito. Da ciò prendevano le mosse le teorie di quanti riconoscevano in tale lettura costituzionale un'implicita affermazione della valenza generale della categoria del concepito, a cui andavano estese molteplici tutele in quanto desumibili dalla prospettiva costituzionalmente orientata. In tal senso va segnalata la posizione assunta da C.M. Bianca il quale, ben fermo sull'idea che l'evento nascita non rappresentasse un vero e proprio spartiacque, riconosceva una capacità giuridica particolarmente atteggiata, da definire "provvisoria" in ragione della sussistenza in capo al nascituro di taluni diritti patrimoniali che, a ben vedere, non sono sospesi ma gestiti e amministrati dai genitori. Da ciò veniva alla luce un sistema in cui il concepito dotato di una sua capacità giuridica poteva esercitare la stessa autonomamente solo al momento della nascita, per ovvie ragioni, restando pur sempre titolare di diritti anche nel corso della gestazione e potendo fruire della rappresentanza dei genitori. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1987. Parzialmente aderente a tale impostazione J.E. Espinoza, il quale, concordando sulla sussistenza di una serie di diritti e personali e patrimoniali in capo al concepito, riconosce a quest'ultimo più che la capacità giuridica la valenza di soggetto di diritto, maggiormente performante all'ipotesi in cui non venendo alla luce andrebbero ad estinguersi i diritti patrimoniali e personali ma non la soggettività: cfr. J.E. ESPINOZA, *Sullo statuto giuridico del concepito*, cit., p. 371 ss. Merita un cenno anche la posizione di P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 247 ss., in cui l'Autore conclude che sebbene la disposizione prevista all'art. 1 c.c. abbia come fine quello di fungere da spartiacque giova in ogni caso far presente che non può negarsi l'esistenza di un fulcro vitale anche durante la fase della gestazione e dubitare in tal senso comporterebbe una mortificazione della sintesi tra materia e spirito che rappresenta l'essenza di qualsiasi concezione del soggetto umano. Inoltre, va richiamata, sebbene parzialmente distante in senso complessivo, la posizione di F. Gazzoni, il quale sostiene che l'uomo rappresenti per il diritto, più che una fattispecie complessa, una fattispecie a formazione progressiva per il cui perfezionamento non è sufficiente il concepimento ma resta necessaria la nascita, fermo restando sullo sfondo l'impossibilità di richiamare la scissione tra soggettività e capacità

in una storica sentenza del 1975⁽³²⁾ in cui il Giudice delle Leggi precisò come il sistema giuridico italiano tutela la maternità e la vita⁽³³⁾.

Il *quid pluris* del ragionamento va, però, ritrovato nell'affermazione secondo cui tale protezione è proiezione di una prospettiva in senso positivo: l'ordinamento, invero, tutela il diritto alla vita in senso affermativo, quindi proteso alla venuta ad esistenza e non certo alla non nascita. A sostegno di tale visione non solo gli artt. 2 e 30, II comma che tutelano la maternità e i diritti inviolabili dell'uomo, ma anche la legge n. 194 del 1978 che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza e che riconosce una protezione della vita fin dal suo concepimento, creando, peraltro, un ulteriore apparente contrasto⁽³⁴⁾ di normative in relazione all'art. 1 c.c., che

giuridica, in *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 181 ss.

⁽³²⁾ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, c. 515. *Ex multis* commentata da G. DALLA TORRE, *Riflessioni sulla sentenza costituzionale n. 27/1975 in tema di aborto*, in *Dir. fam. e pers.*, 1975, p. 599; M. RAVERAIRA, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale dichiarativa della illegittimità parziale dell'art. 546 del codice penale*, in *Giur. it.*, 1975, I, c. 1418.

⁽³³⁾ Invero, numerose sono le disposizioni costituzionali che nel corso del tempo sono state ricondotte a base della tutela del concepito, ricostruite *ex multis* da P. Grossi che in un saggio ne giustifica le *rationes*, che, inoltre hanno consentito di filtrare la discrasia che l'art. 1 c.c. presentava, ricollegando la duplicità di atteggiamento del legislatore ad un implicito rapporto di genere a specie tra i due commi. A ben vedere, prima grande fallace prospettiva è quella proposta dal rinvio all'art. 2 della Carta: la tutela, infatti, che la Costituzione assicura ai diritti inviolabili dell'uomo richiedono la preliminare statuizione di una situazione di uguaglianza tra il concepito e l'uomo nato, che invero, rappresenta uno dei dilemmi più rilevanti in tal contesto di investigazione. Alla stregua il richiamo all'art. 27, 4° comma, che ripudia la morte sancendo il divieto della pena che implica l'uccisione del condannato, precetto costituzionale che celebra la vita, sebbene ne contempli una deroga in caso di stato di necessità. Differente approccio quello, invece, riservato all'art. 31 Cost., che nel tutelare la madre, e non espressamente il concepito, ne riconosce quantomeno implicitamente l'esistenza, sotto una dimensione dualistica; mentre certamente non trascurabile appare, come in altri frangenti affermato, la tutela del diritto alla salute sancito all'art. 32 Cost. e che viene assicurato ad ogni individuo, termine a tal punto generico quest'ultimo da non esser in grado di ingabbiare al suo interno il solo concetto di essere umano, implicando uno spiraglio per la situazione giuridica del concepito, alla stregua degna di protezione: cfr. P. GROSSI, *Alcune considerazioni in merito al problema della tutela giuridica del concepito*, in *Arch. giur.*, 2005, IV, p. 599 ss.

⁽³⁴⁾ Di apparente contrasto parla P. Giammaria, il quale sostiene si tratti di una mera

recepisce l'impostazione francese secondo cui la capacità giuridica si ottiene solo con la venuta alla luce.

Inoltre, la tutela incompressibile che l'ordinamento riserva al diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* non sorge al momento della nascita, bensì retroattivamente si espande anche al periodo precedente e riconducibile alla gestazione: la possibilità di valutare lo stato di salute del nascituro e decidere *a posteriori* se esercitare il diritto all'aborto, oltre i limiti stabiliti nella disciplina normativa del 1978, darebbero origine a fenomeni di eugenia prenatale, assolutamente contrari non solo all'art. 2 della Costituzione ma anche al dettame di cui all'art. 5 Cost., relativo all'indisponibilità del proprio corpo.

La questione, si presenta a ben vedere delicata: il contrasto tra la sfera giuridica della madre e quella del concepito sembra creare uno sbilanciato contemperamento di interessi che protende alla risoluzione di un conflitto tra la vita già in corso e quella, al momento, solo potenziale. Approccio rinvigorito dall'idea che la autodeterminazione all'aborto esercitabile dalla gestante incontri il suo limite nella tutela della propria salute fisica e mentale, a null'altro rilevando valutazioni di differente portata che lascerebbero scivolare la condotta nell'illecito penalmente rilevante di aborto previsto all'art. 19 della stessa legge del 1978.

In altri termini, la libera autodeterminazione all'interruzione di gravidanza non appare come diritto autonomamente definito ed esercitabile,

proiezione della rielaborazione pandettistica di fine ottocento: invero, l'art. 1 c.c. presenta al suo interno una regola al 1° comma, che nell'affermare che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita pone in dubbio la valenza giuridica di un soggetto non ancora venuto alla luce, eppure al 2° comma specifica che i diritti che sono riservati dalla legge al concepito sono subordinati alla nascita, lasciando intendere tra le righe che ci sono talune ipotesi in cui il nascituro e i suoi "diritti" sono presi in considerazioni e gestiti dal legislatore. Al contempo, interviene in tal distonica lettura la legge sull'interruzione di gravidanza del 1978 in cui viene esplicitamente sancito che lo Stato tutela la vita fin dal suo inizio, affermazione questa potenzialmente catastrofica in relazione a quanto affermato nel codice civile, eppure metabolizzata nel migliore dei modi. Forse ciò che giova porre in evidenza a tal proposito è che sussiste una vera e propria distinzione ontologica tra i diritti di cui parla il codice, per lo più sintetizzabili nella sfera patrimoniale, e quelli di cui la disciplina sulla interruzione di gravidanza si fa carico, dalla valenza squisitamente personale: cfr. P. GIAMMARRIA, *Cenni sul danno al concepito*, in *Giur. merito*, 1992, p. 337 ss.

quanto piuttosto una declinazione particolarmente atteggiata della causa di giustificazione dello stato di necessità che, attraverso una rilettura sistematica, consentirebbe alla gestante di riportare la sua condotta da una sfera illecita a quella lecita, in ragione della preminenza della tutela del bene salute. È proprio tale dinamica che rende vivo il contrasto tra beni costituzionalmente rilevanti: qualora, infatti, alla malformazione grave del concepito equivarrebbe la potenziale lesione alla salute della donna, gli interessi in conflitto sarebbero destinati a convergere, protendendo, però, per l'aberrante idea della sussistenza di un diritto a non nascere.

Neanche attraverso l'ausilio del concetto di contratto con effetti protettivi a favore del terzo sarebbe concepibile una rilettura del sistema: il dovere di protezione, invero, che l'ordinamento estende contrattualmente al concepito ha come preponderante funzione consentire la nascita e mai la non nascita di quest'ultimo.

Molteplici, pertanto, le ragioni che ostano ad una simile prospettiva di tutela: imprescindibile la questione sostanziale, la mancanza di un simile diritto⁽³⁵⁾; lacuna che si accompagna alla impossibilità di ravvedere un soggetto legittimato a richiedere una tutela risarcitoria, vista la natura adespota del diritto; infine, il necessario confronto con la disciplina dell'illecito civile delineata in epoca fascista.

L'impostazione che privilegia esclusivamente la compensazione di danni conseguenza, come sancito all'art. 1223 e ss. del codice da un lato, e dall'altro la mancanza, in siffatta ipotesi, di un vincolo causale idoneo ad arrecare la lesione, rappresentano insormontabili ostacoli alla liquidazione di un simile

⁽³⁵⁾ In tal senso si veda, *ex multis*, R.F. IANNONE, *Il confine tra soggetto e persona nella legalità costituzionale: la soggettività del concepito e il diritto a nascere sano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 603, il quale pone in evidenza come il sistema italiano nel corso delle sue molteplici evoluzioni non abbia mai preso in considerazione la tutela del "diritto a non nascere se non sano", quanto piuttosto meritevole di tutela si presenta il diritto a nascere sano. Sebbene possa sembrare un artificio retorico si tratta nel primo caso di una forma di protezione della non nascita, concetto questo che non viene mai contemplato nell'ordinamento italiano, neanche nella disciplina sulla legge per l'interruzione della gravidanza in cui, a ben vedere, il legislatore non tutela l'aborto ma (a contrario) si milita a legittimare la condotta della gestante nella fase che implica la tutela del suo diritto alla salute.

pregiudizio. Fermo restando, invero, come anticipato, il diritto del neonato ad ottenere un risarcimento in ragione della lesione intervenuta in fase di parto o nel corso della gestazione⁽³⁶⁾ per condotta attiva od omissiva del terzo, causalmente idonea ad intaccare il bene salute del nascituro, la fattispecie in cui il concepito sia affetto da gravi malformazioni congenite sublima la relazione causa-effetto, in cui l'esercente la professione sanitaria non interviene minimamente, né è in grado di apprestare un reale contributo eziologico. In tal caso, infatti, il problema principale secondo una prospettiva squisitamente di *tort law* è ricollegabile alla mancanza da parte del medico di un vero e proprio dominio del decorso causale, che non è stato iniziato né continuato dallo stesso, prescindendo da sua condotta o negligenza. Certamente la situazione si presenta diversa nei confronti della donna che, proprio in ragione della natura congenita delle malformazioni, poteva legittimamente ricorrere alla disciplina sull'interruzione di gravidanza e che in conseguenza della negligenza del medico non ha avuto la possibilità di valutare tale opzione, emergendone una lesione del suo diritto all'autodeterminazione, invero, al centro di altra questione riguardante il carico e l'onere probatorio al fine di conseguire il risarcimento del danno.

Rispetto al neonato, invece, da un lato l'assenza di una significativa rilevanza del danno conseguenza (che in astratto sarebbe sintetizzabile nell'alternativa: vita malformata – non vita), nonché la non riscontrabile causalità della condotta del ginecologo dall'altro, rendono l'esperibilità del rimedio risarcitorio una forzatura sistematica, priva di valenza giuridica in senso stretto⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ *Ex multis*, Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Danno e resp.*, 2009, p. 1167, con nota di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale*; in *Foro it.*, 2010, I, c. 157, con nota di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano*; in *Contr. e impr.*, 2009, p. 537, con nota di F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*; in *Corr. giur.*, 2010, p. 365, con commento di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*; in *Resp. civ.*, 2009, p. 706, con nota di L. VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*.

⁽³⁷⁾ *Ex multis*, A. PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 1; G. FACCI, *Il danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 254; M. FRANZONI, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 486.

5. — *La rilettura del sistema.*

Tale prospettiva, consolidatasi nel tempo e in parte presa in prestito dalla visione francese⁽³⁸⁾ che riconosce al nucleo familiare l'esperibilità del rimedio compensativo, limitando tale possibilità solo ai parenti ed escludendolo "normativamente" per il concepito, si è graniticamente imposta a livello giurisprudenziale⁽³⁹⁾ fino a che un provvedimento della Corte di Cassazione del 2012⁽⁴⁰⁾ ha smosso lo stato dell'arte, proponendo,

⁽³⁸⁾ Il richiamo va al caso di *Nicolas Perruche*, bimbo nato malformato dalla madre la quale in fase di gestazione aveva contratto dalla prima figlia la rosolia, che aveva compromesso irreversibilmente lo stato di salute del secondogenito. In tale occasione la Corte di Cassazione francese (cfr. Ass. plèn., 17 novembre 2000, pubblicata anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 209) decide di liquidare anche al bimbo il danno, pregiudizio non conseguente all'alternativa nascita sana/non nascita, quanto parametrato al disvalore di una vita handicappata, ingabbiata in una perenne condizione di patologico disagio e disabilità. Inizia un momento giurisprudenziale in Francia in cui il pregiudizio dell'*enfant* sembra rappresentare la soluzione a molteplici dispute afferenti al settore della responsabilità medica, fino a quando il legislatore, preoccupato della proliferazione di giudizi e liquidazioni esose, tenta di arginare la portata del fenomeno con l'introduzione della *Loi Kouchner* del 4 marzo 2002, n. 2002/303, in cui normativamente si esclude qualunque forma di risarcimento del danno a favore del nato malformato, qualora affetto da patologia congenita. Invero, l'avvento tempestivo della normativa ha comunque dovuto subire il contraccolpo dell'intervento della Corte Costituzionale che ha sancito la irretroattività della *Loi*, lasciando in piedi i giudizi iniziati prima del marzo 2007 e, pertanto, portavoce di un *enfant préjudice* di smisurato valore, ora ammortizzati dai principi della *Solidarité Nationale*. Sempre in relazione all'approccio francese, cfr. V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 97.

⁽³⁹⁾ Invero, merita di essere segnalata una pronuncia del Tribunale di Reggio Calabria, Sez. II, 31 marzo 2004, che per la prima volta apre uno spiraglio alla liquidazione di un danno da *wrongful life*, in occasione di una omessa diagnosi di una patologia che, presumibilmente poteva essere alleviata nei suoi effetti, limitando la disabilità del feto fin dall'epoca della gestazione. Inoltre, cfr. il commento di A.L. BITETTO, *"Wrongful birth": diritti dei genitori e assistenza tempestiva al figlio disabile*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 179.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Contratti*, 2013, p. 563, con nota di N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatali inesatte e responsabilità del medico*; in *Corr. giur.*, 2013, p. 45, con commento di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Danno e resp.*, 2013, p. 139, con nota di S. CACACE, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*; *ivi*, p. 492, con commento di A. MASTRORILLI, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*.

invero, una nuova prospettiva, per un verso azzardata ma per un altro significativamente umana.

Lungi dall'accomodarsi sui precedenti giurisprudenziali che la Corte di Cassazione ha negli ultimi quindici anni proposto, la sentenza a Sezioni Unite del 2012 indaga dapprima la validità dei presupposti, da cui la cristallizzata impostazione giudiziale prese le mosse, per verificarne l'attualità e la coerenza con un sistema che ha quasi l'obbligo di dover reinterpretare le norme del codice civile, saldamente ancorato ad una visione di ricchezza patrimoniale, alla luce della tutela della persona umana, motore del sistema giudicio moderno sancito anche dalla Carta Costituzionale⁽⁴¹⁾; successivamente si sofferma su questioni squisitamente probatorie⁽⁴²⁾.

Lo snodo fondamentale dell'analisi di una così delicata questione è rap-

⁽⁴¹⁾ In tale ottica assume rilievo pregnante la base speculativa del Relatore G. Travaglino che richiama la disciplina giurisprudenziale di qualche anno prima incentrata sul risarcimento del danno del minore, nato orfano di padre, deceduto quest'ultimo in occasione di illecito posto in essere da un terzo. Cass., 3 maggio 2011, n. 9700 ha, infatti, rappresentato il rinvio principale al concetto di diacronica applicazione del nesso causale e della propagazione degli effetti dell'illecito. Provvedimento pubblicato in *Danno e resp.*, 2011, p. 1168, con commento di A. GALATI, *Uccisione del padre e danno al nascituro*; in *Corr. giur.*, 2012, p. 383 con nota di M. SUPPA, *Risarcimento del danno anche al concepito nato dopo la morte del padre*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 1270, con nota di E. PALMERINI, *Il concepito e il danno non patrimoniale*. In senso conforme anche Cass., 10 marzo 2014, n. 5509, in *Danno e resp.*, 2014, p. 837, con commento di A. CRUSCO, *Essere o non essere soggetto di diritto: il dilemma da superare per la tutela del concepito?*

⁽⁴²⁾ Notevole in tal senso il contributo che anche sotto di profilo della disciplina dell'illecito tale pronuncia fornisce: sebbene poco richiamata in questa sede giova segnalare che il provvedimento in esame ha prestato adeguata attenzione anche alla valutazione del carico probatorio suddiviso tra il medico e la gestante, oggetto di ulteriori speculazioni anche della giurisprudenza seguente. Cfr. in tal senso, *ex multis*, Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 1082; in *Danno e resp.*, 2013, p. 1072, con nota di C. TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di cassazione*; cfr. Cass., 30 maggio 2014, n. 12264, *ivi*, 2014, p. 1143, con nota di C. TRECCANI, *Omessa diagnosi di malformazioni del feto e ripartizione degli oneri probatori*; in *Giur. it.*, 2015, p. 50, con nota di A. VAPINO, *La prova della volontà abortiva ai fini del risarcimento da nascita indesiderata*. Infine, per un raffronto con la disciplina penale sempre avente ad oggetto la questione relativa alla *wrongful birth/life*, cfr. Cass. pen., 17 marzo 2014, n. 12360, in *Danno e resp.*, 2014, p. 1062, con nota di C. PETRUZZI, *Danno da nascita indesiderata e omessa diagnosi: prova del nesso causale*.

presentano dall'interrogativo posto secondo cui la necessità della sussistenza della soggettività giuridica rappresenti una *condicio sine qua non* per il conseguimento della tutela. Il nucleo della questione, infatti, pone in luce come la individuazione dell'art. 1 c.c. dell'acquisizione della capacità giuridica al momento della nascita fosse proiezione di una visione sistemica che ruotava intorno ad interessi e ragioni patrimoniali, sicuramente asservite ad una logica distinta da quella che pervade oggi l'universo giuridico.

Che la soggettività giuridica fosse necessaria per risultare destinatario di una tutela patrimoniale e personale è stato il *fil rouge* che nell'ultimo secolo ha mosso il legislatore, ma forse è cambiando il punto di vista che ci si può rendere conto di come una simile lettura renda privi di protezione alcuni fenomeni che di economico hanno ben poco e che risultano performanti alla sfera personale del soggetto.

La particolarità della fattispecie impone di abbandonare l'idea secondo cui solo il soggetto dotato di capacità giuridica possa esperire azione risarcitoria: tale assunto ha rilievo fondamentale nel caso in cui oggetto della controversia sia un diritto patrimoniale, ciò però assumerebbe i connotati di *vulnus* di tutela nel caso in cui si verta su diritti personali⁽⁴³⁾. A

⁽⁴³⁾ In adesione alla prospettiva squisitamente giurisprudenziale che ravvede nel concepito un "oggetto di tutela" più che un soggetto giuridico va certamente richiamata la posizione assunta da G. Cricenti, il quale afferma la superficialità della disputa nella misura in cui solitamente anche alle cose si è in grado di apprestare un più che elevato livello di tutela. Secondo l'Autore, infatti, la dicotomica lettura del sistema secondo cui tutto ciò che non rientra nel novero delle persone appartiene automaticamente alla categoria dei beni, rappresenta una fallace prospettiva che non lascia spiragli ad una visione più ampia e realista. La non appartenenza ai soggetti di diritto non deve rappresentare un problema per il nascituro ma anzi un punto di forza: forzare le maglie del sistema e voler attribuire l'etichetta di soggetto giuridico al concepito non può potenzialmente rafforzare la sua protezione, ma anzi solo far in modo che gli vengano riconosciuti una serie di falsi diritti che, fisiologicamente si acquistano al momento della venuta ad esistenza. Si può pertanto restare fedeli a quanto sanciva il legislatore già nel 1942 all'art 1 c.c. e garantire un adeguato livello di protezione ad un essere umano che non ancora è riconducibile al novero dei soggetti veri e propri, ma che, per volontà legislativa, è degno di certa tutela, quantomeno nelle sue sfumature squisitamente personali, fermo restando gli specifici diritti che il codice gli ha riconosciuto *illo tempore* in ambito successorio e in qualità di donatario: cfr. G. CRICENTI, *Breve critica della soggettività del concepito. I "falsi" diritti del nascituro*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, p. 465.

ben vedere, infatti, sebbene il sistema legislativo riconosca una soggettività parziale o particolarmente atteggiata, che individua taluni diritti come quello successorio o quello relativo alle donazioni, il concepito non viene definito soggetto di diritto, tuttavia ciò non comporta l'automatica impossibilità di ottenere una tutela rimediabile assumendo valore di oggetto di tutela *tout court*, che a gran voce ribadisce la consistenza personale dei diritti in questione.

Mutando, pertanto, il presupposto della prospettiva e non riconoscendo alcun ostacolo alla richiesta astratta del risarcimento del danno, giova interrogarsi sulla sostanziale lesione che il concepito subisce e il danno che può lamentare una volta venuto alla luce: il problema, pertanto, si sposta dalla identificazione del soggetto legittimato alla definizione del danno risarcibile, declassando la posizione del concepito da soggetto di diritto (secondo quando affermato dalla Suprema Corte nel 2009) ad oggetto di tutela⁽⁴⁴⁾.

La lesione, invero, che riveste valore preminente appare riconducibile al costituzionale diritto alla salute non solo inteso nella sua statica dimensione, di mancanza di patologia e malattia, ma anche nella sua prospettiva dinamica e quindi come sinonimo di benessere psico-fisico; inoltre, ulteriori violazioni si consolidano relative a valori imprescindibili della persona umana come quelli sanciti all'art. 2 della Carta Costituzionale, all'art. 3

⁽⁴⁴⁾ In tal senso giova sottolineare il disappunto di G. Ballarini in relazione alla presa di posizione della Corte di Cassazione del 2012 che sottolinea la valenza del concepito nella sua veste di oggetto di tutela. Invero, il mancato richiamo delle norme seppure frammentariamente riportate talvolta nel codice civile talaltra in normative settoriali, lascia nell'Autore l'amara consapevolezza che il sistema nel suo complesso non viene correttamente razionalizzato. La predisposizione di una serie di tutele che l'ordinamento predispone rendono certamente il concepito oggetto di protezione normativa, ma non può prescindere da quanto esplicitamente sancito in occasione della legislazione avente ad oggetto la procreazione medicalmente assistita che aggiunge senz'altro un *quid pluris* al puzzle rappresentato dalla ricostruzione dello *status* del nascituro. Inoltre, a detta dell'Autore, la pronuncia della Cassazione appare inconsciamente fragile quando, nel sostenere che il diritto leso sarebbe riconducibile al bene salute, non afferma convintamente, ma quasi sorvola, nell'individuazione del soggetto responsabile del pregiudizio, ponendo l'accento solo su chi (il medico) dovrà risarcire il danno. Ciò in ragione, probabilmente, della intima consapevolezza dell'insussistenza di un idoneo nesso causale, che possa giustificare una simile attribuzione di responsabilità. G. BALLARINI, *La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 1488.

Cost. e all'uguaglianza, emergendone la violazione in ragione delle differenti condizioni di vita, e, infine, agli artt. 29, 30 e 31 Cost. nella misura in cui la vita familiare si presenta alterata rispetto alla sua ordinaria fisiologia. Ciò che emerge, dunque, non è una visione della lesione alla salute in senso stretto quanto piuttosto un danno da vita malformata, vissuta nella disabilità e limitata nelle sue sfumature individuali e sociali⁽⁴⁵⁾.

Il fulcro della questione, dunque, assume i connotati di una prospettiva rimediabile che mira a sollevare il neonato malformato dalla sua vita disagiata, che non incontra alternativa nella non nascita ma che pone in evidenza come la situazione vissuta sia patologica, dimensione confermata anche dall'alternativa proposta alla madre nella fase di gestazione che gode della scelta di abortire⁽⁴⁶⁾.

In tal senso merita attenzione la consistenza del nesso causale che si presenta nella sua prospettiva giuridica⁽⁴⁷⁾ e non squisitamente materiale:

⁽⁴⁵⁾ Serrata critica viene avanzata da chi sostiene vi sia un'ontologica incompatibilità tra i beni che risultano essere incomparabili tra loro ai fini della definizione del danno: la valutazione del pregiudizio infatti non sembra concentrarsi né sul danno da nascita né sull'*handicap* prodotto, quanto piuttosto sul concetto di vita disagiata e malformata *tout court* intesa. Il problema, dunque, sembra la ricerca di una lesione che, invero, di ingiusto ha poco in senso giuridico del termine, ma che si presenta come ingiusto umanamente. La patologia congenita che affligge il nato, infatti, lungi dall'essere riconducibile alla condotta negligente del medico risulta mera (e per certi versi, forzata) proiezione di un diritto/facoltà (concetto questo poco chiaro nel provvedimento) della madre, delineando un'obbligazione risarcitoria a carico del ginecologo che sembra protesa a funzioni punitive e sanzionatorie, più che squisitamente compensative. Cfr. in tal senso, A. MASTRORILLI, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 492.

⁽⁴⁶⁾ Particolarmente posta in evidenza tale dimensione da chi sostiene che la finalità propria della sentenza del 2012 era proprio quella di ristabilire un equilibrio di valenza sociale: quello che in Francia era stato perseguito dai Tribunali fino al 2007, quando l'*enfant préjudice* veniva riconosciuto al solo scopo di alleviare le sofferenze di una vita ingiusta, una rilettura del sistema che riconduceva alla responsabilità civile funzioni ultronee rispetto a quelle genericamente riconosciute nei sistemi di *civil law* e protese a *rationes* molteplici. Cfr. S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 349.

⁽⁴⁷⁾ Particolarmente convinto della bontà di tale lettura del nesso causale chi ha affermato che relazione eziologica non sempre si presenta nella sua veste squisitamente naturalistica: ciò che emerge in tale caso è la prospettiva giuridica del nesso causa-effetto

certamente la consapevolezza che nella disciplina generica dell'illecito civile non è imprescindibile la contemporaneità tra evento e danno, l'idea che una condotta attiva od omissiva possa spiegare effetti negativi a distanza di tempo, seppur eziologicamente riconducibili al fatto illecito, rende pienamente coerente l'intero sistema aquiliano.

Su tale base la creazione giurisprudenziale si sprigiona aggiungendo un ulteriore assunto secondo cui la sussistenza del nesso causale sarebbe riscontrabile anche in assenza di una consequenzialità diretta tra fatto ed evento, ma ricavabile dalla sincronica lettura di due snodi principali della vicenda: da un lato la omessa diagnosi del medico, con conseguente mancata comunicazione della patologia che affliggeva il concepito; dall'altro il mancato esercizio della facoltà di scelta di interruzione della gravidanza, da cui discenderebbero entrambi i pregiudizi, sia quello della madre sia quello del neonato. Invero, secondo quanto elaborato dalla Corte di Cassazione il nesso causale implicherebbe l'equiparazione *quoad effecta* tra l'omissione che ha contribuito a produrre l'errore medico e l'omissione da cui deriva la nascita malformata, consentendo in tal modo al neonato di ottenere un ausilio economico che gli consenta di alleviare la condizione patologica che vive e vivrà per l'intera esistenza.

6. — *La posizione della Corte di Cassazione.*

La innovativa lettura sistematica avanzata nel 2012, dettata dal proposito di limitare i disagi di una vita *handicappata*, ha di fatto vissuto breve vita: la posizione favorevole al risarcimento del danno per lesione del diritto alla salute esperibile *iure proprio* dal concepito, ormai venuto alla luce, era basata

e a tal conclusione può giungersi solo se si comprende che nel medesimo essere sono presenti contemporaneamente il soggetto di diritto e l'essere concreto, il primo vittima del pregiudizio in senso giuridico, il secondo afflitto nella dimensione materiale. Da simile classificazione emerge l'astratta compatibilità col sistema di un nesso eziologico dalla valenza solo giuridica, come delineato nella pronuncia del 2012. Cfr. G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto a non nascere*, in *Giur. it.*, 2013, p. 813.

su una visione sommariamente corretta se non fosse per la impostazione sistematica che si manifesta nella risarcibilità dei soli danni conseguenza, quei pregiudizi che, secondo quanto sancito dal legislatore di epoca fascista, sono connotati dal requisito dell'ingiustizia.

Invero, con la sentenza n. 25767 del dicembre 2015⁽⁴⁸⁾ la Corte di Cassazione si è nuovamente espressa relativamente alla esperibilità dell'azione risarcitoria da parte del nato malformato a causa di malattia congenita, patologia di cui il ginecologo non si è reso conto in fase di gestazione impedendo alla futura madre di optare per l'interruzione di gravidanza nel rispetto della normativa del 1978, ribaltando quanto definito in occasione della rilettura del sistema del 2012. Le Sezioni Unite, poco convinte dall'arresto di qualche anno prima, hanno ripercorso la elaborazione giurisprudenziale ponendo l'accento sul fatto che la natura compensativa della responsabilità implica la risarcibilità dei soli danni conseguenza⁽⁴⁹⁾, considerati ingiusti secondo quanto previsto all'art. 2043 c.c.

⁽⁴⁸⁾ Cass., Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Corr. giur.*, 2016, p. 41, con commento di G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 443, con commento di F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, in *Giur. it.*, 2016, p. 543 con commento di D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 349, con commento di S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1392, con nota di M. RUSSO, *Omessa informativa sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza: spunti in materia di legittimazione e prova*. La sentenza a Sez. Unite è l'epilogo della questione sottoposta alla seduta plenaria dall'ordinanza di rimessione Cass., 23 febbraio 2015, n. 3569, in *Danno e resp.*, 2015, p. 693, con commento di C. MADONIA, *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*.

⁽⁴⁹⁾ Concetto correttamente evidenziato da chi ribadisce come la speculazione della sentenza del 2012 bypassasse il problema civilistico del danno conseguenza, mancando nella fattispecie *illo tempore* esaminata la lesione di un bene della vita. La contraddizione della pronuncia, secondo tale impostazione, si celava dietro la sintesi del pregiudizio nella condizione di vita malformata, concetto questo coadiuvato dall'individuazione dell'interesse protetto considerato quello finalizzato ad alleviare i disagi di una vita *handicapata*. Cfr. D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2016, p. 543. In una prospettiva adesiva alla pronuncia del 2015 si consideri anche G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 41, che ribadisce come la rilettura garantita dalla corte di Cassazione vada condivisa in ragione

Senza dubbio quanto sostenuto in relazione alla non indispensabilità della soggettività giuridica per ottenere una tutela risarcitoria appare ribadito a gran voce: non può negarsi che lo *status* giuridico del concepito sta un po' stretto nella definizione di oggetto di tutela, in tal senso, la particolare protezione che il legislatore del '42 gli ha riservato ha posto in evidenza che tale situazione non è indifferente per il sistema giuridico. Inoltre, i richiami alcuni anni dopo effettuati da distinte normative (art. 1 della l. 405 del 1975; art. 1 della l. 194 del 1978; art. 1 della l. 40 del 2004) hanno lasciato intravedere un *climax* di tutela che il sistema nel suo complesso ha voluto continuare, quasi a voler consolidare come l'intero ordinamento sia scivolato in un concetto di protezione focalizzato più sul profilo personale che su quello patrimoniale.

Da ciò può desumersi la compatibilità di tale prospettiva con la disciplina risarcitoria, come del resto avviene per quanto concerne la lettura della particolare valenza in tale fattispecie del nesso causale⁽⁵⁰⁾, nella sua versione

della consistenza dallo "stretto valore giuridico", in grado di rispolverare giustamente e nella maniera più corretta la disciplina del nesso causale, ispirato a ragioni materiali e giuridiche, viceversa eziologicamente fallace se parametrato sul solo profilo giuridico.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso P.G. Monateri, il quale, riconoscendo la indubbia componente retorica e speculativa della pronuncia, incontra il punto di frizione proprio nella rielaborazione del concetto di nesso causale in senso giuridico: a detta dell'Autore, infatti, tale prospettiva implicherebbe una strana discendenza del pregiudizio subito dal nascituro da una originaria lesione del diritto all'autodeterminazione della madre, ravvedendo inoltre una mistificazione tra due forme di danno, quello del neonato, biologico, e quello della gestante, morale, che non presentano, invero, alcuna convergenza. Sotto altro punto di vista poi, sembra che la Corte di Cassazione si confonda nell'inquadramento della definizione dell'interruzione di gravidanza, osmoticamente tesa tra la categoria del diritto e quella della facoltà, nel primo caso, in verità, comportando anche una drastica riduzione della protezione del concepito stesso. P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 45. Inoltre, la difficile rilettura del nesso causale risulta criticata anche da chi ne sostiene la arbitraria interpretazione: invero, la finalità le regole eziologica sta nell'individuare esattamente i fattori che precedentemente hanno condizionato il dispiegarsi di quei determinati effetti. Nella lettura offerta dalla Corte di Cassazione nel 2012 tale meccanismo viene asservito a finalità di giustizia sociale, ma con l'errato richiamo all'elemento casuale dell'illecito civile. Secondo quanto osservato, infatti, la mancata interruzione di gravidanza non rappresenta l'antecedente eziologico, ma il mero evento precedente sotto un profilo strettamente cronologico. Vien da chiedersi dunque perché ciò

giuridica e non strettamente materiale. L'elemento, a ben vedere, di maggiore distonia con il sistema è rappresentato da quanto cristallizzatosi in merito al danno-conseguenza e alla relativa ingiustizia: il problema sorge nell'indagare la alternativa situazione in cui verrebbe a trovarsi il neonato in assenza dell'illecito e che andrebbe individuata nella non nascita. La *quaestio iuris* è legata al fatto che ai fini del meccanismo di liquidazione e di verifica dell'effettiva lesione arrecata in occasione dell'evento antiggiuridico è necessario delineare lo *status quo ante*, a cui il ripristino deve ispirarsi. Nel caso concreto, però, l'alternativa verosimilmente è rappresentata dalla non venuta alla luce del nascituro in ragione dell'aborto (presumibilmente) praticato dalla gestante, qualora correttamente informata relativamente alla congenita patologia di cui affetto il figlio⁽⁵¹⁾. Tale parametro di valutazione non si presenta idoneo a individuare un danno identificabile come ingiusto, in quanto, paradossalmente, l'illecito ha rappresentato un elemento migliorativo nella sfera giuridica del concepito che ha avuto la possibilità di nascere, sebbene malato.

Mancando, pertanto, il deterioramento dello stato di salute non può evincersi un vero e proprio danno ingiusto, a maggior ragione nel caso

che il medico non può evitare, poiché fuori dalla sua signoria causale, possa poi essergli imputato a titolo di negligenza. In tal senso, F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 443.

⁽⁵¹⁾ Sotto tale profilo la sentenza in esame è ferventemente critica da chi afferma sia avvenuta una sorta di deviazione del *focus* di origine: l'orientamento, infatti, che auspicava una legittimazione processuale del minore ad una tutela risarcitoria faceva leva su due distinti filoni, quello del "diritto a non nascere se non sano" e quello di più recente scoperta della lesione diacronica del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, invero, pacificamente riconosciuta l'irrelevanza per il sistema giuridico del diritto a non nascere se malati, resta in piedi l'idea secondo cui un soggetto che subisce lesione in fase di gestazione può esperire relativa azione di risarcimento in caso di violazione di diritti inviolabili e personali, tra cui certamente affiora quello alla salute. In tale prospettiva merita censura la risoluzione della controversia da parte della Corte di Cassazione che nel dicembre 2015 si limita a ribadire quanto già noto in relazione al "diritto a non nascere se non sano", lasciando sbiadire la sullo sfondo la più interessante questione relativa alla tutela del diritto alla salute, forse unica strada, ad oggi, per garantire anche al nato malformato una qualche protezione, nonché un ristoro in ragione della disagiata vita. Cfr. in tal senso M. RUSSO, *Omessa informativa sulle condizioni per l'interruzione della gravidanza: spunti in materia di legittimazione e prova*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1392.

specifico in cui l'alternativa sarebbe la non vita, un concetto quest'ultimo privo di tutela e di valore in un contesto giuridico in cui ogni singola norma, anche in relazione alla disciplina della maternità e dell'individuo, è protesa alla tutela del bene vita. Sulla base di quanto detto, pertanto, la Corte di Cassazione rivede quanto affermato nel 2012, facendo un balzo indietro e ribadendo che non sussiste alcun "diritto a non nascere se non sano", essendo il nostro sistema proiettato alla salvaguardia del bene vita, in un'ottica ormai distante da quella patrimoniale che aveva mosso il legislatore del 1942.

7. — *Conclusioni.*

Quanto emerso finora lascia trasparire la complessità, non solo apparente, della vicenda: ormai sullo sfondo la *questio iuris* relativa all'esatta individuazione dello *status* del concepito, la materia controversa resta la legittimazione ad agire del neonato malformato e la tipologia di danno di cui lo stesso può dolersi. Invero, tale percorso giurisprudenziale ha rappresentato l'occasione per render palese un duplice ordine di valutazioni: da un lato l'incontrovertibile *vis expansiva* del concetto di persona, oggi unico vero fulcro del sistema giuridico nel suo complesso; dall'altro la preminenza e importanza che la disciplina dell'illecito riveste nel dibattito dottrinale, a dispetto dell'originaria prospettiva che riconduceva la responsabilità aquiliana a mero *divertissement* della sola giurisprudenza.

In un contesto come quello attuale, in cui la Corte di Cassazione (anche alla luce della recente sent. del luglio 2017 n. 16601) sembra voler recepire le sollecitazioni dottrinali che fin dagli anni '60 insinuavano un concetto di responsabilità polifunzionale, dibattiti che si incentrano su nuove tipologie di danno e su finalità sottese al risarcimento che vanno ben oltre la mera compensazione, strizzando l'occhio a meccanismi di giustizia sociale e di logiche retributive, non devono impressionare.

L'illecito civile rappresenta ad oggi uno degli strumenti più pervasivi e potenti che il mondo giuridico ha a disposizione e sembra, sempre più, colorarsi di sfumature sanzionatorie e deterrenti: da ciò se ne deduce una

innata polivalenza che ne consente la declinazione anche in contesti dai contorni labili ed estremamente delicati. Il grande proliferare di voci di danno non patrimoniale, sul finire degli anni '80, ha dato la stura ad un dibattito che talvolta si è allontanato dalle regole squisitamente aquiliane protendendo a elaborazioni giurisprudenziali osmoticamente attratte da scopi distanti da quello ristorativo che caratterizza il risarcimento nel contesto civile.

Ne consegue, da un lato, la ridondanza di creazioni di danni giurisprudenziali come quello che deriva dalla lesione del "diritto a non nascere se non sano" e, dall'altro, la scaltrezza di chi, avvezzo alle regole dell'illecito aquiliano, mette da parte l'ipotetico pregiudizio proteso ad una "non vita" per galvanizzare il dibattito sull'incomprimibile diritto alla salute, concetto in grado di esplicitare anche un adeguato termine di paragone, necessario per la liquidazione del solo danno-conseguenza.

La questione è destinata a proseguire semplicemente perché non destinata a sfumare è l'elaborazione della responsabilità aquiliana, che vive oggi un vero *exploit*, traendo linfa da un contesto odierno di contaminazioni costanti che sembrano ridurre le distanze tra gli ordinamenti di *civil law* e quello di *common law*.

PAULA PORETTI^(*)

VULNERABLE PERSON

Abstract: Although the paper will briefly touch upon other aspects of vulnerability, its focus will be on vulnerability in the context of persons with disabilities, which derives from their cognitive, intellectual physical impairments. The main questions the paper seeks to answer are whether persons with disabilities, as vulnerable persons, have been redefined or changed by virtue of their activities or statuses through the measures introduced in EU law, and whether and how the traditional understanding of the term ‘vulnerable person’ in the context of the protection of persons with disabilities has been modified during the process of EU integration.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Vulnerability of persons with disabilities under EU law. – 3. Conclusion.

1. — *Introduction.*

The paper aims to explore the term ‘vulnerable person’ as defined in the available literature and other relevant sources, as well as international and EU instruments. Although vulnerability is universal, in that the threat of harm in the form of physical damage from injury or disease affects all human beings to varying degrees at different points of time, it is also particular and experienced uniquely by every person due to differences in the magnitude and potential of vulnerabilities at the individual level⁽¹⁾.

Traditional approach towards the concept of vulnerability identifies certain groups in society who have specific characteristics, such as children,

^(*) J.J. Strossmayer University of Osijek, Chair for Civil law.

^(**) The original version of the paper was submitted for publishing in 2018 in the ‘Eurostatus dictionary’, a publication by Springer.

⁽¹⁾ A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?*, in F. IPPOLITO, S. IGLESIAS SÁNCHEZ (eds.), *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, London, 2015, pp. 71-94, esp. p. 74.

elderly people, poor, Roma, minorities, migrants, asylum seekers, imprisoned or persons in detention or disabled persons as vulnerable persons. Hence, a wider definition of the term ‘vulnerability’ would include all of the aforementioned categories. A more narrow understanding of ‘vulnerability’ would confine it to just one category, emphasizing its specific characteristics. Perhaps the most widespread and socially accepted notion of ‘vulnerability’ is that of persons with disabilities.

According to the more recent legal literature, vulnerability should not be interpreted narrowly, in a manner which only takes account of certain groups in society which are considered as ‘vulnerable’. Instead, vulnerability should be understood as a particularly dynamic concept that encompasses, but also transcends, the notions of minority groups⁽²⁾. Although the paper will briefly touch upon other aspects of vulnerability, its focus will be on the vulnerability in the context of persons with disabilities, which derives from their cognitive, intellectual or physical impairments⁽³⁾. The complex background created through interweaving of concepts of protection of persons with disabilities developed in Member States (hereinafter: MS) will be considered. Thereby, the protection of persons with disabilities as vulnerable persons in Croatian legal system will be discussed only to the extent necessary to present the influence of contemporary EU instruments in the field on the development of standards of protection of vulnerable persons in the legal systems of MS. Main questions the paper seeks to answer are whether persons with disabilities as vulnerable persons have been redefined or changed by the virtue of their activities or statuses through the measures introduced in EU law and if and how the traditional understanding of the term ‘vulnerable person’ in the context of protection of persons with disabilities has been modified during the process of EU integration.

From traditional approach towards the modern understanding of vulnerability of persons with disabilities.

⁽²⁾ F. IPPOLITO, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Introduction*, in F. IPPOLITO, S. IGLESIAS SÁNCHEZ (eds.), *Protecting Vulnerable Groups: The European Human Rights Framework*, cit., pp. 1-20, esp. p. 1.

⁽³⁾ A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?*, cit., p. 72.

Vulnerable person protection, understood as a fundamental human issue⁽⁴⁾ is currently one of the topics highly discussed at international and EU level.⁽⁵⁾ The starting point of the discussion on persons with disabilities as vulnerable persons is the understanding of a person with disabilities as a holder of rights who is capable of making free and informed decisions within the limits of his/her capacity, and not a passive recipient of care and attention⁽⁶⁾. This is clearly a paradigm shift from the traditional understanding of a person with disabilities as a person in need of charity-oriented, medical-based approach in regard to his vulnerability. Namely, at international level, for a long time disability has been considered as a medical condition. The traditional approach towards appropriate terminology very much reflects it. Namely, most terms used in MS such as *behinderte Menschen* (Germany), *persona con disabilità/invalido* (Italy), *adultes handicapés* (France) or *osoba s invaliditetom* (Croatia) only focus on specific characteristics of a person which put him/her in an inferior position towards the ‘normal’ healthy population. Although it is difficult to find an adequate and appropriate term, legal literature highlights a consensus on the necessity to avoid terms which are based on incapacity,

⁽⁴⁾ C. SALM, *Protection of Vulnerable Adults. European Added Value Assessment. Accompanying the European Parliament’s Legislative Initiative Report*, European Parliamentary Research Service, 2016, p. 7.

⁽⁵⁾ See European Commission Communication, *European Disability Strategy 2010–2020. A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe*, COM (2010) 636 final, 15 November 2010; Council Decision of 26 November 2009 concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2010/48/EC) [2010] OJ L303/16; Disability Action Plan 2006-2015 (Rec(2006)5) and the Recommendation on the right to participation in political and public life (CM/Rec(2011)14); European Parliament Resolution of 22 May 2012 on a strategy for strengthening the rights of vulnerable consumers [2013] OJ C264 E/11.

A. LAWSON, *Disability, degradation and dignity: the role of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2005, 56, p. 462; L. WADDINGTON, *Reflections on the Protection of ‘Vulnerable’ Consumers under EU Law*, Maastricht University Working Papers, 2013, 2, p. 28.

⁽⁶⁾ J. BERGERON, *Draft report with recommendations to the Commission on the protection of vulnerable adults [2015/2085(INL)]*. European Parliament – Committee on Legal Affairs, available at www.europarl.europa.eu, p. 4.

limitations or disturbance a person faces due to his/her disabilities⁽⁷⁾. A more affirmative terminology should be introduced, which focuses on interaction among psycho-physical impairment; a person with disabilities as a whole person; individual barriers which he/she faces, as well as the effects of the environment surrounding him/her⁽⁸⁾. This would be in line with the efforts to introduce a more 'situational approach' towards vulnerability of persons with disabilities, which respects the fact that vulnerability of these persons is not always grounded in their disabilities⁽⁹⁾. However, legal framework which regulates protection of persons with disabilities at national level in different MS lacks a coherent approach towards the concept of vulnerability of persons with disabilities. The variety of instruments applicable at national level amounts to different level of protection of persons with disabilities in MS. This undermines legal certainty in national as well as cross-border situations concerning persons with disabilities. Hence, the need for a more harmonized approach at international and EU level was detected.

The first step in the direction was taken with the adoption of UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (hereinafter: CRPD) in 2006. Prior to the adoption of the CRPD, only soft law instruments (resolutions, declarations and protocols) regulated human rights of persons with disabilities at international and EU level.

The effect of the adoption of the CRPD is threefold. From 30th March 2007 until now, 175 States have ratified/accessed the CRPD and it is considered as the most comprehensive human rights treaty of the 21st century⁽¹⁰⁾. At

⁽⁷⁾ M. MARINČIĆ, *Jesu li osobe s invaliditetom „invalidi?“ Pitanje konceptualne naravi, ali i potreba izjednačavanja mogućnosti*, Zagreb, 17:1-2, available at <https://hrcaak.srce.hr/22743>, pp. 199-221, esp. p. 200.

⁽⁸⁾ M. MARINČIĆ, *Jesu li osobe s invaliditetom „invalidi?“ Pitanje konceptualne naravi, ali i potreba izjednačavanja mogućnosti*, cit., p. 203.

⁽⁹⁾ R.K. SCHOTCH, *Models of Disability and the Americans with Disabilities Act.*, in *Berkeley Journal of Employment and Labour Law*, 12, 2000, p. 215; A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the 'Social Model'?*, cit., p. 93.

⁽¹⁰⁾ Number of States which have ratified/accessed the CRPD as on November, 28th 2017. Information available at <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>.

EU level, the fact that the EU is a party to the CRPD resulted in acknowledgment that the relevant EU legal framework and policy should reflect standards of protection introduced through its provisions⁽¹¹⁾. Also, MS should make efforts in order to adapt the existing or adopt new legislation which follows the model focused on persons with disabilities as holders of human rights and freedoms as provided by the CRPD. Many of the targeted instruments at national level are EU instruments created by the EU legislator with the aim of promoting Single Market and advancing consumer protection.

The CRPD introduced a new ‘social model of disability’ which implies respect for human rights of persons with disabilities and promotion of their inclusion and participation in the society⁽¹²⁾. In order to comply with main principles of non-discrimination, equality, dignity, autonomy, independence, accessibility and inclusion of persons with disabilities, state parties should ensure reasonable accommodation for persons with disabilities in accordance with Article 5(3) CRPD. Thereby, Article 2 defines reasonable accommodation as necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and

⁽¹¹⁾ This has a direct influence not only on the interpretation and application of European instruments, but also CJEU’s jurisprudence. In *HK Danmark* and *Z v A Government Department and the Board of Management of a Community School* it explicitly aligned the EU concept of disability with that of the UN Convention. Acknowledging that disability must be seen as an ‘evolving concept’, it found that in line with Article 1 CRPD, disability must be understood as the result of the interaction between the individual’s impairment and the barriers created by society. As a result of the EU’s ratification of the CRPD, the EU concept of disability as applicable in various areas of EU law must, thus, be based on the social model of disability. Also, as the CJEU has noted, following the ratification by the EU of the UN Convention on Disability, the Convention can be relied upon for the purpose of interpreting Directive 2000/78 and defining the concept of ‘disability’ contained therein. Joined Cases C-335/11 and C-337/11 *Jette Ring and HK Danmark* [2013]; A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?*, cit., pp. 83, 87.

⁽¹²⁾ A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?*, cit., p. 72.

fundamental freedoms. Regardless of the expected potential of the CRPD to drive the harmonization of the rights of persons with disabilities as vulnerable persons at EU level, MS are not necessarily able to fulfill all of their obligations successfully. For example, in its Concluding observations to the Initial report of Croatia on the implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities from 2015, the Committee on the Rights of Persons with Disabilities was concerned that there is lack of understanding of the concept of reasonable accommodation and universal design in the field of education, health, employment and construction in Croatia.

Beside the compliance of MS with the obligations which arise from the ratification of the CRPD, the approach towards defining and understanding of the concept of vulnerability of persons with disabilities at EU level is decisive for determining the level of adequate protection which will be granted within the national legal system. Hence, the concept of vulnerability of persons with disabilities will be discussed in the next chapter. The findings will serve as a basis for the final conclusions on developments and possible/necessary future modifications of the current understanding of the term ‘vulnerable person’ in the context of protection of persons with disabilities at EU level.

2. — *Vulnerability of persons with disabilities under EU law.*

In the EU, legal framework affecting persons with disabilities was developed under the influence of the market integration policy, first in the soft-law instruments but more recently, with broader integration of human rights dimension, also in primary and secondary EU legislation. The initial step was taken with the introduction of the Communication on disability in 1996, but only after the entry into force of the Lisbon Treaty and the binding force of the EU Charter on Fundamental Rights, a number of legal guarantees were ensured for persons with disabilities, including independence, social and occupational integration and participation in the life of

the Community⁽¹³⁾. The main problem present both at EU level and in MS legislation is the number of instruments which regulate different rights of persons with disabilities as well as the incoherent approach towards their regulation⁽¹⁴⁾.

Although the development of the concept of protection of persons with disabilities at EU level began autonomously through soft law instruments⁽¹⁵⁾, after the entry into force of the Treaty of Amsterdam, it became a part of the policies and activities aimed at eliminating discrimination. The EU Charter on Fundamental Rights introduced a number of provisions aimed at protection of persons with disabilities, including obligations of MS to ensure protection against discrimination of persons with disabilities (arg. *ex* Article 21) as well as a guarantee of respect of independence, social and occupational integration and participation of persons with disabilities in the life of the EU (arg. *ex* Article 26).

However, a vast majority of instruments which address protection of persons with disabilities at EU level are directly connected to the removing of obstacles for the proper functioning of the Single Market and realisation of the four freedoms. The first among these instruments is Directive 2000/78/EC which obligates MS to eliminate discrimination against persons with disabilities in relation to employment and occupation. Other instruments in the field of free movement, competition, protection of en-

⁽¹³⁾ A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the 'Social Model'?*, cit., p. 82.

⁽¹⁴⁾ For example, in Croatia, the legal position of persons with disabilities is regulated in a number of instruments, CRPD (Official gazette MU, 6/07, 5/08), Anti-discrimination Act (Official Gazette 85/08, 112/12), Disability ombudsman Act (Official Gazette 107/07), while the employment possibilities are regulated by the Professional rehabilitation and employment of persons with disabilities Act (Official Gazette 157/13, 152/14).

⁽¹⁵⁾ In 1996 the European Commission adopted a Communication on disability (endorsed by the Council later that year), emphasising the significant added value of an EU-level involvement to the efforts of the member states and the importance of identifying and removing the various barriers to equal opportunities and full participation of people with disabilities in all aspects of life. A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the 'Social Model'?*, cit., p. 81.

vironment and many others which directly or indirectly address disabilities also affect the legal position of vulnerable persons at EU level⁽¹⁶⁾. The jurisprudence of the CJEU was first to recognize the need to change the approach towards vulnerability of persons with disabilities at EU level. The initial definition of disability as a ‘limitation which, as a result of physical, mental or psychological impairments, hinders the participation of the person in professional life’⁽¹⁷⁾ was replaced by a notion more in line with the CRPD of ‘disability as the result of the interaction between the individual’s impairment and the barriers created by society’⁽¹⁸⁾. However, it seems that this has not contributed to the equal recognition of the concept of vulnerability of persons with disabilities at EU level. For now, the concept of vulnerability is furthered exclusively through the EU policy on market integration and consumer protection. Namely, recent developments in the field of EU consumer protection legislation are marked by the differentiation between the concepts of ‘average’⁽¹⁹⁾ and ‘vulnerable’⁽²⁰⁾ consumer. The very distinction of the concepts of an ‘average’ and ‘vulnerable’ consumer serves

⁽¹⁶⁾ Relevant areas of EU law range from free movement and competition law to agriculture, transport, taxation, external relations, environment, consumers and health protection, science information, education and culture, law relating to undertakings and the area of freedom, security and justice to economic and monetary, industrial, regional and social policy. Academic Network of European Disability experts (ANED), *Annotated review of European law and policy with reference to disability* (Brussels, ANED, 2009). Also, A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?*, cit., p. 82.

⁽¹⁷⁾ Case C-13/05 *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA* [2006].

⁽¹⁸⁾ Joined Cases C-335/11 and C-337/11 *HK Danmark* [2014]; Case C-363/12 *Z v A Government Department and the Board of Management of a Community School* [2014].

⁽¹⁹⁾ According to the CJEU jurisprudence, the ‘average’ consumer is reasonably well informed, reasonably observant and circumspect.

⁽²⁰⁾ The CJEU jurisprudence also recognized the concept of ‘vulnerable’ consumer who are entitled to higher level of protection. Also, consumer law instruments, such as Unfair Commercial Practices Directive, the General Product Safety Directive and the Consumer Rights Directive emphasize the need to ensure specific protection of vulnerable persons. Also A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?*, cit., pp. 83-85.

as means for better understanding of a certain commercial practice, a level of standard of safety of products or standards of distance or off-premise contract as being adequate in case of an ‘average’ consumer or in need of alteration in respect of ‘vulnerable’ persons in order to ensure special protection, due to their ‘mental or physical infirmity, age or credulity’⁽²¹⁾, the fact that they are ‘particularly vulnerable to the risks posed by the products under consideration’⁽²²⁾ or ‘who are particularly vulnerable because of their mental, physical or psychological infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee’⁽²³⁾.

However, two problems regarding the current concept of ‘vulnerability of persons with disabilities’ as consumers as defined in EU law can be detected. The first, revealed in the legal literature, concerns ‘vulnerability’ stemming from ‘mental infirmity’ or ‘credulity’ which cannot be clearly defined or determined, due to which, there is no clear notion of how the average member of a group of either ‘mentally infirm’ or ‘credible’ consumer could be assessed. Also, neither the concept of ‘physical’ or ‘mental’ infirmity is not in line with the CRPD, although the concept of disability, as contained in the Consumer Rights Directive, should be understood and interpreted according to the CRPD⁽²⁴⁾. The second problem is acknowledged in the court practice and concerns the fact that national courts and enforcement authorities seem rather reluctant to apply the special rules of Article 5(3) Unfair Commercial Practice Directive (hereinafter: UCPD) for consumers needing more protection. Article 5(3) UCPD is not frequently used in the decisions of relevant authorities and courts. The main explanation appears to be that the average consumer benchmark was designed and is clearly perceived as the normal consumer benchmark, the vulnerable consumer being the exception to be interpreted strictly. Moreover, where practices are directed to a particular target group, the

⁽²¹⁾ Art 5(3) as well as recital 19 of the Unfair Commercial Practices Directive’s preamble.

⁽²²⁾ Recital 8 of the Product Safety Directive’s preamble.

⁽²³⁾ Recital 34 of the Consumer Rights Directive’s preamble.

⁽²⁴⁾ Joined Cases C-335/11 and C-337/11 *Jette Ring and HK Danmark* [2013], paras 37 to 39, Also A. WIESBROCK, *Disability as a Form of Vulnerability under EU and CoE Law: Embracing the ‘Social Model’?*, cit., p. 87.

modulated average consumer benchmark applies, i.e. the benchmark of the average member of that target group (as set out in Article 5(2)(b) *in fine* UCPD). National courts and enforcement authorities tend to apply the *modulated* average consumer benchmark, instead of the “vulnerable consumer” benchmark of Article 5(3) UCPD. The fact that consumers do not form a homogenous group justifies a different assessment of the unfairness of a practice targeted at a particular group of consumers⁽²⁵⁾. Also, findings from the research into national practice in the MS confirm that the concept of ‘vulnerability’ is still vague and widely used in a broader context (i.e. not necessarily regarding unfair commercial practices) in respect of persons with mental or physical diseases as well as elderly people, children and young persons, but also in respect of unemployed persons, migrants and poor and indebted people⁽²⁶⁾. In Croatia, for example, the concept of a ‘vulnerable consumer’ has been introduced through the transposition of the UCPD in Croatian Consumer Protection Act (arg. *ex* Article 32/2), but it has not been sufficiently recognised or promoted in the court practice, so it cannot be argued that it has had an positive effect on protection of persons with disabilities as consumers⁽²⁷⁾.

3. — *Conclusion.*

Although vulnerability of persons with disabilities has been tackled under EU law, a specific legal framework providing protection of persons with disabilities is still missing. ‘Vulnerability’ as a separate concept is still not defined in EU law or by its case law. At EU level, protection of persons

⁽²⁵⁾ Fitness Check (2017), p. 43-45.

⁽²⁶⁾ Fitness Check (2017), p. 44.

⁽²⁷⁾ P. PORETTI, *Study for the Fitness Check of EU consumer and marketing law, Final report. Part 3 - Country reporting-Croatia*, Directorate-General for Justice and Consumers, European Union, 2017, pp. 151-194, esp. pp. 180-182. On the other hand, sector specific provisions on vulnerable consumers such as provided under Article 39 of the Energy Act seem to be interpreted and understood more in the context of poor or indebted persons as ‘vulnerable’ consumers than persons with disabilities, although the provision of Article 39 also covers ‘persons with disabilities or physical or intellectual impairments’.

with disabilities is being developed through the distinction of the concepts of an ‘average’ and a ‘vulnerable’ participant at the market, immanent to EU consumer law. Thereby, it should not be disregarded that EU consumer protection policy and legislation has developed as part of the efforts of the European legislator to promote market integration. Hence, limitations of the scope of protection provided to persons with disabilities under the concept of ‘vulnerability’ are largely influenced by several factors, which all stem from the market integration policy. Being developed under EU consumer law, ‘vulnerability’ is construed as a wide concept, implying protection of different potentially vulnerable groups of consumers such as children, elderly, poor or indebted and persons with disabilities being just one possible group among them. In this sense, it is possible to agree that it is not clear which groups of consumers can be categorised as ‘vulnerable’ and EU law fails to differentiate between various groups of ‘vulnerable’ consumers and the kinds of additional protection that they should be granted⁽²⁸⁾. At the same time, when assessing ‘vulnerability’ of persons with disabilities, the courts of MS are not obligated to take into account specific situation of an individual. Instead, national courts usually apply the typical categories of consumers, without considering situational vulnerability of persons with disabilities which is not caused by person’s impairment but the social barriers which are imposed by human behaviour or unadjusted environment. Also, in situations in which the courts should provide additional protection due to vulnerability of consumers, requirement of the functioning of the internal market emerges as a limit to the scope of protection awarded to them. However, in order to question such practice of the national courts before Courts, the CRPD and its requirement that state parties take all appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity (arg. *ex* Article 12/3) cannot be directly relied on in exercising EU law⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ L. WADDINGTON, *Reflections on the Protection of ‘Vulnerable’ Consumers under EU Law*, cit., p. 16.

⁽²⁹⁾ Case C-363/12 *Z v A Government Department and the Board of Management of a Community School* [2014], para 90.

It terms of other EU instruments which could be invoked or serve as a basis for enhancing protection of persons with disabilities, the possibilities are limited. Although the European Consumer Agenda⁽³⁰⁾ included the concept of vulnerable consumers, it failed to further its development or application. From the current activities of the EC in setting the new consumer programme for the next period it is not possible to foresee whether any developments should be expected⁽³¹⁾. Due to the fact that the concept of protection of persons with disabilities will most probably continue to be observed through the goals of the market integration policy, as the European Disability Strategy⁽³²⁾ has implied, the restrictions of its effectiveness should be accepted. Namely, the main problem is the fact that it is difficult to expect instruments related to consumer protection which also serve the aim of market integration to focus on the real needs and circumstances of persons with disabilities or practices and attitudes they face, in the same manner as the CRPD. In this sense, in order to ensure a high level of protection of persons with disabilities at EU level based on the social model of disability, introduction of a concept of social vulnerability in the binding EU legislation should be advocated. Only such an approach would guarantee the shift in the practice of the national courts as well the possibility for the Courts to safeguard that there are no legal, physical or social obstacles in the MS which prohibit persons with disabilities to acquire the same level of protection and exercise their rights and obligations as ‘fully equal’ members of society.

⁽³⁰⁾ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European Consumer Agenda-Boosting confidence and growth SWD(2012)132 final.

⁽³¹⁾ DG Justice and Consumers of the European Commission has commissioned two interlinked evaluations (ex-post evaluation of the Consumer Programme 2007-2013 and the mid-term evaluation of the Consumer programme 2014-2020) which will provide an adequate basis for the considerations regarding the new programme.

⁽³²⁾ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, European Disability Strategy 2010-2020; A new commitment to A barrier-Free Europe (SEC(2010)1323).

STEFANIA STEFANELLI^(*)

STATUS DI PAZIENTE E DISCIPLINA DEL FINE VITA

ABSTRACT: The essay analyses the last Italian Act n. 219/2017 on End of Life, which will enter into force on 1 February 2018. Italy was one among a few countries which have not regulated this matter yet. The new discipline implements the case – law guidelines on informed consent and on “Advanced Healthcare Directives” (DNR), but it gives no solution to some matters related to the respect of minors’ will and to relationship with other legal instruments. Italian law affirms the fundamental principle for which any medical treatment presupposes the free and informed consent of the patient and governs the advance healthcare directives, in accordance with the principle established by art. 32, par. 2 of the Italian Constitution and with supranational sources of law. On the other hand, it is criticizable not to have recognized the capacity for self-determination to the minor capable of discernment, which belongs to him according to the articles 2 Constitution, 12 Conv. of New York on the Rights of the Child, 6 Conv. Of Oviedo on Biomedicine, 24, 1st par. C.d.f.U.E., 23, Reg. UE n. 2201/2003 The Hague.

SOMMARIO: 1. Ruolo del consenso informato. – 2. Attuazione del diritto alla dignità. – 3. Consenso e capacità. – 4. Disposizioni anticipate, pianificazione delle cure e ruolo dei familiari. – 5. Unioni civili, convivenze e amministrazione di sostegno.

1. — *Ruolo del consenso informato.*

La l. 22 dicembre 2017, n. 219 – in linea con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., artt. 1, 2 e 3 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e artt. 5 e 9 Conv. di Oviedo per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti dell’applicazioni della biologia e della medicina – attua l’attrazione della capacità decisionale all’essenza stessa della persona umana, fondata sulla dignità e sulla libertà. Di conseguenza, il consenso non è valido se non libero, meditato e fondato su un’adeguata, completa, informazione⁽¹⁾,

^(*) Università degli Studi di Perugia, Comitato Universitario di Bioetica.

⁽¹⁾ Cfr. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Informazione e consenso all’atto medico*, 20 giugno

quello prestato per il passato non vincola per il futuro, ed è sempre revocabile.

In particolare, l'art. 1, 1° comma della citata l. n. 219/2017, recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», dispone che «Nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Il comma 4° chiarisce che il consenso si differenzia dalla sua documentazione – in forma scritta, attraverso videoregistrazioni o con dispositivi che consentano alla persona disabile di comunicare – ed è il processo caratteristico della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», realizza l'incontro tra «l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico». Nello stesso senso, l'art. 26 del Codice deontologico medico discute di una «pianificazione anticipata».

Il consenso, che rovescia la gerarchia tra medico e paziente nel rapporto di cura e sottrae la persona al potere decisione del terapeuta e subordina alla libera (e informata) determinazione del paziente la pratica clinica e diagnostica, giungendo fino alla possibilità di rifiuto⁽²⁾ di cure necessarie alla conservazione della vita negli stati terminali, determina dunque l'emergere di «un nuovo soggetto morale, nel senso proprio dell'attribuzione all'interessato del pieno potere di governo del corpo fisico⁽³⁾».

In questa alleanza terapeutica necessariamente asimmetrica, in quanto una delle parti coinvolte nel rapporto è caratterizzata dalla professionalità⁽⁴⁾,

1992, «l'informazione è finalizzata non a colmare l'inevitabile differenza di conoscenze tecniche tra medico e paziente, ma a porre il paziente nella condizione di esercitare correttamente i suoi diritti e quindi di formarsi una volontà che sia effettivamente tale in altri termini in condizione di scegliere».

⁽²⁾ COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevoli al trattamento sanitario nella relazione medico-paziente*, 24 ottobre 2008, aveva distinto il rifiuto, integrato dalla richiesta di non iniziare una terapia, dalla rinuncia, quando la richiesta è di interrompere una terapia in atto, ma di tale distinzione non è traccia nella l. in commento, che ascrive entrambe le nozioni al termine di rifiuto.

⁽³⁾ S. RODOTÀ, *La vita e le regole, Tra diritto e non diritto*, (Feltrinelli) Milano, 2006, p. 85.

⁽⁴⁾ F. D'AGOSTINO, *Un magistero per i giuristi. Riflessioni sugli insegnamenti di Benedetto XVI*, (San Paolo) Cinisello Balsamo, 2011, p. 108 ss.

all'interno della quale «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura»⁽⁵⁾ a mente del comma 8°, al medico è dunque rimessa, in scienza e coscienza, l'indicazione dei mezzi attraverso cui realizzare (o almeno cercare di realizzare) l'obiettivo sperato, comune a lui e al paziente, del miglioramento delle condizioni di salute di quest'ultimo, ed a costui spetta la decisione circa la loro attuazione, scelta insindacabile in quanto espressione del proprio personalissimo bilanciamento tra risultati attesi, sacrifici richiesti, qualità e dignità dell'esistenza.

Rientrano nella nozione di trattamenti sanitari anche la nutrizione e l'idratazione artificiale, «in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici». La disposizione recepisce l'insegnamento della Corte Costituzionale in sede di definizione del trattamento sanitario⁽⁶⁾, nella quale si deve comprendere l'alimentazione o l'idratazione realizzate per il tramite di interventi medico-sanitari, ossia in forme e con strumenti invasivi dell'integrità fisica dell'individuo.

Di conseguenza, il medico è tenuto a rispettare il rifiuto o la rinuncia

⁽⁵⁾ Su cui M. DI MASI, *Prima lettura della legge recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"*, in *diritticomparati.it*. Discute analogamente di "medicina condivisa" V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, p. 637 ss.; cfr. anche A. NICOLUSI, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 457 ss.; C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2164 ss.

⁽⁶⁾ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 297, a proposito dell'art. 3 della l.r. 6 novembre 2007, n. 21, Piemonte (Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti), ritenuto illegittimo per violazione dell'art. 117, 3° comma Cost., in quanto disciplina aspetti di primario rilievo dell'istituto del consenso informato, il cui ambito è da considerarsi compreso tra i principi fondamentali in materia di tutela della salute. Cfr. anche Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2012 ss., con osservazioni di R. D'ATENA e note di A. D'ATENA, *La Consulta parla ... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, e di D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2006 ss., con osservazioni di C. COVINO; in *Foro it.*, 2003, I, c. 394, con note di R. ROMBOLI e A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Sul controllo delle leggi regionali*, di V. MOLASCHI, "Livelli essenziali delle prestazioni" e Corte costituzionale: prime osservazioni, di S. GARAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione delle competenze fra Stato e regioni*.

espressa dal paziente⁽⁷⁾, ed è per questo esente da responsabilità civile o penale, che sussisterebbero nell'ipotesi contraria: «il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico è vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato»⁽⁸⁾. Sicché, anche ove la condotta del medico abbia ottenuto un risultato positivo, l'aver praticato un trattamento diverso da quello consentito dal paziente non è punito penalmente in forza del principio di legalità e tassatività della norma penale, perché manca una norma incriminatrice della condotta, ma ciò non esclude che la condotta possa rilevare su altri piani, ed essenzialmente in termini di responsabilità per fatto illecito dannoso, in considerazione del diritto di autodeterminazione del paziente⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Obiezione di coscienza e bioetica*, 30 luglio 2012, aveva ritenuto che «l'obiezione di coscienza in bioetica è un diritto costituzionalmente fondato (con riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo), costituisce un'istituzione democratica, in quanto preserva il carattere problematico delle questioni inerenti alla tutela dei diritti fondamentali senza vincolarle in modo assoluto al potere delle maggioranze, e va esercitata in modo sostenibile». Di conseguenza «la tutela giuridica dell'obiezione di coscienza non deve limitare né rendere più gravoso l'esercizio di diritti riconosciuti per legge né indebolire i vincoli di solidarietà derivanti dalla comune appartenenza al corpo sociale». Coerentemente, per Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 75 ss., il rifiuto opposto dalla Regione di far sospendere, ad una propria struttura ospedaliera, l'alimentazione artificiale di una paziente in stato vegetativo permanente, su richiesta del suo tutore, non può giustificarsi con ragioni attinenti all'obiezione di coscienza, poiché spetta alla legge disciplinare compiutamente le modalità e i limiti entro i quali possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del *satisfacere officio*. In dottrina v. di recente P. VERONESI, *Tra deontologie e obiezioni di coscienza: il sempre attuale problema del limite*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, 1, p. 9 ss.; N. VETTORI, *Il diritto alla salute alla fine della vita: obblighi e responsabilità dell'amministrazione sanitaria*, in *Riv. med. legale dir. sanitario*, 2016, p. 1463 ss.; M. AMITRANO ZINGALE, *L'obiezione di coscienza nell'esercizio della funzione pubblica sanitaria*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1099 ss.

⁽⁸⁾ Cass., 16 gennaio 2008, n. 21335, in *Riv. pen.*, 2008, p. 773.

⁽⁹⁾ Cass., Sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 447; in *Danno e resp.*, 2009, p. 329 ss.; in *Giur. it.*, 2009, p. 2263 ss.; in *Resp. civ.*, 2009, p. 881; in *dirittegiustizia.it*, con nota di A. COMPORITI, *Consenso informato e attività medico chirurgica: quando l'irrelevanza penale viene meno*. Per gli studi di bioetica sul diritto all'autodeterminazione e sul dovere di infor-

Le strutture sanitarie pubbliche e private garantiscono⁽¹⁰⁾ con propria organizzazione interna l'attuazione della legge, l'informazione ai pazienti e la formazione dei sanitari, che deve comprendere anche quella in materia di relazione e comunicazione col paziente, di terapia del dolore e di cure palliative.

Il riferimento contenuto nel 1° comma alla salvezza dei casi previsti dalla legge, come il disposto del 7° comma a mente del quale «nelle situazioni di emergenza o urgenza il medico e i componenti dell'*équipe* sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla», sembra doversi ricollegare alla scriminante dello stato di necessità, e va comunque integrato col disposto dell'art. 4, in materia di disposizioni anticipate di trattamento. Ove dunque manchi sia l'espressione del consenso che quella del rifiuto di accertamenti diagnostici, per le scelte terapeutiche o singoli trattamenti sanitari, in condizioni di emergenza, ed eventualmente anche nel corso di un trattamento ed in paziente versato in stato di incoscienza, il criterio che funge da discriminante è il pericolo di vita: in questo caso il medico potrà operare anche senza il consenso all'intervento variato rispetto a quello programmato, illustrato al paziente e consentito⁽¹¹⁾. Se, invece, non è a rischio la vita, spetta al paziente la libertà di attuare il proprio personale bilanciamento tra la prospettiva di vivere con una menomazione, o affrontare le conseguenze di un intervento che la eliminasse, ma da cui potrebbero derivare effetti che egli ritiene insopportabili, più della menomazione stessa.

mazione gravante sul medico cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999, pp. 79 e 127; E. PARODI, *I codici deontologici in Italia e nella CEE*, in C. ROMANO, G. GRASSONI (a cura di), *Bioetica*, Torino, 1995, p. 78 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Riv. dir. sicur. sociale*, 2011, p. 21 ss.; L. COEN, *Le disposizioni anticipate di trattamento sanitario tra diritto civile e organizzazione amministrativa*, in *Riv. biodiritto*, 2017, 1, p. 12 ss.

⁽¹¹⁾ Cass., 29 maggio 2002, V., in *leggiditalia.it*, ha ritenuto che il medico sia legittimato a sottoporre il paziente al trattamento medico che giudica necessario alla salvaguardia della sua salute, nonostante anche il consenso del paziente, operando lo stato di necessità. Cfr. anche Cass., Sez. un., 18 dicembre 2008, G.N., in *Resp. civ.*, 2009, p. 881, con nota di R. CAMPIONE, *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle S.U. penali nella prospettiva civilistica*.

Allorché, infine, è un errore diagnostico la ragione per cui il sanitario prende conoscenza solo in camera operatoria, quando il paziente è sedato e non può esprimere la propria volontà, delle condizioni che rendono opportuno il differente intervento, non ha luogo ad applicarsi la disciplina del consenso informato, e la situazione di fatto va sussunta in una fattispecie di responsabilità professionale per condotta colposa, per non avere il sanitario o la struttura operato con la diligenza richiesta dalle *leges artis*. E, salvo ancora il caso di necessità, l'intervento va sospeso, in attesa di conoscere la determinazione del paziente.

Il criterio appare dirimente anche con riguardo agli strumenti di alimentazione e idratazione artificiale, in considerazione della loro qualificazione in termini di trattamento terapeutico: le stesse non potranno essere proseguite dal sanitario quando consti il rifiuto del paziente, ovvero per conseguenza del divieto di ostinazione irragionevole nelle cure, di cui all'art. 2. Se non c'è più speranza di sopravvivenza, non può operare lo stato di necessità, la cui applicazione si limita alla verifica di una certa probabilità di guarigione, non ad un qualunque grado di possibilità di miglioramento delle condizioni di salute.

2. — *Attuazione del diritto alla dignità.*

Un'appropriata terapia del dolore è garantita, a norma della l. 15 marzo 2010 n. 38, anche in caso di rifiuto o revoca del consenso al trattamento sanitario, ed è dovere del medico adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente. In caso di prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte «il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati».

La disposizione si inserisce in una opportuna distinzione tra terapia, che «si riferisce alla malattia e mira al ripristino di una condizione di salute», e cura, che invece «è rivolta ad una condizione di fragilità e ha il suo valore nella relazione, anche quando non c'è possibilità di guarigione»⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ L. ROMANO, in E. VINAI, «L'eutanasia non è mai scelta di libertà», in *Noi genitori & figli*, 2011, 1, p. 38 s.

L'alleanza terapeutica si spinge dunque fino ad una alleanza di cura, nella quale al medico è richiesto l'adempimento di un dovere professionale di prendersi carico della fragilità degli stati terminali, evitando tanto le pratiche che non siano proporzionate, efficaci o tecnicamente adeguate alle condizioni del paziente o «agli obiettivi di cura»⁽¹³⁾, quanto forme surrettizie di abbandono del paziente alla sofferenza.

Inoltre, «in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, col consenso del paziente», dando atto del ricorso o del rifiuto della stessa con annotazione nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

La disposizione recepisce le indicazioni formulate dal Comitato nazionale per la Bioetica nel parere su “Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte” del 29 gennaio 2016, il quale ammette l'eticità dei trattamenti farmacologici, applicati secondo criteri di proporzionalità e adeguatezza sanitaria, necessari a ridurre fino ad annullare la coscienza del paziente allo scopo di alleviare sintomi fisici o psichici intollerabili e refrattari a qualsiasi trattamento che possono essere dispnea, nausea e vomito incoercibile, *delirium*, irrequietezza psico-motoria, *distress* psicologico o esistenziale, senso di soffocamento. Al tempo stesso, recisamente esclude⁽¹⁴⁾ la possibilità che la vita ne risulti abbreviata, e che sia dunque assimilabile ad una sorta di *soft and slow euthanasia*, in accordo con la letteratura scientifica che, anzi, evidenzia in alcuni studi che addirittura procrastinerebbe il decesso. Un'opinione censura tale pronuncia in quanto ipocrita, per aver evitato di pronunciarsi sul fatto che «la sedazione palliativa profonda e continua sia eticamente e giuridicamente accettabile anche qualora – quale effetto collaterale che non può, quantomeno in linea di principio, del tutto escludersi

⁽¹³⁾ Questa era la dizione contenuta nell'art. 1, 1° comma, lett. *f*), del d.d.l. n. 2350/2009 rubricato «Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento», approvato dal Senato della Repubblica il 26 marzo 2009.

⁽¹⁴⁾ V. tuttavia l'opinione contraria espressa da C. Flamigni, in calce al citato *Parere* del Consiglio nazionale di bioetica, secondo il quale l'eutanasia è camuffata dalla sedazione.

– ne derivi un’accelerazione, di qualche minuto, ora o giorno, dell’agonia dell’ammalato»⁽¹⁵⁾. L’interrogativo, centrale nella dottrina del duplice effetto⁽¹⁶⁾, si può risolvere nel senso della liceità giuridica ed etica di alcuni interventi medici in ragione del loro fine principale, anche qualora comportino anche conseguenze negative.

Già il 24 febbraio 1957, in un discorso tenuto al IX Congresso della Società di Anestesiologia, il pontefice Pio XII si domandava: «La liceità delle pratiche di soppressione del dolore e della coscienza mediante narcotici, quando ciò è richiesto da un’indicazione medica, è consentita dalla religione e dalla morale al medico e al paziente, anche quando si avvicina la morte e si prevede che l’uso dei narcotici accorcerà la vita?» e concludeva: «Se non ci sono mezzi e se, nelle circostanze concrete, ciò non impedisce l’adempimento di altri doveri morali e religiosi, sì»⁽¹⁷⁾. Sul punto è esplicita, in Francia, la L. 1110-5-2, recante *Code de la Santé*, ammettendo l’insieme dei trattamenti analgesici e sedativi (e dunque non soltanto la sedazione profonda e continua) attivati per sollevare il malato in fase terminale dal sintomo refrattario ad altri trattamenti, «anche se possono abbreviare la vita». In prossimità della

⁽¹⁵⁾ S. CACACE, *La sedazione palliativa profonda e continua nell’imminenza della morte e le sette inquietudini del diritto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 469 ss.

⁽¹⁶⁾ G.M. MIGLIETTA, *Teologia morale contemporanea. Il principio del duplice effetto*, Roma, 1997.

⁽¹⁷⁾ PIO XII, *Risposta ai quesiti del IX Congresso della Società Italiana di Anestesiologia* (24 febbraio 1957), in *Discorsi e radiomessaggi*, XIII, Tipografia Poliglotta Vaticana, Roma, 1969, p. 749, su cui E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, 4^a ed., Milano, 2007, p. 886 s. V. anche GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae*, «Nella medicina moderna vanno acquistando rilievo soprattutto le cosiddette “cure palliative” destinate a rendere più sopportabile la fase finale della malattia e ad assicurare al tempo stesso un adeguato accompagnamento umano»; BENEDETTO XVI, *Intervento al Congresso nazionale della Società Italiana di Chirurgia*, 20 ottobre 2008, su cui F. CANCELLI, *Le cure palliative nel magistero di Pio XII e Benedetto XVI*, in *L’osservatore romano*, 30 gennaio 2009, invitava i sanitari ad «alleviare la sofferenza (...) accompagnare il malato nel suo cammino»; ID., *Messaggio per la XV giornata del malato*, in V. PAGLIA, *Sorella morte*, (Piemme) Milano, 2015. Nello stesso senso è il magistero di J.M. BERGOGLIO, *Risponde Papa Francesco*, (Marsilio) Venezia, 2015, p. «Nessuno è obbligato a usare mezzi straordinari quando si sa che si è in una fase terminale. Nella mia pastorale, il questi casi, ho sempre consigliato le cure palliative»; ID., *Cure palliative: udienza ai partecipanti alla Plenaria della Pontificia Accademia per la Vita*, 5 marzo 2015, in T. STENICO, *Il vocabolario di Papa Francesco*, (Libreria editrice vaticana) Roma, 2015.

morte, somministrare fluidi ha spesso effetti collaterali e svantaggi superiori al maggior *comfort* di vita atteso, ed in considerazione di ciò lo stato di alterazione della coscienza mantenuto farmacologicamente fino al decesso, in associazione all'analgesia, non configura eutanasia in ragione dell'interruzione dei trattamenti vitali di idratazione e alimentazione, la quale non resta comunque affidata ad una scelta ispirata per il medico ai criteri di proporzionalità e divieto di ostinazione irragionevole nelle cure, fermo il rispetto del dissenso eventualmente espresso dal paziente, anche con disposizioni anticipate di trattamento.

La definizione dei confini temporali della "imminenza di morte" spetta alla scienza medica, e le linee guida generalmente accreditate la commisurano quantomeno ai quindici giorni; nello stesso senso, la definizione delle "sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari" dipende necessariamente dall'avanzamento della medicina palliativa, fermo il principio per il quale non della sola sofferenza fisica si può trattare, ma anche del c.d. *existential distress*, in ragione della nozione complessa di salute, come benessere psico-fisico, costantemente ribadita dalla giurisprudenza costituzionale⁽¹⁸⁾.

3. — *Consenso e capacità.*

Il testo normativo comprende nella responsabilità genitoriale di cui all'art. 320 c.c. la decisione in merito al trattamento sanitario da praticare al minore, pur gravando i genitori o il tutore del dovere di tenere conto della volontà di costui, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità. Ne deriva, ogni volta che non sussista contrasto tra genitori e sanitari⁽¹⁹⁾, che la verifica giu-

⁽¹⁸⁾ Tra le altre, Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161; Id., 18 novembre 2013, n. 278; Id., 21 ottobre 2015, n. 221; Id., 5 luglio 2016, n. 213; Id., 20 giugno 2017, n. 180.

⁽¹⁹⁾ L'art. 33 del Codice di deontologia medica impone al professionista di garantire «al minore elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale». La scelta legislativa è probabilmente ispirata da ragioni pratiche, perché evita di gravare i sanitari dell'accertamento della capacità di discernimento, esigenze che avrebbero

diziale del dissenso del minore resta affidato esclusivamente all'iniziativa dei nonni, di altri parenti o del pubblico ministero *ex art.* 336 c.c., per l'adozione di un provvedimento limitativo della responsabilità. Il minore non è neppure abilitato a dettare disposizioni anticipate di trattamento o alla pianificazione condivisa delle cure, in caso di patologia cronica o a prognosi infausta⁽²⁰⁾. Il paradosso diviene purtroppo tragico rispetto alla scelta della sedazione profonda, finendo per essere impossibile superare tempestivamente l'opposizione manifestata dai genitori alla terapia di sedazione profonda del figlio, in condizioni di morte imminente, per alleviargli dolori refrattari ad ogni altro trattamento o fronteggiare eventi acuti terminali.

La dottrina aveva, in contrario, autorevolmente insegnato che gli atti costituenti esercizio dei diritti fondamentali possono essere compiuti in piena autonomia da qualsiasi minore capace di discernimento, posto che titolarità ed esercizio delle situazioni giuridiche essenziali sono inscindibili⁽²¹⁾, e la più recente giurisprudenza di legittimità ha affermato la capacità di agire del minore nell'ambito degli atti giuridici in senso stretto, quando non possano derivarne pregiudizi all'agente⁽²²⁾.

Del principio costituiscono affermazione talune disposizioni contenute in leggi speciali. L'art. 1, l. 18 giugno 1986, n. 281, riconosce il diritto del mi-

potuto meglio conciliarsi con i principi di rango primario attraverso l'indicazione di una età che la lasci presumere, sul modello dell'art. 315-*bis*, 3° comma c.c.

⁽²⁰⁾ In contrasto con la Convenzione di Oviedo sulla biomedicina, art. 6, e le indicazioni del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 29 gennaio 2016, cit., p. 12 ss.; ID., *Bioetica con l'infanzia*, 22 gennaio 1994, raccomandava di cercare sempre, insieme con quello dei genitori, il consenso o il dissenso alla cura in pediatria del bambino di età superiore ai sette anni, e di considerare prioritario ed obbligatorio quello dell'adolescente, a partire dagli anni quattordici.

⁽²¹⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., Napoli, 2006, p. 949 ss.; M. GIORGIANNI, *In tema di incapacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 103 ss.; ID., *Della potestà dei genitori*, in *Comm. c.c. Cian-Oppo-Trabucchi*, IV, Padova, 1992, p. 2999; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 2002, p. 237, col limite degli atti che esponano il minore ad un rilevante pregiudizio; F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam.*, 1982, p. 54 ss.

⁽²²⁾ Cass., 13 ottobre 2017, n. 24077, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1, con nota di S. STEFANELLI, *Verso la capacità di agire del minore: il caso degli atti giuridici in senso stretto*.

nore di scegliere, al momento dell'iscrizione alla scuola secondaria superiore, se avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica, escludendo la necessità di una attività sostitutiva, posta in essere dal genitore a beneficio del minore; gli artt. 12 e 13, l. 22 maggio 1978, n. 194, disegnano l'intervento autorizzatorio del giudice all'interruzione volontaria di gravidanza della minorenne – necessario ove sussista disaccordo coi genitori o serie ragioni che ne sconsigliano l'informativa e la consultazione – indirizzandolo non a sostituire la decisione della donna, incapace di agire, ma, attraverso un procedimento sostanzialmente equitativo, ad appurare l'esistenza in capo a costei della consapevolezza e ponderazione della scelta che solo lei può compiere⁽²³⁾. Coerentemente, l'art. 2 della l. n. 194/1978 dispone che «la somministrazione su prescrizione medica, nelle strutture sanitarie e nei consultori, dei mezzi necessari per conseguire le finalità liberamente scelte in ordine alla procreazione responsabile è consentita anche ai minori»⁽²⁴⁾. Analogamente, l'art. 120, 2° comma, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, prevede

⁽²³⁾ Cfr. Corte cost., 15 marzo 1996, n. 76, in *Rep. Foro it.*, 1997, v. *Aborto*, n. 11, e in *Giur. cost.*, 1996, p. 709; in *Giust. cin.*, 1997, I, p. 41, con nota di F. GIARDINA, *L'ultimo atto di una storia senza fine: l'incostituzionalità dell'art. 12 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza*, per la quale «la decisione di interrompere la gravidanza è rimessa soltanto alla responsabilità della donna, non potendosi configurare quale potestà codecisionale l'intervento del giudice tutelare, nell'ipotesi in cui non vi sia l'assenso degli esercenti la potestà o la tutela sulla minore, o vi siano pareri difformi da parte di costoro, o ancora sussistano seri motivi che impediscano o sconsiglino la loro consultazione». In dottrina, F.D. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., p. 64. Nota F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 280 s.: «L'idea di una rappresentanza genitoriale in materia di atti a contenuto personale del minore, capace di discernere in concreto, tutte le volte in cui sia disgiunta da esigenze educative strettamente connesse alla promozione della personalità del minore stesso, rimane soltanto la scomoda eredità di una vecchia e superata concezione paternalistica o protettiva del rapporto di filiazione»; concordi A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011, p. 157 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2ª ed., Torino, 2018, pp. 571 ss. e 641 ss.

⁽²⁴⁾ Si fonda su tale disposizione l'obbligo solo per le donne minorenni di prescrizione medica per la c.d. pillola dei cinque giorni dopo contenuto nella determinazione dell'Agenzia Italiana per il Farmaco del 25 marzo 2015.

la facoltà per il minore, che faccia uso di sostanze stupefacenti e di sostanze psicotrope, di chiedere al servizio pubblico per le tossicodipendenze o ad una struttura privata autorizzata di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di eseguire un programma terapeutico e socioriabilitativo, mentre l'art. 75 ne garantisce la riservatezza, escludendo la convocazione dei genitori innanzi al Prefetto quando ciò contrasti con le esigenze educative del minore che si sia reso responsabile di illeciti amministrativi relativi all'importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualsiasi titolo o detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope⁽²⁵⁾. Tanto in ossequio al dettato costituzionale ed ai precetti contenuti nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, del 20 ottobre 1989, nell'art. 5 della Convenzione de L'Aja del 28 maggio 1970, relativa al rimpatrio dei minori, nell'art. 16, lett. a) della Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento, nell'art. 13 della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, nell'art. 3 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996, nell'art. 6 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, nell'art. 24, 1° comma, C.d.f.U.E., nonché nell'art. 23, lett. b), Reg. UE n. 2201/2003.

Nella l. in commento, analogamente a quanto disposto per il minore, il consenso informato al trattamento da effettuarsi su persona interdetta è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile ed «avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona, nel pieno rispetto della sua dignità», ed in caso di amministrazione di sostegno dipende dal contenuto dei poteri affidati dal decreto di nomina; al contrario, la decisione resta nella capacità dell'inabilitato. In caso di contrasto tra

⁽²⁵⁾ Analoga previsione difetta nell'articolato della l. 5 giugno 1990, n. 135 in materia di prevenzione e lotta all'AIDS, rispetto alla quale si leggano le critiche di P. VERCELLONE, *Il corpo del minorenne: i trattamenti sanitari*, in G. COLLURA, L. LENTI e MAN. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, 2ª ed., nel *Tratt. dir. fam. Zatti*, 2, Milano, 2012, p. 987 ss., in considerazione del rischio che, per non veder coinvolto il genitore, il minorenne sia indotto a non svolgere il test HIV.

medico, il quale ritenga appropriate e necessarie le cure che propone, e rappresentante dell'incapace, che le rifiuti, ed assenza di direttive anticipate di trattamento, la decisione è rimessa al giudice tutelare, su ricorso del rappresentante medesimo o dei soggetti di cui all'art. 406 c.c., oltre che del medico e della struttura sanitaria⁽²⁶⁾.

4. — *Disposizioni anticipate, pianificazione delle cure e ruolo dei familiari.*

Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere ha la possibilità di esprimere anticipatamente le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto di accertamenti diagnostici, scelte terapeutiche, e singoli trattamenti.

Il medico è tenuto al rispetto delle DAT, potendole disattendere in tutto o in parte, in accordo col fiduciario ivi nominato, «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente, ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». Il conflitto tra fiduciario e medico consente di provocare la decisione del giudice tutelare, ai sensi del citato art. 3, comma 5°.

La forma richiesta per l'atto è quella pubblica⁽²⁷⁾, della scrittura privata autenticata o consegnata personalmente all'ufficio dello stato civile del Co-

⁽²⁶⁾ Cfr. A. PORRACCILO, *Biotestamento al debutto. Ecco i casi a rischio giudice*, in *Il Sole 24 ore. Norme e tributi*, 29 gennaio 2018, p. 34 ss., secondo il quale, non dettando la legge disposizioni processuali, il giudice deve procedere senza particolari formalità, ma comunque dopo aver sentito o almeno convocato entrambi i soggetti, potendo eventualmente ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio quando la questione richieda un approfondimento scientifico. La competenza per territorio, secondo le regole generali, spetta al giudice tutelare del luogo in cui il trattamento sanitario andrebbe attuato.

⁽²⁷⁾ Cfr. C. ROMANO, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, p. 15 ss., per il quale «le disposizioni anticipate integrano un negozio giuridico unilaterale, la cui efficacia è differita ad un momento successivo, coincidente con il verificarsi di un dato evento, vale a dire la perdita dello stato di capacità psichica del suo autore».

mune di residenza, ma anche la videoregistrazione o l'uso di dispositivi che consentano alla persona disabile di comunicare è sono forme sufficienti tanto alla prima espressione che alla rinnovazione, modifica e revoca. Tuttavia, qualora condizioni di emergenza e urgenza impedissero il ricorso alle predette forme, la revoca può essere anche verbale e raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni⁽²⁸⁾.

Presupposto sostanziale per l'espressione di volontà in parola è l'acquisita adeguata informazione medica sulle conseguenze delle scelte ivi rappresentate, mentre la legge non fa parola alcuna circa l'attualità della patologia. Alla luce del serrato dibattito sul punto, ed in considerazione dell'aspirazione del testo a realizzare pienamente il principio proclamato nel primo comma dell'art. 1, anche e soprattutto rispetto a quelle condizioni che reclamavano da tempo l'introduzione del cosiddetto "testamento biologico", dal silenzio sul punto sembra potersi desumere che non siano richieste per la redazione delle DAT condizioni ulteriori rispetto alla compiuta informativa, che è come abbiamo visto elemento costitutivo del consenso stesso⁽²⁹⁾.

La l. affida a un decreto del Ministero della salute la disciplina dell'infor-

⁽²⁸⁾ Per una critica all'eccessiva complicazione burocratica, ed al contempo all'indeterminatezza dei riferimenti alla presenza necessaria dei testimoni, v. in dottrina R. CLARIZIA, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 947 ss.; P. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 3 ss.; M. DI MASI, *op. loc. cit.*

⁽²⁹⁾ Nello stesso senso, C. ROMANO, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, cit., p. 18, ritiene che «una volontà sul fine vita sia resa meditata e consapevole non soltanto dall'esperienza della malattia, ma da un serio confronto con il medico, dal quale trarre tutte le informazioni necessarie per ponderare adeguatamente le proprie scelte. Si faccia l'esempio di una persona, perfettamente sana, che abbia un familiare affetto da malattia genetica e, nel timore di contrarre analoga patologia, a seguito di confronto con il medico decida di esprimere le sue volontà sul "cammino terapeutico" da intraprendere. Il legislatore segna un limite, non temporale ma funzionale, alle disposizioni di fine vita: la consapevolezza e ponderazione delle stesse; acquisito siffatto requisito, non si ritiene di poter formulare ulteriori condizioni alla fruizione dello strumento. Può, pertanto, concludersi che l'autore delle DAT possa essere, oltreché un soggetto malato, anche una persona sana, che si prefiguri in via astratta una futura infermità». Sull'informazione v. anche L. ORSI, F. DE BIASI, A. SEMPREBONI, L. BUSATTA, *La comunicazione della cattiva notizia in ambito sanitario: da sconosciuta a perno della relazione di cura*, in *Riv. biodiritto*, 2017, 1, p. 15 ss.

mativa a carico delle regioni e delle aziende sanitarie, le quali – ove adottino modalità telematiche di gestione della cartella clinica o del fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati dell'iscritto al S.S.N. – «possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili». È questo della tempestiva conoscibilità⁽³⁰⁾ delle DAT uno degli aspetti nodali per la concreta applicazione del testo normativo, ed il Ministero per l'Interno è intervenuto a chiarire che l'ufficiale dello stato civile non partecipa in alcun modo alla formazione delle dichiarazioni, limitandosi a verificare l'identità del dichiarante e la residenza nel Comune, oltre a rilasciarne ricevuta, e che, non istituendo la legge alcun registro aggiuntivo rispetto a quelli contemplati dal regolamento vigente, le medesime DAT devono essere accolte e registrate in un ordinato elenco cronologico, da conservarsi «in conformità ai principi di riservatezza dei dati personali di cui al d.lgs. 30/6/2003, n. 196»⁽³¹⁾.

Deriva che, nell'attesa del D.M. Salute, cui l'art. 1, 419° comma, della l. 27 dicembre 2017, n. 205⁽³²⁾, le predette dichiarazioni, pur raccolte e cronologicamente registrate, non saranno trasmesse dagli uffici di stato civile alle

⁽³⁰⁾ L'art. 1, 419° comma, della l. 27 dicembre 2017, n. 205, l. finanziaria per il 2018, dispone: «è istituita presso il Ministero della salute una banca dati destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Per l'attuazione del presente comma è autorizzata la spesa di 2 milioni di euro per l'anno 2018». La disposizione non menziona esplicitamente la l. n. 219/2017, in quanto pubblicata in G.U. il 16 gennaio 2018, dopo l'approvazione della l. di bilancio, il 23 dicembre 2017.

⁽³¹⁾ Circolare Min. Interno 8 febbraio 2018, n. 1, in *sepel.it*.

⁽³²⁾ A mente del quale «Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro della salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e acquisito il parere del Garante per la protezione dei dati personali, sono stabilite le modalità di registrazione delle DAT presso la banca dati di cui al comma 418».

strutture sanitarie, e ciò non può che influire sulla decisione di consegnarne copia al fiduciario nelle stesse nominato, allo scopo di consentirne non solo la rappresentanza del paziente nelle relazioni con il medico e le strutture, ma più radicalmente la concreta efficacia delle dichiarazioni medesime.

Ulteriore strumento della relazione di cura tra paziente e medico, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere la pianificazione delle cure condivisa tra paziente e sanitario. Ad essa devono attenersi medici e sanitari qualora il paziente versi in condizione di incapacità, anche solo di esprimere il proprio consenso, e può contenere l'indicazione di un fiduciario ed è un altro strumento attraverso il quale il paziente esprime la decisione rispetto a quanto proposto dal medico ed i propri intendimenti per il futuro.

La forma scritta è sufficiente, come la videoregistrazione e l'utilizzo di dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, e l'atto è inserito nella cartella clinica o nel fascicolo sanitario elettronico.

Come le DAT, la pianificazione condivisa delle cure è sempre modificabile in ragione dell'attrazione al diritto fondamentale e indisponibile di cui agli artt. 2, 3 e 32 Cost., e di conseguenza può essere aggiornata «al progressivo evolversi della malattia su richiesta del paziente o su suggerimento del medico», ma deve ritenersi, anche a prescindere dal richiamo all'art. 4 per gli aspetti non espressamente disciplinati dall'art. 5 in commento, che possa anche essere *tout court* revocata, per decisione insindacabile del titolare del diritto di autodeterminazione.

La distinzione tra DAT e pianificazione condivisa delle cure sembra risiedere, dunque, nel presupposto necessario per la seconda di una patologia cronica e invalidante o con inarrestabile prognosi infausta.

Riguardo al ruolo dei familiari, sembra interessante notare che tanto l'art. 1, comma 2°, che l'art. 5, comma 2°, valorizzano il coinvolgimento nella relazione di cura, con il consenso del paziente, dei suoi familiari, della parte dell'unione civile o al convivente e la loro informazione riguardo alla possibile evoluzione della patologia, a ciò che è realisticamente possibile attendersi in termini di qualità della vita, alle possibilità cliniche e alle cure palliative.

Del pari, rientra nella decisione del paziente rifiutare in tutto o in parte di ricevere informazioni, ovvero indicare i familiari o una persona di fiducia incaricati di riceverle e di esprimere in propria vece il consenso.

Parte della dottrina evidenzia come una prima lettura della disposizione sembri configurare una “delega in bianco”, in forza della quale una persona sceglie per la salute dell’altra senza che quest’ultima conosca neppure le proprie condizioni, e ne propone di conseguenza una interpretazione restrittiva, riferibile esclusivamente al consenso e non estensibile al rifiuto della cura⁽³³⁾. Potrebbe obiettarsi in contrario che tanto la decisione affermativa che quella negativa sono paritarie espressioni di quel diritto alla vita ed alla salute *ius excludendi omnes alios* che qualifica il consenso come esercizio del diritto di libertà⁽³⁴⁾ che giustifica il trattamento medico, senza il quale quest’ultimo costituirebbe una ingiustificata aggressione o violenza fisica, sicché il diritto di curarsi comprende anche quello di non curarsi, secondo la giurisprudenza interna e sovranazionale⁽³⁵⁾.

Sembra utile segnalare anche come il comma 5° dell’art. 1 faccia riferimento ai soli familiari, escludendo i conviventi e la persona di fiducia, sicché,

⁽³³⁾ A. BUFFONE, *L. 22 dicembre 2017, n. 219. Principali novità*, in *altalex.it*.

⁽³⁴⁾ G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Tratt. biodiritto Rodotà-Zatti*, I, Milano, 2010, p. 361 ss.

⁽³⁵⁾ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3025; in *Giur. it.*, 2007, p. 2366; in *Fam. e dir.*, 2008, con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all’identità personale in un’importante pronuncia della Suprema Corte*, chiarisce che tale diritto «come tutti i diritti di libertà implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell’interessato, finanche di lasciarsi morire». V. anche Corte EDU, 29 aprile 2002, causa *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, in *Dir. fam.*, 2002, p. 795 ss., con nota di G. FRANCOLINI, *Il dibattito sull’eutanasia tra Corte europea e giurisprudenza interna*; in *Foro it.*, 2003, IV, c. 58 ss., con nota di B. BARBISAN, *Sacralità della vita e bilanciamenti nella giurisprudenza inglese e in quella della Corte europea di Strasburgo*; in *Guida dir.*, 2002, 21, p. 97, con nota di F. CANANZI, *Dalla Corte un “no” al suicidio assistito, ma anche l’invito a mitigare le sanzioni*. In dottrina cfr. almeno C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 1057 ss., fonda, negli artt. 3 (divieto della tortura) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), il diritto del paziente di scegliere come trascorrere gli ultimi istanti della propria esistenza e di chiedere che tale scelta sia rispettata, legittimando quindi il rifiuto al trattamento medico, purché tale rifiuto provenga da persona adulta e sana di mente.

nel caso il cui il paziente abbia espresso la rinuncia o il rifiuto di trattamenti necessari alla propria sopravvivenza, divenuto costui successivamente incapace, il medico sembrerebbe dover prospettare ai soli familiari le possibili alternative e promuovere le azioni di sostegno, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Della disposizione è dunque opportuno proporre una interpretazione estensiva, che comprenda tutte le figure descritte.

5. — *Unioni civili, convivenze e amministrazione di sostegno.*

Con disposizione introdotta dalla disciplina delle unioni civili e delle convivenze registrate è stata per la prima volta disciplinata la designazione di un convivente, ad opera dell'altro, quale proprio rappresentante con poteri pieni o limitati «in caso di malattia che comporta l'incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute». La norma richiede per la designazione «la forma scritta e autografa, oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone».

Sussistono dunque significative discrasie rispetto al testo in commento, con riguardo alla legittimazione alla designazione e all'assunzione delle funzioni di "rappresentante", limitata dalla l. 76/2016 ai soli conviventi, alla forma, e solo parzialmente rispetto ai presupposti applicativi, che nella l. 76/2016 sono integrati dalla malattia che comporta incapacità di intendere e di volere e nella l. 219/2017, dell'applicazione di un trattamento sanitario o di un accertamento diagnostico in previsione di una «eventuale futura incapacità di autodeterminarsi». È soprattutto sull'efficacia delle designazioni effettuate a norma della l. 76/2016 che merita soffermare l'attenzione, ritenendosi da alcuni che «il conflitto tra le due leggi non si risolve con il criterio della specialità ma piuttosto con quello cronologico, con conseguente abrogazione implicita e tacita degli artt. 1, commi 40 e 41 della Legge n. 76 del 2016, con la sola salvezza della lettera *b*) del cennato comma 40», relativa alle scelte sulla donazione degli organi, la destinazione delle spoglie e le celebrazioni funerarie⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ G. BUFFONE, *op. loc. cit.*

La conclusione non convince appieno, ben potendo verificarsi il caso in cui sussista una nomina del convivente a rappresentante ma difetti invece la designazione di un fiduciario, ed il paziente si trovi in condizioni di incapacità senza aver espresso le proprie volontà rispetto ad un trattamento sanitario o un accertamento diagnostico proposto dal medico, né aver realizzato una pianificazione delle cure condivisa.

Per ipotesi consimili si è sviluppata la prassi dell'istanza per la nomina di un amministratore di sostegno, in previsione della futura incapacità a rendere o rifiutare il consenso al trattamento medico-sanitario. L'esclusione dell'amministratore dal potere di manifestare, per conto del beneficiario, il consenso al trattamento medico sanitario sembrerebbe fondata sul tenore letterale dell'art. 411 c.c., che non comprende, tra le norme dettate per interdizione e inabilitazione applicabili all'amministrazione di sostegno, l'art. 357, il quale indica, tra le funzioni del tutore «la cura della persona»: di conseguenza, trattandosi di persona che non può esprimere la propria volontà riguardo alle scelte terapeutiche, il medico dovrebbe muoversi secondo le regole dettate in materia di caso di necessità⁽³⁷⁾. La tesi formalistica può trovare superamento tanto in considerazioni formali quanto, soprattutto, in considerazione della definizione dell'amministrazione di sostegno come provvedimento non incapacitante, ma funzionale proprio alla «cura della persona» del beneficiario, prima che del suo patrimonio⁽³⁸⁾.

L'art. 404 c.c. comprende infatti nel concetto di «impossibilità a provvedere ai propri interessi» l'impossibilità di prendersi cura della propria persona; i provvedimenti urgenti che il giudice tutelare può dettare ai sensi

⁽³⁷⁾ Cfr. G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, cit., 2009, p. 1779 s. Argomenta G. GENNARI, *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*, cit., p. 731, che «l'art. 411 non ha lo scopo di individuare e definire le funzioni ed i poteri dell'amministratore di sostegno con riferimento a quelli del tutore».

⁽³⁸⁾ Sostiene la necessità di superare il dato testuale, e le categorie formali della capacità di intendere e di volere, pensate per il mercato, per trovare nel rispetto della persona e della sua identità la valorizzazione dei fatti da cui può trasparire l'orientamento ed il progetto di vita della persona incapace, «con» la quale l'amministratore di sostegno agisce, G. MARINI, *Il consenso*, cit., p. 389 ss.

dell'art. 405, 4° comma c.c.⁽³⁹⁾ (ovvero in caso di rigetto della domanda di interdizione *ex art.* 418, 3° comma c.c.), possono avere ad oggetto «la cura della persona» del beneficiario; i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella «cura e assistenza della persona» sono, per questo motivo, tenuti a proporre l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, ai sensi dell'art. 406, 3° comma c.c.; la scelta dell'amministratore di sostegno avviene, ai sensi dell'art. 408, 1° comma c.c., «con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario»⁽⁴⁰⁾.

La questione fondamentale è se, in previsione della propria incapacità, il beneficiario possa chiedere la nomina di un amministratore che non formerà una volontà propria riguardo al trattamento sanitario da praticarsi sulla persona del beneficiario incapace di discernimento, ma avrà invece compiti attuativi della sua volontà nel momento in cui egli, passando in uno stato di

⁽³⁹⁾ Trib. Torino, 26 febbraio 2007, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 725 ss., con nota critica di U. ROMA, *Amministrazione di sostegno, cura personae e consenso al trattamento medico*, ritiene invece la norma è applicabile solo a situazioni di necessità e urgenza non gestibili dal Giudice Tutelare con i poteri che gli sono riconosciuto dall'art. 35, 6° comma, l. n. 833/1978 sul trattamento sanitario obbligatorio e dall'art. 361 c.c. in materia di tutela, in quanto «tali provvedimenti (*ex art.* 405, 4° comma c.c.) sono giustificati solo da circostanze eccezionale e, a garanzia del destinatario, non potranno che avere durata limitata e circoscritta al permanere della causa che li giustifica (infermità totale, non abituale, bensì temporanea e transitoria). Il giudicante si fonda sull'essenzialità della considerazione del consenso del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, e conclude che l'applicazione dell'istituto in caso di totale incapacità o quando sia necessario superare il dissenso del beneficiario «può declinare verso un franco paternalismo con il rischio concreto di tradursi in una violazione delle garanzie del destinatario, attraverso soluzioni che sono sostanzialmente ablativo di diritti».

⁽⁴⁰⁾ Chiarisce G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, cit., p. 283, che «potere di cura, dunque, implica non un agire “per” l'incapace, ma “con” l'incapace, rendendosi interpreti della sua personalità, della sua identità, del suo modo di intendere la dignità, la vita, la salute, la malattia», in quanto «nella cura della persona egli deve agire per il “diretto beneficio” dell'incapace (Convenzione di Oviedo, art. 6) il che vuol dire agire nel rispetto della personalità dell'incapace». Cfr. anche Id., *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, in *Tratt. biodiritto Rodotà-Zatti*, II, Milano, 2010, p. 1865 ss., spec. p. 1892 ss.; L. D'AVACK, *Fine vita e rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, *ivi*, p. 1917 ss.; M. PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto “incapace”*: dalla sostituzione al sostegno, in P. ZATTI, E. PALERMO, L. LENTI, *I diritti in medicina*, in *Tratt. biodiritto Rodotà-Zatti*, Milano, 2010, p. 361 ss.

incoscienza, non possa manifestarla con quei caratteri di attualità e relazione al trattamento da eseguirsi che si ritengono necessari alla pienezza del consenso o del dissenso al trattamento stesso⁽⁴¹⁾. La volontà così formalizzata potrebbe dirigersi alla mancata attivazione dei trattamenti sanitari salvifici, ovvero alla loro interruzione, integrando allora una revoca del consenso preventivamente espresso. In ogni caso, compito essenziale dell'amministratore è portare i sanitari tempestivamente a conoscenza della volontà del soggetto di subire o meno un trattamento che egli riteneva compatibile o incompatibile con la propria concezione di vita, dignità e identità personale⁽⁴²⁾.

Il difetto di attualità dell'incapacità del beneficiario, viene superato da una tesi in forza della considerazione per cui «egli sia portatore di una infermità che verosimilmente lo espone probabilità (non semplicemente alla possibilità, propria di qualunque individuo) di avere (*rectius* di avere di nuovo) una condizione di assoluta incapacità, per la quale occorra assumere, senza esitazioni e al di fuori dei tempi procedurali, decisioni in materia di cure, trattamenti e interventi che riguardano la sua salute»⁽⁴³⁾. La giurisprudenza è tuttavia divisa sul punto, essendosi quella di legittimità recentemente espressa in senso negativo⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ È proprio il requisito dell'attualità a generare difficoltà interpretative a proposito della vincolatività o meno delle cosiddette direttive anticipate di trattamento. La dottrina che la ammette ritiene che il concetto di attualità vada inteso in senso logico e non cronologico o temporale, perché esprime una valutazione prognostica, compiuta *ex ante* ed in concreto, che riflette la decisione che il paziente, il quale necessita di terapia medico chirurgica, avrebbe presumibilmente assunto al momento della sottoposizione a tale pratica, se in quel momento si fosse trovato in condizioni di capacità: cfr. L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in U. VERONESI, *Testamento biologico*, (Società & Diritto) Milano, 2006, p. 47 ss., spec. p. 83

⁽⁴²⁾ Nota tuttavia F.D. BUSNELLI, *Ai confini della soggettività*, in *Atti del convegno di S. Trada (RC) del 7-8 ottobre 2008*, Napoli, 2010, p. 45, che «l'identità personale è naturalmente *ambigua*: come espressione di libertà (*Identity choice*) può essere declinata al plurale, può diventare «instabile»; come espressione di dignità (*Beyond Identity*) può connotare un essere umano anche quando la persona umana è soltanto prefigurata: è il caso esemplare dell'individuo concepito. L'identità personale è *votata alla diversità*».

⁽⁴³⁾ Trib. Trieste, 3 luglio 2009, in *personaedanno.it*; Trib. Firenze, 22 dicembre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 483, con osservazioni di C. INFANTINO.

⁽⁴⁴⁾ *Contra* Trib. Torino, 26 febbraio 2007, cit.; Trib. Busto Arsizio, 12 ottobre 2011, in

Deriva che è ipotizzabile, eventualmente anche prima del manifestarsi dell'incapacità, la nomina di un amministratore di sostegno, i cui poteri comprendano l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, ed è a questo soggetto che l'art. 3 della l. 219 del 2017 in commento affida, assieme al beneficiario o da solo, la formazione del consenso o del rifiuto. La scelta potrebbe indirizzarsi all'istanza per tale nomina, anziché alla designazione di un fiduciario, anche allo scopo di fornire l'amministratore dei poteri di amministrazione del patrimonio che difetterebbero altrimenti

il caso.it; Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2918, con osservazioni di G. CASABURI. V. anche, riguardo a persone sane al momento del ricorso, e in possesso di capacità piena di intendere e volere, per l'eventualità che in futuro subentri una condizione di incapacità nell'espressione, in vista di atti di negazione del consenso rispetto a qualsiasi trattamento terapeutico, e in particolare alle terapie di rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusione, terapia antibiotica, ventilazione, idratazione o alimentazione forzata o artificiale e di richiesta ai medici di apprestare le cure palliative più efficaci, Trib. Modena, 5 novembre 2008; Trib. Prato, 8 aprile 2009; contrari Trib. Firenze, 8 aprile 2009; Trib. Roma, 1 aprile 2009; Trib. Genova, 6 marzo 2009; Trib. Pistoia, 8 giugno 2009, tutti in *Giur. merito*, 2010, p. 104 ss., con nota di R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamenti medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, *ivi*, 2009, p. 2697 ss., con nota di L. COSENTINI, *La relazione medico-paziente: rapporto tra dovere di cura e autodeterminazione della persona destinataria della cura. Indisponibilità del diritto alla salute*, *ivi*, 2008, p. 2515 ss. a proposito della domanda di nomina di amministratore di sostegno in favore di beneficiario, non affetto da alcun impaccio gestionale e pienamente *compos sui*, che intenda per tal via, tramite atto notarile contenente un testamento biologico, per l'eventualità di futura sopraggiunta condizione di incoscienza, porsi al riparo da eventuali decisioni di terzi riguardanti la propria salute e in particolare eventuali terapie salvavita. Annota Trib. Modena, 5 novembre 2008, cit., anche G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 280 ss., con attenzione alle direttive anticipate che il malato esponga all'amministratore, per le decisioni sanitarie che egli dovrà assumere. Sullo stesso provvedimento v. anche A. SCALERA, *Dichiarazioni anticipate di trattamento medico*, in *Studium iuris*, 2009, p. 227 ss.; A. LOMBARDI, *Direttive anticipate, testamento biologico e amministrazione di sostegno*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2518 ss.; S. CACACE, *Consenso informato: novità sul fronte giurisprudenziale. Rappresentazione in atti*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 905 ss.; E. CALÒ, *Caso Englaro, la decisione della Corte d'Appello di Milano*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1290 ss.; nota critica di G. CASABURI, *Autodeterminazione del paziente, terapie e trattamenti sanitari salvavita*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 35 ss.; nota di P. VALORE, *Il dissenso al trattamento medico*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1397 ss.; F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. morte dignitosa*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 1395 ss.; P. CENDON, R. ROSSI, *Individuato un neo segmento operativo che l'istituto può sostenere a pieno titolo*, in *Guida dir.*, 2009, 11, p. 35 ss.

e possono rivelarsi fondamentali per la concreta attuazione delle scelte terapeutiche che il beneficiario intende esprimere, per suo mezzo, ma anche allo scopo di garantirsi rispetto al rifiuto della nomina da parte del fiduciario, o comunque per profittare del regolare controllo del giudice tutelare sull'attività dell'amministratore, mentre abbiamo visto che il vaglio giudiziale è solo eventuale, condizionato al dissenso col medico e rimesso all'iniziativa di parte, nella l. in commento.

Orbene, proprio per evitare il rischio di vedersi rigettata l'istanza per la nomina del convivente quale amministratore di sostegno in previsione di una futura incapacità, è altresì possibile che si sia addivenuti alla sua designazione quale rappresentante per le decisioni in materia di salute, a norme dell'art. 1, comma 40° della l. 76 del 2016, e che difetti invece la redazione delle DAT con nomina di un fiduciario.

Considerare, in consimili ipotesi, inefficace quella designazione per abrogazione implicita ad opera della l. n. 219 del 2017 in commento sembra eccessivo, oltre che contrario alla *ratio* della più recente disciplina, intesa a valorizzare l'autodeterminazione del soggetto rispetto alle scelte sanitarie, pur quando egli versi in condizioni di incapacità. È invece necessario risolvere il caso dell'eventuale conflitto tra la decisione manifestata dal fiduciario e dal convivente, e sembrano soccorrere in proposito le disposizioni dettate dall'art. 3, comma 5°, e 4, comma 5°, che fondano il ricorso alla decisione del giudice tutelare, su ricorso del rappresentante, del fiduciario, del medico o della struttura, oltre che dei soggetti legittimati *ex art. 406 ss. c.c.*

FRANCISCO MOLINA DEL POZO (*)
ROXANA BALAU (**)

EL ESTATUS DE INVESTIGADOR EN LA UNIÓN EUROPEA

Abstract: We can affirm that, since its creation, the European Union has always been at the forefront of innovation. Accordingly, in 2000 the European Research Area (ERA) was created, which can be defined as a knowledge space where both national and European research integrates based on the circulation, exchange and financing of research projects. The paper has to identify researchers within society; subjects can be both public and private. In addition, they can be individual people or foundations, associations or entities. It is important to note that all subjects, regardless of the research project or its level (national or European), must respect the provisions set forth in the European Charter for Researchers and in the Code of Conduct.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La figura del investigador. – 3. Tipos de investigadores. – 4. La movilidad entre investigadores. – 5. Investigadores de terceros países. – 6. La responsabilidad de los investigadores con la sociedad.

1. — *Introducción.*

Podemos afirmar que, la Unión Europea, desde su creación, siempre ha estado en la vanguardia, por lo que a innovación se refiere, desde los primeros tratados (Tratado de París por el que se instituyó la CECA y Tratado de Roma en el que se creaba la CEEA, denominado también EURATOM), ya se venían incluyendo, entre sus respectivas políticas comunitarias, aquella relativa a la investigación. Actualmente, el artículo 179 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁽¹⁾ establece los dos principales objetivos a

(*) Universidad de Alcalá (Madrid), Catedrático Jean Monnet.

(**) Universidad de Alcalá (Madrid), Colaboradora Jean Monnet, Master en Unión Europea (RIEE).

⁽¹⁾ «La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas,

conseguir en el marco de la política de la investigación: por un lado, se busca el fortalecimiento del desarrollo tecnológico y, por otro, se quiere favorecer la competitividad internacional de los proyectos europeos.

La puesta en marcha y la consecución de los objetivos reseñados se lleva a cabo a través del planteamiento de programas y planes de actuación que, a su vez, se traducen en objetivos y fines más concretos.

En este sentido, en el año 2000, se creó el Espacio Europeo de Investigación (EEI), que se podría definir como un espacio de conocimiento donde se integran tanto la investigación nacional como la comunitaria, basado en la circulación, el intercambio y la financiación de proyectos de investigación.

Es claro que la importancia de una política de innovación e investigación, así como de unos objetivos comunes en este sentido, son claves para el avance tecnológico y para dar respuesta a los retos, cada vez con mayor impacto global, que atañen a la sociedad actual con su especial característica de dinamismo. Sin embargo, la investigación no es una ciencia impersonal, ni adquiere relevancia como un mero concepto a desarrollar, sino que podemos advertir, se materializa y manifiesta a través del trabajo llevado a cabo por los investigadores⁽²⁾.

2. — *La figura del investigador.*

La definición de investigador la encontramos en la Resolución del Consejo de 10 de noviembre de 2003⁽³⁾: «(...) profesionales que trabajan en la concepción o creación de conocimientos, productos, procesos, métodos y sistemas

mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad [...]».

⁽²⁾ C.F. MOLINA DEL POZO, *La responsabilidad del investigador en la Unión Europea*, en *Rights and Science, Juri-dileyc*, 23 octubre 2017. Enlace web: <https://global.juri-dileyc.com/la-responsabilidad-del-investigador-en-la-union-europea/> [Visitado el 07/12/2017].

⁽³⁾ DO C 282. Resolución del Consejo de 10 noviembre 2003 (2003/C 282/1) sobre la profesión y la carrera de los investigadores en el Espacio Europeo de la Investigación (EEI).

de carácter novedoso y en la gestión de los proyectos correspondientes». En el mismo sentido, parece que queda clara la importancia de estos sujetos en el desarrollo de nuevas tecnologías y en la investigación científica, sin embargo, su participación dentro de la sociedad es mucho más extensa.

En primer lugar debemos hacer mención a quiénes son o pueden ser investigadores, en este sentido, estos sujetos pueden ser tanto públicos como privados y, además, puede tratarse tanto de personas físicas como de cualquier fundación, asociación u organismo. Hemos, asimismo, de apreciar que, todos los sujetos, con independencia del proyecto de investigación que estén llevando a cabo y del nivel en el que éste se encuentre (nacional o europeo), deben respetar las disposiciones contenidas en la Carta Europea del Investigador y en el Código de Conducta.

Ya hemos tenido la ocasión de mencionar anteriormente que, cuando nos referimos a los investigadores partimos de la idea incontrovertible de que se trata de auténticos profesionales; pues bien, ahora añadiremos que, además, son enormemente cualificados, que parten de unos conocimientos previos y, sobre la base de los mismos, pretenden construir una nueva idea. Reconociendo que la actividad investigadora supone un “trabajo”, reconoceremos también que los investigadores se convierten en empleados durante la duración de la investigación. Con lo que acabamos de expresar, queremos destacar que, la actividad investigadora tiene su propio “mercado laboral” y, como en el caso de cualquier otro sector de la economía, se puede apreciar su incidencia en la sociedad, no sólo desde el punto de vista de la aportación al finalizar su investigación sino, también, durante la duración de la misma.

Dentro de la Unión Europea, corresponderá a la Comisión el encargo de promocionar las oportunidades de trabajo en el mercado de la investigación, gestionando los proyectos, poniendo a disposición de los investigadores un portal donde ponerse en contacto todos aquellos que estén interesados en colaborar para poner en marcha un proyecto concreto y ofreciendo financiación a través del Programa Horizonte 2020, así como concediendo becas a los investigadores, pudiendo manifestarse como ejemplo paradigmático el que nos ofrecen las Acciones Marie Skłodowska-Curie en el ámbito de los investigadores y, en general, de la investigación.

Dentro de esas acciones es destacable la “Noche Europea de los Investigadores”, un encuentro entre investigadores que se lleva realizando anualmente desde el año 2005, implicando a más de 340 ciudades europeas simultáneamente. El fin del encuentro es acercar el trabajo de los investigadores a los ciudadanos para que conozcan la importancia de su trabajo para la sociedad y la vida cotidiana de cada uno.

3. — *Tipos de investigadores.*

Quién puede poner en duda el hecho constatable de que, las necesidades de la sociedad son variadas y se encuentran sometidas a una evolución continua. Pues bien, en base a la aseveración que hemos manifestado, podemos mantener ahora que, en el supuesto de que tomemos como referencia a un investigador, éste deberá tener claro lo que con su proyecto investigador pretende conseguir y, según el ámbito a que el mismo se halle afectado, así como de los objetivos que con el mismo se persigan, se verá obligado a observar toda una serie de formalidades más o menos exigentes que marcarán, sin duda, la actuación habitual del reiterado investigador.

Asimismo, también es conveniente que apreciemos, la clara diferenciación que se establece entre la investigación científica y la tecnológica. La ciencia hace referencia a la creación de nuevo conocimiento y busca «responder y entender la naturaleza y la sociedad» (Tamayo, 2007), mientras que, por su parte, la tecnología se relaciona más bien con la manera de hacer las cosas y el método, con la finalidad de poder generar respuestas a esas necesidades y aportar soluciones a las diversas y variadas categorías de problemas que se plantean en el conjunto de la sociedad. Es decir, podríamos determinar que, un investigador científico planteará una hipótesis que responda al “qué” hacer y uno tecnológico al “cómo” hacerlo.

De otro lado, puede afirmarse que, el método que los investigadores empleen en el desarrollo de sus trabajos dependerá del tipo de investigación que los mismos lleven a cabo, pudiendo ser ésta tan variada como los propios objetivos que con ella se quieran alcanzar. Básicamente y, enlazando

con lo anterior, cabría señalar que, una investigación científica se centrará esencialmente en la recolección de datos, la observación de un fenómeno social y sus variaciones o desarrollará teorías basándose en principios y teorías existentes, mientras que, por el contrario, una investigación tecnológica se va a fundamentar sobre la aplicación de la teoría a la práctica. Los dos tipos de investigación se asientan como los pilares de la innovación y, gracias a la existencia de ambos, la sociedad ha ido evolucionando, al menos, a lo largo de los últimos dos siglos.

Por otra parte, queremos hacer hincapié sobre un tipo concreto de investigación, en función y según el ámbito al que afecta. En concreto, quisiéramos hacer mención al tema de la experimentación con seres humanos como parte esencial del amplio abanico que abarca el campo casi inabarcable de la investigación. En efecto, este tipo de investigación suele buscar soluciones biomédicas, buscar curas para enfermedades, introducir novedades en la industria farmacéutica... Pues bien, podemos decir que, especialmente en este ámbito en concreto de investigación, consideramos fundamental el compromiso que lleva aparejado el investigador que lleva a cabo el estudio, así como su conocimiento previo acerca de la temática objeto de su examen y análisis científico.

En nuestra opinión, los requisitos que este tipo de profesionales deben observar se nos antojan como muy exigentes y, en todo momento, deben basar su investigación en tres principios éticos ineludibles: la autonomía, la beneficencia y la justicia. Con respecto a la autonomía, se refiere a la capacidad de los seres humanos de deliberar y prestarse de forma autónoma y voluntaria a la investigación; el principio de beneficencia – o de no-maleficencia – se traduce en la maximización de beneficios y la minimización del daño, exige que las ventajas que se consigan superen los riesgos; en cuanto a la justicia, si bien es un término amplio, en este contexto se debe entender como la obligación de tratar a cada persona según lo que se considera moralmente correcto.

Todo lo hasta ahora manifestado nos lleva a la conclusión de que, el investigador, realmente, tiene libertad absoluta para poder moverse y dirigir u orientar su estudio hacia cualquier dirección, sin embargo, conviene

precisar que, si bien es cierto que debe centrar su atención en fijar y analizar los objetivos de su investigación como algo prioritario, no debe perder de vista y, en consecuencia, obviar el hecho de que su trabajo tiene que respetar y adecuarse, en todo momento, al conjunto de las normas éticas y jurídicas que están determinadas y rigen el comportamiento normal de la sociedad.

4. — *La movilidad entre investigadores.*

Constituye algo completamente reconocido el hecho de que, una gran parte de los investigadores, para desarrollar sus actividades y estudios, tienden a desplazarse; esta movilidad habitual entre los investigadores favorece, además de contribuir a dar respuesta a la hipótesis que mediante la investigación se pretende dilucidar, al intercambio de conocimientos y de experiencias entre los investigadores de diferentes partes del mundo..

En este mismo orden de ideas, es evidente que, dentro del territorio de la Unión Europea, se favorece el intercambio de investigadores así como la cooperación entre organismos, ya sean públicos o privados y, además, se concede especial atención al cumplimiento de los principios fundamentales de la Unión, en concreto, a los de igualdad de oportunidades y al de no discriminación por razón de la nacionalidad. Por ello, parece lógico que los investigadores tengan reconocido el derecho a aprovechar las oportunidades que surjan en el ámbito de la investigación, ya sean para formarse o bien para lograr emplearse en cualquier Estado miembro y, por añadido, a beneficiarse de cualquiera que fuese la financiación que pueda conseguirse en el contexto de la Unión Europea, sea bajo la forma de ayudas económicas de todo tipo que pudieran serle otorgadas o a través de la concesión de becas.

Pues bien, como ya hemos mencionado anteriormente, las acciones Marie Curie constituyen una de las mejores y más completas oportunidades que existen en el ámbito específico de la movilidad de los investigadores. Las becas que se incluyen dentro de estas acciones «van dirigidas a investigadores de todos los niveles de experiencia, independientemente de su nacionalidad

y que cubren todos los campos de investigación científica y tecnológica»⁽⁴⁾.

La Unión Europea reconoce la magnitud de la importancia de la investigación y, por ende, muestra especial interés porque los investigadores se desplacen tanto dentro como fuera del territorio de la Unión Europea. Estos desplazamientos vienen a suponer, en última instancia, la consecución de grandes ventajas tanto para los investigadores como para la propia Unión Europea y para el conjunto de los Estados miembros.

Por lo que respecta a los investigadores, puede afirmarse que, la movilidad les permite adquirir experiencia en un entorno diferente al nacional propio, suponiéndoles, en ocasiones, la posibilidad de tener el libre acceso a sistemas o tecnologías que, en sus respectivos países, no se encuentran aún suficientemente desarrollados, contribuyendo, además, al crecimiento personal del investigador.

La principal ventaja que supone la referida posibilidad de movilidad para el investigador en el contexto de la Unión Europea consiste en que, mediante el uso y disfrute de la misma, se consigue promover y reforzar la existencia del denominado Espacio Europeo de Investigación (EEI). También es posible mantener que, desde el punto de vista de los Estados miembros, los mencionados desplazamientos reducen la problemática existente de la llamada “fuga de cerebros”, algo que, asimismo, acaba siendo muy positivo para lograr la desconcentración territorial de los investigadores más experimentados, evitando la natural concentración de los mismos en un solo Estado, provocada por el hecho de que, pudiera darse el caso de que dicho Estado fuese uno de los que, con mayor fuerza y rigor se favoreciera de manera especial la investigación. Al mismo tiempo y, por el contrario, se conseguiría reducir el despoblamiento de estos profesionales en aquellos Estados menos avanzados o con menos recursos.

En este mismo orden de ideas, cabe afirmar que, de entre todos los organismos y entes que se dedican a la investigación o en cuyo entorno se favorece la afluencia de investigadores, son las Universidades las que, con

⁽⁴⁾ COMISIÓN EUROPEA, *Oportunidades de formación, movilidad, y desarrollo profesional para investigadores. Las acciones Marie Curie*, 2002. Web: https://ec.europa.eu/research/jp6/mariecurie-actions/pdf/mcbrochure_es.pdf [consultado el 9 de diciembre de 2017].

gran notoriedad, se posicionan como una de las principales instituciones promotoras de la movilidad de los investigadores, tanto de su personal docente perteneciente a cualquiera de sus categorías, como, incluso, estimulando y fomentando, a través de numerosas Acciones y Programas, los desplazamientos y estancias de estudiantes, los cuales podrían ser, más adelante, profesionales de la investigación en otros centros.

5. — *Investigadores de terceros países.*

En el apartado anterior nos hemos referido a la movilidad entre investigadores europeos dentro del Espacio Europeo de Investigación; en cambio ahora, en el presente apartado, lo que pretendemos es proporcionar una visión general de aquellos investigadores nacionales provenientes de terceros países que se desplazan a alguno de los Estados miembros de la Unión Europea con el fin de colaborar en un proyecto de investigación.

Sin lugar a dudas, la Unión Europea es receptora de personal investigador de terceros países y pretende, cada vez más, posicionarse como un espacio atractivo para la investigación y la innovación, y ello con el fin de mejorar su competitividad general y cumplir con uno de los objetivos claves del EEI: la creación de un mercado de trabajo abierto «para los investigadores de la Unión y de países terceros».

Con el fin de facilitar este intercambio, la Unión Europea ha regulado mediante directivas – la última es la Directiva (UE) 2016/801⁽⁵⁾ – los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de terceros países con fines, entre otros, de investigación.

Las medidas que en la citada directiva se adoptan van en la línea de permitir la estancia de los investigadores y, en su caso, los miembros de su familia, por períodos de más de noventa días, reducir los trámites para el

⁽⁵⁾ DO L 132, de 21 mayo 2016. Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los terceros países, con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado y programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair.

ejercicio de su profesión – por ejemplo, en el caso de que un investigador se desplace a cualquier Estado miembro y sea acogido por un organismo de investigación del país receptor, no necesitará solicitar un permiso de trabajo siempre y cuando disponga de un convenio de acogida – y, además, permitir que el investigador que se halle en un Estado miembro pueda entrar y permanecer, para el desarrollo de su actividad, en otro o varios otros Estados miembros, que podríamos denominar segundos, también pertenecientes a la Unión Europea.

Una de las acciones concretas más importantes que la Unión emprende en este sentido, consiste nada menos que en llevar a cabo la financiación de los intercambios internacionales del personal investigador. Concretamente, se denomina *Intercambio de Personal de Investigación e Innovación*, y permite el contacto entre organismos tanto académicos – universidades, centros de investigación... – como no académicos – empresas, en especial pymes – de Europa y el resto del mundo. Se trata de proyectos de intercambio financiados, que sean de corta duración, entre un mes y un año, prorrogable a cuatro años, que requieren la participación de al menos tres socios pertenecientes a tres países diferentes (con la condición de que dos de ellos, al menos, sean de la Unión Europea). La manera en que se seleccionan los proyectos a financiar es a través de convocatorias de concurso abierto y transparente, por lo que todas las asociaciones que cumplan los requisitos de inscripción pueden presentar su candidatura.

6. — *La responsabilidad de los investigadores con la sociedad.*

La importancia de la investigación y, por lo tanto, de los investigadores es crucial para la sociedad en su conjunto pero, en el ejercicio de su actividad, estos profesionales deben cumplir con una serie de obligaciones. Estas obligaciones o responsabilidades, que se recogen en la Carta Europea del Investigador, son muy variadas, pero nosotros nos centraremos en dos que consideramos destacadas por cuanto que hacen referencia al deber de los investigadores con la sociedad: la rendición de cuentas y la difusión de resultados.

Si bien un investigador puede ser empleado y su actividad presenta la consideración de un trabajo, dicho profesional no tiene únicamente deberes con la empresa u organismo empleador. El investigador, en la puesta en ejecución de sus proyectos de investigación, puede decirse que está trabajando para la totalidad de la sociedad, posicionándose como un verdadero intermediario entre la realidad y los ciudadanos, llevando a cabo y realizando una labor de auténtico compromiso social. De la realidad descrita se desprende la conclusión de que, el investigador debe trabajar con diligencia, empleando fuentes fidedignas y siempre respetando los principios morales y éticos de la sociedad.

En cuanto a la difusión de resultados o también llamada divulgación científica, resulta más sencillo el alcance de la responsabilidad. El conocimiento si no conlleva la transmisión del mismo no serviría para solucionar los problemas que la sociedad enfrenta, en consecuencia, es absolutamente necesario que los resultados de una investigación se hagan públicos, ya sea de una manera gratuita, ya sea a través de su simple comercialización. La mencionada tarea contribuye, tanto al hecho de que los ciudadanos estén informados, como a posibilitar que otros investigadores puedan tomar como base una investigación precedente para continuar en la misma u otra dirección. Siendo así que, de esta manera, los resultados de la investigación serían doblemente aprovechados por la sociedad.

Por otro lado, y a pesar de que cada vez más personas muestran interés por la carrera de investigador, orientándose en lo profesional hacia una clara y vocacional dedicación al ámbito de la investigación, lo cierto es que, la difusión de los resultados de las diferentes investigaciones que en la Unión Europea y en el panorama internacional también se llevan a cabo, puede despertar y, de hecho así lo hace y sucede, la vocación de los más jóvenes mostrándolas como una alternativa prometedora a los trabajos habituales que existen en nuestra sociedad actual.

REYES MARZAL RAGA (*)

LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LA LIBRE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES DE ABOGADO

ABSTRACT: The paper analyses the status of lawyers as providers of professional legal services, and examines the influence of EU law when the services are provided in a Member State other than the one in which the individual's professional qualification has been obtained.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El concepto de abogado como prestador de servicios jurídicos profesionales en el territorio de la UE. – 2.1. Los requisitos de acceso y ejercicio a la profesión de abogado en el Derecho interno. – 2.2. Las competencias profesionales del abogado en el Derecho interno. – 3. El ejercicio profesional en función del Estado en que se ha obtenido el título profesional. – 3.1. El ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro con el título profesional del Estado de origen. – 3.2. La integración del abogado con título de origen en la profesión del Estado de acogida. – 3.3 El reconocimiento del título de abogado obtenido en un Estado miembro mediante el sistema de reconocimiento de cualificaciones profesionales. – 4. Adecuación de la regulación a los principios fundamentales del Derecho europeo. – 4.1. Adecuación al principio general de libre prestación de servicios. – 4.2. Adecuación al principio de libertad de establecimiento. – 4.3. Adecuación al principio general de igualdad y no discriminación. – 4.4. Respeto a los derechos de los consumidores. – 5. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

La libertad de establecimiento que fundamenta la Unión Europea exige que los ciudadanos puedan participar de forma estable y continua en la vida económica de cualquier Estado miembro. Esto implica que los nacionales de los Estados miembros tienen la facultad de ejercer una profesión, por cuenta propia o ajena, en un Estado miembro distinto de aquel en que hayan adquirido su título profesional⁽¹⁾.

(*) Universitat de València.

⁽¹⁾ F. MONJO, *La abogacía en el contexto de las profesiones liberales*, en M. PÉREZ PEREIRA (coord.), *Marco jurídico colegial*, Madrid, 2013, pp. 41-65.

El Derecho comunitario no establece un concepto armonizado de Abogado, cuyo alcance corresponde fijar a las legislaciones internas de cada Estado miembro, de acuerdo con las cuales se establece no sólo la formación académica que conduce al título académico y profesional correspondiente, sino también el conjunto de atribuciones que el ordenamiento interno confiere a estos profesionales. En este punto, no hay una regulación armonizada para el ejercicio de la profesión de abogado pero sí existen otros instrumentos para garantizar la libertad de circulación de personas y servicios entre los distintos Estados miembros, que es uno de los objetivos de la Unión Europea.

El marco normativo europeo de referencia se encuentra en la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados. Ésta fue la primera Directiva de reconocimiento de la condición de abogado, a través de la cual se permitió la prestación de estos servicios profesionales en otros Estados miembros, aunque no de modo permanente. Más tarde se aprobaría la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se hubiera obtenido el título.

Por otra parte, de acuerdo con la Directiva 89/48/CEE, de 21 de diciembre, relativa al sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que certifican formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, los Estados miembros pueden reconocer una titulación para el ejercicio de determinadas profesiones, aunque también podrían exigir medidas complementarias (un periodo de prácticas, por ejemplo), cuando dicha titulación no exista en el Estado de origen o cuando las condiciones de acceso a la profesión sean notoriamente diferentes.

El análisis que pretendemos trata de mostrar cuál es el status de abogado como prestador de servicios jurídicos profesionales, precisando en primer lugar el alcance de la denominación y cuáles son las competencias que a dicha profesión se atribuyen, por referencia a ciertos países de nuestro entorno más inmediato (2); los mecanismos adoptados para garantizar el

acceso y la libre prestación de servicios jurídicos profesionales, en función del Estado en que se ha obtenido el título profesional (3); y la adecuación de estos instrumentos a los principios fundamentales de la UE (4). El análisis permite identificar algunos de los problemas que el Derecho europeo debe abordar en este ámbito; pero también sirve para poner en valor el esfuerzo que tanto las instituciones europeas como los Estados miembros han desplegado hasta la fecha. La tarea, pues, todavía no ha finalizado.

2. — *El concepto de abogado como prestador de servicios jurídicos profesionales en el territorio de la UE.*

La Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados define “abogado” como toda persona facultada para ejercer sus actividades profesionales bajo una de las denominaciones que para cada Estado se establece. Las denominaciones reconocidas para cada uno de los países son las siguientes: Bélgica: *avocat/advocaat*; Dinamarca: *advokat*; República Federal de Alemania: *Rechtsanwalt*; Francia: *avocat*; Irlanda: *barrister solicitor*; Italia: *avvocato*; Luxemburgo: *avocat-avoué*; Países Bajos: *advocat*; Reino Unido: *advocate*; *barrister*, *solicitor*. La correspondencia entre estas denominaciones ha de ampliarse a los países que con posterioridad a 1977 se han integrado en la UE, como es el caso de España, cuya denominación profesional es la de abogado; o Portugal, por referencia al concepto de *advogado*⁽²⁾.

Como podrá advertirse, la variedad terminológica utilizada por la Directiva para referirse a una misma actividad profesional es una de las primeras dificultades que debe superarse. La cuestión, a nuestro parecer, es importante porque si bien no existe armonización en este punto, el TJUE parece apuntar la necesidad de un concepto unificado. Y así se

(2) *Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados*, DO L 302 de 15 noviembre 1985, p. 23.

deduce del Auto de 20 de febrero de 2008 (2008/C:128/25) dictado en el Asunto C-363/06 (Comunidad Autónoma de Valencia. Generalitat Valenciana/Comisión de las Comunidades Europeas), cuando en relación a la representación procesal que pretendía la Administración autonómica valenciana ante esa institución se estableció que el término “abogado” ha de interpretarse de manera autónoma y uniforme en todo el territorio de la Unión y que solo incluye a quienes estén inscritos en un Colegio de Abogados. Por tanto, en el caso que se resolvía, no se consideró “abogado” al Letrado de una Comunidad Autónoma (que no puede, pues, representarla ante los tribunales comunitarios), a pesar de que la legislación española lo considera como tal, si bien eximido de la obligación de colegiación.

El problema, pues, se encuentra en fijar un concepto uniforme de abogado en la medida en que resulta necesario para garantizar las libertades de acceso y establecimiento a la profesión. Y parece claro que esto no puede realizarse desde la unificación de conceptos, dada la diversidad de sistemas jurídicos anclados en el binomio Derecho continental o *civil law* vs Derecho de la órbita anglosajona o *common law*. Parece mucho más certado para tal fin el uso de la metodología científica de Derecho comparado, que cuenta con instrumentos suficientes, algunos de ellos muy arraigados en la teoría del Derecho comparado (por ejemplo, las taxonomías generales de “familia legal”, “círculo jurídico” o expresiones equivalentes), y otros más novedosos como el análisis del contexto y de las culturas de origen y de recepción⁽³⁾.

2.1. – *Los requisitos de acceso y ejercicio a la profesión de abogado en el Derecho interno.*

Los Estados miembros tienen un amplio margen de apreciación para delimitar el concepto de abogado estableciendo cuáles serán los requisitos para adquirir esta condición a los efectos de ingresar en la profesión y su

⁽³⁾ En relación con la metodología de Derecho comparado, S. DE LA SIERRA MORÓN, *Límites y utilidades del Derecho comparado en el Derecho público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera*, en *Revista de Administración Pública*, 2016, 201, pp. 69-99.

mantenimiento en el tiempo, así como también para determinar el alcance de las competencias que pueden desarrollar estos profesionales en cada Estado. Véamos algunos ejemplos.

En España sólo se denominan abogados los licenciados en Derecho que ejerzan profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico (artículo 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Pero además, se exige que estos profesionales estén incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplan los requisitos necesarios para ello, dedicándose de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados (artículo 9.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española).

En Francia, el ejercicio de la profesión de abogado también requiere de la inscripción en el Colegio de Abogados correspondiente. El acceso a la profesión se regula en la Ley nº 71-1130, de 31 de diciembre y exige además de la previa formación universitaria en Derecho (Máster en Derecho), la superación de un examen (el certificat d'aptitude à la profession d'avocat, CAPA) organizado por el correspondiente organismo (normalmente los Instituts d'études judiciaires des Universités, IEJ). No obstante, existen algunas excepciones como por ejemplo las personas que estén en posesión del título de Doctor en Derecho, a quienes no se les exigirá examen previo para el acceso a la profesión. Además, es obligatorio acreditar la formación continua durante toda la vida profesional del abogado, requisito que no se exige en España, por ejemplo.

En Alemania, la habilitación para ejercer como abogado (Rechtsanwalt) requiere la superación de distintas pruebas de elevada dificultad, de acuerdo con la "Bundesrechtsanwaltsordnung" (BRAO) o Estatuto General de la Abogacía, y en todo caso el abogado está obligado a mantener una formación continua. En algunos Länder (por ejemplo, Nordrhein-Westfalen, Bremen, Niedersachsen, Berlin, Hessen y Schleswig-Holstein) los abogados pueden ser habilitados también para ejercer de notarios bajo el título de abogado-notario o "Anwaltsnotar".

Son, pues, los Estados miembros quienes establecen los requisitos para el acceso de la profesión, delimitando así el propio concepto de abogado como prestador de servicios profesionales. Y existe uniformidad en la exigencia de conocimientos jurídicos previos aunque, como ha declarado el TJUE, no es una práctica abusiva el hecho de que un nacional de un Estado miembro se traslade a otro Estado miembro para adquirir en éste la cualificación profesional de abogado como resultado de la superación de exámenes universitarios, y después regrese al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él la profesión de abogado con el título profesional obtenido en el Estado miembro en el que adquirió esta cualificación profesional (Sentencia *Torresi/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, C-58/13 y C-58/14, EU:C:2014:2088).

Precisamente esta doctrina fue el desencadenante de una modificación en el Derecho español, que hasta la fecha no exigía la superación de un examen de acceso a la profesión de abogado, que podía adquirirse con la sola posesión del título de universitario en Derecho y la posterior inscripción en el Colegio de Abogados. Lo que la Sentencia *Torresi* puso de manifiesto es que la laxitud en la regulación de requisitos para el acceso a la profesión de abogado en ciertos Estados, frente a otros con mayores exigencias, generaba un movimiento de personas entre Estados con el único fin de diluir las exigencias que, aunque se declarase conforme al Derecho de la Unión, producía efectos poco beneficiosos⁽⁴⁾.

En cuanto a los requisitos de ejercicio de la profesión, existe armonización por referencia a la necesidad de colegiación o inscripción en el organismo correspondiente.

Así, el TJUE ha declarado que la Directiva 98/5 se opone a una normativa nacional que supedita la inscripción de un abogado con título profesional de otro Estado miembro a un control previo de conocimientos lingüísticos (Sentencia de 19 de septiembre de 2006, dictada en resolución de una cuestión prejudicial, *Graham J. Wilson contra Ordre des*

⁽⁴⁾ Sobre el cambio en los requisitos de acceso a la profesión de abogado en España, M. URREA CORRES, *El nuevo modelo de acceso: un espejo en el que las profesiones jurídicas pueden mirarse*, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, 2011, 164, pp. 23-25.

avocats du barreau de Luxembourg, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587)⁽⁵⁾; y también se opone al Derecho europeo una normativa que obligue a esos abogados a presentar anualmente una certificación de hallarse inscritos ante la autoridad competente de su Estado miembro de origen (Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Comisión contra Luxemburgo, C-193/05, ECLI:EU:C:2006:588).

En ambos casos, se trata de una manifestación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Pero también de respeto y sujeción del ejercicio profesional al correspondiente Derecho interno. Un claro ejemplo lo encontramos en la Sentencia del TJUE dictada en resolución de la decisión prejudicial planteada por el Symvoulio tis Epikrateias de Grecia, el 17 de julio de 2017 (Asunto C-431/17, CELEX: 62017CN0431), por la que se declara que legislador nacional puede prohibir la inscripción de un monje de la Iglesia de Grecia como abogado en los registros de la autoridad competente de un Estado miembro distinto de aquel en el que adquirió su título con el fin de ejercer allí su profesión con el título de origen, ya que los monjes de la Iglesia de Grecia no pueden, con arreglo al Derecho nacional, inscribirse en los registros de los colegios de abogados por no cumplir, debido a su condición, determinados requisitos indispensables para el ejercicio de la abogacía.

En verdad, exista o no armonización en la determinación de los requisitos de acceso y ejercicio es innegable que hay una clara uniformidad normativa en el Derecho interno de los distintos Estados, que se traduce en una fijación generalizada de fuertes barreras de acceso a la profesión, vinculadas al previo conocimiento especializado obtenido con la superación de estudios jurídicos universitarios y un posterior examen de acceso organizado por las instancias estatales o académicas competentes, pues también en este punto se advierten importantes diferencias entre los distintos Estados. En síntesis, se trata de una profesión fuertemente regulada en su acceso y ejercicio, lo que encuentra su justificación en la existencia de bienes jurídicos

⁽⁵⁾ Muy esclarecedoras en este punto son las Conclusiones del Abogado General (ECLI:EU:C:2006:311).

dignos de protección como son la asistencia, representación y defensa de los intereses de terceros⁽⁶⁾.

2.2. – *Las competencias profesionales del abogado en el Derecho interno.*

No existe armonización en la determinación de las competencias profesionales, cada Estado miembro establecerá las actividades que pueden ejercer los abogados, de modo que el contenido de esta actividad profesional puede ser distinta en cada uno de los Estados de la UE. Y es que la noción de “actividad de abogado” abarca no sólo los servicios jurídicos típicamente prestados por los abogados, como el asesoramiento jurídico o la representación y defensa de un cliente ante un tribunal o ante autoridades de distinta naturaleza, sino que también puede incluir otro tipo de servicios profesionales. En efecto, la Directiva 77/249 admite una distinción entre los servicios jurídicos que habitualmente prestan los abogados, como pueden ser el asesoramiento jurídico o la representación y la defensa de los clientes ante los tribunales u otro tipo de órganos o autoridades; y otras actividades ejercidas en concepto de prestación de servicios profesionales como por ejemplo la legitimación de firmas, que está admitida en algunos Estados miembros aunque en otros sólo puede ejercerse por los notarios, como es el caso de España (Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 2017, Leopoldine Gertraud Piringer/Bezirksgericht Freistadt, C-342/15, EU: C: 2017:196)⁽⁷⁾.

Por ello, no se opone a la libre prestación de servicios en la Unión Europea el hecho de que los Estados miembros establezcan el ámbito al que puede extenderse la actividad de la abogacía, permitiéndose incluso

⁽⁶⁾ En relación con la formación universitaria encaminada al posterior acceso a la profesión, a través de un control estatal posterior de los conocimientos, J.M. BAÑO LEÓN, *Las Facultades de Derecho y el acceso a las profesiones jurídicas*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2011, 23, pp. 72-75.

⁽⁷⁾ Sobre la reserva de funciones a los notarios establecida en España, en el marco de la regulación europea, véase J.J. SAGASTI AURREKOETXEA, *La normativa de liberalización de servicios y la actividad de notario y de profesiones jurídicas*, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2012, 730, pp. 745-798.

excepciones por razones de orden público, seguridad y salud públicas, expresamente contempladas en los artículos 51 TFUE y 52 TFUE, y aplicables igualmente en materia de libre prestación de servicios a tenor del artículo 62 TFUE; o puede estar justificada si no se aplica de forma discriminatoria, por razones imperiosas de interés general (Sentencia de 28 de enero de 2016, *Laezza*, C-375/14, EU: C:2016:60), siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (Sentencia de 17 de marzo de 2011, *Peñarroja Fa*, C-372/09 y C-373/09, EU: C:2011:156).

Tampoco se opone al Derecho europeo una legislación interna que reserve distintas competencias a unos u otros tipos de abogados, como por ejemplo ocurre Reino Unido y de Irlanda en los que existen diferentes categorías de abogados, a saber, los *barristers* y los *solicitors*, que de acuerdo con su Derecho interno tienen competencia exclusiva para extender determinados instrumentos jurídicos del ámbito del Derecho inmobiliario, mientras que en los demás Estados miembros, la competencia para extender esos instrumentos está generalmente reservada a los notarios o a los tribunales.

3. — *El ejercicio profesional en función del Estado en que se ha obtenido el título profesional.*

El ejercicio de la profesión de abogado, como se ha dicho, requiere de la posesión de un título profesional del ámbito jurídico y de la inscripción en el colegio u organismo profesional correspondiente. El Derecho europeo establece los mecanismos para el ejercicio de esta actividad profesional a través de la combinación de las siguientes situaciones: el ejercicio permanente en un Estado miembro con un título obtenido en otro Estado (3.1); el ejercicio durante un determinado tiempo con el título profesional obtenido en otro Estado, a los efectos de poder integrarse en el Estado de acogida (3.2); y la posibilidad de reconocimiento del título profesional del Estado de origen para obtener el título del Estado de acogida (3.3). Véamos.

3.1. – *Ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro con el título profesional del Estado de origen.*

El Derecho europeo ha conseguido una armonización en la regulación de los requisitos previos exigidos para el ejercicio de la profesión de abogado, poniendo fin a las desigualdades y obstáculos a la libre prestación de servicios. La Directiva 98/5/CE establece como requisito para el ejercicio de la profesión de abogado en un Estado distinto de aquel en que se obtuvo el título profesional la preceptiva inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida. Así, pues, para que un abogado de la UE pueda ejercer en cualquiera de los Estados miembros con el título profesional de origen será suficiente con presentar ante la autoridad competente del Estado miembro de acogida una certificación de inscripción ante la autoridad competente del Estado miembro de origen.

Pero lo importante a los efectos de esta exposición es que en estos casos los profesionales inscritos pueden realizarse las mismas actividades profesionales que el abogado que ejerce con el título profesional del Estado de acogida, incluida la de asesoramiento en el Derecho nacional de dicho Estado. La Directiva 98/5/CE admite incluso el ejercicio en grupo cuando uno o más abogados que pertenezcan a un grupo en su país de origen deseen desarrollar su actividad como miembros de su grupo en el país de acogida⁽⁸⁾. No obstante, en todo caso, los abogados deberán respetar las reglas profesionales y deontológicas del país de acogida, esto es, estarán sujetos a los procedimientos disciplinarios del país de acogida respecto a todas las actividades que ejerzan en el territorio de dicho Estado (véase la Sentencia del TJCE de 19 de enero de 1988, *Claude Gullung/Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Colmar y de Saverne*, C-292/86), aunque también sigan sometidos a las

⁽⁸⁾ En España, el ejercicio colectivo de la abogacía se ha reconocido por influencia del Derecho europeo. Véase R. BARRANCO VELA, *Análisis del marco jurídico general de los colegios profesionales y las profesiones en España como premisa a una necesaria regulación del ejercicio profesional colectivo*, en K.J. ALBIEZ DOHRMANN, J.L. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, B. MORENO QUESADA (coord.), *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 623-654.

de su país de origen⁽⁹⁾. En este punto no existe armonización, y por tanto las regulaciones profesionales y deontológicas pueden diferir de un Estado a otro.

3.2. – *La integración del abogado con título de origen en la profesión del Estado de acogida.*

De acuerdo con la Directiva 98/5/CE, los abogados con título profesional obtenido en su Estado de origen pueden integrarse en la profesión del Estado miembro de acogida tras superar un período de ejercicio profesional en el Estado miembro de acogida.

Se trata de una situación distinta de la anterior porque en este caso el abogado con título del Estado de origen, pasado un tiempo que ha de ser no inferior a tres años y durante el cual ha de acreditar el ejercicio en el Estado de acogida, puede obtener el título profesional del Estado de acogida. Esta es una vía de integración en la profesión de abogado más sencilla que el sistema general de reconocimiento de títulos que autoriza la Directiva 89/48/CE y que el sistema especial de las Directivas relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

3.3. – *El reconocimiento del título de abogado obtenido en un Estado miembro mediante el sistema de reconocimiento de cualificaciones profesionales.*

El abogado de un Estado miembro de la UE podrá solicitar el reconocimiento de su cualificación profesional en otro Estado miembro a los efectos de integrarse en la profesión de abogado del Estado de acogida.

⁽⁹⁾ En la citada Sentencia Gullung, de 19 de enero de 1988, el Tribunal de Justicia recordó que la Directiva 77/249 excluye la exigencia de residencia o de inscripción en una organización profesional para el abogado prestador de servicios, aunque sí exige que éste respete las normas profesionales del Estado miembro de acogida: «Los abogados prestatarios de servicios están obligados a observar las normas deontológicas tal como se aplican en el Estado miembro de acogida». Por ello, las disposiciones de la Directiva «no pueden ser alegadas por un abogado establecido en un Estado miembro para ejercer, en el territorio de otro Estado miembro, sus actividades como prestatario de servicios cuando, en este último Estado miembro, se le había prohibido el acceso a la profesión de abogado por razones derivadas de la dignidad, de la honorabilidad y de la probidad».

Esta posibilidad se reconoce en la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre, y en la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Es necesario que el abogado europeo esté registrado o colegiado ante la autoridad competente del Estado de origen, según ha declarado la Sentencia del TJUE de 3 de febrero de 2011 (Asunto C-359/09), en resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Fővárosi Ítéltábla de la República de Hungría. Para el Tribunal, la Directiva 89/48/CEE, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, y la Directiva 98/5/CE, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado no se oponen a la obligación de «ser miembro de una entidad como el Colegio de Abogados. Las Directivas 89/48 y 98/5 se complementan por cuanto ofrecen a los abogados de los Estados miembros dos vías de acceso a la profesión de abogado en un Estado miembro de acogida con el título profesional de este Estado miembro».

El reconocimiento de título de origen requiere una prueba o examen de aptitud, aunque el Estado de acogida puede exigir también un período de prácticas. En todo caso se exigirá la incorporación al correspondiente Colegio profesional del Estado de acogida. Precisamente, en este punto es donde, a nuestro parecer, existe un largo camino para lograr la armonización, pues basta con una regulación estatal poco cuidadosa de los períodos de prácticas para obstaculizar indirectamente la libertad de ejercicio.

4. — *Adecuación de la regulación a los principios fundamentales del Derecho europeo.*

La aplicación de las distintas Directivas sobre el ejercicio de la profesión de abogado ha suscitado dudas sobre su conformidad con los principios fundamentales de la Unión Europea. El TJUE se ha pronunciado sobre distintos aspectos de estas Directivas, que sucintamente vamos a abordar.

4.1. – *Adecuación al principio general de libre prestación de servicios.*

Las disposiciones de la Directiva 98/5/CE están destinadas a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en que se ha obtenido el título, y tratan de evitar obstáculos a la libre prestación de servicios, que es un objetivo fundamental de la UE.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho a la libre prestación de servicios reconocido por el artículo 56 TFUE a los nacionales de los Estados miembros y, por lo tanto, a los ciudadanos de la Unión, comprende la libre prestación de servicios “pasiva”, es decir, la libertad de los destinatarios de los servicios para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de hacer uso del servicio, sin ser obstaculizados por restricciones (Sentencia de 24 de septiembre de 2013, Demirkan, C-221/11, EU: C:2013:583). De lo anterior se deduce que la Directiva 77/249, al tener por objeto facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por parte de los abogados, debe interpretarse en el sentido de que es aplicable tanto en el caso típico del abogado que se desplaza para prestar sus servicios a un Estado miembro distinto de aquel en que está establecido, como en el caso en que no haya desplazamiento de dicho profesional, es decir, cuando sea el destinatario del servicio quien se desplaza de su Estado miembro de residencia a otro Estado miembro para recibir prestaciones de un abogado establecido en este último.

Pero sí es contrario a la libertad de circulación y prestación de servicios por parte de los abogados, una normativa nacional que, como se ha dicho, supedita la inscripción de un abogado con título profesional de otro Estado miembro a un control previo de conocimientos lingüísticos, o que obligue a esos abogados a presentar anualmente una certificación de hallarse inscritos en la autoridad competente de su Estado miembro de origen.

4.2. – *Adecuación al principio de libertad de establecimiento.*

Otra de las libertades que se ven directamente implicadas con el ejercicio de la profesión de abogado es la libertad de establecimiento. Sobre ello se ha pronunciado el TJUE en Sentencia de 12 de julio de 1984 (Klopp, C-107/832)

dictada en resolución de la solicitud que formuló un residente alemán y abogado incorporado al Colegio de Dusseldorf, de inscripción en el Colegio de París, con la finalidad de instalar un despacho profesional, aunque manteniendo el suyo y su domicilio en Dusseldorf. El *Ordre des avocats au barreau de Paris* denegó la petición, señalando que aunque cumplía todos los demás requisitos para ser abogado, no satisfacía las exigencias del artículo 83 del Decreto 72-468 y del artículo 1 del Reglamento interno del Colegio, que imponen al abogado contar únicamente con un domicilio profesional, fijado en la sede del Tribunal de *Grande Instance* en el que se estableciera. El *Ordre des avocats* y el Gobierno francés consideraban que la regla del domicilio profesional único del abogado se funda en la necesidad de un ejercicio real ante una Jurisdicción, que asegure la disponibilidad del abogado tanto frente a la propia Jurisdicción como ante sus clientes. Pero el Tribunal no convino con este criterio, destacando que existe un principio general aplicable igualmente a las profesiones liberales, según el cual el derecho de establecimiento comporta la facultad de crear y de mantener, con respeto a las reglas profesionales, más de un centro de actividad sobre el territorio de la Comunidad. Bien es cierto que resulta admisible que los Estados miembros, en aras de la buena administración de la Justicia, exijan a quienes ejercen estas actividades que mantengan un contacto suficiente con sus clientes y con las autoridades judiciales, respetando las reglas de la deontología; pero en modo alguno pueden instrumentarse estas exigencias, según subraya el Tribunal, de forma tal que se restrinja la libertad de establecimiento: «Los medios actuales de transporte y de telecomunicación ofrecen la posibilidad de asegurar de manera apropiada el contacto con las autoridades judiciales y los clientes. Igualmente, la existencia de un segundo domicilio profesional en otro Estado miembro no es obstáculo a la aplicación de las reglas de la deontología en el Estado miembro de acogida»⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Como ha destacado J.F. MESTRE DELGADO, *Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea*, en *Derecho Privado y Constitución*, 1997, 11, pp. 151-152, esta doctrina encuentra antecedentes en la jurisprudencia comunitaria; por ejemplo, en materia de seguros, la Sentencia de 26 de noviembre de 1997 (Robert Gerardus Coennen) destacó que los artículos 59, 60 y 65 del Tratado deben interpretarse en el sentido que la legislación nacional no puede impedir, imponiendo la residencia en el territorio del

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia de 30 de noviembre de 1995 (Reinhard Gebhard/*Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, asunto C-55/94), de acuerdo con la cual: «(...) Un nacional de un Estado miembro que, de manera estable y continuada, ejerce una actividad profesional en otro Estado miembro en el que, a partir de un centro de actividad profesional, se dirige, entre otros, a los nacionales de ese Estado, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento y no del relativo a los servicios. (...) La posibilidad de que un nacional de un Estado miembro ejerza su derecho de establecimiento y las condiciones para su ejercicio deben determinarse en función de las actividades que pretenda ejercer en el territorio del Estado miembro de acogida. (...) Cuando el acceso a una actividad específica no esté regulado por ninguna normativa en el Estado de acogida, el nacional de cualquier otro Estado miembro tiene derecho a establecerse en el territorio del primer Estado y a ejercer en él esa actividad. En cambio, cuando el acceso a una actividad específica, o su ejercicio, esté supeditado en el Estado miembro de acogida a determinados requisitos, el nacional de otro Estado miembro que pretenda ejercer dicha actividad deberá, en principio, reunir dichos requisitos».

4.3. – *Adecuación al principio general de igualdad y no discriminación.*

Se ha invocado que la regulación que contiene la Directiva 98/5/CE, de acuerdo con la cual existe una diferencia entre los abogados que ejercen con su título profesional de origen y quienes lo hacen con el título profesional del Estado miembro de acogida, es discriminatoria y por tanto contraria a los principios fundamentales de la UE.

En efecto, el artículo 56 TFUE no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino también suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistinta-

Estado, la prestación de servicios por parte de quien reside en otro Estado miembro, si es posible garantizar la observancia de las normas internas aplicables en la materia mediante procedimientos menos restrictivos.

mente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando tal restricción pueda impedir, obstaculizar o hacer menos atractivas las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro en el que presta legalmente servicios análogos. Así lo indicó tempranamente la citada Sentencia de 19 de enero de 1988 (Gullung)⁽¹¹⁾, y más tarde han reiterado entre otras las Sentencias TJUE de 18 de julio de 2013 (Citroën Belux, C-265/12, EU:C:2013:498), y de 11 de junio de 2015 (Berlington Hungary y otros, C-98/14, EU: C:2015:386).

Pero en lo que ahora interesa, el TJUE, en Sentencia de 7 de noviembre de 2000 (Luxemburgo/Parlamento y Consejo, C-168/98, EU:C:2000:598) ha negado la existencia de discriminación en el ejercicio de la profesión de abogado porque quien ejerce con su título profesional de origen tiene ciertas prohibiciones y además, en el ámbito de la representación y defensa procesal, pueden imponérsele determinadas obligaciones. Así, por ejemplo, el Estado miembro de acogida puede excluir del ámbito de actividad del abogado migrante que ejerce con su título profesional de origen la posibilidad de extender instrumentos que habiliten para la administración de bienes de personas fallecidas, o relativos a la creación o cesión de derechos reales sobre inmuebles (artículo 5.2 Directiva 98/5/CE).

Más recientemente, la Sentencia de 18 de mayo de 2017 (Asunto C-99/16), en resolución de una decisión prejudicial planteada por el Tribunal *de Grande instance* de Lyon también señalaba que la denegación de entrega de un dispositivo de conexión a la red privada virtual de los abogados (*réseau privé virtuel des avocats*, Dispositivo RPVA) a un abogado inscrito en un Colegio de abogados de otro Estado miembro era una medida discriminatoria. En efecto, el TJUE ha declarado que «la negativa a entregar

⁽¹¹⁾ Como indicó la citada Sentencia de 19 de enero de 1988 (Claude Gullung/Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Colmar y de Saverne), la obligación de inscripción de los abogados en un Colegio que imponen ciertos Estados «debe considerarse como lícita en relación con el Derecho comunitario, siempre a condición de que tal inscripción esté abierta a los nacionales de los Estados miembros sin discriminación», de tal forma que el artículo 52 del Tratado permite a los Estados que contemplan la necesidad de que los abogados se incorporen a un Colegio, extender dicha obligación a los abogados de otros Estados miembros que se benefician del derecho de establecimiento.

un dispositivo de conexión a la red privada virtual de los abogados, opuesta por las autoridades competentes a un abogado debidamente inscrito en un Colegio de abogados de otro Estado miembro, por el mero hecho de no estar inscrito en un Colegio de abogados del primer Estado miembro en el que desea ejercer su profesión como libre prestador de servicios en aquellos casos en los que la Ley no impone la obligación de actuar de acuerdo con otro abogado, constituye una restricción de la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 4 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, interpretado a la luz de los artículos 56 TFUE y 57 TFUE, párrafo tercero». No obstante, precisa el Tribunal, «corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, habida cuenta del contexto en el que se inscribe, dicha negativa responde verdaderamente a los objetivos de protección de los consumidores y de buena administración de justicia que podrían justificarla y si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas respecto a estos objetivos».

4.4. — *Respecto a los derechos de los consumidores.*

El TJUE tampoco aprecia infracción de la Directiva 98/5/CE en los derechos de los consumidores ni en la buena administración de justicia, en la medida en que los abogados migrantes que ejercen con su título de origen están obligados a hacerlo con dicho título, de modo que el consumidor queda debidamente informado de que el profesional al que confía la defensa de sus intereses no ha obtenido su capacitación en el Estado miembro de acogida, y por tanto su formación no ha incluido necesariamente el Derecho nacional de dicho Estado.

5. — *Conclusiones.*

El proceso de integración europea no ha modificado el concepto tradicional de abogado, que queda determinado por la legislación interna

de cada uno de los países miembros de la UE. Ciertamente, subsisten divergencias importantes, tanto sustantivas como procesales, entre los distintos ordenamientos jurídicos de Derecho interno. No obstante, existe un elevado consenso en la exigencia de ciertos requisitos. En primer lugar, la superación de estudios jurídicos previos (Máster en Derecho o equivalente), lo que por otra parte y por influencia de la regulación educativa, fundamentalmente de la Declaración de Bolonia sobre el Espacio Europeo de Educación Superior, se encuentra muy armonizado en el seno de la UE. También existe uniformidad en la exigencia de superar una prueba de acceso a la profesión, organizada por los correspondientes Estados miembro; y está armonizada la exigencia de integración del abogado en un colegio o registro profesional de cualquiera de los Estados.

Ahora bien, los Estados miembros conservan un amplio margen para imponer restricciones a través de la delimitación del ámbito profesional que puede quedar reservado a unas u otras profesiones jurídicas de acuerdo con su Derecho interno (por ejemplo, la reserva de la función fedataria a los notarios que existe en España), aunque estas restricciones, para no ser discriminatorias y por tanto contrarias al Derecho de la UE, habrán de ser aplicadas a todos los abogados inscritos en cada Estado, hayan o no obtenido su título profesional en ese Estado.

Por otra parte, el ejercicio de la profesión de abogado ha adquirido una nueva proyección a consecuencia de la integración en la UE, pues la libertad de circulación y prestación de servicios garantiza el ejercicio de la actividad de abogado en cualquier Estado miembro de la UE con la posesión del título profesional expedido en el país de origen. Y ello comprende la libre prestación de servicios “pasiva”, es decir, la libertad de los destinatarios de los servicios para desplazarse a otro Estado miembro con el fin de hacer uso del servicio, sin ser obstaculizados por restricciones.

SILVIO PIETRO CERRI (*)

ADEGUAMENTO DEL CONTRATTO E *STATUS* DI CONTRAENTE DEBOLE

ABSTRACT: The essay analyses the issue of contract retention in the light of contingencies disturbing the balance between the interests objectified in the stipulation. In particular, it will be examined the institutions of *ius variandi* and “contract renegotiation”, instruments capable of safeguarding a contract become no longer efficient.

SOMMARIO: 1. La conservazione contrattuale come efficiente conduzione del rapporto. – 2. *Ius variandi* e autonomia contrattuale. – 3. Forma e modi di esercizio del *ius variandi*. – 4. *Ius variandi*: natura e profili funzionali. – 5. Clausola rinegoziativa: origini e scopo. – 6. Clausola rinegoziativa e *bona fides in executivis*. – 7. Clausola rinegoziativa: ipotesi tipiche. – 8. Risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità sopravvenuta. – 9. Obbligo rinegoziativo: orientamenti. – 10. Un caso emblematico: la ricomposizione della crisi da sovraindebitamento.

1. — *La conservazione contrattuale come efficiente conduzione del rapporto.*

La revisionabilità dei rapporti contrattuali costituisce materia oggetto di studio da molti secoli: ricorda in proposito la dottrina come dalla tomistica e dallo studio del diritto canonico si siano introdotte «nuove idee di giustizia commutativa volte ad assicurare un giusto prezzo, un giusto equilibrio tra le prestazioni», con conseguente ricerca di mezzi adeguati al «rispetto dall’assioma del giusto prezzo» all’interno del Digesto, da cui era possibile trarre soluzioni che avrebbero poi conseguito, proprio nel Medioevo, l’istituzionalizzazione della rescissione contrattuale per lesione e della c.d. clausola *rebus sic stantibus*⁽¹⁾.

(*) Università degli Studi di Perugia

⁽¹⁾ Cfr. P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 2011, p. 804. Si tratta di istituti tra loro certamente legati da una radice comune dal momento che,

Il tema della rilevabilità, ai fini invalidatori ovvero di riduzione ad equità, del rapporto contrattuale colpito da squilibrio, non pare avere richiamato molta attenzione da parte degli studiosi, sia intermedi che moderni: si pensi a come tale mancata specificità risulti ancora nel primo codice di matrice europea, il quale costituisce uno dei primi tentativi di disciplinare, in modo organico, il fenomeno delle sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali, il c.d. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756⁽²⁾.

Seppure in assenza di non eccessivo approfondimento medievale in ordine alla tematica delle sopravvenienze, possiamo comunque affermare come

a fronte della necessità di equilibrio tra prestazioni ai fini della validità di un contratto, di validità persistente si sarebbe potuto parlare solo alla luce di un persistente equilibrio sino al momento esecutivo del contratto medesimo, di talché si sarebbe ritenuto opportuno distinguere tra contratti *qui unico momento perficiuntur* (cioè a dire ad esecuzione immediata) e *contratti qui habent tractum successivum* (ad esecuzione differita) (si tratta di una distinzione probabilmente dovuta a Bartolo: cfr. G. OSTI, v. *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 356). Nel primo caso, in caso di mancato equilibrio al momento della stipula, vi sarebbe stato invalidabilità contrattuale per lesione; nel secondo, sarebbe stato necessario un equilibrio tra prestazioni perdurante sino al momento esecutivo (sul punto, F.A. DUBOIN, *Collezione progressiva e per ordine di materie delle Decisioni dei Supremi Magistrati degli Stati di terraferma del Re di Sardegna*, III, Torino, 1832, p. 650 ss.: ove vi fosse lesione sopravvenuta, si dava seguito a riconduzione del contratto ad equità), con rischio, in caso contrario, di caducabilità totale ovvero, in ottica maggiormente conservativa e, soprattutto, in applicazione della citata clausola *rebus sic stantibus*, una *reductio ad aequitatem* (cfr., per riferimenti, P. GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, Cap. III, par. 3).

⁽²⁾ Il par. 12 del Tit. IV, Cap. 15, in particolare, afferma che «Poiché (...) tutti i vincoli racchiudono tacitamente in sé la clausola *rebus sic stantibus*, essi divengono invalidi anche per il mutamento della cosa dedotta in obbligazione, ma solamente quando si verificano i seguenti tre requisiti: 1° che tale mutamento non abbia occasione né da mora, né da *culpa aut facto debitoris*; 2° che non fosse facile da prevedere; 3° che sia di tal natura, che, se il debitore lo avesse saputo prima, secondo l'opinione disinteressata e onesta delle persone intelligenti non avrebbe consentito ad obbligarsi: rimanendo tuttavia, pur in tali circostanze, da valutare secondo l'apprezzamento giuridico, se l'obbligazione debba essere tolta di mezzo completamente, o solo ridotta in proporzione dell'avvenuto mutamento»: con conseguente ampia discrezionalità giudiziale per determinare sia il *discrimen* tra sufficienza o meno del mutamento circostanziale ai fini della ricorribilità ai suddetti strumenti rimediali, sia, in caso di acclarata ricorribilità, la decisione in ordine al rimedio maggiormente efficiente per entrambe le parti contrattuali.

sino all'Ottocento, quantomeno, si sia ingenerata una idea di generale ammissibilità di detti istituti rimediali volti a rendere il contratto, divenuto non più efficiente a causa di eccessiva onerosità sopravvenuta, riequilibrabile ovvero, nella peggiore delle ipotesi, caducabile. Nel periodo successivo e per circa un secolo, invece, l'interesse per la ricomponibilità dell'assetto degli interessi contrattuali in difficoltà ha riscontrato poco interesse negli ordinamenti giuridici, in particolare di *common law*⁽³⁾, particolarmente improntati ad escludere l'effetto liberatorio dell'impossibilità all'adempimento contrattuale, sia di tipo originario (*common mistake*) che sopravvenuto (*impossibility*)⁽⁴⁾: ciò, in "smisurata" osservanza del principio *pacta sunt servanda*, ora divenuto ingiustamente scevro del comparto concettuale dovuto agli studi sulla teoria del mutamento delle circostanze. Motivo per cui assume notevole importanza, in detto periodo, la dottrina dell'errore, e le prime deroghe al *pacta sunt servanda* basano la propria *ratio* sulla volontà presunta delle parti ovvero sulle condizioni contrattuali implicite.

Al contrario, nel Novecento, i conflitti mondiali e il conseguente inflazionismo porterà «ad un ripensamento dell'intera questione della sopravvenienza contrattuale»⁽⁵⁾, e non a caso «a partire dagli anni Novanta (...) la dottrina ha iniziato ad auspicare una maggior flessibilità, tale da scongiurare la rigida alternativa tra conservazione immutata del contratto e risoluzione. In questa prospettiva si è evidenziata la maggiore razionalità delle tecniche di conservazione del contratto imperniate sulla rinegoziazione e sulla revisione giudiziale del contratto, rispetto a quelle puramente ablativo», tutto ciò intrecciandosi «con una progressiva rivalutazione dei profili equitativi del contratto. Non si ritiene in altre parole più sufficiente che l'accordo sia stato concluso, ma si richiede, affinché l'accordo possa essere considerato valido, che sia il più possibile giusto ed equo»⁽⁶⁾.

(3) Cfr. P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 805.

(4) Cfr. P. GALLO, v. *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1991, p. 246 ss.

(5) Cfr. P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 806.

(6) In questi termini ancora P. GALLO, *Dai rimedi ablativi a quelli conservativi in materia contrattuale*, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in*

Si è osservato come l'introduzione della c.d. clausola rinegoziativa all'interno di un contratto «potrebbe far sorgere il dubbio che il contratto manchi di completezza e quindi anche di vincolatività compiuta»⁽⁷⁾, e tuttavia deve subito sottolinearsi, in proposito, come il principio di vincolatività contrattuale (*pacta sunt servanda*) non sempre si presti ad una sola interpretazione.

In una prima accezione, infatti, si potrebbe tradurre in una idea d'innammissibilità del potere di sciogliersi dal vincolo contrattuale in senso unilaterale: idea in ordine alla quale è oggi possibile contrapporre il diritto positivo sancito dal legislatore nelle previsioni in tema di recesso unilaterale, nonché le ipotesi di *ius poenitendi* di origine comunitaria⁽⁸⁾. Inoltre, connessa alla questione dello scioglimento contrattuale per volontà unilaterale è possibile rinvenire quella relativa al conflitto tra il principio *pacta sunt servanda* ed il potere unilaterale di modifica (*ius variandi* unilaterale)⁽⁹⁾, potere che s'incarna in un diritto potestativo il quale pur manifestandosi, in via di principio, in contrasto con l'altro principio di bilateralità del contratto⁽¹⁰⁾, costituisce un

onore di Antonio Palazzo, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, p. 290; ma v. anche ID., *Sopravvenienza contrattuale e gestione del contratto*, cit.; ID., *La revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998.

⁽⁷⁾ Sul punto, v. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 200.

⁽⁸⁾ G. VETTORI, *La vincolatività*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, *Il contratto in generale*, XIII, t. 5, Torino, 2002, p. 3; C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, p. 414; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Milano, 2010, p. 110; già molto prima in L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948, p. 170, la previsione contrattuale trovava la propria base concettuale nella determinazione unilaterale del prezzo nel contratto di vendita *ex art.* 1322 c.c.: in proposito, mentre da una parte ha evidenziato come la modifica unilaterale sia tipica di alcuni contratti come, ad esempio, mandato e somministrazione (A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, Torino, 2005, p. 54), dall'altra si è sottolineato il rischio, in ipotesi di sopravvenienze, dei «contratti troppo completi che non riescono ad avere flessibilità» (così D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 526).

⁽⁹⁾ Cfr. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, loc. cit.

⁽¹⁰⁾ G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, II, p. 98. In ordine, poi, alla questione se la determinazione *ex art.* 1349 c.c. sia estendibile alla determinazione di parte, v. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, cit., p. 75, il quale sostiene come l'art. 1349 c.c. debba intendersi

modus operandi il quale – al di là ovviamente dei casi di *ius variandi in civitate positum* – ove risultante da precedente accordo, e dove non incarni situazioni di abuso, deve ritenersi di ormai acclarata validità nel nostro ordinamento.

Altra possibile lettura del principio di vincolatività contrattuale è quella di “forza di legge” di cui all’art. 1372 c.c., in ordine a cui la dottrina decide da tempo di rinvenire una «metafora avente carattere enfatico»⁽¹¹⁾, a meno che non la si declini come “serietà del volere”, come “tener fede agli impegni presi”⁽¹²⁾, come attualità del volere, ovvero in termini di possibilità per il volere di tradursi in azione⁽¹³⁾: ed è partendo da tali ultime osservazioni che pare corretto affermare come l’introduzione di obblighi rinegoziativi costituisca concreta espressione del principio di vincolatività garantendo infatti, con la propria attuazione, una stabilità al vincolo che, incontrando nel tempo eventuali sopravvenienze perturbative dei propri originari equilibri, s’imbatte in «situazione simile a quella del c.d. contratto incompleto, in cui le parti hanno concordato la riserva di determinazione di alcuni aspetti»⁽¹⁴⁾.

Quando si parla di “contratto incompleto”, deve distinguersi tra incom-

come non complanare al potere unilaterale di modifica del contratto: la S.C., in proposito, dichiarava la nullità della clausola di un contratto di agenzia che prevedeva la facoltà, in capo al preponente, di apportare modifiche alle provvigioni: cfr. Cass., Sez. lav., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Contratti*, 1998, p. 255, con nota di R. LENER, *Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 338 ss., con nota di A. SCARPELLO, *Determinazione dell’oggetto, arbitraggio, jus variandi*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2889 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell’oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l’inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*

⁽¹¹⁾ In questi termini F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 287; ma v. anche F. MESSINEO, v. *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 957.

⁽¹²⁾ Sul punto, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, rist. 1978, p. 242, nonché P. SCHLESINGER, *L’autonomia privata e i suoi effetti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 230; M. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1974, p. 487; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 139; M. BESSONE, *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, in *Giur. it.*, 1978, c. 97.

⁽¹³⁾ V. D. BARBERO, v. *Condizione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1967, p. 1101.

⁽¹⁴⁾ Cfr. E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 805.

pletezza economica ed incompletezza in senso più prettamente giuridico: nel primo caso ci si riferisce, ad esempio, ad una transazione che non tenga in debito conto una circostanza potenzialmente incidente sui guadagni attesi dalle parti⁽¹⁵⁾; nel secondo caso ci si riferisce, invece, a quella regola del rapporto non sufficientemente definita dalle parti, in tal modo prestandosi a correzioni ed integrazioni⁽¹⁶⁾. A tale proposito, per come risulta analizzata dalla dottrina italiana, la questione concernente la ipotizzabilità di un valido contratto incompleto incarna, sostanzialmente, un problema di rappresentazione dell'oggetto contrattuale.

Rimanendo, quindi, la possibilità di riconoscere validità ad un contratto incompleto, connessa ad una concezione stretta di determinabilità dell'og-

⁽¹⁵⁾ In ordine all'idea di connessione dello strumento contrattuale con le teorie d'incompletezza economica, cfr. A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreement and Judicial Strategies*, in *Journ. of Legal St.*, 1992, 21, 2, p. 271 ss.; A. SCHWARTZ, J. WATSON, *The Law and Economics of Costly Contracting*, in *Journ. Law Econ. Org.*, 2004 (2), p. 20; R.E. SCOTT, *The Law and Economics of incomplete contracts*, in *Annual Rev. of Law and Social Science*, 2006 (2), p. 279.

Sul punto v. anche R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 451 ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 317 ss.; infine, secondo D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 974 s., «La necessità di sottoporre a verifica il principio della assoluta vincolatività del contratto viene sostenuta nell'ambito della teoria gius-economica degli *incomplete contracts*. La suddetta teorizzazione contrattuale pone in primo piano le esigenze di flessibilità del regolamento contrattuale in un contesto, come quello del commercio internazionale, nel quale la rapidità dello svolgimento dei traffici economici, la celerità delle vicende economiche e l'intensificazione delle interconnessioni tra i soggetti del sistema economico rendono i rischi di futuri perturbamenti degli originari equilibri contrattuali soggetti ad una costante implementazione, sia in senso qualitativo che in senso quantitativo».

⁽¹⁶⁾ Sul punto G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 67, nonché A. FICI, *Il contratto incompleto*, cit., *passim*.

Sull'ammissibilità della categoria del contratto incompleto nell'ordinamento italiano, imprescindibile la giurisprudenza concernente Part. 1346 c.c., tra cui Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Rep. Foro it.*, 2008, v. *Contratto in genere*, n. 57, e ancor prima Cass., 19 marzo 2007, n. 6519, in *Foro it.*, 2007, c. 1699, con nota di G. BELLANTUONO, *Indeterminatezza dell'oggetto e incompletezza contrattuale*, ancora, Cass., Sez. lav., 8 novembre 1997, n. 11003, cit.

getto⁽¹⁷⁾, è possibile rinvenire nella introduzione di clausole rinegoziative

⁽¹⁷⁾ Osserva in proposito D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., p. 510, come «continuare oggi a dibattere sul significato che deve avere un elemento, concettualmente non presente in tutti gli ordinamenti europei (quale è l'oggetto)» faccia «perdere di vista che si tratta di strumenti elaborati per tutelare interessi meritevoli di tutela e, se si vuol ancora investire nel processo di convergenza degli ordinamenti, si dovrebbe consentire che gli strumenti della nostra tradizione possano “cedere il passo” ad altri meccanismi egualmente efficaci e “testati” in altri contesti».

Con riferimento, poi, ai c.dd. *Relational Contracts* (accordi di tipo informale, generalmente firmati tra società, e finalizzati a costituire rapporti futuri, con il vantaggio di permettere di stabilire in modo graduale – alla luce degli sviluppi del rapporto in fatto e in diritto – la regola del rapporto medesimo), può sottolinearsi come rimangano ben distinti dai contratti propriamente detti, incarnando accordi giuridicamente non vincolanti, almeno in via di principio, dispiegandosi, piuttosto, in ambito “metagiuridico”: tale categoria, in sostanza, nasce dalla dottrina nordamericana nell’analisi sociologica dello scambio, prima ancora di approdare all’ambito propriamente giuridico. In detti contratti la logica cooperativa tendente a realizzare gli interessi sottesi alla stipula si sovrappone alla logica “egoistica”, tipica dello scambio isolato (indicato in ambito anglosassone, proprio in antitesi al modello del *long-term contract*, come *discrete transaction*), normalmente ad efficacia istantanea: cfr. F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, 2, pp. 1071, 1081; ma v. anche Id., *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Riv. Scuola Sup. econ. e fin.*, 3, 2005, p. 119 ss. Gli studiosi che, soprattutto nei sistemi di *common law* nordamericano, si sono improntati a tale configurazione dei rapporti contrattuali, si sono detti favorevoli all’intervento giudiziale in ambito contrattuale, in caso di sopravvenienze perturbative dell’originario equilibrio tra prestazioni dedotte in stipula. La categoria dei *relational contracts*, recepita, infine, anche dalla dottrina italiana, in seno a quest’ultima ha contribuito alla valorizzazione del principio di buona esecutiva. Per l’impostazione, invece, critica verso tale categoria, vi è chi ritiene come tutte le problematiche mediante detta categoria posti in luce siano stati, in realtà, già da tempo considerati dalla dottrina giuridica dei Paesi di *civil law*, per quanto partendo dalla categoria dei contratti di durata: cfr. A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010, p. 266 s. In risposta a tale critica, si parla in termini di pregiudizio, nella negazione di rilevanza giuridica ad un modello di scambio caratterizzato da prospettiva, di tipo sociologico, isolata sul piano del mero fatto e dell’osservazione empirica, non ancorata ad un’analisi di tipo giuridico del rapporto promanante da contratto, e si afferma anche come l’erroneità di detta disamina, affetta da pregiudizi, sia rinvenibile nella lettura dei contributi della dottrina di *common law*, protesi ad una valutazione delle dimensioni contrattuali “implicite”, a mezzo dello studio dei modelli di scambio sia relazionale che di rete: cfr. F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 1081, ove si richiama D. CAMPBELL, H. COLLINS, J. WIGHTMAN (eds.), *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational, and Network Contracts*, Oxford, 2003. Quanto alle origini dei *relational contracts*,

non elementi che privino l'accordo di efficacia vincolante quanto, piuttosto, che ne consolidino il vincolo, anche a fronte di eventuali sopravvenienze, nel tempo⁽¹⁸⁾.

È anche consentito all'autonomia contrattuale stabilire che ad una, ovvero ad entrambe le parti, sia attribuito il potere di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale, non potendo rinvenirsi alcuna contrarietà, sul punto, da parte dell'art. 1372 c.c.: si parla, in questo caso, del c.d. *ius variandi*.

Com'è noto, solo nell'ipotesi in cui sia normativamente attribuito a una o entrambe le parti il potere di modifica unilaterale del rapporto contrattuale, i principi d'intangibilità e di autonomia privata possono incontrare una deroga; al contrario, vi è esercizio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. nell'ipotesi in cui siano le parti medesime ad attribuirsi un *ius variandi*, che rimodula il concetto d'intangibilità contrattuale di cui all'art. 1372 c.c. in prospettiva di riassetto – ove si renda, o ritenga, necessario – degli equilibri sottesi alla stipula.

Tra i casi di conferma di quanto appena detto può portarsi ad esempio l'arbitraggio di parte, nel quale è rinvenibile un interesse, in capo alle parti, alla previsione di un momento, successivo a quello della stipula ma parallelo a quello dell'esecuzione contrattuale, nel quale una parte sia nel diritto di determinare unilateralmente le condizioni contrattuali. Si tratta, quindi, di un'ipotesi di conferma della possibile coesistenza tra consenso contrattuale e unilaterale d'intervento modificativo.

Altro esempio è rinvenibile nel Codice del Consumo, il quale espressamente prevede e disciplina l'esercizio del diritto di modifica nell'ambito del rapporto contrattuale tra consumatore e professionista.

Inoltre, pur non essendo norme a carattere cogente, non può non eviden-

v., *ex multis*, S. MACAULAY, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in *Am. Soc. R.*, 1963, vol. 28, n. 1, p. 55; I.R. MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980; C.J. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, in *Va. L. Rev.*, 1981, vol. 67, n. 6, p. 1089; A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, cit., p. 271 ss.

⁽¹⁸⁾ In tal senso, S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, cit., p. 202.

ziarsi come i Principi *Unidroit* rappresentino, nella prassi arbitrale internazionale sempre più un punto di riferimento di natura giuridica, dal momento che, ispirandosi a concreti riscontri della prassi contrattuale, esplicitamente prevedono un potere unilaterale di modifica in capo a una parte contrattuale.

Le norme transnazionali, a loro volta, costituiscono fonte di riflessione per talune codificazioni europee, tra cui il recente codice olandese, nonché per il diritto tedesco delle obbligazioni, nella cui Relazione finale della Commissione per la relativa riforma vi è proprio esplicito richiamo all'importanza dei "principi di codificazione europea".

Potrebbe porsi la questione se sia ammissibile l'esercizio unilaterale del *ius variandi* non solo a fini modificativi, bensì ai fini della costituzione *ex novo* di un rapporto giuridico. Può tuttavia dirsi, con certezza ascrivibile a coerenza sistematica, che l'impulso unilaterale non è idoneo a realizzare un nuovo rapporto contrattuale, e ciò a fronte di un impianto normativo esplicito: *a*) l'art. 1372, 1° comma c.c. stabilisce che ai fini dello scioglimento del rapporto contrattuale è necessario il consenso delle parti; *b*) l'art. 1230, 1° comma c.c. impone l'accordo tra le parti ai fini dell'estinzione di un'obbligazione e contestuale costituzione di una nuova; *c*) l'art. 1373, 1° comma c.c. consente, alle parti, di prevedere autonomamente la facoltà di recesso contrattuale. Di *ius variandi* volto ad estinguere un rapporto giuridico contrattuale ed a contestualmente costituirne uno nuovo, non può, quindi, correttamente parlarsi.

È opportuna, quindi, una disamina riguardante i limiti del potere convenzionale di modifica del rapporto, in ossequio a quanto stabilito *ex art* 1322 c.c., e ciò è possibile, anzitutto, attraverso l'analisi delle norme che esplicitamente riconoscono il potere di modifica a una o più parti, e anche alla luce delle quali è possibile circoscrivere il raggio di apponibilità di clausole attributive di *ius variandi* di origine convenzionale.

Vi sono in proposito, codificate, due principali categorie di fattispecie: *A*) quelle attributive di *ius variandi* caratterizzato da ampia e media discrezionalità di esercizio: *a*) nel primo caso, la modifica è esercitabile dal titolare senza necessità di preventiva verifica di ricorrenza di determinate circostanze, ovvero senza necessaria esplicitazione delle ragioni di esercizio del diritto potestativo, come nel caso di appalto (art. 1661, 1° comma c.c.), trasporto (art. 1685,

1° comma c.c.), mandato (art. 1711, 2° comma c.c.), spedizione (art. 1739, 1° comma c.c.), agenzia (art. 1746 c.c.) e rapporto lavorativo (art. 2103 c.c.); *b*) nel secondo caso, il *ius variandi* è esercitabile a fronte di adeguata giustificazione, ovvero entro limiti normativamente stabiliti, come nel caso dei contratti bancari (art. 118 t.u.b.) e del contratto di subfornitura, per il quale è stata imposta una fine alla prassi di uso indiscriminato del diritto di modifica unilaterale, mantenendo al contrario salvi «gli accordi che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro i termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura» (cfr. art. 6, l. n. 192/1998); *B*) quelle ove l'esercizio del *ius variandi* rimane subordinato alla ricorrenza di circostanze esterne sopravvenute alla stipula: vi è quindi il potere unilaterale di conduttore (art. 1577 c.c.), di affittuario di fondi rustici (artt. 1635, 1° comma e 1636 c.c.), di affittuario nell'affitto a coltivatore diretto (art. 1648 c.c.), di assicuratore (artt. 1897 e 1898 c.c.), di viaggiatore, organizzatore e venditore di viaggi (artt. 39-42 cod.tur.⁽¹⁹⁾).

Tra le clausole di *ius variandi* rinvenibili nella prassi degli affari si richiama, in particolare, quelle: *a*) dei contratti di compravendita, riguardo ai quali pare abbastanza consolidato il ricorso al *ius variandi*, come ad esempio nel caso di clausole con prezzo “scalare” ovvero con prezzo “circa”, nel caso della vendita *on call*, nel caso della clausola con prezzo “in vigore alla consegna” ovvero “ancorato a criteri obiettivi”; *b*) dei contratti di borsa “a premio”, ove gli operatori stipulano accordi in base a cui una parte può, al momento della esecuzione differita del rapporto e a fronte di pagamento di premio, scegliere unilateralmente le concrete modalità con cui dare attuazione al contratto; *c*) dei contratti di approvvigionamento di fattori di produzione, ovvero di fornitura di beni e servizi, nei quali paiono facilmente inseribili – per via analogica con quanto disciplinato in materia di appalto – clausole di richiamo agli artt. 1560 e 1561 c.c.; *d*) dei contratti di *catering*, in cui la clausola attributiva di *ius variandi* è strutturata in base alla particolare causa della fatti-

⁽¹⁹⁾ Anche se, a breve, è previsto che l'attuale “Codice del turismo” (d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79) venga sostituito da nuovo d.lgs., di recepimento della direttiva UE 2015/2302 sui pacchetti turistici, in cui dovrebbero anche rinvenirsi novità proprio riguardo all'esercizio del *ius variandi*.

specie; e) di alcuni contratti internazionali, come il caso dell'*engineering*; f) dei contratti associativi, come nel caso dei contratti di multiproprietà azionaria; g) dei contratti di distribuzione commerciale e *franchising*.

Ma nella contrattualistica sono rinvenibili anche altre importanti ipotesi dimostrative di come gli strumenti convenzionali di adeguamento del rapporto siano sintomatici della volontà, in capo all'autonomia privata, di dotarsi di strumenti sempre più solidi ed efficaci per una concreta conservazione dell'impianto contrattuale. Tra gli esempi di maggiore spessore vi è: a) l'adozione di clausole d'indicizzazione finalizzate alla difesa del contratto da possibili svalutazioni, nonché di clausole di revisione, salvaguardia e forza maggiore; b) nel contratto di assicurazione, l'inserimento di clausole di limitazione della propria obbligazione di copertura del rischio, in caso di specifiche circostanze oggettive; c) l'adozione di clausole c.dd. di *hardship* le quali, tipiche della prassi contrattuale internazionale, predispongono, per determinate sopravvenienze, l'applicazione di rimedi come, ad esempio, la sospensione dell'esecuzione contrattuale e, soprattutto, la c.d. rinegoziazione: queste ultime, in particolare, trovano esplicito riconoscimento nei Principi *Unidroit*, come anche nel progetto di «Codice Europeo del Diritto dei Contratti» della Commissione Ole Lando, nonché nel *Code Européen des contrats* dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, ma la clausola di rinegoziazione è da ritenersi certamente valida anche nell'ordinamento italiano, nel quale parte della dottrina propende per l'approfondimento di alcune questioni di indubbia importanza, come quella relativa alla ravvisabilità, nella clausola generale di buona fede di cui all'art. 1375 c.c., di una fonte di diritto-dovere di rinegoziazione dei contratti di durata⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr. P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 812 ss., il quale inoltre sottolinea (p. 814) come sia in materia di contratti di durata a porsi, in modo particolare, «il problema della rinegoziazione e della revisione (...); si pensi per esempio al contratto di appalto (art. 1664 c.c.), ai contratti di somministrazione, ai contratti internazionali, e così via. Si tratta in effetti di rapporti che normalmente richiedono molto tempo per essere instaurati, nonché investimenti specifici per la loro attuazione; ne consegue che tali contratti racchiudono un valore in sé e per sé che rischierebbe di andare irrimediabilmente perso in caso di scioglimento; senza contare le spese già effettuate in vista dell'adempimento ed il mancato guadagno. Di qui dunque la necessità di scongiurare il più possibile l'eventualità

In taluni casi tuttavia le parti contrattuali potrebbero preferire, alla conservazione del contratto, lo scioglimento del medesimo in presenza di specifiche circostanze. Ciò, in quanto non sempre è realizzabile una ricomposizione dell'originario equilibrio d'interessi sotteso alla stipula a mezzo dell'esercizio del potere unilaterale di modifica e, per ciò che concerne la rinegoziazione, non sempre la previsione del relativo obbligo assicura, in ogni momento dell'esecuzione contrattuale, la presenza di una effettiva capacità di gestione delle sopravvenienze.

2. — *Ius variandi e autonomia contrattuale.*

L'art. 1372, 1° comma c.c. stabilisce come il contratto abbia «forza di legge tra le parti», e non possa sciogliersi «che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge»: apparentemente il rapporto contrattuale potrebbe, quindi, sciogliersi esclusivamente a fronte di un *contrarius actus*, ovvero nelle ipotesi previste *ex lege*⁽²¹⁾ e non vi sarebbe spazio, nel nostro ordinamento giuridico, per un generalizzato potere unilaterale di modifica del rapporto contrattuale⁽²²⁾.

In realtà, il 1° comma dell'art. 1372 c.c., in combinato disposto con il 1° comma dell'art. 1322 c.c. consente di stabilire, in via principale, come le parti debbano “semplicemente” considerarsi libere di stipulare un contratto

della risoluzione del contratto. Esito che le parti possono raggiungere anche in virtù di apposite clausole di irrisolubilità, riferibili non solo all'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma anche all'impossibilità sopravvenuta ed all'inadempimento; con conseguente necessità di rinegoziare in ogni caso i termini dell'accordo al fine di garantirne la sopravvivenza».

⁽²¹⁾ Sul punto cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. XIV ss., il quale sottolinea come l'art. 1372 c.c. sia la base giuridica della sovranità della volontà individuale.

⁽²²⁾ Sostengono, in quanto derogatoria a quanto statuito *ex art.* 1372 c.c., l'eccezionalità della normativa in tema di *ius variandi*, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, II, *Diritto civile, diritto commerciale, diritto del lavoro, diritto pubblico, diritto penale*, Milano, 1994, p. 24; C. DI SINNO, *Le clausole di determinazione degli interessi nei contratti bancari*, Napoli, 1995, p. 224; F. MARTORANO, *Il credito al consumo*, in A. BRONZETTI, V. SANTORO (a cura di), *Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano*, Milano, 1991, p. 182 ss.

di cui abbiano stabilito il contenuto, magari inserendovi proprio l'attribuzione, a una o più parti, del potere di modificare il rapporto contrattuale in via unilaterale.

Ritenere che il contratto sia lontano «dalla sfera individuale dei suoi autori e a questa sovraordinata»⁽²³⁾ impedirebbe, infatti, di elevare a fonte del rapporto contrattuale una regola ispirata ad esigenze di flessibilità del rapporto medesimo⁽²⁴⁾.

Tra gli elementi comunemente rinvenibili nelle fattispecie di *ius variandi*, due rivestono particolare importanza, in quanto al diritto *de quo*: *a*) corrisponde mera soggezione (senza alcun bisogno di accettazione) dell'altra parte contrattuale; *b*) corrisponde la libertà del relativo esercizio, e ciò anche ove si tratti di fattispecie necessitanti di determinate condizioni di esercitabilità, come la sopravvenienza di determinate circostanze, ovvero la presenza di determinate cause giustificative.

Si è già sottolineato come il potere unilaterale di modifica contrattuale, potendo incidere direttamente sul rapporto contrattuale, sia collocabile all'interno della categoria dei diritti potestativi e, in particolare, dei c.dd. diritti potestativi "modificativi" (da tenere distinti da quelli "costitutivi" – come l'occupazione di *res nullius*, l'acquisto di proprietà di cose smarrite da parte dell'inventore, il diritto di ottenere comunione di muro o servitù –, nonché da quelli "estintivi" – come il potere di revoca di donazioni e mandato, il recesso da società e l'esclusione del socio, il diritto di divisione di cosa comune⁽²⁵⁾) tra cui è possibile rinvenire, ad esempio, anche il diritto di apposizione di termini, la costituzione in mora, nonché la riduzione d'ipoteca⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ In questi termini D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., p. 280, seguito da E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 898, e da L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 56 ss. V. inoltre, con riferimento agli ordinamenti di *common law*, G. GORLA, *La «logica-illogica» del consensualismo e dell'incontro dei consensi*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255.

⁽²⁴⁾ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, p. 5.

Con particolare riferimento alle ipotesi in cui vi è determinazione del contenuto contrattuale posteriore alla stipula del negozio, cfr. A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, cit.

⁽²⁵⁾ Cfr. G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, cit., p. 136.

⁽²⁶⁾ Cfr. G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1938, p. 873.

Nell'esercizio del *ius variandi* vi è certamente una manifestazione unilaterale di volontà: tale unilateralità non può che ritenersi complanare all'impianto strutturale dei diritti potestativi (cioè a dire, per l'appunto, l'iniziativa unilaterale⁽²⁷⁾), e la *ratio* di una simile impostazione del potere di modifica unilaterale è certamente nella semplificazione degli strumenti di gestione contrattuale⁽²⁸⁾.

Con l'esercizio del *ius variandi* avviene dunque una modificazione del rapporto negoziale e l'effetto potrà, nel concreto, assumere finalità: *a)* negative, cioè a dire di eliminazione di uno o più elementi contrattuali accessori⁽²⁹⁾; *b)* positive, ove la volontà sia di produzione effetti sostitutivi ovvero integrativi di quanto inserito originariamente in stipula.

In ogni caso, l'esercizio del potere unilaterale di modifica è ascrivibile ad atti o dichiarazioni di volontà di talché, *ex art.* 1324 c.c., sarà impugnabile per incapacità e vizi del consenso (con maggiore tutela per la parte subente modifica – come osserva parte della dottrina⁽³⁰⁾ – rispetto ad una concezione di esercizio di *ius variandi* quale atto giuridico in senso stretto), e in caso di pronuncia giudiziale di accoglimento dell'impugnazione proposta dal titolare del potere unilaterale di modifica non vi sarà, naturalmente, annullamento dell'intero contratto, ma del solo atto di modifica del rapporto.

⁽²⁷⁾ V. sul punto B. CARPINO, *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1988, p. 9.

⁽²⁸⁾ In proposito, e con particolare riferimento alla regola del "minimo mezzo" nell'ambito del diritto civile sostanziale, v. P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 473; R. CICALA, *Gli «studi sull'accollo» di Pietro Rescigno (accollo e stipulazione a favore di terzo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 1427 ss.; P. RESCIGNO, *Delegazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 930; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 113 ss.

⁽²⁹⁾ *Contra*, nel senso di ritenere che tutti i negozi modificativi debbano ascrivarsi – essendo finalizzati a determinare «la costruzione giuridica di situazioni nuove» – alla categoria dei negozi a contenuto positivo, T. MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996, p. 35.

⁽³⁰⁾ In tal senso, M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, p. 166, nt. 290.

3. — *Forma e modi di esercizio del ius variandi.*

L'esercizio del potere unilaterale di modifica contrattuale può trovarsi sottoposto, in base a fonte legale ovvero convenzionale, a specifici requisiti anche di tipo formale.

In particolare, le norme legali di previsione di *ius variandi* hanno in comune l'elemento della esercitabilità non meramente discrezionale né tantomeno arbitraria, e rappresentano testimonianza della volontà di un recupero della forma in termini di mezzo volto a rispettare il c.d. diritto ad una corretta informazione⁽³¹⁾. Possono farsi, in proposito, alcuni esempi.

Nel caso dei contratti del consumatore, si presumono vessatorie (quindi, nulle *ex artt.* 33 e 34 cod.cons., il contratto rimanendo, per il resto, valido *ex art.* 36, 1° comma cod.cons.) le clausole a mezzo delle quali al professionista sia consentito, senza giustificato motivo indicato nel contratto, «modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire» (art. 33, 2° comma, lett. *m*) cod.cons.), ed è previsto che ove le clausole siano proposte al consumatore per iscritto, le medesime debbano redigersi in modo trasparente e comprensibile (art. 35, 1° comma cod.cons.)⁽³²⁾.

Riguardo ai contratti di viaggio vi è, poi, una generale formalizzazione del rapporto negoziale, in quanto i contratti di vendita di pacchetto turistico debbono essere redatti per iscritto e rispettando criteri di chiarezza

⁽³¹⁾ Riguardo alle conseguenze della violazione di regole in materia di trasparenza e informazione contrattuale, G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 708 ss. Inoltre, pur rinvenendosi in determinate ipotesi una regolamentazione legale per dette conseguenze (ad es., per le rispettive categorie contrattuali, si avrà nullità *ex art.* 36 cod.cons., ovvero inefficacia *ex art.* 118 t.u.b.), precisa M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., p. 227, che, con particolare riferimento «alla violazione degli obblighi di trasparenza connessi all'esercizio dello *ius variandi*, la sanzione dell'inefficacia derivata della modifica unilaterale sembra costituire, nel silenzio della legge al riguardo, il rimedio più congruo alla *ratio* delle norme che impongono in materia l'adozione di particolari misure informative».

⁽³²⁾ In proposito, sottolinea come tale norma costituisca «espressione del principio di trasparenza», V. RIZZO, Sub 2469-quater, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 1176.

e precisione (art. 35, 1° comma cod.tur.). Sempre in ordine all'importanza della forma scritta, è necessario che venditore od organizzatore fornisca per iscritto le condizioni generali, e ciò prima della stipula (art. 37, 1° comma cod.tur.), mentre in base all'art. 38, 2° comma cod.tur. le informazioni concernenti le condizioni generali applicabili vincolano organizzatore e venditore, con riferimento alle rispettive responsabilità, ad eccezione della circostanza in cui «le modifiche delle condizioni ivi indicate non siano comunicate per iscritto al turista prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione». Anteriormente alla partenza, infine, l'organizzatore ovvero l'intermediario⁽³³⁾ che intenda modificare uno o più elementi contrattuali in modo notevole deve darne avviso in modo immediato e per iscritto al turista, con indicazione sia del tipo di modifica che della conseguente variazione di prezzo (art. 91, 1° comma cod.cons.).

Nel caso della subfornitura, inoltre, è prevista la stipula «in forma scritta a pena di nullità» (art. 2, 1° comma, l. n. 192/1998), e in caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, la medesima forma è prevista anche per la comunicazione, al fornitore, degli ordinativi riguardanti le singole forniture (art. 2, 3° comma, l. n. 192/1998). Si tratta, quindi, della base normativa necessaria alla comprensione della *ratio* della forma scritta per l'esercizio del *ius variandi* previsto, in favore del committente, dal 1° comma del successivo art. 6 della medesima legge, in base a cui deve ritenersi «nullo il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura. Sono tuttavia validi gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura».

Quanto ai contratti bancari, infine, oltre ad essere previsto *ex art.* 117 t.u.b. come debbano *ad substantiam* redigersi per iscritto, è necessario *ex art.* 118 t.u.b. che anche l'esercizio del *ius variandi*, oltre ad essere accompagnato

⁽³³⁾ Anteriormente, *ex abrogato art.* 91, 1° comma cod.cons., si parlava in termini di «venditore».

da un preavviso di almeno 60 giorni ed esercitato a fronte di giustificato motivo, avvenga in forma scritta ovvero a mezzo di altro supporto concordato col cliente.

Con riferimento, poi, alla forma dell'atto di esercizio del *ius variandi* di fonte convenzionale, pare opportuno rinvenire il principio di riferimento nella necessità di una omogeneità formale⁽³⁴⁾, di talché l'atto di esercizio del *ius variandi* dovrà rivestire, come la relativa clausola attributiva, la medesima forma del contratto cui il diritto in questione si riferisce⁽³⁵⁾ e ciò dal momento che, nel modificare il rapporto si ha, in sostanza, esercizio di un diritto previsto *ex contractu*.

Vale la pena notare, ancora, come il carattere dell'atto di esercizio del potere unilaterale di modifica debba ritenersi ragionevolmente di tipo recettizio, pertanto, alla luce della disciplina generale dei contratti, l'atto unilaterale di modifica potrà spiegare i propri effetti, *ex art.* 1334 c.c., solo dal momento in cui sia conosciuto dal soggetto cui sia destinato.

A tal proposito, non può non parlarsi delle ipotesi in cui l'esercizio del *ius variandi* avvenga a mezzo di *facta concludentia*, e vi sono alcuni casi normativamente previsti tra cui quello del contratto di viaggio, nel quale, ove una parte essenziale dei servizi prestati dal contratto non sia effettuabile posteriormente alla partenza, l'organizzatore deve assicurare alternative idonee alla prosecuzione del viaggio, ovvero rimborsare il turista per la parte prevista e non goduta (cfr. art. 41, 4° comma cod.tur.), e in caso d'impossibilità di ricorrere a tali due soluzioni dovrà predisporre per il turista un mezzo di trasporto equivalente per il ritorno, con restituzione della differenza tra i costi di prestazioni previste ed effettuate sino al rientro (art. 41, 5° comma cod.tur.).

⁽³⁴⁾ Sul punto, T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998; v. inoltre F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997.

⁽³⁵⁾ *Contra*, sul punto, Cass., 24 giugno 1982, n. 3839, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 553, in base a cui all'onere del requisito di forma si sottraggono le determinazioni concernenti le modalità esecutive delle attribuzioni contrattuali: «L'obbligo della forma scritta *ad substantiam*, con riguardo al contratto avente ad oggetto il trasferimento o la promessa di trasferimento di bene immobile, non investe anche gli elementi non essenziali del contratto stesso, quali quelli inerenti alle modalità di esecuzione, che possono essere regolamentati con accordi autonomi, soggetti alla comune disciplina probatoria».

L'esercizio del *ius variandi* deve avvenire nel rispetto, ovviamente, anche del principio di buona fede *ex art. 1375 c.c.*, e ciò a prescindere da originari squilibri giuridico-economici tra le parti dal momento che, a fronte di sopravvenienze modificative del rapporto, sarà necessario conferire adeguata e costante tutela all'affidamento di una parte contrattuale in ordine all'esercizio, da parte dell'altra, del *ius variandi* convenzionalmente o normativamente previsto. In proposito è utile il richiamo, a titolo esemplificativo, al caso analogo del diritto potestativo di recedere *ad nutum* dal rapporto contrattuale: la Cassazione ha infatti avuto modo di sottolineare, sul punto, come la facoltà di recedere *ad nutum* non implichi «totale insindacabilità del modo di esercizio del diritto potestativo di recesso», di talché ogni qualvolta risulti uno squilibrio economico originario tra le parti di un contratto, al principio di buona fede dovrà improntarsi l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente in posizione giuridicamente ed economicamente più forte⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, cit., la quale rinviene nel principio di correttezza «ampia operatività (...) in quanto da esso sono desumibili regole di azione sia rispetto all'esercizio di un potere che rispetto all'adempimento di un dovere». Ma v. anche, in proposito, Cass., 19 settembre 2000, n. 12405, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 4, p. 69, nonché in *Foro it.*, 2001, I, c. 2326, in base a cui «La dichiarazione di fallimento non può essere il frutto di una condotta abusiva da parte del singolo creditore e deve ritenersi quindi preclusa ogni qual volta lo stato d'insolvenza sia stato determinato da un suo comportamento improntato a mala fede, in quanto contrario al dovere di cooperare per la realizzazione degli interessi della controparte»; Cass., 18 dicembre 1985, n. 6475, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1650, con nota di C. DI LORETO, *Il rifiuto sistematico del proponente di concludere gli affari proposti dall'agente*, secondo cui «Il termine "esecuzione" previsto dagli artt. 1748 e 1749 c.c., che contemplano il diritto dell'agente alla provvigione rispettivamente per gli affari che abbiano avuto regolare esecuzione e per quelli che non abbiano avuto esecuzione per causa imputabile al proponente, va inteso in senso tecnico, e quindi presuppone che i contratti promossi dall'agente siano stati conclusi; pertanto, l'art. 1749 c.c. non si applica nel caso di affari proposti dall'agente ma non conclusi per mancata accettazione del proponente; quest'ultimo, nell'esercizio della libertà d'impresa, non è vincolato dall'attività dell'agente e può legittimamente rifiutare le sue proposte, ma il rifiuto deve essere conforme al principio di buona fede sancito dall'art. 1375 c.c. in tema di esecuzione del contratto; conseguentemente, il rifiuto pregiudiziale di dar corso alle proposte promosse dall'agente (cosiddetto rifiuto sistematico), violando predetto principio, è fonte di risarcimento del danno».

4. — Ius variandi: *natura e profili funzionali*.

Con riferimento alla possibile funzione del potere unilaterale di modifica contrattuale, alcuni studiosi hanno potuto rinvenirne l'essenza in una sorta di parziale "trasformazione" dell'assetto degli interessi sottesi alla stipula, nella fondamentale intenzione della conservazione degli originari equilibri ovvero in una proporzionata ed equa modifica dei medesimi, con l'aggiunta, tuttavia, dell'osservazione in base a cui deve ritenersi necessaria, nella concreta fattispecie, la verifica di liceità e meritevolezza di tutela giuridica della modifica che s'intenda effettuare, di talché, «dovendo l'esercizio dell'autonomia negoziale risultare, comunque, conforme ai principi generali del nostro ordinamento giuridico, i negozi unilaterali di esercizio dello *ius variandi* saranno sottoposti al giudizio di liceità e di meritevolezza degli interessi con gli stessi in concreto perseguiti, di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.»⁽³⁷⁾.

A proposito di detto giudizio di meritevolezza, può anzitutto considerarsi come sia il medesimo legislatore a sottolineare che una delle forme di esercizio del diritto è rinvenibile nel compimento di atti o negozi giuridici⁽³⁸⁾, cioè a dire mezzi di gestione del diritto generalmente inteso. Ed è ingente la quantità di diritti esaurantisi nel potere di compimento di un determinato atto favorevole al relativo titolare: si tratta, in sostanza, dei più volte citati diritti potestativi.

Ma al fine di verificare se vi sia o meno un'autonoma causa del potere unilaterale di modifica è necessaria la disamina delle relative fonti, e a prescindere dalle modalità di esercizio, rivestendo queste ultime solo il "momento dinamico" del diritto⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., p. 191.

⁽³⁸⁾ V. in argomento R. SACCO, *L'esercizio del diritto*, in AA.VV., *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 286 ss.

⁽³⁹⁾ Il profilo causale rimane, quindi, estraneo all'atto unilaterale a mezzo del quale viene esercitato il potere unilaterale di modifica, e ciò in quanto l'atto di esercizio di un diritto soggettivo non può ingenerare questioni concernenti il profilo funzionale (cfr. G. MESSINA, *Diritti potestativi*, cit., p. 879); ciò porta, inoltre, alla mancata configurabilità di ipotetiche questioni relative alla "atipicità" degli atti unilaterali con cui si disponga di propri diritti, atti unilaterali produttivi di effetti giuridici che incarnano l'esercizio del potere dispositivo relativo al contenuto di un diritto (F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, p. 285).

Nulla quaestio, ovviamente, con riferimento alla fonte di rango legale, ove la meritevolezza degli interessi perseguiti deve darsi per acclarata, cosa che, al contrario, non necessariamente accade per le clausole attributive di *ius variandi*⁽⁴⁰⁾.

In dottrina, sotto il profilo della disamina del profilo causale, si è avuto modo di evidenziare come la generalità delle clausole attributive di *ius variandi* sia annoverabile nella categoria delle tecniche convenzionali di “flessibilizzazione”, in ottica conservativa del contratto, tra cui si rinviene l’adeguamento automatico (attraverso il ricorso a parametri oggettivi), l’adeguamento del terzo (a mezzo di arbitraggio), nonché il ricorso ad accordo successivo, rinegoziativo o, comunque, modificativo⁽⁴¹⁾.

In sostanza, nelle suddette ipotesi la clausola attributiva di *ius variandi* è potenzialmente idonea a realizzare l’interesse, meritevole di tutela giuridica, alla flessibilità contrattuale in ottica conservativa-riequilibrativa⁽⁴²⁾. Ma solo potenzialmente, almeno in via di principio: non può ritenersi meritevole di tutela, infatti, la clausola attributiva di *ius variandi* al titolare d’impresa che vi faccia ricorso solo in base alle proprie esigenze di gestione imprenditoriale, in quanto l’idea di flessibilità del rapporto non è idonea a “sostituire”, in questa particolare ipotesi, una malcelata illiceità insita in un abnorme potere unilaterale.

Sarà necessario, quindi, valutare l’effettiva meritevolezza delle singole fattispecie concrete di clausola attributiva di *ius variandi* in base all’art. 1322, 2° comma c.c., e ciò sarà possibile anche attraverso un raffronto con le fattispecie di *ius variandi* di fonte legale⁽⁴³⁾, in particolare, con quelle ove il

⁽⁴⁰⁾ V. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 394 s.

⁽⁴¹⁾ Cfr. A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («ius variandi»)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 401 ss.

⁽⁴²⁾ Ancora A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («ius variandi»)*, cit., p. 406.

⁽⁴³⁾ Quanto alle ipotesi di fonte legale, ed all’idea di un acclarato presunto controllo a monte della relativa meritevolezza di tutela giuridica cfr., *ex multis*, le osservazioni di F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 227; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 107; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 1990, p. 184; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto*.

potere di modifica unilaterale risulta esercitabile in assenza di qualsivoglia discrezionalità (come, ad es., nel caso di locazione: art. 1577 c.c.; affitto di fondo rustico: artt. 1635, 1° comma e 1636 c.c.; affitto a coltivatore diretto: art. 1648 c.c.; assicurazione: artt. 1897 e 1898 c.c.). Tale controllo potrà essere effettuato, da parte dell'interprete, in base alle norme regolatrici di casi simili e di materie analoghe ovvero, in mancanza, in base ai principi generali dell'ordinamento giuridico⁽⁴⁴⁾.

Certamente, alla luce della normativa, della giurisprudenza nonché dei progetti di codificazione civile europea, non può non notarsi come l'esigenza che le prestazioni contrattuali rimangano tra loro equilibrate risponda ad un principio di ordine pubblico economico⁽⁴⁵⁾; non essendo possibile

Artt. 1321-1352 c.c., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 42. *Contra*, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2^a ed., Padova, 2001, p. 109 ss.; ID., *Meritevolezza degli interessi ed utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 91 ss.; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 129 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1987, p. 245; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*, Padova, 1992, p. 245.

⁽⁴⁴⁾ La giurisprudenza di legittimità, mentre in un primo momento (Cass., 6 giugno 1967, n. 1248, in *Mass. Foro it.*, 1976; Cass., 4 giugno 1954, n. 1825, in *Giur. it.*, 1955, I, c. 518; Cass., 27 maggio 1971, n. 1574, *ivi*, 1972, I, 1, c. 1510) era propensa a considerare bastevole la mera verifica finalizzata all'accertamento che contratti non tipizzati non risultassero violativi di norme legali, posteriormente, come sottolinea R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, VI, t. 2, Torino, 1975, p. 591, si è "spinta" in misura sempre maggiore a verificare l'effettivo perseguimento, da parte dei soggetti coinvolti nella stipula, di interessi meritevoli di tutela e, nell'ottica di tutelare la parte debole del contratto, sinanche giungendo alla dissamina dell'impianto causale di contratti tipici: cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2203, con nota di richiami di G. BOSCHETTI, in *Contratti*, 2007, p. 621, con nota di F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, e in *Guida al dir.*, 2006, 31, p. 55, la quale osserva che «La causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio, bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti».

In generale, sulle varie teorie in tema di causa, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, pp. 361-395.

⁽⁴⁵⁾ In proposito, U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p.

una proiezione, del motivo oggettivato nella stipula⁽⁴⁶⁾, ad oggettivi criteri di

501, il quale, in tema di patto commissorio, la l'illiceità della relativa causa sia spiegabile facendo riferimento al principio di ordine pubblico economico «qual è quello che commisura la soggezione del patrimonio del debitore all'ammontare del debito».

⁽⁴⁶⁾ Sulla moderna concezione di causa e, in particolare, di "causa in concreto" quale interesse rilevante penetrato nell'atto, si v. A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, spec. p. 294 ss.; A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 11, Torino, 2009, p. 45 ss.; ID., *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2000, pp. 75 ss., 120 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.; ID., *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 181 ss.; ID., *Profili di invalidità del contratto unilaterale*, *ivi*, 2002, I, p. 587 ss., spec. pp. 591, nt. 15, 594 ss. e 598 s. In precedenza, si v. lo studio fondamentale di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 227 ss., il quale, tuttavia, non rileva l'importanza dei motivi oggettivati che reggono l'efficacia dell'atto come, invece, fa Palazzo nelle opere sopra citate: cfr. R. SACCO, *Recensione ad Antonio Palazzio, Le donazioni. Artt. 769-809* [1^a ed., 1991], in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 545 ss.; F. GAZZONI, *Recensione ad Antonio Palazzio, Le donazioni. Artt. 769-809* [1^a ed., 1991], in *Riv. not.*, 1994, p. 202 ss.; M. PARADISO, *Recensione ad Antonio Palazzio, Atti gratuiti e donazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 173 ss. In giurisprudenza, Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2895, con nota di F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*; e più di recente, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.; Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589, in *Contratti*, 2010, p. 500, nonché in *Giur. it.*, 2011, p. 307, con nota di C.A. NIGRO, *Collegamento contrattuale legale e volontario, con particolare riferimento alla (vecchia e nuova) disciplina del credito ai consumatori*; in tema di revocatoria fallimentare, Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460, con nota di F.S. COSTANTINO, *Adempimento di debito altrui, fallimento del solvens e revocatoria al vaglio delle Sezioni Unite (con chiose su «causa concreta» e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*, nonché in *Giur. it.*, 2010, p. 2080, con nota di M. SPIOTTA, *La «causa concreta» del pagamento da parte del fallito di un debito altrui*, in *Contratti*, 2010, p. 1000, con nota di A. DI BIASE, *La rilevanza della «causa concreta» nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 748, con nota di M. GIULIANO, *Adempimento di debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto*, e in *Fallimento*, 2010, p. 799, con nota di G. MINUTOLI, *Onerosità e gratuità dell'adempimento del terzo, vantaggio compensativo ed onere della prova*.

Si v. inoltre, con particolare riferimento alla clausola rinegoziativa, D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, cit., p. 980 s., il quale evidenzia che, acclarata l'idoneità del «concetto di causa (...) a ricomprendere anche gli scopi atipici degli autori del negozio, occorre pur sempre stabilire quali di quegli scopi in concreto, di volta in volta perseguiti, possano nell'elemento causale essere ricompresi. L'elemento scriminante è l'individuazione di criteri per stabilire rispetto a quali, tra tutti gli scopi concretamente avuti di mira dalle parti, la nozione di causa si estenda ovvero, più utilmente ai

equivalenza tra prestazioni⁽⁴⁷⁾, può comunque farsi riferimento al principio

fini che qui interessano, a quali tra loro il negozio debba reputarsi funzionalizzato ai sensi dell'ordinamento positivo. La considerazione della causa in senso individuale consente di far emergere dall'*indifferenza giuridica* interessi ulteriori rispetto a quelli tipici del contratto, evidenziando che la causa intesa come funzione individuale, al pari della causa concepita come funzione sociale, non può giustificare la rilevanza di finalità non sorrette da corrispondenti precetti contrattuali».

⁽⁴⁷⁾ In argomento v., in dottrina, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, III, 1, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1988, p. 598, il quale sottolinea come siano di ostacolo, al sindacato giurisdizionale sulla equivalenza tra prestazioni dedotte in contratto, i principi di cui agli artt. 1322, 1° comma e 1372, 1° comma c.c.; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., p. 274 ss.; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di disparità contrattuale: un'analisi comparativa dell'art. 3.10 dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Contr. e impr./Europa*, 1997, p. 141. Di recente, v. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Riflessioni in tema di clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 97, il quale osserva in proposito come «d'altra parte, sarebbe curioso se, ogni volta che un contraente riuscisse a spuntare un prezzo più conveniente, dovesse sottoporsi al sindacato del giudice. La norma stessa dell'art. 1384 c.c.» deponendo a favore di tale orientamento, dal momento che, «se il principio generale fosse quello dell'equilibrio delle prestazioni, il giudice non dovrebbe intervenire esclusivamente nel caso di penale manifestamente eccessiva, ma anche in caso di penale eccessivamente modesta o irrisoria, così come è previsto dalla normativa codicistica francese, soluzione, quest'ultima che (...) non può, *rebus sic stantibus*, avere ingresso nel nostro ordinamento»; ma v. anche F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 140 s. In giurisprudenza, v. Cass., 13 luglio 1984, n. 4114, in *Mass. Giur. it.*, 1984, secondo cui «L'eccessiva onerosità sopravvenuta che, ai sensi dell'art. 1467 c.c., giustifica la risoluzione dei contratti ad esecuzione differita, non è ravvisabile nella mera variazione del prezzo della cosa promessa in vendita, rientrando nella normale alea contrattuale, ma solo in quella che comporta una notevole alterazione del rapporto originario fra le prestazioni, determinando nel loro ambito una situazione di squilibrio dei rispettivi valori con aggravio che alteri l'iniziale rapporto di equivalenza, incidendo sul valore di una prestazione rispetto all'altra»; Cass., 26 marzo 1996, n. 2635, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 476, con nota di A. ACCORNERO, *Errore sul prezzo ed errore sul valore: due concetti distinti ma non ancora riconosciuti dalla giurisprudenza*, e in *Corr. giur.*, 1997, p. 91, con nota di G. COMANDÈ, *Erronea emissione di ricevuta a saldo da parte del creditore: imputet sibi*, ove di evidenza che «Un notevole squilibrio economico tra le prestazioni di due contraenti non determina arricchimento senza causa qualora tale squilibrio derivi da un contratto validamente concluso dagli stessi», di talché «l'errore sul prezzo della prestazione, pattuito dai contraenti», pur potendo «dare luogo all'azione di rescissione per lesione», «non costituisce errore essenziale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1428 c.c., e non è causa di annullabilità del contratto, qualunque sia l'entità della sproporzione tra le reciproche prestazioni, salvo che non si traduca in un errore su di una qualità essenziale della cosa», e ciò anche alla luce del

generale di necessaria, costante proporzione tra prestazioni: ciò è partico-

fatto che l'irrilevanza di suddetto errore deriva dal mancato riconoscimento, da parte dell'ordinamento italiano, di un principio di necessaria equivalenza tra prestazioni, e l'eventuale squilibrio economico di queste, quando non rientrante in altre figure portanti all'invalidità del contratto (come la rescissione), non può ritenersi inficiante la validità.

In proposito, vale la pena ricordare come lo stesso legislatore del '42 – che non ha accolto il postulato della subordinazione della vincolatività contrattuale all'oggettiva equivalenza delle prestazioni – non disconosca completamente la questione della garanzia di equità in capo al sinallagma: emblematica di ciò può ritenersi certamente la disciplina di cui all'art. 1448 c.c., alla luce di cui la parte danneggiata può chiedere la rescissione del contratto non equilibrato, ove il disequilibrio promani dallo stato di bisogno, di una parte, di cui, per trarre vantaggio, l'altra abbia approfittato: sul punto, cfr. F. GALGANO, *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 419, il quale sottolinea come «Se non intervengono fonti di integrazione del contratto, limitatrici dell'autonomia contrattuale, come la determinazione autoritativa del prezzo o delle tariffe da parte dell'autorità pubblica, o come la determinazione del corrispettivo secondo criteri di legge (...) l'autonomia contrattuale» debba intendersi «in linea di principio, insindacabile e incensurabile». L'oggettivo squilibrio tra prestazioni rilevava, inoltre, alla luce dell'art. 1815, 2° comma c.c. in tema di mutuo, molto prima della riforma di cui alla l. 7 marzo 1996, n. 108 («Disposizioni in materia di usura»), di talché, in caso di accordo su «interessi usurari, la clausola è nulla e gli interessi sono dovuti nella misura legale»: da notare come l'art. 1815, 2° comma c.c. non faccia riferimento né a stato di bisogno, né a relativo approfittamento. La nullità della clausola contenente interessi usurari sembrerebbe pertanto determinata dall'oggettivo squilibrio tra le due prestazioni: in realtà, giurisprudenza e parte della dottrina hanno ravvisato la necessità – ai fini applicativi della norma e di determinazione dell'interesse usurario – della presenza delle medesime «condizioni richieste dalla legge penale per la sussistenza del delitto di usura»: in proposito, Cass., 12 giugno 1973, n. 1693, in *Foro it.*, 1974, c. 476; Cass., 26 agosto 1993, in *Arch. civ.*, 1994, p. 31; Trib. Palermo, 9 marzo 1992, in *Temi Sic.*, 1992, p. 14; in dottrina, G. MIRABELLI, *Usura e rescissione*, in *Dir. e giur.*, 1947, p. 49; A. CANDIAN, *Contributo alla dottrina della usura e della lesione nel diritto positivo italiano*, Milano, 1946, p. 56. Detto orientamento, tuttavia, trova ostacolo in altra parte della dottrina (G. SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in *Giur. it.*, 1948, I, c. 53; E. QUADRI, *Profili civilistici dell'usura*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 344; ma v. anche G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1972, p. 90, che sottolinea come l'art. 1815, 2° comma c.c. non faccia riferimento ad un'"attività" usuraria quanto, piuttosto, ad un "compenso" usurario, concetto diverso in quanto indicante il vantaggio esorbitante che risulti conseguito anche senza approfittamento di debolezza di altri). Ancor più rilevante, in ogni caso, la disciplina introdotta nel 1996 in materia di usura: nel revisionato art. 644 c.p. scompare, infatti, il riferimento all'approfittamento dello stato di bisogno, con ravvisabilità del reato di usura alla luce della stipulazione di un contratto con cui una parte si faccia dare, ovvero promettere, interessi od altri vantaggi usurari, cioè a dire si sia in presenza di una controprestazione sproporzionata (su cui G. MERUZZI, *Usura*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 770, il quale sottolinea come

larmente visibile nell'ambito dei c.dd. contratti di durata, riguardo ai quali i rischi contrattuali legati alle sopravvenienze perturbative portano alla ricerca di strumenti rimediali adeguati e soprattutto – si perdoni il *calembour* – “adeguanti”, sia di matrice legale che pattizia.

E proprio alla luce di tale principio di ordine pubblico economico, di mantenimento dell'equilibrio tra le prestazioni, la tutela va assicurata alla stessa operazione economica sottesa alla stipula, con un occhio di riguardo, pertanto, non ad una figura contrattuale connotata da specifiche caratteristiche (come accade, ad esempio, nel caso della tutela del consumatore⁽⁴⁸⁾), ma al generale interesse, che è della totalità delle parti contrattuali coinvolte, a vedersi garantito un rapporto contrattuale equilibrato.

In conseguenza a quanto sinora detto, dovrà ritenersi meritevole di tutela giuridica la clausola attributiva di *ius variandi* la quale consenta, in caso di sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali, d'intervenire *ex uno latere* al fine di riportare l'equilibrio tra le prestazioni⁽⁴⁹⁾.

5. — *Clausola rinegoziativa: origini e scopo.*

L'esercizio dell'autonomia privata in funzione integrativa di quanto già predisposto dall'ordinamento mira, in via di principio, ad una tutela quan-

l'espressa menzione del requisito della mancata proporzionalità tra le prestazioni costituisca «uno dei punti di emersione, a livello normativo, di una tendenza, tanto legislativa che dottrinale, già da tempo in atto, e diretta a limitare il dogma dell'autonomia contrattuale, inteso come libera pattuizione, da parte dei contraenti, del contenuto dell'accordo, a favore di una tutela del contraente più debole, per il tramite dell'imposizione di un sostanziale equilibrio economico tra le prestazioni corrispettive delle parti»; ma v. anche A. RICCIO, *Le conseguenze civili dei contratti usurari: è soppressa la rescissione per lesione ultra dimidium?*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1033). Per una disamina più recente in materia di tutela civile nelle diverse ipotesi di usura pecuniaria e di usura reale, v. la pregevole disamina di A. SASSI, *La tutela civile nei contratti usurari*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., p. 329 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. M. BESSONE, *Economia del diritto e ordine pubblico economico a tutela dei consumatori*, in *Giur. it.*, 1984, IV, c. 92.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. F. BOCHICCHIO, *Impegni di una delle parti nelle trattative e conclusione del contratto a condizioni diverse*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 905.

to più concreta degli interessi dedotti in stipula e che si trovano, pertanto, alla base del motivo oggettivato: la regola legale, infatti, spesso costituisce il risultato di un giudizio preconstituito su basi al contempo di prassi, giurisprudenza e studio, tuttavia difficilmente potrà mai essere costantemente in linea con i continui cambiamenti propri della pratica degli affari che, per sua stessa natura, è in continua evoluzione.

Nel diritto dei contratti, che ad oggi contiene anche l'allargamento a fattispecie di promanazione internazionale, si è sempre più imposto un atteggiamento di conservazione "estrema" del rapporto negoziale, non più semplice fattispecie di origine e gestione autonoma, ma fattispecie di origine autonoma, con gestione alimentata non solo dal principio di buona fede: è in tale contesto che, da ormai qualche decennio, è possibile scorgere nel panorama internazionale del diritto dei contratti la ricerca di strumenti di gestione e soprattutto conservazione degli interessi sottesi alla stipula, soprattutto di fronte a possibili sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali propri della genesi negoziale.

Il riferimento è quindi alla c.d. clausola rinegoziativa del contratto⁽⁵⁰⁾, nata

⁽⁵⁰⁾ In tema di clausola rinegoziativa del contratto la dottrina è pressoché ampia: A. FRIGNANI, *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, know how, securitization*, Torino, 1996; ID., *Arbitrato e hardship clause: una prassi internazionale nuova per una diversa allocazione e gestione del rischio contrattuale*, in *Rass. arbitrato*, 1980, p. 1 ss.; ID., *Il contratto internazionale*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, XII, Padova, 1990; ID., *Le clausole di hardship*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 323; ID., *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 680; ID., v. *Hardship clause*, in *Noviss. Dig. it., App.*, Torino, 1982, p. 1180; U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Padova, 1988; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi. Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992, p. 37; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim*; ID., *Modificazioni del mercato e disciplina dei contratti di fornitura di energia*, Rimini, 1991, *passim*; T. GALLETTO, v. *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., II*, Torino, 1988, p. 389; P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987, p. 77 ss.; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1995, p. 145; V. KURKDJIAN, *Le clausole di adeguamento nei contratti di lunga durata*, in *Comm. internaz.*, 1992, 2, p. 83; C. ROSSELLO, *Soprav-*

venienze imprevedute e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense, in *Dir. comm. int.*, 1988, p. 465; M.J. BONELL, *Force majeure e hardship nel diritto uniforme della vendita internazionale*, *ivi*, 1990, p. 543; S.M. CARBONE, R. LUZZATO, *I contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 11, Torino, 1984, p. 171; M.E. KLECKNER, *La patologia del contratto internazionale. I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, 1991, I, p. 993; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, *cit.*; M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla ringoziazione contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 619; D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, *cit.*, p. 951 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Clausole di ringoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 411 ss.; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di ringoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, *cit.*, p. 179 ss.; F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di ringoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 120 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di ringoziazione del contratto*, *cit.*, p. 801 ss. (rinvenibile anche in ID., *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 469 ss., nonché in G. ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale. Seminario del 20 giugno 2014*, Milano, 2016); C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di ringoziazione*, Napoli, 2013; L. CASTELLI, *L'obbligo di ringoziazione*, in *Contratti*, 2016, p. 185 ss.; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e ringoziazione*, Napoli, 2017.

Con riferimento alla dottrina straniera riguardante i contratti stipulati tra soggetti eterogenei si v., in particolare, B. OPPETTI, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, in *Journ. dr. int.*, 1974, p. 794 ss.; P. KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, *ivi*, 1975, p. 467 ss.; M. FONTAINE, *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme*, in *Dr. prat. comm. int.*, 1976, p. 7 ss.; ID., *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Paris, 1989, p. 249 ss.; P. FOUCHARD, *L'adaptation des contrats à la conjoncture économique*, in *Rev. arb.*, 1979, p. 67 ss.; C.M. SCHMITTHOFF, *Hardship and intervenor clauses*, in *Journ. bus. L.*, 1980, p. 82 ss.; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, 1980; P. VAN OMMESLAGHE, *Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux*, in *Rev. de dr. int. et de dr. comp.*, 1980, p. 15; R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, I, p. 1; G. ROUHETTE, *La révision conventionnelle du contrat*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 369 ss.; G.R. DELAUME, *Change of circumstances and force majeure clauses*, in *Transnational law*, 1981, p. 333; D.M. PHILIPPE, *Changement des circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, 1986; M. BARTELS, *Contractual adaptation and conflict resolution*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt a.M., 1985; N. HORN (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade e Finance*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt a.M., 1987; W. PETER, *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*, London, 1995; G. FECHT, *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Recht und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen*, München, 1988; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, München, 1994; H. EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage*, in *Zip*, 1995, p. 1063.

e sviluppatasi nel panorama contrattuale internazionale⁽⁵¹⁾, per poi approdare anche a livello di contrattualistica maggiormente “localizzata”: per sua natura, non incanalabile in modo perfetto all’interno della totalità degli schemi contrattuali e, pertanto, adattanda di volta in volta alle concrete fattispecie.

Lo scopo perseguito con la stipula di una clausola rinegoziativa è la regolamentazione del fenomeno delle sopravvenienze a mezzo d’imposizione, alle parti, di rinegoziare l’assetto degli interessi sottesi alla stipula, e ciò attraverso la prefigurazione, in sede di stipula medesima, di un’alternativa alla mera estinzione del rapporto contrattuale al sopraggiungere di circostanze risolutorie.

L’esigenza principale, in questo senso, è quella di prevedere quante più possibili variazioni verificabili nel corso del rapporto negoziale, individuandone l’incidenza quali-quantitativa sull’assetto degli interessi. A fronte della difficoltà d’individuare dette variabili, tuttavia, spesso viene fatto riferimento al fenomeno rinegoziativo in senso più “metodologico” che non di “risposta precisa” ad ogni possibile evento sopravvenuto: rinegoziazione intesa, pertanto, in termini di strumento a mezzo del quale le parti, in ottica (ri)costruttiva, debbano sentirsi vincolate ad una “rinnovazione” del rapporto contrattuale, in stretta connessione con il mantenimento degli originari equilibri.

Il rapporto contrattuale va conservato e difeso dalla sua risoluzione, la quale a sua volta spesso non costituisce solo un fallimento dell’operazione economica, bensì anche un inutile dispendio di mezzi economici e di tempo difficilmente recuperabili con altra trattativa il più delle volte nata, per l’apunto in prima istanza, *intuitu personae*⁽⁵²⁾.

È alla luce di ciò che nella pratica internazionale degli affari è nata la tendenza ad apprestare metodi e strumenti volti a gestire i rischi propri

⁽⁵¹⁾ Tra i contributi di maggiore interesse in ordine alla disamina dell’espansione a livello internazionale della clausola rinegoziativa, v. M. HERVOCHES, B.F. LEFEBVRE, *Contrats internationaux: difficultés d’exécution*, in *Bull. eur. et int.*, 1995, p. 15; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 254; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 36; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 324; S.M. CARBONE, R. LUZZATO, *I contratti del commercio internazionale*, cit., p. 170.

⁽⁵²⁾ P. KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, cit., p. 475; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 324.

dell'esecuzione contrattuale e la rinegoziazione costituisce, in tale sfondo, lo strumento principe⁽⁵³⁾: trova in tal modo maggiori ostacoli il concetto d'immutabilità contrattuale a fronte di sopravvenienze perturbative degli originari equilibri stipulatori con maggiori aperture, per contro, al concetto di contratto "autoimmune", proteso ad autoplasarsi in vista di una concreta gestione del rapporto⁽⁵⁴⁾. Come infatti sottolinea, in proposito, avveduta dottrina, «La volatilità dei mercati finanziari, l'incertezza dell'andamento dell'economia, l'emersione di nuovi rischi impongono di riflettere su come gestire l'inatteso. Anche le relazioni contrattuali si trovano a fronteggiare queste condizioni, in particolare le relazioni contrattuali di durata per le quali diviene importante introdurre clausole che consentano di adeguare il contenuto del contratto alle sopravvenienze in modo da garantire la stabilità e la durata del vincolo»⁽⁵⁵⁾.

Nell'ordinamento italiano vi sono, tra i mezzi di "riequilibrio" general-

⁽⁵³⁾ La clausola rinegoziativa potrebbe in teoria trovare un'alternativa di sé nella c.d. "indicizzazione", grazie a cui vi è la possibilità di controllare i rischi monetari, a mezzo, in particolare, della connessione della prestazione monetaria ad indici, monetari e non monetari, maggiormente stabili: la clausola d'indicizzazione, tuttavia, incontra diversi limiti quantitativi sotto il profilo del campo applicativo (concerne esclusivamente prestazioni di tipo pecuniario), né la prassi di utilizzo pare "rivestita" di particolare successo, con conseguente alta probabilità di incorrere nel fenomeno della risoluzione contrattuale.

Sul punto, per la dottrina si v. P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 94; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 403; T. GALLETTO, v. *Clausola rebus sic stantibus*, cit., p. 389. In giurisprudenza, v. Cass., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2132, con nota di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*. *Contra*, D. RUBINO, *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 701, il quale propende per la risolvibilità esclusivamente in assenza di esplicita clausola d'indicizzazione: impostazione seguita, in giurisprudenza, da Cass., 21 giugno 1985, n. 3730, in *Mass. Giust. civ.*, 1985.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. in proposito R. CICALA, *Saggi. Sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 1990, p. 178; nonché i più risalenti studi di R. DEL MARMOL, *Réflexion sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires*, in *Jour. (Belge) des Tribunaux*, 1973, p. 69; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 279; A. FRIGNANI, *Le clause di hardship*, cit., p. 369.

⁽⁵⁵⁾ In questi termini S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, cit., p. 179.

mente previsti in sede convenzionale, le clausole d'indicizzazione⁽⁵⁶⁾, revisione, salvaguardia e forza maggiore⁽⁵⁷⁾.

Ma è in particolare a livello sovranazionale che sono rinvenibili diversi tentativi d'istituzionalizzare il fenomeno rinegoziativo⁽⁵⁸⁾. Nella pratica internazionale degli affari spesso si parla delle già citate *hardship clauses*, cioè a dire clausole di adeguamento le quali, in presenza di sopravvenienze perturbative degli originari equilibri contrattuali, mirano a salvaguardare il rapporto, talvolta a mezzo della mera sospensione delle attività finalizzate ad adempiere agli obblighi negoziali, talaltra a mezzo di una vera e propria rinegoziazione del contratto⁽⁵⁹⁾. In particolare, l'obbligo di rinegoziare sarà da rinvenirsi in

⁽⁵⁶⁾ Cfr., *ex multis*, F. CARBONETTI, *Clausole di indicizzazione*, in N. IRTI (a cura di), *Dizionario del diritto privato*, I, *Diritto civile*, Milano, 1980, p. 125 ss.; B. INZITARI, *Clausole monetarie*, in *La moneta. La valuta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, VI, Padova, 1983, p. 139 ss.; E. QUADRI, *Le clausole monetarie*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 7, Torino, 1983, p. 485; ID., *Clausole di garanzia monetaria (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, VI, 1988, p. 3 ss.; ID., *Indicizzazione, interessi ed usura (nuove prospettive per un vecchio problema)*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 523 ss.; T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Artt. 1277-1284 c.c.*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 280 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 249 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. in proposito C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in AA.VV., *L'appalto privato*, in *Trattato* diretto da M. Costanza, Torino, 2000, p. 273, nonché, per un interessante esempio di clausola di richiamo alla "forza maggiore" rinvenibile nella prassi contrattuale internazionale, M. BIANCHI, *Dizionario delle clausole contrattuali nei contratti internazionali*, Milano, 2006, p. 145.

⁽⁵⁸⁾ V. sul punto M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 254.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 110, nt. 88. Orientamento dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, propende per escludere che le c.dd. clausole rinegoziative possano caratterizzarsi per vessatorietà: in giurisprudenza v., ad es., Cass., 25 settembre 1978, n. 4296, in *Foro it.*, 1979, 1, c. 1380; Cass., 22 ottobre 1976, n. 2854, in *Mass. Giust. civ.*, 1976; per la dottrina, v. L. PIERALLINI, *Condizioni generali di contratto e clausole di indicizzazione. Diritto monetario*, in N. IRTI, G. GIACOBBE (a cura di), *Dizionari del diritto privato*, Milano, 1987, p. 149; E. SIMONETTO, *Coefficienti rivalutativi e condizioni generali di contratto*, in *Arch. civ.*, 1984, p. 24; E. QUADRI, *Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari*, cit., p. 89; F. CARBONETTI, *Clausole di indicizzazione*, cit., p. 125.

Sul punto si v. inoltre D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto*

capo alla parte avvantaggiata dalla sopravvenuta carenza di equilibrio nel rapporto contrattuale, e il correlativo diritto è “sancito”, ad esempio:

A) nei Principi *Unidroit* (di cui le disposizioni maggiormente rilevanti in materia di *hardship* sono certamente rinvenibili agli artt. 6.2.1, sull’obbligatorietà del contratto, nonché 6.2.2 e 6.2.3, riportanti la definizione stessa di “hardship” e i relativi effetti). L’Istituto internazionale per il diritto privato, elaborando gli ormai ben noti “Principi”, testimonia l’intenzione di creare una vera e propria disciplina, sovraordinata ai contesti giuridici nazionali, finalizzata a semplificare la gestione del rapporto contrattuale a livello internazionale⁽⁶⁰⁾: semplificazione quantomeno necessaria, dal mo-

positivo italiano, cit., p. 956 s., il quale sottolinea come nel ricercare «con rigore sistemico, un *trait d’union* tra clausola di *hardship* e clausola di rinegoziazione, ed atteso il dato concreto della loro presenza nei rapporti contrattuali di lunga durata, le tipologie contrattuali di mutazione della regolamentazione» appaiano coincidenti «nei presupposti: per la rinegoziazione preventivamente pattuita spesso coincidono o, comunque, risultano analoghe le circostanze comunemente inserite nelle *hardship*. Ma, passata l’iniziale lettura combinata delle clausole, spesso fallace rispetto alla reale potenzialità applicativa, le clausole di rinegoziazione sono dotate di raggio d’applicazione certamente più ampio: la relativa *ratio* non è quella di sopperire a situazioni di inattesa sperequazione tra le prestazioni, ma di regolare le modalità di esecuzione del contratto, garantendo a quest’ultimo la necessaria flessibilità. Di guisa, esse consentono la correzione degli effetti sviluppati dagli eventi produttivi di *hardship* ma, al contempo, anche in assenza di eventi o effetti così devastanti da far scattare la tutela prevista per i casi di eccessiva onerosità dovuta alle sopravvenienze, forniscono alle parti uno strumento giuridico volto a consentire l’evoluzione del rapporto mediante la gestione concordata della nuova situazione, al fine ultimo di perfezionare e completare il risultato contrattuale».

⁽⁶⁰⁾ I Principi *Unidroit*, approvati nel 1994 dall’Istituto internazionale per l’unificazione del diritto privato sono articolati in sette Capitoli, come di seguito indicato: disposizioni generali; formazione del contratto; validità; interpretazione; contenuto; adempimento; inadempimento. Sul punto, G. DE NOVA, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *Contratti*, 1994, p. 501.

In generale si tratta di un insieme di regole le quali, pur prive di efficacia vincolante, esercitano un’utilità subordinata alla propria capacità persuasiva verso operatori del diritto ed alla pratica degli affari in genere, in campo contrattuale internazionale: ciò, proprio in forza del fatto che tali principi si rifanno, in buona parte, a schemi normativi già adottati in seno a vari ordinamenti giuridici, garantendo strumenti di semplificazione redazionale del contratto internazionale, di risoluzione di questioni concernenti l’individuazione del diritto applicabile,

mento che la disciplina del contratto internazionale non può seguire, in modo efficiente, le sole norme nazionali di un ordinamento ovvero di un altro, questi ultimi rimanendo, per lo più, ancorati a retaggi storico-giuridico-culturali di respiro certamente meno ampio di quanto non sia necessario per la gestione contrattuale di scambi a livello internazionale⁽⁶¹⁾. In sostanza l'Unidroit – sullo sfondo della sempre maggiore importanza che ha assunto negli ultimi anni il percorso d'internazionalizzazione di diritto ed economia⁽⁶²⁾ – ha dato concreta esistenza a paradigmi normativi fina-

nonché d'interpretazione del diritto internazionale uniforme: G. DE NOVA, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p. 5; A. DI MAJO, *I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 287 ss.; E. FERRARI, *I "Principi per i contratti commerciali internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, *ivi*, 1996, p. 300 ss.; G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit ed il sistema contrattuale italiano*, *ivi*, 1996, p. 316 ss.; M.J. BONELL, *Il progetto dell'"Unidroit" per la rielaborazione dei principi per i contratti commerciali internazionali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, I, 1994, p. 180; ID., *I Principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 231; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 825; S.E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. e impr./Europa*, 1998, p. 733.

⁽⁶¹⁾ Cfr. M.J. BONELL, *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 3, il quale sottolinea in proposito come «da coesistenza di diversi diritti nazionali» dia adito naturalmente a problemi «di conflitto di leggi nel senso che in occasione di ogni singolo contratto internazionale sarà necessario stabilire quale tra i vari ordinamenti, in qualche modo interessati a regolarlo, risulterà alla fine competente a trovare concreta applicazione. A causa delle differenti norme di diritto internazionale privato dei vari Stati, le parti corrono il rischio di rimanere nell'incertezza in ordine al diritto applicabile al loro contratto sino a quando non venga stabilito il foro competente; ed anche allora (...) lo stesso contratto può essere assoggettato al diritto dello Stato A o al diritto dello Stato B», alla luce delle norme di conflitto vigenti presso l'adito foro.

⁽⁶²⁾ Si richiama l'attenzione, in proposito, alla Convenzione del 1994 dell'Organizzazione degli Stati Americani la quale, (derogando in parte la Convenzione di Roma del 1980), consente al giudice statale di applicare usi, prassi e principi generali propri della disciplina del commercio internazionale alle fattispecie contrattuali commerciali stipulate tra parti eterogenee.

Sempre in tema di sopravvenienza perturbativa di equilibrio contrattuale, non meno importante appare il richiamo alla Convenzione internazionale di La Haye del 1° luglio 1964, il cui 1° comma dell'art. 74 stabilisce come, in caso di temporaneo inadempimento alla propria prestazione, la parte inadempiente, in caso di modificazione contrattuale, po-

lizzati ad una omogeneizzazione del diritto commerciale internazionale. Indubbiamente, la finalità conservativa del contratto emerge dai Principi *Unidroit* in più di un profilo di regolamentazione tra cui, ad esempio, il tema della formazione del contratto, quello della sua invalidità, nonché i profili d'impatto delle sopravvenienze perturbative del rapporto che ne rendano eccessivamente onerose le prestazioni⁽⁶³⁾: di talché, la parte che subisca uno svantaggio dalle circostanze disequilibrative dell'originario assetto d'interessi sottesi alla stipula, potrà esercitare il diritto alla rinegoziazione del contratto con possibilità, in caso di rinegoziazione non andata a buon fine, di rivolgersi al giudice, quest'ultimo con il compito di "salvare" il rapporto ove si dimostri adeguabile alle nuove circostanze, ovvero di dichiararne, definitivamente, lo scioglimento⁽⁶⁴⁾;

steriore a rinegoziazione, talmente ampia «da dar luogo all'esecuzione di una prestazione completamente differente da quella stabilita nel contratto», possa ritenersi «definitivamente esonerata dalla propria obbligazione».

In proposito sostiene la poca adattabilità, nel corso del tempo, delle convenzioni internazionali alle fattispecie concrete, M.J. BONELL, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: un approccio nuovo alla disciplina dei contratti internazionali*, in M.J. BONELL, F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, p. 10.

⁽⁶³⁾ Pertanto, l'eccessiva onerosità sopravvenuta assume i connotati di presupposto di azionabilità della trattativa finalizzata alla rinegoziazione del contratto, al contrario di quanto accade nel nostro ordinamento, in cui ha finalità risolutiva del rapporto contrattuale.

Quanto alla c.d. "forza maggiore", la Commissione vi fa corrispondere quella che nel nostro ordinamento assume i caratteri dell'impossibilità oggettiva e sopravvenuta della prestazione, ed è disciplinata nella parte generale concernente l'inadempimento: cfr. P. BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, in M.J. BONELL, F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, p. 199, ove si sottolinea l'importanza di tenere distinti, in via di principio, i concetti di *hardship* e forza maggiore.

In ordine all'*hardship* v. in particolare la seconda sezione: cfr. art. 6.2.1 (Obbligatorietà del contratto), in base a cui ove l'adempimento contrattuale divenga più oneroso per una parte, quest'ultima rimane obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto disposto in tema di *hardship* ex art. 6.2.2 (Definizione di *hardship*).

⁽⁶⁴⁾ Sul *favor contractus* quale valore fondamentale emergente dai Principi *Unidroit*, cfr. M.J. BONELL, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità*, cit., p. 14; G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, cit., p. 317.

V. inoltre P. BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, cit., p. 202 ss., il quale, dopo avere os-

B) nei *Principles of European Contract Law* elaborati dalla *European Commission of Contracts* presieduta da Ole Lando⁽⁶⁵⁾, ove è previsto che, in caso di prestazione divenuta eccessivamente onerosa a causa del mutamento di circostanze, le parti debbano apprestare «trattative per modificare o sciogliere il contratto», e a condizione che «a) il mutamento delle circo-

servato come la generica formulazione dei Principi non contenente indicazione dettagliata delle ipotesi rilevanti non impedisce alle parti di dettagliare, a loro volta, le ipotesi da ritenersi rilevanti, nonché la relativa portata sul rapporto negoziale, evidenzia (p. 208) come la parte che subisca la sopravvenuta onerosità della prestazione abbia l'onere di notificarla, in modo tale da: attivare il procedimento rinegoziativo, con contestuale possibilità di ricorso a giudice od arbitro in caso di mancato pervenimento ad accordo rinegoziativo in tempi ragionevoli; rendere la rinegoziazione retroattiva; legittimare la parte avvantaggiata dalle sopravvenienze, in particolari ipotesi, a non adempiere la propria prestazione. Ove la notifica risulti tardiva, il Commento ufficiale all'art. 6.2.3 rende comunque possibile alla parte di chiedere di rinegoziare il contratto: cfr. tuttavia, sul punto, S.E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, cit., p. 775, che sottolinea come detta interpretazione della norma trovi ostacolo nella prassi contrattuale internazionale, propensa piuttosto a rinvenire una decadenza, della parte onerata da sopravvenienza, dal diritto di proporre la rinegoziazione; ma v. anche M.C.A. PRADO, *La théorie du hardship dans les Principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Une approche comparative des Principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 368, secondo cui detta notifica tardiva è giudizialmente sanzionabile a mezzo di esclusione della retroattività in capo al negozio di revisione.

In generale, la vicenda rinegoziativa deve comunque improntarsi ad una collaborazione tra le parti basata su uno dei valori d'ispirazione dei Principi *Unidroit*, cioè a dire la regola generale di buona fede: cfr. S.E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, cit., p. 777.

⁽⁶⁵⁾ In ordine alle attività della Commissione presieduta da Ole Lando, e il rinvenimento di difficoltà di strutturare un impianto codicistico comune, da applicarsi da parte di ordinamenti tra loro molto distanti in senso giuridico-culturale, v. le interessanti osservazioni di V. ZENO ZENCOVICH, *Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 60; C. CASTRONOVO, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti, codice o «re-statement?»*, in *Europa e dir. prin.*, 1998, p. 1018; ID., *I «principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 21; D. ANNIBALETTI, *Il futuro codice europeo delle obbligazioni e dei contratti: un incontro di studio a Pavia*, in *Jus*, 1992, p. 83; M.J. BONELLI, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Europa e dir. prin.*, 1998, p. 171; G. GANDOLFI, *Sul progetto di un «codice europeo dei contratti»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 105; G. ALPA, *Il codice civile europeo: «e pluribus unum»*, in *Contr. e impr./Europa*, 1999, II, p. 695; H.W. MICKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, *ivi*, 1999, I, p. 35.

stanze si verifichi dopo la conclusione del contratto; b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione; c) il rischio del mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisca possa essere tenuta a sopportare». In mancanza di raggiungimento di accordo, peraltro, il giudice potrà sciogliere ovvero modificare il contratto al fine di determinare una redistribuzione «giusta ed equa», tra le parti, di perdite e vantaggi⁽⁶⁶⁾. Detti Principi quindi statuiscono come, in caso di sopravvenienze, possa correttamente farsi riferimento a circostanze analoghe a quelle di cui si è poc'anzi dato conto riguardo ai Principi *Unidroit*: la parte che subisca meri effetti negativi dalle sopravvenienze perturbative degli originari equilibri contrattuali potrà, infatti, condurre l'altra parte alla trattativa rinegoziativa la quale, in caso di esito infausto, darà la possibilità, sempre alla parte svantaggiata, di adire l'autorità giudiziaria che potrà addirittura condannare la parte che abbia rifiutato, od anche solo condotto in modo non corretto, la procedura di rinegoziazione contrattuale⁽⁶⁷⁾;

⁽⁶⁶⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. XIII ss.

⁽⁶⁷⁾ Si v., in proposito, l'art. 6:111 del progetto di codice, per la disciplina degli effetti del mutamento di circostanze: «1) Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. / 2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute ad intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, nel caso in cui: a) il mutamento di circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto, b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto, e c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere tenuta a sopportare. / 3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può: a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà, o b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze. Nell'un caso e nell'altro il giudice può condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza».

C) nel *Code Européen des contrats* redatto dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei guidata dal 1990 da Giuseppe Gandolfi⁽⁶⁸⁾, nonché

D) nel progetto di codificazione, promanante dalla *Commission on Transnational Corporations* presso l'*Economic and Social Council* dell'ONU, finalizzata alla disciplina di una corretta gestione contrattuale riguardante le «*transnational corporations*»⁽⁶⁹⁾.

Inoltre, per ciò che concerne la partecipazione di istituzioni e associazioni di categoria, non può non citarsi il caso del Consiglio della Camera di Commercio Internazionale, il quale ha adottato un regolamento contenente un modello di clausola rinegoziativa, ed ha istituito un Comitato permanente per la nomina di arbitri cui spetta effettuare, nel concreto, l'adeguamento di cui il rapporto contrattuale – arrivato ad uno stallo irrisolvibile anche da parte dei soggetti direttamente coinvolti nel procedimento rinegoziativo – abbia dimostrato di necessitare per mano di terzi (per l'appunto, l'arbitro). Si tratta, pertanto, di un procedimento rinegoziativo non eccessivamente efficiente sotto il profilo della garanzia di un pronto e certo recupero degli equilibri negoziali *in itinere* perduti: infatti, la circostanza in base a cui le parti possano anche trovarsi non concordi sulla perfetta sovrapponibilità delle fattispecie astrattamente prefigurate in sede di stipula, con quelle concretamente verificatesi, dà conto del fatto che, seppure in presenza della ulteriore possibilità di deferimento ad arbitri, la clausola rinegoziativa già si dimostrerebbe poco efficiente, soprattutto a fronte delle finalità per cui viene stipulata⁽⁷⁰⁾. Non a caso quindi, per quanto innovativa, l'idea non ha

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. GANDOLFI, *Sul progetto di un «codice europeo dei contratti»*, cit., p. 105 ss.

⁽⁶⁹⁾ In proposito, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, p. 82 s. In tale progetto di codificazione si prevede come nei contratti tra i Governi e multinazionali debbano essere inserite clausole di revisione o di rinegoziazione, ovvero, in ipotesi di loro mancanza, come, in caso di sopravvenienze perturbative, l'uso di strumenti come revisione o rinegoziazione costituiscano un obbligo, in capo alla parte dalle sopravvenienze medesime avvantaggiata, basato su buona fede.

⁽⁷⁰⁾ Tra i principi su cui si basa il regolamento approvato dal Consiglio C.C.I. il 20 giugno 1978, possono citarsi i seguenti: istituzione presso C.C.I. di un comitato permanente per riportare ad equilibrio i rapporti negoziali a mezzo della nomina, su istanza delle parti, di uno

prodotto risultati concreti alla luce delle finalità perseguite, non avendo mai avuto applicazione da parte degli operatori di commercio, ed avendo portato la C.C.I. ad escludere il richiamo a detto Comitato in un documento pubblicato nel 2003 (C.C.I., *Force Majeure and Hardship*, doc. n. 650), nel quale è rinvenibile il suggerimento per l'applicazione di un nuovo schema di clausola di *hardship*, sostitutivo di un precedente modello citato in un documento risalente al 1985 (C.C.I., *Force Majeure and Hardship*, doc. n. 421), ed all'interno del quale risultava espressamente richiamato il Comitato permanente.

Di notevole interesse è, infine, l'apporto di alcune associazioni di categoria tra cui ad esempio la FIDIC (*Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseil*) la quale ha ipotizzato una clausola rinegoziativa espressamente finalizzata alla gestione di contratti aventi ad oggetto opere civili, attraverso la previsione di tipici "rischi speciali"⁽⁷¹⁾: anche in questo caso tuttavia le parti hanno facoltà, in caso di mancato accordo sul punto, di demandare a terzi la verifica dell'effettiva corrispondenza tra sopravvenienza perturbativa ed ipotesi contrattualmente prevista.

6. — *Clausola rinegoziativa e bona fides in executivis.*

Anche nell'ordinamento italiano la clausola rinegoziativa deve considerarsi in termini di strumento rimediale meritevole di tutela giuridica⁽⁷²⁾, tanto

o tre soggetti aventi il compito di revisionare, in totale imparzialità, il contratto (cfr. artt. 1 e 6), seguendo regole di procedura tra cui un effettivo contraddittorio (cfr. art. 9.4), decisioni in termini brevi, obbligo di motivare il provvedimento finale che potrà assumere i connotati, oltre che di una vera e propria decisione, di una "mera" raccomandazione (cfr. art. 11).

⁽⁷¹⁾ Con le medesime finalità l'UNIDO, altra organizzazione internazionale intergovernativa, nello studio di un modello di contratto "turn-key", ha stabilito di adottare un'idea di forza maggiore complanare al caso di *hardship*, dando vita ad un vero e proprio obbligo di rinegoziare (cfr. art. 34) in caso di sopravvenienza perturbativa degli equilibri contrattuali propri della fase genetica del rapporto (cfr. il *Modern Form of Turnkey Lump Sum Contract for the Construction of a Fertilizer Plant* del 7 giugno 1983).

⁽⁷²⁾ Si v. in proposito le interessanti osservazioni di G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 545, secondo il quale

che, di fronte alla prassi contrattuale, gli studiosi hanno avuto modo di avanzare alcune teorie relative alla possibile esistenza di una fonte legale dell'obbligo di rinegoziare un contratto carente di un equilibrio complanare a quello presente al momento della relativa genesi⁽⁷³⁾: si è pertanto avanzata l'ipotesi che, nei contratti di durata, possa costituire una possibile fonte di obbligo rinegoziativo, in capo alla parte avvantaggiata dalle citate sopravvenienze, la regola della buona fede esecutiva di cui all'art. 1375 c.c.⁽⁷⁴⁾, la quale, come è noto, impone un generale dovere di correttezza nella gestione del rapporto il quale consenta, ove necessario, anche l'integrazione del contratto⁽⁷⁵⁾.

l'art. 1467 c.c. costituisce elemento sintomatico della poca adeguatezza «degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze: tale disposizione, infatti, riconosce la possibilità di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in teoria, avrebbe meno interesse al riequilibrio (la avvantaggiata)».

⁽⁷³⁾ Sul punto v., tuttavia, E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, cit., p. 807, il quale sottolinea come non possa in assoluto sostenersi che «con l'obbligo di rinegoziare, le parti intendano preservare l'equilibrio originario», essendo «anzi, verosimile il contrario, perché, se le parti avessero voluto perseguire l'equilibrio originario, avrebbero previsto un adeguamento automatico», e pur dovendosi aggiungere anche come «Questa prospettiva» non sia, tuttavia, «generalizzabile: possono ipotizzarsi casi in cui un adeguamento automatico non è originariamente preventivabile o richiederebbe previsioni troppo complesse».

⁽⁷⁴⁾ Sul punto, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 320, che sottolinea come «necessari, tutti i riferimenti al principio di buona fede, sia nell'interpretazione sia nell'esecuzione del contratto, potendosi innanzitutto ipotizzare, ex art. 1366 c.c., che le parti avrebbero comunque trattato per la conclusione del contratto (...), ma sulla base delle attuali condizioni, dal momento che sarebbe non solo svantaggiosa, ma del tutto irragionevole, una negoziazione impostata su una situazione di mercato non rispondente alla realtà»; ma v. anche E. SCODITTI, *Mutui a tasso fisso: inserzione automatica di clausole o integrazione giudiziale del contratto?*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 919, il quale ritiene rinvenibile un obbligo rinegoziativo fondato su clausola generale di buona fede con particolare riferimento al contratto di mutuo oneroso. *Contra*, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 807; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 480 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 710 ss.; F. GAMBINO, *I problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 55 ss.; ID., *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 347; ID., *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 347.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723. Ma v. anche G.M. UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà*

Il riferimento alla buona fede esecutiva è certamente utile alla circoscrivibilità della libertà negoziale nella vicenda rinegoziativa. In proposito, dottrina e giurisprudenza hanno in più occasioni rilevato l'importanza della clausola generale di buona fede nella gestione del rapporto contrattuale, valutandone i più vari profili di operatività: oltre a chi rinviene nella buona fede la sopracitata funzione integrativa del contratto (volta a dettagliarne, ove necessario, il contenuto⁽⁷⁶⁾), altro orientamento conferisce alla buona fede la mera funzione di strumento giudiziale di valutazione di condotta contrattuale, con esclusione di funzione integrativa sia alla luce della natura tassativa delle fonti integrativo-contrattuali di cui all'art. 1374 c.c., sia in considerazione del tenore letterale della disposizione in materia di buona fede che la rende applicabile solo posteriormente al momento perfezionativo del negozio⁽⁷⁷⁾; altra impostazione, intermedia tra le due appena citate, rinviene nella buona fede un valore precettivo da osservarsi sia quale norma comportamentale rivolta ai contraenti che come modello decisorio per l'interpre-

sociale e corrispettività delle prestazioni, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 330; conferisce valore di ordine pubblico alla buona fede contrattuale, in quanto «uno dei principi portanti del nostro ordinamento sociale», C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 501 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 112 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 89; ID., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, p. 205; L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 282; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto. Artt. 1372-1386*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 93; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 457-471; And. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 261; G.M. UDA, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 203; in giurisprudenza, v. Cass., 24 aprile 1981, n. 2452, in *Foro it.*, 1982, I, c. 34; Cass., 6 agosto 1992, n. 9349, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1255; Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2727.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, p. 27; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 60; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1988, p. 170; EAD., *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 201; M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988, p. 549 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 471.

te⁽⁷⁸⁾; vi è poi l'orientamento il quale propende per cogliere nella buona fede un limite normativo alla discrezionalità dei contraenti in sede esecutiva contrattuale⁽⁷⁹⁾; ancora, vi è chi coglie nella buona fede esecutiva uno strumento legale finalizzato ad ostacolare il contraente infedele nell'approfittamento di possibilità alternative a quanto già stabilito in stipula, di cui altrimenti verrebbe vanificato il relativo assetto d'interessi⁽⁸⁰⁾; infine, deve darsi conto della impostazione di chi sostiene come ad obbligo rinegoziativo consegua

⁽⁷⁸⁾ Cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, rist. 1975, p. 340; S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 1991, II, p. 405; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1966, p. 155; C. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948, p. 149.

⁽⁷⁹⁾ V. Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077, con nota di D. BELLANTUONO, *Buona fede nell'esecuzione del contratto e acquisto di fondo rustico*, e in *Corr. giur.*, 1991, p. 789, con nota di A. DI MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296, in *Giust. civ.*, 1994, p. 2159, con nota di M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, e in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 852, con nota di L. PICARDI, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una complessa vicenda di affitto d'azienda*. In dottrina, v. L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 475; A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti poteri privati*, in *Foro it.*, 1980, c. 440; *Id.*, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 300; *Id.*, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 22; V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 570; L. PICARDI, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una complessa vicenda di affitto d'azienda*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 852; M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1, p. 2169.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. le osservazioni di S.J. BURTON, *Breach of contract and the Common Law duty to perform in good faith*, in *Harvard Law Rev.*, 1980, p. 369, in base a cui alla luce del fatto che di discrezionalità in capo alle parti è possibile parlare solo ove sia espressamente prevista in contratto, ovvero quest'ultimo risulti d'interpretazione non univoca, e la verifica del rispetto del principio di buona fede esecutiva potrà basarsi esclusivamente su criteri oggettivi (comportamento tenuto dalle parti rispetto alle previsioni convenzionali) e soggettivi (aspettative ragionevoli, rispetto alla situazione concretamente rivestita in ambito contrattuale). Per la traduzione del contributo di Burton, v. S. DI PAOLA, R. PARDOLESI, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, II, 1, p. 26.

obbligo di trattare in buona fede, non esaurendosi quindi nella mera attività di promuovere o aderire al procedimento finalizzato al riequilibrio dell'assetto d'interessi⁽⁸¹⁾.

L'orientamento che rinviene la fonte dell'obbligo rinegoziativo in capo a detta clausola generale pone, come base concettuale del proprio pensiero, l'idea che l'esistenza di un rapporto negoziale duraturo sia suscettibile di obbligare i contraenti a trattare l'adeguamento contrattuale anche a prescindere dalla contemporanea rinvenibilità dei requisiti di cui all'art. 1467 c.c., di talché, trattandosi di sopravvenienze "atipiche" (cioè a dire non rientranti, per l'appunto, nell'ambito applicativo della disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta), e in base anche a quanto statuito *ex art.* 1366 c.c., dovrebbe ritenersi legittimamente presumibile, riguardo ai c.dd. *long term contracts*, una comune intenzione delle parti – in caso di condizioni pattuite non ulteriormente rispondenti «alla logica economica sottesa alla conclusione del contratto»⁽⁸²⁾ – di adeguare l'assetto d'interessi sotteso alla stipula a variazioni sopravvenute.

Rimane fermo come il principio di buona fede si traduca, più concretamente, in quello di generale salvaguardia di ciascuna parte nei riguardi dell'utilità dell'altra, alla luce del principio di solidarietà⁽⁸³⁾ (il quale, a sua volta, costituisce prodromo del dovere extracontrattuale di non ledere l'altrui diritto⁽⁸⁴⁾), nei limiti in cui la condotta contrattuale non comporti apprezzabile sacrificio per sé stessi, nonché nei limiti della ragionevolezza, cioè a dire compatibilmente con l'imprescindibile intento lucrativo che è alla base di ogni operazione economica⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸¹⁾ Così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 345.

⁽⁸²⁾ Così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 313.

⁽⁸³⁾ Sul punto, R. CIPPITANI, *Il principio di solidarietà nei rapporti di diritto privato*, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzio*, 1, *Fondamenti etici e processo*, Torino, 2009, p. 165 ss., spec. p. 184.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 160 ss., ove opportunamente si sottolinea come i concetti di correttezza ed *alterum non laedere* non possano ritenersi – seppure entrambi promananti dal principio di solidarietà – come sovrapponibili.

⁽⁸⁵⁾ Così G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 714 ss., 750

È stato correttamente sottolineato come sia «la congruità dell'agere contrattuale con l'equilibrio economico raggiunto dagli interessati il criterio alla cui stregua orientarsi per concretamente riempire di contenuto l'obbligo della salvaguardia, come pure, in relazione al momento dell'attuazione del rapporto, per poter valutare la legittimità o meno dell'*exceptio doli*»⁽⁸⁶⁾. Il limite fondamentale dell'attività adeguativa del contratto turbato da sopravvenienze rimane pur sempre, pertanto, quello dell'esecuzione in piena coerenza con quanto negozialmente statuito, nel rispetto dei relativi equilibri economici, in vista del conseguimento delle finalità stabilite. Il contratto, ora rivelantesi non più adeguato a pienamente soddisfare gli interessi in esso dedotti, “risolleva” le proprie sorti muovendo le parti – in ossequio al dovere di comportamento secondo buona fede, ed alla luce di un più universale principio di solidarietà – al recupero di un equilibrio economico perduto, e la cui assenza ostacola una delle parti, a fronte della prestazione cui è tenuta, nel ricevere «quel vantaggio in considerazione del quale è stata, in fase genetica, determinata l'entità della prestazione medesima»⁽⁸⁷⁾.

Come correttamente osservato da altra parte della dottrina, pertanto, «è evidente che il successo della figura giuridica di conio dottrinale dell'obbligo di rinegoziare dovrà transitare anche attraverso decisioni giurisprudenziali (...) consapevoli dell'esigenza di collocare la vicenda contrattuale nel contesto socio-economico in cui effettivamente va svolgendosi, senza preclusioni di ordine (soltanto apparentemente) dogmatico, in un momento nel quale l'intero diritto dei contratti, in virtù della crescente valorizzazione della clausola generale di buona fede, sta assumendo forma e sostanza per molti versi innovative»⁽⁸⁸⁾.

ss., il quale sostiene come le nozioni di buona fede oggettiva e di ragionevolezza possano ritenersi sostanzialmente equivalenti, e come nella ragionevolezza sia rinvenibile un parametro della correttezza.

⁽⁸⁶⁾ D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, cit., p. 983.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, cit., p. 984.

⁽⁸⁸⁾ Così F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 125, che richiama

7. — *Clausola rinegoziativa: ipotesi tipiche.*

Con riferimento alle fattispecie contrattuali ad esecuzione non immediata, già alla sua entrata in vigore l'impianto codicistico si è trovato a dover decidere in ordine alla rilevanza delle sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali attraverso un tentativo di contemperamento tra due alternative, cioè a dire, da una parte, il principio del *pacta sunt servanda* e correlata intangibilità del contratto e, dall'altra, l'intervenibilità sul rapporto contrattuale a mezzo di strumenti rimediali, riadeguativi di situazioni non più in linea con quanto voluto dalle parti attraverso il motivo oggettivo in stipula⁽⁸⁹⁾. Come correttamente osservato in dottrina, infatti, «l'imposizione

in proposito anche un'importante ordinanza del Tribunale di Bari del 14 giugno 2011 (consultabile in *Contratti*, 2012, p. 571, con nota di Id., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*) la quale, oltre a stabilire come debba ritenersi sussistente, in base alla clausola generale di buona fede, l'obbligo rinegoziativo di contratto affetto da rilevanti e sopravvenuti mutamenti, in ordine alla situazione di fatto o di diritto, rispetto a quella rinvenibile dalla stipula, afferma che: «In base alla clausola generale di buona fede sussiste l'obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto, in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto o di diritto, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario, potendo il giudice, in caso di inadempimento dell'obbligo, costituire con sentenza gli effetti del contratto modificativo che sarebbe risultato all'esito della rinegoziazione condotta secondo buona fede o, nell'ambito di un procedimento cautelare, condannare l'inadempiente ad eseguire la prestazione cui la parte sarebbe tenuta in forza della rinegoziazione, e corroborare la condanna mediante una penale giudiziale». Può con ragionevole certezza sostenersi come, ad oggi, tale decisione rappresenti il primo caso, nel panorama giurisprudenziale italiano, in cui vengono esaminati in questi termini i profili della rinegoziazione contrattuale attuata alla luce di sopravvenienze; vale la pena, in ogni caso, citare anche la risalente Cass., 16 gennaio 1954, n. 86, in *Rep. Giur. it.*, 1954, v. *Obbligazioni e contratti*, n. 207, in cui si sottolinea come il creditore abbia il dovere di cooperazione, ex art. 1175 c.c., con il debitore, al fine di porre rimedio agli ostacoli promananti da un assetto contrattuale rivelatosi non più attuabile secondo i dettami della stipula originaria. Quanto all'ambito arbitrale, non può non farsi menzione del c.d. "lodo Alpa" del 15 luglio 2004 (consultabile in *Contr. e impr.*, 2005, p. 539), in base al quale alla luce del principio della *bona fides in executivis*, ove una parte, risultando avvantaggiata dal mutamento dell'assetto economico contrattuale, opponga un ingiustificato rifiuto a procedere alla rinegoziazione, il collegio arbitrale può autonomamente ridurre il prezzo stabilito, in vista di uno suo adeguamento alle mutate condizioni di mercato.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 58.

dell'adempimento incondizionato, a fronte di una situazione economicamente incongrua rispetto alle pattuizioni originarie, può avere l'effetto di impedire definitivamente la realizzazione di un investimento nel suo complesso e quindi, in ultima analisi, risolversi in un danno per più parti, le quali hanno contratto, avendo di mira il buon fine dell'operazione economica e non soltanto il proprio utile (posto che questo dipende, di norma, dal successo dell'operazione)»⁽⁹⁰⁾.

Di talché l'interesse meritevole di tutela sarà, più che il «pedissequo adempimento delle obbligazioni contrattuali *tout court* (...) quello all'esecuzione del contratto come mezzo per realizzare il risultato finale perseguito dalle parti. Nella prospettiva di un rapporto commerciale di lunga durata, infatti, la parte che si ostini a pretendere l'esecuzione del contratto alle condizioni originariamente pattuite, nonostante queste siano divenute oggettivamente inique, pone in essere un comportamento evidentemente opportunistico e quindi incompatibile con il principio di buona fede. L'obbligo di rinegoziare, in definitiva, comporta il dovere, in presenza dei presupposti che lo rendono necessario, di raccogliere positivamente l'invito a rinegoziare accettando le modifiche proposte o proponendo soluzioni che, nel rispetto dell'economia del contratto e tenuto conto della propria convenienza economica, consentono di riequilibrare il sinallagma contrattuale»⁽⁹¹⁾.

Il legislatore, in particolare, ha inteso come meritevoli di tutela gli interessi sottesi alla modifica contrattuale solo ove la stessa risulti giustificata da sopravvenienze non prevedibili in sede di stipula⁽⁹²⁾: non vi è tuttavia, da una parte, traccia d'istituzionalizzazione di alcun obbligo, per le parti, di addivenire a trattativa rinegoziativa in caso di sopravvenienza perturbativa, né,

⁽⁹⁰⁾ Così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 324 s.

⁽⁹¹⁾ L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 188.

⁽⁹²⁾ D'altra parte, individuano nella revisione contrattuale l'opzione migliore per risolvere i problemi determinati dalle sopravvenienze, M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 162; G. SEGRÉ, *Sulla clausola autorizzante la sospensione dell'esecuzione nei contratti di somministrazione ad una Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 216; A. MONTEL, *La revisione dei contratti ad opera del giudice*, in *Giur. it.*, 1937, IV, c. 227.

dall'altra, di un potere giurisdizionale d'ingerimento all'interno della vicenda negoziale, al fine di riassicurarle gli originari equilibri.

In generale quindi l'ordinamento ha inteso assicurare, alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza, la mera alternativa tra conservazione del rapporto e risoluzione per eccessiva onerosità: in sostanza nella disciplina generale dei contratti, in termini di principio generale di conservazione, *tertium non datur*.

Ciò, a dispetto di alcune eccezioni rinvenibili tra fattispecie contrattuali c.dd. "di durata" in cui viene, al contrario, attenuato il principio d'immutabilità contrattuale, in linea con un'"apertura" alla modificabilità finalizzata alla conservazione e, quindi, all'attuazione degli interessi sottesi alla stipula.

Sin dalla sua entrata in vigore il legislatore ha infatti contemplato diverse ipotesi nelle quali risulta possibile effettuare un adeguamento contrattuale a fini conservativi, rendendo possibile riportare il rapporto tra le prestazioni dedotte in contratto ad una situazione di equità: si pensi all'appalto (cfr. art. 1664 c.c.)⁽⁹³⁾, al contratto con obbligazioni in capo ad una sola parte (cfr. art. 1468 c.c.), all'affitto (cfr. art. 1623 c.c.), all'assicurazione (cfr. art. 1897 e s. c.c.), all'enfiteusi (cfr. l'abrogato art. 962 c.c.), alla clausola penale (cfr. art. 1384 c.c.), alla normativa in tema di contratti di fornitura pubblica (cfr. r.d. 13 giugno 1940, n. 901, conv. in l. 26 ottobre 1940, n. 1676), alla normativa in tema di adeguamento automatico del canone di locazione (cfr. art. 24, l. 27 luglio 1978, n. 382), alla normativa riguardante la "scala mobile" in ambito di rapporto lavorativo subordinato, ed alla disciplina in tema di adeguamento nel caso del contratto di subfornitura (cfr. art. 3, 5° comma, l. n. 18 giugno 1998, n. 192)⁽⁹⁴⁾, al caso in cui il contratto di appalto risulti *ab origine* affetto da squilibrio tra prestazioni⁽⁹⁵⁾ (cfr. art. 1664, 2° comma c.c.)⁽⁹⁶⁾, al

⁽⁹³⁾ Cfr. F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni nell'appalto*, in G. IUDICA (a cura di), *Appalto pubblico e privato*, Padova, 1997, p. 299.

⁽⁹⁴⁾ V. F. MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata nella subfornitura*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Ugo Majello*, II, Napoli, 2005, p. 111.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 818.

⁽⁹⁶⁾ Sottolinea in proposito M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 495, come tale norma debba intendersi applicabile alla totalità dei rapporti contrattuali di durata.

riducibilità del prezzo nella vendita immobiliare, in caso di misura effettiva del fondo inferiore a quanto stabilito (cfr. artt. 1537 e s. c.c.)⁽⁹⁷⁾, al contratto concluso in stato di pericolo (cfr. art. 1447 c.c.), ipotesi in cui l'organo giudicante può, nel rescindere il contratto, stabilire un equo compenso alla luce della prestazione effettuata dall'altro contraente⁽⁹⁸⁾.

Vale la pena ricordare, tuttavia, come il legislatore abbia tentato di garantire l'adeguamento dei valori economici delle prestazioni alle variazioni conseguenti all'incedere temporale anche in ambiti di tipo non strettamente contrattuale: si pensi, ad esempio, alle disposizioni in materia di revisione periodica di assegno alimentare, di cui agli artt. 155 e 440 c.c. ove si stabilisce che, potendo per vari motivi (condizioni economiche di obbligato o beneficiario, inflazione, etc.) modificarsi le condizioni economiche a fronte di cui vi sia stata determinazione giudiziale dell'assegno alimentare, ciascuna parte ha facoltà di far rideterminare, sempre per via giudiziale, misura e modalità della prestazione alimentare medesima⁽⁹⁹⁾.

Si tratta indubbiamente di ipotesi che consentono di confermare come il legislatore si dimostri, pur a fronte di una disciplina generale dei contratti molto rigida in tema di gestione delle sopravvenienze, consapevole, tuttavia, dell'importanza d'ingenerare nelle parti di un contratto il valore della revisionabilità di un rapporto negoziale non più equilibrato. Alla luce di tali ipotesi tipizzate di rinegoziazione contrattuale, quindi, parrebbe già maggiormente semplificato il percorso verso un tentativo d'istituzionaliz-

⁽⁹⁷⁾ Norme che secondo P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 818, insieme a quelle di cui agli artt. 1480, 1492, 1537 e 1538 c.c. in materia di vendita assolvono alla duplice funzione di conservazione del contratto e di garantire una qualche corrispondenza tra le reciproche prestazioni».

⁽⁹⁸⁾ Cfr. P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 807.

⁽⁹⁹⁾ Sul punto A.T. DE MAURO, *Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000. Ma v. in proposito anche A. TRABUCCHI, *Alimenti (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it., App.*, 5, Torino, 1980, p. 234; T.A. AULETTA, *Alimenti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 2; D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, in *Tratt. dir. prin.* diretto da Rescigno, 4, Torino, 1982, p. 826; G. TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 25; M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1994, p. 168.

zazione dell'obbligo rinegoziativo, lo stesso legislatore dimostrando infatti, sottoforma di diritto positivo, una innegabile propensione al mantenimento in vita del contratto: l'uso della clausola rinegoziativa può a ragione ritenersi, quindi, espressione d'interessi meritevoli di tutela giuridica da parte dell'ordinamento giuridico⁽¹⁰⁰⁾.

8. — *Risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità sopravvenuta.*

Quanto ai requisiti di validità delle clausole rinegoziative di fonte convenzionale, deve rilevarsi come nella pratica degli affari le medesime debbano, anzitutto, risultare compatibili con la disciplina legale in materia di eventi sopravvenuti.

Di compatibilità o meno con la normativa in materia di risoluzione contrattuale per sopravvenuta eccessiva onerosità dovrà parlarsi, ovviamente, solo ove si prospetti una sovrapposibilità dei presupposti applicativi delle due fattispecie: in caso contrario, infatti, sarebbe sufficiente la mera constatazione della relativa diversa operatività, legale da una parte ed autonoma dall'altra⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Sostengono come la clausola rinegoziativa debba ritenersi meritevole di tutela M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 315; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 313; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 38; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 333, il quale ascrive l'obbligo di rinegoziazione, pur presentando caratteristiche peculiari, alla categoria dei *pacta de contrabendo*; si v. infine, in ordine al rapporto tra clausola rinegoziativa ed accordi preparatori, le osservazioni di R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, p. 241 ss.

Cfr. anche C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 244, il quale sostiene come il contratto ad esecuzione prolungata costituisca il prodromo ad un rapporto contrattuale in costante evoluzione, da adattarsi alle eventuali sopravvenienze perturbative dell'equilibrio, tra gli interessi, presente in fase di stipula.

⁽¹⁰¹⁾ Così V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 71; ma v. in proposito anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 226, il quale sottolinea la non facile individuabilità dei termini del rapporto tra strumenti adeguata-

In caso di clausola rinegoziativa specifica dal punto di vista dei presupposti operativi, cioè a dire individuativa delle circostanze ritenute rilevanti ai fini dell'innescò del meccanismo rinegoziativo, non pare, quindi, di dover porre questioni di compatibilità con quanto statuito *ex art.* 1467, 1° comma c.c.⁽¹⁰²⁾ dal momento che tale disposizione presuppone, invece, una circostanza straordinaria ed imprevedibile⁽¹⁰³⁾: conseguentemente, in ipotesi di avveramento di quanto dedotto in clausola si avvierà la trattativa rinegoziativa, nel caso del cui mancato buon fine non dovrebbe potersi agire, “in subordine”, al fine di ottenere la risoluzione per eccessiva onerosità dal momento che il giudice dovrebbe, in caso contrario, rigettare la domanda per infondatezza, non trattandosi di evento non prevedibile.

Secondo parte della dottrina, tuttavia, neppure il caso di clausola generica nell'individuazione della sopravvenienza prodromica alla rinegoziazione del rapporto sembrerebbe arrecare, in via di principio, problemi di compatibilità con il citato art. 1467, 1° comma c.c.⁽¹⁰⁴⁾.

In ordine alla validità della clausola rinegoziativa quale strumento alternativo alla risoluzione in caso di sopravvenuta eccessiva onerosità sono rinvenibili diversi argomenti.

tivi autonomi e regole legali riguardanti la risoluzione contrattuale per eccessiva onerosità, osservando quindi come possa ritenersi codificato, nella disciplina di cui all'art. 1467 c.c., «il punto di congiunzione fra il rispetto del tralaticio principio che si esprime nella formula *pacta sunt servanda* e l'esigenza, manifestata dagli interpreti di ogni tempo e anch'essa apparentemente radicata nel dogma della sovranità della volontà, di delineare i contorni e l'operatività concreta della teoria della clausola “*rebus sic stantibus*”», ma sottolineando anche come (p. 225, nt. 3) la questione della convivenza di diversi strumenti adeguativi delle condizioni contrattuali non si ponga solo alla luce delle regole di fonte negoziale, ciò trovando dimostrazione nel fatto che anche riguardo alla strumentazione di fonte legale gli interpreti hanno posto dubbi in merito all'applicabilità degli artt. 1467 ss. c.c. in caso d'interventi legislativi, sulla stipula, volti «a fissare autoritativamente la soglia minima di tutela di una delle parti, adempiendo così ad una funzione perequativa legale e “speciale”».

⁽¹⁰²⁾ Cfr. M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 416.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. F. BONELLI, *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 284.

⁽¹⁰⁴⁾ Così M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 416.

Il *favor* del legislatore verso alternative alla risoluzione in caso di eventi straordinari ed imprevedibili è certamente rinvenibile già nella possibilità, accordata alla parte che sia convenuta in giudizio per eccessiva onerosità, di proporre la *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1467, 3° comma c.c. La clausola rinegoziativa – per fare un parallelo con tale ultima ipotesi – costituisce infatti un veicolo autonomo, alternativo al ricorso all'autorità giudiziaria, per neutralizzare il rimedio risolutorio che, pertanto, si rivela sempre più per ciò che deve essere inteso: una *extrema ratio* a fronte di più tentativi conservativi del rapporto contrattuale caduto in disequilibrio⁽¹⁰⁵⁾.

Inoltre, vale la pena ricordare come le sopravvenienze straordinarie ed imprevedibili assumano rilevanza – in tema di risoluzione di cui all'art. 1467, 1° comma c.c. come, a questo punto, di rinegoziazione – ove eccedenti l'«alea normale», da intendersi, sotto un profilo oggettivo, come «il rapporto di valore tra le prestazioni frutto di una valutazione delle parti liberamente determinata» e, sotto un profilo soggettivo, quale «limite di consapevolezza o, se si vuole, di rischio assunto da ciascuno dei contraenti»⁽¹⁰⁶⁾.

Inoltre, è utile osservare che mentre l'equilibrio tra le prestazioni trova tutela legale ove si sia in presenza di determinati presupposti esterni al contratto, «straordinari e imprevedibili», che – superando l'alea normale ed esulando, pertanto, dallo spazio operativo dell'autonomia negoziale – alteri-

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 314, la quale, pur rilevando come sia la clausola di *hardship* che la riduzione ad equità si muovano sulla base dei medesimi presupposti, e ciò pur mantenendo l'esigenza di conseguire diverse finalità: la prima, quella di evitare in generale lo scioglimento contrattuale, la seconda quella di evitare che il contratto si risolva.

⁽¹⁰⁶⁾ In tal senso M. ZACCHEO, *Risoluzione e revisione*, Milano, 2000, p. 259; ma v. anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 240, il quale osserva in proposito come l'alea normale non costituisca solo un limite applicativo alla normativa sulla risoluzione contrattuale ma sia, piuttosto, il fondamento giuridico di connessione, dell'operazione economica sottesa alla stipula, con il mercato: in sostanza, l'alea normale non viene a mancare alla luce della mera circostanza «che i contraenti, nell'esercizio della loro facoltà di autoregolamentazione, si siano accordati su una misura “convenzionale” di alea; quest'ultima, di regola ben delimitata, lungi dall'eliminare quella “normale”, è intesa a fissare una soglia entro la quale non vi è spazio per aggiustamenti (quelli che deriverebbero dall'applicazione di una clausola di indicizzazione), né *a fortiori* per la risoluzione del contratto».

no il rapporto liberamente determinato⁽¹⁰⁷⁾ (ipotesi per la quale è prevista la risolvibilità del contratto, con la conservabilità del medesimo esclusivamente in caso di accoglimento giudiziale dell'offerta di *reductio ad aequitatem*⁽¹⁰⁸⁾), la rinegoziazione convenzionale, al contrario, opera all'interno della fisiologia del rapporto negoziale, trovando soluzione ad un sopraggiunto squilibrio economico tra le prestazioni dedotte in stipula.

Appurati, quindi, detti differenti piani di operatività, deve a questo punto sottolinearsi come, al fine di stabilire se sia o meno lecito regolare convenzionalmente situazioni eccedenti detta alea normale, sia necessario stabilire, ancor prima, quale sia l'effettiva natura della disciplina legale in tema di risoluzione per eccessiva onerosità: se abbia, in sostanza, natura dispositiva ovvero imperativa.

Ove si stabilisse di "conferire" all'art. 1467 c.c. natura di norma inderogabile dovrebbe conseguentemente ritenersi affetta da nullità, in quanto contraria a norma imperativa, la clausola rinegoziativa che escludesse la risoluzione contrattuale, ovvero che ne subordinasse l'operatività al fallimento delle trattative rinegoziative⁽¹⁰⁹⁾.

Ma è lo stesso legislatore a riconoscere, all'autonomia privata, piena libertà di autodeterminazione nel gestire l'alea contrattuale, consentendo alle parti di derogare alle regole legali riguardanti proprio l'eccessiva onerosità sopravvenuta. Il contratto aleatorio (cfr. art. 1469 c.c.) costituisce, infatti, un possibile strumento per disporre dell'alea contrattuale: allo stesso modo, la clausola rinegoziativa potrebbe validamente riconoscere alle parti il potere di stabilire, in modo alternativo alle regole legali, il livello d'incidenza qualitativa degli eventi sopravvenuti, straordinari ed imprevedibili, sugli

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1956, p. 6 ss.; T. GALLETTO, v. *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. prin., Sez. cin.*, XXX, Torino, 1988, p. 383 ss., spec. p. 389, sottolinea in proposito che alla luce della disciplina legale concernente l'eccessiva onerosità rilevano le sopravvenienze perturbative dell'equilibrio contrattuale a tal punto da rendere il negozio non ulteriormente complanare all'assetto degli interessi sotteso alla stipula, nonché alla relativa distribuzione dei rischi; v., inoltre, G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadr.*, 1988, p. 73.

⁽¹⁰⁸⁾ M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 417.

⁽¹⁰⁹⁾ M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 418.

equilibri tra gli interessi sottesi alla stipula⁽¹¹⁰⁾.

Come correttamente sottolineato, quindi, «la circostanza che il legislatore abbia previsto la categoria del contratto aleatorio per volontà delle parti, e lo abbia sottratto al regime dell'art. 1467 c.c., offre utile argomento per riconoscere natura dispositiva alla norma in esame»⁽¹¹¹⁾, ed è proprio alla luce di ciò che può correttamente riconoscersi la possibilità di stabilire convenzionalmente l'obbligo di rinegoziare anche riguardo all'ipotesi di eccessiva onerosità della prestazione dovuta a sopravvenienze straordinarie ed imprevedibili⁽¹¹²⁾, di talché, a differenza che nel caso di riconduzione del contratto ad equità, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta sarebbe evitabile direttamente *in executivis*, e non in ambito processuale⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Come correttamente osserva parte della dottrina, escludere in convenzionale la fattispecie risolutoria non porta automaticamente a convertire il contratto da commutativo ad aleatorio, e ciò in quanto derogare alla risoluzione per eccessiva onerosità non coincide necessariamente con la facoltà di stipulare contratti aleatori, trattandosi di ipotesi autonome e distinte: in questi termini G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 351; R. NICOLÒ, v. *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1027; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 199; D. RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, 3, Torino, 1946, p. 704; nel medesimo senso, in giurisprudenza in materia di appalto, v. Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, in *Contratti*, 1993, p. 301; Cass., 20 settembre 1984, n. 4806, in *Mass. Giust. civ.*, 1984; Cass., 23 aprile 1981, n. 2403, in *Foro it.*, 1983, I, c. 202.

⁽¹¹¹⁾ M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 417.

⁽¹¹²⁾ Sostiene V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 75, come in seno al legislatore del '42 sia rinvenibile la natura dispositiva, e non imperativa, della disciplina riguardante la risoluzione contrattuale per eccessiva onerosità, di talché può ritenersi come vi sia spazio per l'autonomia negoziale protesa ad affrontare in modo (ti)costruttivo – pertanto, conservativo – le sopravvenienze perturbative dell'equilibrio contrattuale, sottraendole al mero campo della risoluzione. Così anche R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, II, Torino, 2004, p. 695; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 199; M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 315.

⁽¹¹³⁾ Cfr., in tal senso, V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 75, secondo il quale dalla lettera degli artt. 1453 e 1467 c.c. può legittimamente inferirsi «il potere dispositivo ai fini del conseguimento dell'effetto risolutorio», risultando in entrambe le ipotesi, la scelta risolutoria, «tipizzata nel testo normativo attraverso la previsione di un potere facoltativo (...) in alternativa con la domanda esecutiva nel primo caso, e con la opzione di controparte per la conservazione del rapporto contrattuale nel secondo caso».

Con particolare riferimento al caso del fallimento di trattative rinegoziate correttamente condotte può porsi, infine, il dubbio se la disciplina sulla risoluzione per eccessiva onerosità torni o meno ad essere efficace. In giurisprudenza, tale questione è stata affrontata riguardo alla clausola di adeguamento del prezzo, ingenerandosi due fondamentali correnti di pensiero: mentre in una non recente pronuncia di legittimità si è stabilito che «La stipulazione di una clausola di adeguamento del prezzo contrattuale non esclude, a fronte di sopravvenienze talmente eccezionali nella loro natura o entità da rendere concretamente inoperante l'indicizzazione divisata dalle parti, l'applicabilità della disciplina in tema di eccessiva onerosità»⁽¹¹⁴⁾, poco dopo si è sottolineato come «Con riguardo ad un contratto di somministrazione, per il quale le parti abbiano espressamente contemplato determinati criteri di perequazione del prezzo, in relazione ad avvenimenti che sopravvengano dopo la stipulazione e nel corso dell'esecuzione» debba «escludersi l'invocabilità dell'art. 1467 c.c., in tema di risoluzione per eccessiva onerosità, anche nel caso in cui i suddetti criteri risultino in concreto inadeguati ad assicurare il riequilibrio delle contrapposte prestazioni, poiché nell'indicata previsione negoziale è implicita la volontà di assumere l'alea di quegli eventi sopravvenuti per la parte non compensata dai meccanismi di adeguamento»⁽¹¹⁵⁾.

In proposito, è opinione di chi scrive che la rinegoziabilità di fonte convenzionale, proprio in quanto “fisiologica” rispetto a quanto dall'ordinamento garantito al potere di autodeterminazione, consenta alle parti – anche alla luce della sopracitata natura dispositiva dell'art. 1467 c.c. – di escludere l'efficacia della risoluzione per eccessiva onerosità, ma solo ove detta esclusione risulti da espressa previsione contrattuale.

Anche in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione si pone la questione se sia possibile prevedere una clausola rinegoziativa la quale si ponga in valida alternativa allo scioglimento del rapporto contrattuale⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Cass., 29 giugno 1981, n. 4249, cit.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. Cass., 21 giugno 1985, n. 3730, in *Mass. Giust. civ.*, 1985.

⁽¹¹⁶⁾ Parte della dottrina sottolinea come, a prescindere dalla qualificazione della natura risolutiva, debba escludersi lo scioglimento automatico del rapporto negoziale, l'automaticità dell'efficacia risolutiva potendo ostacolarsi a mezzo del fatto che il creditore intenda

Secondo parte della dottrina⁽¹¹⁷⁾, le parti possono «distribuire i rischi della impossibilità sopravvenuta della prestazione in modo diverso da quanto previsto dalla disciplina codicistica»: si tratta di una impostazione seguita anche dalla giurisprudenza⁽¹¹⁸⁾.

Altra parte della dottrina⁽¹¹⁹⁾ ritiene, invece, che il legislatore non con-

eseguire la controprestazione richiamandosi al subingresso nei diritti spettanti al debitore verso i terzi responsabili della impossibilità sopravvenuta: cfr. C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, p. 143; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Artt. 1230-1259*, cit., p. 441; A. PAVONE LA ROSA, *Responsabilità civile (rassegna di giurisprudenza)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 1062.

Si v. in proposito anche le riflessioni di D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, cit., p. 977 s., secondo cui, «Acquisito il dato ermeneutico che alla assoluta impossibilità della prestazione deve essere equiparata la ineseguibilità della stessa quando la sua esecuzione richiederebbe l'impiego di mezzi o il sacrificio di interessi del debitore che non possono essere pretesi secondo buona fede, l'impossibilità sopravvenuta si deve valutare secondo parametri qualitativi; il giudizio di onerosità si avvale, *naturaliter*, di parametri meramente quantitativi, ciò in omaggio alle ragioni della buona fede e della solidarietà contrattuale che suggeriscono di valorizzare il momento dell'equilibrio contrattuale globalmente inteso. In tema, nasce l'esigenza di una riflessione sistemica: subordinare la risoluzione alla circostanza che la prestazione di uno dei contraenti sia divenuta più gravosa, prescindendo da ogni comparazione con la controprestazione, cosicché il contratto possa risolversi pur quando l'aggravio dell'una sia controbilanciato dal plusvalore conseguito dall'altra, equivale a ritenere che la norma, la quale si occupa dei contratti c.d. commutativi (art. 1467 c.c.), e la norma, la quale si occupa dei contratti con obbligazioni a carico di una soltanto delle parti (art. 1468 c.c.), siano ispirate a motivazioni non omogenee. Le modifiche atte a ripristinare l'equità del contratto cui ha riguardo l'ultimo comma dell'art. 1467 c.c., sono ivi contemplate con tale ampiezza che, verosimilmente, non si esauriscono nella sola riduzione dell'entità della prestazione divenuta più onerosa, potendo, al contrario, consistere anche in un incremento dell'entità della controprestazione. E risulta chiaro come ciò sia coerente con l'importanza attribuita all'economia del rapporto e non al valore della prestazione in sé».

⁽¹¹⁷⁾ In tal senso R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 654; A. LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 77; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 309; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 65 ss.; *contra*, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1985, p. 693.

⁽¹¹⁸⁾ V. Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it.*, 1995, I, c. 173; Cass., 18 febbraio 1961, n. 349, *ivi*, 1961, I, c. 153; Cass., 29 gennaio 1976, n. 275, in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1306; Trib. Roma, 7 novembre 1994, in *Gius.*, 1995, p. 448.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. M. ZACCHEO, *Patti sul rischio e sopravvenienza*, ed. provv., Roma, 1994, p. 69, il

senta alle parti di prevedere in modo autonomo effetti alternativi dell'impossibilità sopravvenuta. In particolare si è sostenuto che, mentre nel caso di cui all'art. 1453 c.c. (risoluzione per inadempimento) la scelta risolutoria è normativamente presente sottoforma di potere facoltativo in alternativa alla istanza di esecuzione, nell'ipotesi di cui all'art. 1467 c.c. (risoluzione per eccessiva onerosità) l'opzione risolutoria è normativamente prevista in alternativa alla opzione, di controparte, finalizzata al mantenimento in vita del contratto⁽¹²⁰⁾: l'art. 1463 c.c. (impossibilità totale) eliminerebbe qualsivoglia

quale ha sostenuto l'indisponibilità della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, in considerazione del dato letterale e dell'unilateralità del contratto, originariamente bilaterale, potenzialmente indotta dal patto di esclusione della risoluzione. V. inoltre F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 397, che sottolinea l'importanza di rinvenire la vincolatività dell'obbligo rinegoziativo a seconda della concreta esigibilità delle prestazioni dedotte in contratto, il quale ultimo, pertanto, non dovrà essersi risolto in maniera automatica, come in caso d'impossibilità totale sopravvenuta e conseguente risoluzione di cui all'art. 1463 c.c.

⁽¹²⁰⁾ In ordine alla natura della disciplina riguardante la risoluzione contrattuale per inadempimento, è possibile rinvenire tre filoni principali di pensiero: *a)* anzitutto quello che, con varia motivazione, è propenso ad escludere che le parti convenzionalmente possano stabilire la irrisolvibilità contrattuale in caso d'inadempimento, e ciò, nonostante la lettera della norma: cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 490; U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 107; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960, p. 145; ID., *Risoluzione del contratto (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 4; A. BELFIORE, v. *Risoluzione del contratto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1989, p. 1311; Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1459; Coll. Arb., 24 giugno 1987, in *Foro pad.*, 1987, I, c. 507; *b)* vi è poi un orientamento mediano, in base a cui il tutto dipende dal rapporto con cui la vicenda risulti connessa alla esecuzione in forma specifica: ove, infatti, l'esclusione della risoluzione risulti accompagnata all'esclusione della esecuzione in forma specifica – entrambe unite dall'esclusione del risarcimento del danno – il rapporto negoziale dovrà ritenersi connotato non come rapporto a prestazioni corrispettive, bensì con obbligazioni a carico di una sola parte, mentre nel caso in cui le parti escludano ogni rilevanza all'ipotesi di risoluzione, mantenendo in vita la possibilità di agire per l'adempimento contrattuale ed ottenere risarcimento, la clausola non dovrebbe potersi ritenere nulla: in questi termini, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 349; ma v. anche F. BENATTI, *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Dig. disc. prin. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 400, il quale, annoverando il patto d'irrisolvibilità tra le clausole limitative di responsabilità di cui all'art. 1229 c.c., detto patto dovrebbe considerarsi valido ove l'inadempimento risulti dovuto a colpa semplice, nullo se dovuto a dolo o colpa grave; *c)* infine vi è l'orientamento propenso a rinvenire, in capo alla disciplina sulla

ipotesi di facoltatività in capo alle parti, con conseguente obbligo di queste ultime di risolvere il rapporto negoziale⁽¹²¹⁾. A tali argomentazioni si aggiunge anche quella propensa a rinvenire la *ratio* degli artt. 1463 e ss. c.c. nella tutela di un principio di ordine pubblico, di talché eventuali patti in deroga a quanto statuito dalle norme citate dovrebbero ritenersi illeciti.

In realtà, è agevole rilevare come ogni ipotesi risolutiva normativamente individuata (tra cui, ovviamente, anche quella di cui all'art. 1463 c.c.) rinviene la propria *ratio* non in un principio di ordine pubblico, bensì nel "semplice" mantenimento dell'equilibrio tra interessi di natura squisitamente privata⁽¹²²⁾. Conseguentemente, potrà rinvenirsi parte della materia dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione anche nel potere, in mano all'autonomia delle parti, di eventualmente disciplinare per via convenzionale il fenomeno delle sopravvenienze perturbative degli equilibri negoziali, al fine di mantenere in vita il rapporto contrattuale⁽¹²³⁾.

risoluzione per inadempimento, natura di tipo dispositivo: cfr. B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Napoli, 1993, p. 24 ss.; Cass., 18 giugno 1980, n. 3866, in *Mass. Giust. civ.*, 1980.

⁽¹²¹⁾ Sul punto v. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 349, il quale sottolinea come il principio di derogabilità *ex* artt. 1463 e 1464 c.c. debba intendersi «nel senso che le parti possono regolare diversamente dalla legge gli effetti dello scioglimento. Se, invece, si vuole ritenere che può essere esclusa la risoluzione, non si capirebbe perché si debba dubitare della validità della clausola di irrisolubilità per inadempimento ed, invece, ammettere la irrisolubilità in caso di impossibilità, quando non sussiste neppure il temperamento dell'azione di adempimento e dell'azione di risarcimento».

⁽¹²²⁾ Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 662; V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 86.

⁽¹²³⁾ Ancora più ragionevole in proposito sarà allora ritenere come, in ipotesi d'impossibilità temporanea, le parti debbano considerarsi obbligate, in applicazione di apposita clausola finalizzata alla revisione contrattuale, ad attendere che il fatto impeditivo venga meno, con conseguenti operazioni rinegoziative e, pertanto, di riequilibrio dell'assetto d'interessi sotteso alla stipula: del resto, in alcune ipotesi il legislatore ammette la conservazione negoziale anche alla luce di sopravvenienze produttive d'impossibilità sopravvenuta di una prestazione, introducendo ad esempio: *a)* per il contratto di mutuo, l'art. 1818 c.c., in base a cui ove si tratti di variazione di cose diverse da denaro e vi sia impossibilità di restituzione per causa non imputabile a debitore, quest'ultimo non potrà domandare risoluzione del rapporto, dovendo anzi – avuto riguardo a tempo e luogo di restituzione che doveva ese-

9. — *Obbligo rinegoziativo: orientamenti.*

Il procedimento rinegoziativo è innescabile in diversi modi i quali si connotano, a loro volta, delle peculiarità proprie del modello negoziale cui risulta ispirata la fattispecie concreta.

Generalmente, tra le modalità con cui una parte intenda rendere nota, all'altra, l'intenzione di dare avvio alla rinegoziazione al sopraggiungere di un evento perturbativo degli equilibri negoziali, vi è quella della "proposta di rinegoziare", la quale può assumere i connotati di un semplice "invito" ad addivenire ad una nuova trattativa, come, in altri casi, di una vera e propria proposta dettagliata riguardo a condizioni e criteri⁽¹²⁴⁾.

A seguito di tale proposta l'altra parte, alla luce di un mero atto ricognitivo della effettiva corrispondenza tra sopravvenienza dedotta in contratto ed evento concretamente verificatosi, dovrà esclusivamente ritenersi obbligata ad aderire a suddetta proposta la quale porterà, quindi, al dovere di entrambe le parti di condurre – in adempimento di vera e propria obbligazione contrattuale – la trattativa rinegoziativa nel rispetto dei doveri d'informazione e trasparenza (questi ultimi da ritenersi, quindi, propri non solo della fase precon-

guirsi – effettuare il pagamento; *b*) per il contratto di permuta, l'art. 1553 c.c., il quale, in caso di evizione di cosa permutata consente al permutante, nonostante l'inadempimento impossibilitante, la realizzazione del sinallagma funzionale corrispondendo il valore di cosa evitta. Sul punto v. anche F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 100, ove una disamina esaustiva riguardante le disposizioni finalizzate a garantire, nonostante la sopravvenuta impossibilità, il mantenimento in vita del contratto.

⁽¹²⁴⁾ In proposito, sia dottrina che giurisprudenza tedesche (N. HORN, *Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem: Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?*, in Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, p. 638; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 279; BGH, 19 settembre 1979, in *VM*, 1979, p. 1176; OLG Celle, 30 giugno 1982, in *ZIP*, 1982, p. 940) evidenziano come la clausola rinegoziativa possa anche imporre alla parte interessata, piuttosto di effettuare una semplice dichiarazione di disponibilità a trattare, di presentare a controparte una concreta e dettagliata offerta di revisione contrattuale.

trattuale⁽¹²⁵⁾), nonché *secundum bonam fidem in executivis* ex artt. 1175 e 1375 c.c.

A fronte della richiesta di una parte di addivenire a rinegoziazione, può tuttavia accadere: *a)* da un lato, che l'altra parte opponga un rifiuto il quale pertanto corrisponderà, ove in presenza di effettiva corrispondenza tra la circostanza concreta e quella di cui alla clausola rinegoziativa⁽¹²⁶⁾, ad un vero e proprio inadempimento contrattuale⁽¹²⁷⁾; *b)* dall'altro, che l'altra parte, di fronte alla proposta di rinegoziare, mantenga un comportamento di tipo omissivo, il quale avrà giuridica rilevanza esclusivamente nel caso in cui possa ragionevolmente considerarsi in termini di comportamento concludente

⁽¹²⁵⁾ In proposito, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 360, il quale evidenzia come gli obblighi informativi reciproci possano qualificarsi in termini di obblighi «di ricerca delle notizie e di comunicazione delle stesse alla controparte. In tal caso dovrà essere descritto dagli accordi tra i contraenti l'ambito delle informazioni rilevanti rispetto alle quali non potrà essere trascurato l'obbligo di ricerca. Per questa tipologia di obblighi informativi si rende necessaria la concessione di un certo tempo che consenta al debitore di compiere quanto necessario per acquistare quelle informazioni che dovranno poi essere a disposizione del creditore». Con riferimento all'ordinamento tedesco, si sottolinea l'importanza di detti obblighi informativi e di trasparenza ai fini di una conclusione producente della rinegoziazione: in dottrina, G. FECHT, *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Recht und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen*, cit., p. 137; N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, cit., p. 284; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 275; E. STELNDORFF, *Vorvertrag zur Vertragsänderung*, in *BB*, 1983, p. 1130; in giurisprudenza, BGH, 24 novembre 1972, in *VM*, 1973, p. 464; BGH, 5 febbraio 1981, in *VersR*, 1981, p. 622.

⁽¹²⁶⁾ In caso d'ingiustificato rifiuto di procedere alla trattativa rinegoziativa, seppure a fronte dell'esistenza dei presupposti rinegoziativi, M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 267, sottolinea come controparte possa eccepire l'inadempimento contrattuale; eccezione che, tuttavia, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 395, vede come strumento utilizzabile solo dopo attenta ponderazione alla luce del filtro dei principi di correttezza e buona fede.

⁽¹²⁷⁾ Sul punto, M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 266, il quale riporta a titolo esemplificativo una clausola rinegoziativa contenente l'obbligo per le parti, in caso d'incertezza sul diritto di controparte di procedere a rinegoziazione, di effettuare adeguata verifica su detto diritto; tuttavia, v. anche A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 270, il quale esclude che una clausola di rinegoziazione possa estendersi sino ad imporre detto obbligo di verifica.

e, pertanto, giuridicamente rilevante⁽¹²⁸⁾: a parere di chi scrive, detta giuridica rilevanza deve intendersi ascrivibile al comportamento della parte che, seppure a fronte della proposta rinegoziativa, rimanga inerte (ovvero assuma un contegno complanare, fattivamente, alle nuove condizioni offerte da controparte)⁽¹²⁹⁾, e ciò può dirsi anche in ossequio alla regola della buona fede esecutiva contrattuale, in base a cui solo l'ipotesi del dissenso richiede espressa manifestazione, dovendosi ritenere di rinvenire, in caso di mero silenzio di controparte, la manifestazione del consenso ad adeguare il rapporto contrattuale ai relativi necessari equilibri.

Tra gli ambiti che maggiormente hanno impegnato dottrina e giurisprudenza vi è, certamente, quello riguardante la corretta individuazione dell'oggetto dell'obbligo rinegoziativo, cioè a dire se il medesimo incarna un obbligo di addivenire alla trattativa rinegoziativa, ovvero un obbligo a stipulare in ogni caso un negozio modificativo di quello rinegoziando.

⁽¹²⁸⁾ In tal senso: in dottrina, v. S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 94; Id., *In tema di modifica tacita del contenuto del contratto*, in *Dir. e giur.*, 1980, p. 395; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 211; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 81; in giurisprudenza, cfr. Cass., 15 aprile 1998, n. 3803, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2133; Cass., 14 giugno 1997, n. 5363, in *Giur. it.*, 1998, c. 1117; Cass., 9 giugno 1983, n. 3957, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 1412; Cass., 30 ottobre 1981, n. 5743, *ivi*, 1983; Cass., 15 gennaio 1973, n. 126, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 1575.

⁽¹²⁹⁾ In caso di adeguamento *per facta concludentia*, pertanto, il negozio adeguativo può considerarsi perfezionato *ex art.* 1327 c.c., come anche sostenuto in Cass., 22 luglio 1993, n. 8191, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 1562, la quale sottolinea come il silenzio, pur non costituendo di per sé manifestazione negoziale, «potendo acquistare tale significato soltanto qualora peculiari circostanze o situazioni, oggettive o soggettive, siano tali da renderlo significativo come sintomo rivelatore della volontà dell'altro soggetto», lo stesso possa, tuttavia, assumere valore di «consenso ed acquistare efficacia giuridica non solo nei casi di conclusione o rinnovazione del contratto previsti dall'ordinamento, ma anche nel caso di modifiche di un contratto in corso tra le parti». Sul punto v., in dottrina, le osservazioni di G. BELLANTUONO, *Sulla conclusione del contratto mediante esecuzione*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1848; A.M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 526; D. PEIRANIS, *Il silenzio, seguito da esecuzione, ha lo stesso valore nella conclusione di un contratto nuovo e nel rinnovo, con modifiche, di un contratto esistente?*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1561; F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p. 257; R. ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 206; G. MAZZONI, *Il silenzio come comportamento modificativo del rapporto contrattuale*, in *Giur. it.*, 1974, I, c. 1573.

Sul punto possono ravvisarsi due fondamentali linee di pensiero le quali, partendo dalla possibile concezione della buona fede esecutiva, vi riconoscono: *a)* il mero ruolo di regolare sul piano formale il corretto svolgimento della trattativa; *b)* una vera e propria capacità di obbligare le parti contrattuali – sinanche determinandone le scelte – ad addivenire alla stipula di un negozio adeguativo⁽¹³⁰⁾.

Quanto al primo orientamento, con il quale chi scrive ritiene più corretto allinearsi, si tratta sostanzialmente dell'impostazione tradizionale, la quale tende ad escludere la configurabilità di un vero e proprio obbligo a contrarre a condizione che le parti non abbiano indicato, nella clausola rinegoziativa, parametri determinativi dotati di rigidità, lasciandosi al contrario liberi di gestire la sopravvenienza a mezzo di una nuova trattativa, caratterizzata da autonomia sia riguardo all'*an* che al *quomodo*, di talché la rinegoziazione si prospetterebbe in termini di modalità e contenuti potenzialmente più svariati⁽¹³¹⁾. La clausola rinegoziativa, in sostanza, alla medesima stregua delle norme imperative imporrebbe una mera condotta, cioè a dire quella di prestarsi allo svolgimento di trattative adeguate in linea con la buona fede con la conseguenza che, anche in presenza di mancata adesione ad accordo modificativo, ove quest'ultimo risulti da trattativa leale della totalità delle parti coinvolte, non potrebbe configurarsi un'ipotesi d'inadempimento né, tantomeno, un ipotetico diritto al risarcimento esercitabile dalla parte che risulti svantaggiata dalla sopravvenienza perturbativa degli originari equilibri contrattuali⁽¹³²⁾.

Ovviamente, meno lineare si profila il caso in cui una delle parti si comporti, nel corso della trattativa, in modo poco ragionevole o, comunque, non

⁽¹³⁰⁾ Su cui M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., pp. 418-423.

⁽¹³¹⁾ Cfr. F. GAMBINO, v. *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 2007, p. 10, il quale sottolinea in proposito di non si debba cadere nell'equivoco di ritenere la clausola rinegoziativa come mezzo conservativo del contratto in mera contrapposizione alla risoluzione per eccessiva onerosità, in quanto detta clausola si connota, piuttosto, per il fatto che le parti – alla luce della imponderabilità della trattativa rinegoziativa riguardo alla propria conclusione, essendo lasciato all'autonomia negoziale «il potere di non concludere l'accordo» – possono con essa avere piena gestione delle sopravvenienze.

⁽¹³²⁾ Cfr. M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 419.

si disponga in vista della corretta ricerca dei prodromi di un accordo adeguativo del contratto inficiato dalle sopravvenienze, eventualmente anche interrompendo, ingiustificatamente, trattative anche correttamente iniziate. In tali evenienze, infatti, è certamente ravvisabile una violazione della buona fede in senso oggettivo, sanzionabile, in taluni casi, anche in termini di vera e propria ipotesi di abuso del diritto⁽¹³³⁾.

Seppure non sia dubitabile che tali condotte incarnino ipotesi d'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo quale obbligo di trattare, in buona fede, le nuove condizioni contrattuali adeguate della stipula originaria, parte della dottrina⁽¹³⁴⁾ ritiene di prospettare l'ipotesi che l'inadempimento medesimo risulti privo di conseguenti effetti risarcitori positivi, sostenendo che, non essendovi alcun obbligo di conclusione di negozio adeguativo, difficilmente risulti configurabile un danno risarcibile in termini di conseguenza, immediata e diretta, del comportamento non corretto tenuto dalla parte avvantaggiata da sopravvenienza perturbativa dell'originario assetto contrattuale. Come è stato osservato, un danno è indeterminabile ove, quale unica fonte d'informazioni, vi sia il risultato della comparazione tra situazione economica attuale e situazione economica ascrivibile ad una situazione contrattuale risultante dalla potenziale buona riuscita di trattative rinegoziate dal contenuto imprevedibile, mancando, in capo alla clausola, parametri di determinazione dell'accordo modificativo: di talché, da una mera ipotesi contrattuale sarebbe inferibile esclusivamente una mera

⁽¹³³⁾ Di "rinegoziazione maliziosa", cioè a dire di trattative «condotte senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo» parlano anche L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 188, e, ancora prima, G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 560. In proposito, v. anche E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, cit., p. 807, il quale opportunamente definisce tali ipotesi come di «disponibilità a rinegoziare "di facciata"», che incarna un sostanziale inadempimento contrattuale; F. TRUBIANI, *Un'ipotesi di utilizzo scorretto della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 263 ss.

Più in generale, sul punto, L. BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, 2009, p. 20 ss., nonché G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, *passim*.

⁽¹³⁴⁾ V., in tal senso, B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, cit., p. 35 ss.

ipotesi di danno⁽¹³⁵⁾, non essendo neppure richiamabile quanto previsto *ex art.* 1126 c.c. che, nel prevedere il parametro della valutazione di tipo equitativo, comporta di dover dare prova dell'ammontare del danno lamentato⁽¹³⁶⁾. Di talché in tali casi, seppure a fronte d'inadempimento contrattuale, sarebbe da ritenersi risarcibile – complanarmente a quanto accade per il caso della responsabilità precontrattuale – il mero danno negativo⁽¹³⁷⁾.

Quanto all'orientamento propenso a rinvenire nella clausola rinegoziativa un vero e proprio obbligo a contrarre⁽¹³⁸⁾, il quale consenta al negozio di

⁽¹³⁵⁾ Cfr. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 720.

⁽¹³⁶⁾ In tal senso, in giurisprudenza, Cass., 10 luglio 2003, n. 10850, in *Urb. e app.*, 2003, p. 1182, con nota di G. DE MARZO, *Derogabilità del sistema del cd. prezzo chiuso*, e in *Arch. civ.*, 2004, p. 685, ove si sottolinea che «Al criterio di determinazione equitativa del danno *ex art.* 1226 c.c. è consentito ricorrere soltanto in presenza di una impossibilità, o motivata grande difficoltà, di procedere alla esatta quantificazione del danno, non già per surrogare il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore nella determinazione del ritardo o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza».

⁽¹³⁷⁾ Per un'idea di rinvenimento, in capo all'obbligo rinegoziativo di fonte negoziale, d'incoercibilità in positivo, v. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 721. *Contra*, F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 453, che sottolinea come il giudice, nel quantificare e liquidare il danno, debba «basarsi sulle prescrizioni contrattuali iniziali, cercando, per quanto possibile, di tener conto dell'equilibrio originario e del profitto che si sarebbe realizzato per la parte adempiente nel caso in cui non vi fossero state sopravvenienze inaspettate», con ricorribilità, per un sindacato giudiziale alla luce dei valori di mercato, alla disciplina di cui all'art. 1226 c.c.

⁽¹³⁸⁾ Cfr., in dottrina, V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 57; evidenza inoltre R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 724, come l'obbligo rinegoziativo incarna sostanzialmente un obbligo di disponibilità a trattare le condizioni che potranno risultare eque alla luce dell'assetto d'interessi sotteso alla stipula originaria, con rivisitazione in base alle sopravvenienze perturbative degli originari equilibri contrattuali; v., ancora, F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 195. In giurisprudenza, v. Trib. Bari (ord.), 14 giugno 2011, cit., secondo cui «In base alla clausola generale di buona fede sussiste l'obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto, in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto o di diritto, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario, potendo il giudice, in caso di inadempimento dell'obbligo, costituire con sentenza gli effetti del contratto modificativo che sarebbe risultato all'esito della rinegoziazione

ritrovare il proprio originario equilibrio, deve osservarsi come, secondo tale impostazione, il carattere obbligatorio della trattativa rinegoziativa s'imporrebbe in termini di vera e propria limitazione alla discrezionalità delle parti nell'espletamento della trattativa medesima, rinvenibile nella buona fede esecutiva di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., da tenersi ben distinta da quella relativa alla trattativa precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.⁽¹³⁹⁾, caratterizzata, al contrario dell'impronta cooperativa della prima (e seppure a condizione dell'assenza di un apprezzabile sacrificio, in capo alle parti, nell'attuazione di detta collaboratività), dal confronto tra interessi contrapposti⁽¹⁴⁰⁾.

condotta secondo buona fede o, nell'ambito di un procedimento cautelare, condannare l'inadempiente ad eseguire la prestazione cui la parte sarebbe tenuta in forza della rinegoziazione, e corroborare la condanna mediante una penale giudiziale»; Trib. Bari (ord.), 31 luglio 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 1, c. 375, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 117, con nota di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, cit., in base a cui si conferma, a distanza di un anno, come debba ritenersi sussistente «l'obbligo di rinegoziare il contratto, in base alla clausola generale di buona fede, nel caso di contratti collegati in cui la sopravvenienza, che si sostanzia nel mancato perfezionamento di un contratto previsto in funzione di garanzia, incida sul complessivo equilibrio dell'operazione negoziale».

⁽¹³⁹⁾ Con riguardo ai casi di responsabilità precontrattuale relativa ad ingiustificato recesso dalle trattative, v. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, p. 656 ss.; P. VITUCCI, *Responsabilità precontrattuale e inadempimento*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 117 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, *passim*; più di recente, V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. prin.*, 2004, p. 747 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Così Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, cit.; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.; Cass., 9 dicembre 2003, n. 18743, in *Guida al dir.*, 2004, 5, p. 78, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1198, e in *Gius.*, 2004, p. 2220, ove si evidenzia che «Il dovere di correttezza si presenta nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita e, quindi, concorre alla relativa conformazione nel senso di ampliarne o restringerla la fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti disatteso il dovere inderogabile di solidarietà affermato dalla Costituzione (articolo 2): dovere che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti e deve, a un tempo, orientarne l'interpretazione e l'esecuzione»; Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 603, con nota di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1397, in *Gius.*, 2004, p. 2971, e in *Corr. giur.*, 2004, p. 587, secondo cui «La clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza

10. — *Un caso emblematico: la ricomposizione della crisi da sovraindebitamento.*

Tra gli elementi sintomatici della citata, naturale propensione dell'ordinamento alla ricerca di sempre più efficienti strumenti di conservazione del contratto alla luce di sopravvenienze perturbative dell'equilibrio tra gli interessi dedotti in stipula è rinvenibile, certamente, la recente normativa in materia di ricomposizione della crisi da sovraindebitamento.

La ricerca di strumenti di risoluzione di detta crisi, come noto non costituisce più, da tempo, un problema tipico dell'impresa: ciò ha fatto sì che, per quanto concerne soggetti di diritto che, in qualità di consumatori, incorrano in situazione di sovraindebitamento, alla poca adeguatezza dell'impostazione inquisitoria e liquidatoria della disciplina fallimentare di cui al r.d.

di specifici obblighi contrattuali e da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge; in virtù di tale principio ciascuna parte è tenuta da un lato ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte, e, dall'altro, a tollerare anche l'inadempimento della controparte che non pregiudichi in modo apprezzabile il proprio interesse. Ad un tale riguardo il semplice ritardo di una parte nell'esercizio di un diritto (nel caso di specie, diritto di agire per far valere l'inadempimento della controparte) può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo esso ad alcun interesse del suo titolare, correlato ai limiti e alle finalità del contratto, si traduca in un danno per la controparte»; per le decisioni di merito, v. Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, in *Contratti*, 2013, p. 545, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Recesso, risoluzione per inadempimento del preliminare ed abuso del diritto*, e in *Notariato*, 2013, p. 247, ove, in tema di esecuzione contrattuale, si evidenzia che «la buona fede si atteggia come impegno di cooperazione od obbligo di solidarietà, imponendo a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o dal dovere extracontrattuale del principio del *neminem laedere*, sono idonei a preservare gli interessi della controparte, senza peraltro che ciò possa rappresentare un apprezzabile sacrificio per chi li pone in essere: in sostanza, il principio sancito dall'art. 1375 c.c. ha la portata di ampliare ovvero di restringere gli obblighi letteralmente assunti con il contratto, nei casi e nella misura in cui farli valere nel loro tenore letterale contrasterebbe con detto principio, senza peraltro che possa essere impedito di avvalersi di tutti gli strumenti apprestati dall'ordinamento per porre rimedio all'inadempimento di controparte ed al pregiudizio che ne deriva. L'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto non ha allora un contenuto prestabilito, e quindi anche la mera inerzia può costituirne inadempimento, poiché l'osservanza del dovere di correttezza si pone nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica contrattuale soggettiva, per evitare che l'ossequio alla legalità formale si traduca in un sacrificio della giustizia sostanziale che scade nell'abuso del diritto».

16 marzo 1942, n. 267, si sia fatto ricorso a strumenti rimediali di tipo preventivo, nonché a procedure non liquidatorie che tutelassero, a prescindere dalla imprenditorialità del soggetto coinvolto, gli interessi sia del debitore che del creditore.

Pertanto, dopo un periodo di tempo caratterizzato da assenza, pur alla luce di comunanza di fenomeni rispetto alle imprese fallibili, di accessibilità per le imprese non fallibili a misure finalizzate a superare l'eccessivo indebitamento, con la l. 27 gennaio 2012, n. 3⁽¹⁴¹⁾ si è finalmente giunti a prevedere

⁽¹⁴¹⁾ In ordine ai nuovi strumenti di risanamento delle crisi da sovraindebitamento la dottrina può già dirsi, ad oggi, pressoché sterminata: A. ROSSI, *La legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa: una prima lettura*, in *Società*, 2017, p. 1375 ss.; G. SELICATO, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento e transazione fiscale*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 1401 ss.; L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, p. 873 ss.; M. GIORGETTI, S. NADIN, *La gestione della crisi da sovraindebitamento e la conservazione dell'immobile di abitazione*, in *Imm. e propr.*, 2017, p. 508 ss.; P. FARINA, *Le procedure concorsuali di cui alla legge n. 3 del 2012 e la (limitata) compatibilità con la legge fallimentare. Le problematiche della domanda e dell'automatic stay*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 43 ss.; R. BOCCHINI, *Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento del consumatore*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2129 ss.; M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016, p. 1021 ss.; N. SOLDATI, *Il sovraindebitamento alla prova della riforma del diritto fallimentare*, in *Contratti*, 2016, p. 628 ss.; A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 327 ss.; P. ZAGAMI, *La disciplina italiana della crisi da sovraindebitamento tra best practices internazionali e trust*, in *Trusts*, 2015, p. 556 ss.; F. CILLUFFO, *Gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Coop. e enti non profit*, 2015, 10, p. 11 ss.; M. DEL LINZ, *Spunti critici sulle nuove procedure di sovraindebitamento e ordinamenti a confronto*, in *Dir. fall.*, 2015, p. 482 ss.; R. GUIDOTTI, *L'esdebitazione del fallito: profili sostanziali*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1073 ss.; S. MASTURZI, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento mediante accordo di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti*, in *Dir. fall.*, 2014, p. 676 ss.; M. DI PACE, *Liquidazione dei beni per le piccole cooperative sovra indebitate*, in *Coop. e enti non profit*, 2014, 1, p. 25 ss.; ID., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti per le piccole cooperative sovraindebitate*, *ivi*, 3, p. 31 ss.; S. BONFATTI, G. FALCONE (a cura di), *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, Milano, 2014, *passim*; A. SARCINA (a cura di), *Il sovraindebitamento civile e del consumatore. Sistemi giuridici europei alla prova del dialogo*, Lecce, 2014, *passim*; D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto "oggettivamente" concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 762 ss.; R. BATTAGLIA, *I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il maquillage della l. n. 3/2012*, in *Fallimento*, 2013, p. 1433 ss.; M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 634 ss.; F. DAMI, *I profili fiscali della disciplina di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Rass. trib.*, 2013, p. 615 ss.; R. TISCINI,

e disciplinare procedure di composizione di crisi da sovraindebitamento a favore di categorie soggettive ben più ampie⁽¹⁴²⁾.

Sono quindi oggi rinvenibili strumenti rimediali di inedita caratura al sovraindebitamento, a favore sia delle imprese non fallibili⁽¹⁴³⁾ che di soggetti, imprenditori o meno, i quali non siano tuttavia incorsi nell'eccessivo indebitamento esercitando l'impresa ovvero svolgendo attività di lavoro autonomo.

Mantenere gli strumenti di esdebitamento programmato limitati all'esclusiva area di procedure concorsuali e paraconcorsuali riservate ai soggetti fallibili avrebbe costituito, anche sotto un profilo squisitamente sistematico,

I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio, in *Rin. dir. proc.*, 2013, p. 649 ss.; A. GALLARATI, *La crisi del debitore "civile" e "commerciale" tra accordi di ristrutturazione e trust*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 104 ss.; P. CELENTANO, *Fallimento e moratorie in favore delle vittime dell'usura o di attività estorsive*, in *Fallimento*, 2013, p. 25 ss.; M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Trusts*, 2012, p. 585 ss.; R. MARINO, M. CARMINATI, *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo*, in *Fallimento*, 2012, p. 633 ss.; F. MACARIO, *La nuova disciplina del sovraindebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili*, in *Contratti*, 2012, p. 229 ss.; M. FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovraindebitamento*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 449 ss.; G. BERSANI, *La composizione della crisi da sovraindebitamento per le imprese non fallibili nella l. n. 3/2012*, in *Fisco*, 2012, p. 1960 ss.

⁽¹⁴²⁾ Con riferimento alla tipizzazione degli strumenti in esame v. G. LO CASCIO, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2012, p. 1021 ss.; ID., *L'ennesima modifica alla legge sulla composizione della crisi da sovraindebitamento (l. 27 gennaio 2012, n. 3)*, *ivi*, 2013, p. 813 ss.; riguardo, in particolare, ai profili tributari, F. DAMI, *I profili fiscali della disciplina di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Rass. trib.*, 2013, p. 615 ss.; A.F. URICCHIO, *Gli aspetti fiscali nella procedura da sovraindebitamento*, in A. SARCINA (a cura di), *Il sovraindebitamento civile e del consumatore. Sistemi giuridici europei alla prova del dialogo*, cit., p. 197 ss.

⁽¹⁴³⁾ Con riferimento ai requisiti di fallibilità, deve oggi farsi riferimento a quanto statutato dall'art. 1 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (come modificato, da ultimo, ex art. 1 del d.lgs. n. 169/2007), il cui 2° comma sottolinea come non siano «soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori (...) i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila».

un atto inutilmente discriminatorio verso i soggetti non richiamati dal 1° comma dell'art. 1 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267. Nel “superare” quindi la mera normativa in materia d'impresa, e soprattutto nell'ottica di rinvenire strumenti manutentivi del contratto in situazioni d'indebitamento prive di apposita regolamentazione di promanazione legale, si è voluto introdurre nell'ordinamento – coerentemente con quanto emerso in seno al dibattito parlamentare relativo all'approvazione della legge citata – uno strumento di ristrutturazione debitoria che giungesse in aiuto di soggetti la poca coerenza sistematica della cui mancata anteriore contemplazione risultava sia di assoluta (imprese non fallibili) che di relativa evidenza (consumatori).

In particolare, con la normativa introdotta dalla citata l. n. 3/2012, così come modificata *ex art.* 18 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. “Decreto crescita-*bis*”, a sua volta convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221), si è inteso principalmente soddisfare l'esigenza di portare alla luce uno strumento che, in aggiunta ai consueti rimedi dell'autonomia negoziale, consentisse di affrontare in modo costruttivo le situazioni di sovraindebitamento derivante da eventi che prescindono, in via di principio, dalla volontà del privato, come ad esempio la perdita del lavoro, malattie, crisi della famiglia. Si è quindi provveduto, sulle orme della normativa già da tempo rinvenibile in altri ordinamenti europei, a prevedere e disciplinare sia le forme di composizione del sovraindebitamento, sia i requisiti soggettivi e oggettivi per la valida accessibilità a tali strumenti rimediali.

Partendo dal presupposto che vi sia una situazione di «sovraindebitamento», definito in termini di «*perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte*», che comporta la «*rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente*» (art. 6), il Capo Secondo della l. n. 3/2012 individua gli ambiti soggettivo ed oggettivo di applicabilità di tre procedure finalizzate alla esdebitazione programmata: *a)* accordo del debitore (art. 7, 1° comma): proponibile da parte di qualsiasi soggetto non fallibile (tra cui sono rinvenibili, quindi, imprese non fallibili, *startup* innovative ed imprese agricole⁽¹⁴⁴⁾),

⁽¹⁴⁴⁾ Per ciò che concerne le imprese agricole, in particolare, va ricordato come in via

compreso il consumatore persona fisica, ha ad oggetto sia la ristrutturazione debitoria che la soddisfazione creditoria alla luce di un piano approvato da una maggioranza qualificata di creditori, vincolante anche per i dissenzienti; *b*) piano del consumatore (art. 7, 1° comma-*bis*): riservato al debitore persona fisica che abbia assunto obbligazioni per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, prevede, analogamente all'accordo del debitore, la ristrutturazione debitoria e la soddisfazione creditoria a prescindere da un preventivo accordo con i creditori, con mera soggezione alla omologazione giudiziale (che garantisce a sua volta il bilanciamento dei contrapposti interessi e, pertanto, la tutela – più sostanziale che formale – del ceto creditorio); *c*) liquidazione del patrimonio (art. 14-*ter*), la quale può verificarsi in alternativa ovvero, in alcuni casi, conseguentemente ad entrambe le procedure citate.

Proponibile da parte della totalità dei debitori non fallibili: 1) consiste, in maniera simile a quanto accada con la liquidazione fallimentare, nella liquidazione della totalità dei beni del debitore, compresi i beni sopravvenuti nei successivi quattro anni, tranne quelli personali, ed è eseguita da un liquidatore a mezzo di procedure competitive; 2) prescinde, come per il piano del consumatore, da un accordo con i creditori, in quanto soggetto alla mera omologazione giudiziale.

Al fine di accedere a detti mezzi di risanamento della situazione debitoria è previsto, anzitutto, che vi sia meritevolezza dell'accesso al credito, ravvisa-

di principio le stesse debbano ritenersi sottratte alle procedure concorsuali di cui al r.d. n. 267/1942; tuttavia, *ex* art. 23, 43° comma del d.l. n. 98/2011, tali imprese sono comunque ammesse ad accedere anche all'accordo di ristrutturazione debitoria di cui all'art. 182-*bis*, nonché alla transazione fiscale di cui all'art. 182-*ter* l. fall. (cfr. AGENZIA DELLE ENTRATE, *Circ. n. 19/E* del 6 maggio 2015, in base a cui «Una posizione particolare attiene agli imprenditori agricoli i quali, se in stato di sovraindebitamento, possono proporre ai creditori un *accordo* di composizione della crisi ai sensi dell'articolo 7, comma 2-*bis*, della legge n. 3 del 2012 oppure, se “*in stato di crisi o di insolvenza*”, a mente dell'articolo 23, comma 43, del DL n. 98 del 2011 (...), possono accedere alla procedura degli accordi di ristrutturazione di cui all'articolo 182-*bis* della L.F. e alla transazione fiscale. In definitiva, l'imprenditore agricolo, anche se escluso dal fallimento a norma dell'articolo 1 della L.F., può alternativamente fruire della procedura di composizione della crisi in esame o degli accordi di ristrutturazione e della transazione fiscale»).

bile nella presenza contestuale di più requisiti: uno di tipo oggettivo, cioè a dire la sussistenza di esigenze particolarmente meritevoli di tutela giuridica documentate dall'attendibilità della documentazione allegata all'atto introduttivo delle procedure; altri requisiti, di tipo, di tipo soggettivo, costituiti da: *a)* diligenza, in capo al debitore, nell'assunzione delle obbligazioni che hanno poi portato alla situazione di eccessivo indebitamento: diligenza accettabile, in sostanza, alla luce di una ragionevole prospettiva di potenziale adempimento ad obbligazioni che a loro volta risultino, quindi, proporzionate alle capacità del debitore medesimo; *b)* accesso al credito non causato da colpa del debitore; *c)* mancanza di atti dispositivi del patrimonio posti in essere dal debitore in modo fraudolento⁽¹⁴⁵⁾.

Pur permanendo, ancora oggi, alcuni dubbi applicativi in ordine alla procedura adottanda con riferimento a soggetti sovraindebitati per debiti di varia natura (in parte di natura imprenditoriale/professionale, in parte di natura estranea a dette attività), comprese le ipotesi di "stratificazione debitoria", avvenuta nel tempo anche a seguito di cessazione d'impresa o di professione⁽¹⁴⁶⁾, l'elemento di distinzione fondamentale tra i mezzi possibili

⁽¹⁴⁵⁾ Così Trib. Milano, 18 novembre 2016, in *www.leggiditalia.it*, il quale sottolinea in proposito come «La disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento» appaia come strumento «in controtendenza rispetto alla scelte operate dal legislatore in materia di concordato preventivo, essendo il tribunale chiamato a più riprese e sotto diversi profili a verificare la meritevolezza del soggetto sovraindebitato», cioè trovando dimostrazione anche nella «previsione secondo cui l'O.C.C. deve indagare sulle cause dell'indebitamento, sulla diligenza del debitore nell'assunzione delle obbligazioni, sulle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere alle obbligazioni assunte, sull'attendibilità della documentazione allegata all'atto introduttivo delle procedure, sulla solvibilità del debitore negli ultimi cinque anni e dunque, in sintesi, sulla condotta tenuta dal debitore nel periodo antecedente l'accesso alla procedura».

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr., in proposito, la recente Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Foro it.*, 2016, V, 1, c. 1804, in *Giur. it.*, 2016, p. 817, con nota di A. CAPOCETTI, *La nozione di "consumatore" nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 989, con nota di F. TRIBIANI, *Gli angusti orizzonti della nozione di consumatore nella disciplina della crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2016, p. 661, con nota di F. PASQUARIELLO, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato*, nonché in *Dir. fall.*, 2016, p. 1257, con nota di F. CERRI, *La Suprema Corte definisce la nozione di consumatore nella composizione della crisi da sovraindebitamento*, ove si sottolinea che «La nozione di consumatore di cui alla l. 27 gennaio 2012, n. 3, secondo la quale deve ritenersi tale esclusivamente il debitore persona fisica che abbia contratto obbligazioni per far

è rinvenibile nella particolare rilevanza rivestita, dalle cause d'indebitamento

fronte ad esigenze personali o familiari o comunque derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità, non esclude coloro che esercitino o abbiano esercitato attività di impresa o professionale, dal momento che l'art. 6, 2° comma, lett. *b*, esige solo che nella sua insolvenza finale non compaiano obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette attività ovvero che esse non risultino più attuali. Al fine dell'accesso ai benefici di cui alla l. n. 3 del 2012 deve, pertanto, considerarsi consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni (non soddisfatte al momento della proposta di piano) per far fronte alle predette esigenze, salvo gli eventuali debiti di cui all'art. 7, 1° comma, terzo periodo (costituenti risorse proprie dell'Unione europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che sono da pagare in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui all'art. 12-*bis*, 3° comma, l. n. 3 del 2012». In ordine alla nozione di consumatore rilevante per accedere ai benefici di cui alla l. n. 3/2012, pertanto si stabilisce che «Proprio con tale disciplina, il nostro ordinamento ha (...) riunificato la composizione delle situazioni d'insolvenza attorno ad un criterio d'ispirazione concorsuale e, per quanto in contesti organizzativi frammentati soggettivamente e dunque in una pluralità di procedure, mediante una diversa connotazione relazionale con la giurisdizione *lato sensu* esecutiva. Nella versione più basilica di tale allestimento procedurale dei debiti, la nozione di consumatore – tra le altre, invece e per lo più definite in negativo, per la sottrazione alla concorsualità comune – quale posta nel nuovo art. 6, 2° comma, lett. *b*, risulta pacificamente più specifica di quella di cui all'art. 3, 1° comma, lett. *d* del Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), dato che essa esige che i debiti della “persona fisica” derivino “esclusivamente” (e non più prevalentemente, come nel d.l. n. 212 del 2011, art. 1, 2° comma, lett. *b*, per il quale rilevava il sovraindebitamento dovuto prevalentemente all'inadempimento di obbligazioni contratte dal consumatore, come definito dal Codice del consumo) da atti compiuti “per scopi estranei all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta”. Si tratta di una definizione che fa leva su elementi dinamici e in apparenza di tipo soggettivo complesso, poiché essa – pur dovendosi adattare al riferimento positivo alla persona fisica, e dunque escludendo persone giuridiche ed enti, comunque strutturati – non censisce in realtà solo l'organizzazione del debitore (secondo il quesito di chi sia o sia stato consumatore), o comunque non lo fa in modo assoluto, ma si dà carico di inquadrarla in termini innanzitutto utili alla procedura in esame (e ai suoi scopi), in ragione di una peculiare scelta pratica di meritevolezza della composizione finale, nello schema del concorso, della massa passiva. Le obbligazioni assunte esclusivamente per scopi estranei all'attività d'impresa o professionale, a propria volta, costituiscono un limite relativo: pur prestandosi l'impianto ad una lettura non univoca, ai fini della l. n. 3 del 2012, consumatore potrebbe infatti in astratto anche essere un imprenditore (che rientri, per ragioni di coerenza rispetto al collegamento tipologico in negativo rispetto ai requisiti del r.d. n. 267 del 1942, e di quelli speciali dedicati all'imprenditore commerciale, all'interno delle soglie dimensionali del sistema concorsuale minore in oggetto e per le regole temporali di accesso ivi previste) ovvero un professionista (non importa se ordinistico o meno), come si ricava dalla previsione di eventualità dell'esercizio di simile attività tratteggiata nel cit. art. 6».

e dalla diligenza debitoria, nel solo caso dell'esame della proposta di piano del consumatore (cfr. art. 6, 3° comma-*bis*, l. n. 3/2012, in base a cui, nell'individuare il contenuto della relazione predisposta dall'organismo di composizione della crisi, da allegarsi alla proposta di piano del consumatore, è necessaria l'illustrazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere volontariamente le obbligazioni), approfondimento non richiesto, al contrario, nella formulazione della proposta di accordo con i creditori riguardo ad obbligazioni non soddisfatte da imprenditore non fallibile (cfr. art. 6, 1° e 2° comma, l. n. 3/2012).

In generale si tratta, quindi, di un piano del consumatore, ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti civili, entrambi finalizzati a conseguire, nel contempo, sia una moratoria di azioni esecutive che una ripartizione-programmazione dei crediti da soddisfare, e ciò anche a mezzo dell'operato di organismi qualificati, iscritti in appositi albi. Vi è poi, in un'ottica di comunicabilità con detti rimedi compositivi del sovraindebitamento, la previsione e disciplina della procedura di liquidazione dei beni del consumatore, affidata ad un soggetto terzo che, denominato "gestore", connota la fase liquidatoria di elementi di concettuale vicinanza con *trust* ed affidamento fiduciario.

Va osservato come, essendo la finalità della normativa in parola di rendere possibile ai soggetti insolventi di rivestire nuovamente un attivo ruolo economico a mezzo della eliminazione programmata del sovraindebitamento può dirsi come si tratti, in sostanza, di una novità assoluta nell'ordinamento: può infatti ora gestirsi, mediante un procedimento di estinzione controllata in sede giudiziale, le obbligazioni del soggetto sovraindebitato non fallibile, quando prima era ravvisabile una mera suddivisione della categoria debitoria in due situazioni fondamentali: *a)* imprenditori commerciali medio-grandi, la cui crisi è sottoponibile al meccanismo fallimentare; *b)* altri soggetti, per i quali non era rinvenibile alcuna soluzione in assenza del consenso della totalità dei creditori.

Per sovraindebitamento s'intende, in accordo con l'art. 6, 2° comma, lett. *a)* della l. n. 3/2012, «la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente»: è rinvenibile, in

tale definizione, il requisito oggettivo della fattispecie in esame, cioè a dire, in via principale, uno squilibrio di tipo strutturale tra obbligazioni assunte e patrimonio del debitore, sostanziantesi nella incapacienza dei beni rispetto al ripianamento, anche in un arco temporale medio-lungo, delle passività. Pertanto, mentre per ciò che concerne l'imprenditore fallibile è fatto riferimento, dalla normativa per l'appunto fallimentare, al criterio dell'insolvenza intesa in senso dinamico, cioè a dire l'incapacità del debitore di affrontare, attraverso la propria attività, le obbligazioni assunte, la l. n. 3/2012 si riferisce piuttosto ad una idea d'incapacità "statica", riferita al patrimonio del debitore-consumatore presente al momento dell'istanza di accesso all'esdebitamento programmato.

Quanto al profilo causale, in accordo con parte della dottrina si ritiene come gli strumenti in esame siano annoverabili in termini di mezzi di rinegoziazione contrattuale⁽¹⁴⁷⁾. Come è stato correttamente osservato, infatti, nel diritto delle obbligazioni non è previsto il ricorso a rimedi manutentivi del rapporto obbligatorio con specifico riguardo al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore, piuttosto rinvenendosi, in ossequio al ruolo centrale dal legislatore attribuito alla tutela delle ragioni creditorie, il mero apprestamento, in caso di pericolo nel conseguimento della prestazione, strumenti di rafforzamento di tutela, ovvero di apertura a forme di autotutela, in capo al soggetto creditore⁽¹⁴⁸⁾.

Di talché, può ravvisarsi come nell'ottica della l. n. 3/2012 il dissesto patrimoniale del debitore crei i presupposti per l'apprestamento di innovativi strumenti di conservazione contrattuale, contraddistinti dal superamento del classico e rigido schematismo di contrapposizione tra adempimento e inadempimento⁽¹⁴⁹⁾, e dall'accoglimento di comportamenti, tradizionalmente letti in termini di mero inadempimento (ad es., ritardo e adempimento

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1088 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ V. P. RESCIGNO, v. *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 174.

⁽¹⁴⁹⁾ E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, cit., p. 1090 ss.

inesatto) alla stregua, oggi, di possibili modalità esecutive della prestazione dedotta in contratto⁽¹⁵⁰⁾. È possibile parlare, pertanto, di accordo di secondo grado finalizzato a soddisfare sia l'interesse del debitore all'esdebitamento che l'interesse, del creditore, a soddisfare il proprio credito anche se in forme, tempi e misure differenti da quelli originariamente stabiliti, anche in ossequio ai principi di buona fede esecutiva e di solidarietà.

Per ciò che concerne, inoltre, la meritevolezza di tutela giuridica dei mezzi di ripianamento debitorio in esame, può farsi riferimento sia agli interessi dei soggetti coinvolti che alle fattispecie in sé considerate.

Quanto agli interessi dei soggetti coinvolti può sottolinearsi anzitutto come, seppure a fronte della nota preminenza assegnata, dal diritto delle obbligazioni, all'interesse creditorio, il legislatore non abbia incontrato ostacoli nel giungere ad attribuire il giusto rilievo anche agli interessi riferibili a parte debitoria: parte della dottrina, in proposito, sostiene come la l. n. 3/2012 abbia infatti apportato rilevanti innovazioni proprio in ordine all'interesse creditorio all'adempimento⁽¹⁵¹⁾, evidenziando come il soggetto eccessivamente indebitato, potendo oggi mirare al raggiungimento di un accordo con una porzione qualificata di creditori ovvero, ove specificamente consumatore, sottoporre direttamente al giudice un piano di complessiva ristrutturazione della propria situazione debitoria, arricchisca di contenuto gli interessi potenzialmente esprimibili nel rapporto obbligatorio. Viene in tal modo collocato, sul medesimo piano dell'interesse alla soddisfazione del credito e dell'interesse alla liberazione dal vincolo, l'interesse del sovraindebitato a ricomporre la propria esposizione debitoria⁽¹⁵²⁾, anche evitando di

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, p. 169.

⁽¹⁵¹⁾ E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, p. 209 ss.

⁽¹⁵²⁾ In questi termini E. PELLECCIA, *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1132, la quale sottolinea come con la l. n. 3/2012 «da costellazione di interessi che possono trovare espressione nel rapporto obbligatorio si arricchisce», venendo ora ad accostarsi, agli interessi «del creditore (presidiato dalla responsabilità per inadempimento, dalla garanzia patrimoniale generica e dalle procedure esecutive)» e del debitore ad essere liberato, nell'ipotesi in cui «abbia offerto una prestazione esatta rifiutata

subire procedure esecutive espropriative suscettibili, per loro stessa natura, di causare alle parti coinvolte maggiori danni – sia in termini di tempo che economici –, rispetto ai valori del debito originario⁽¹⁵³⁾. Anche il soddisfacimento degli interessi di parte creditoria avverrà così, di volta in volta, in maniera integrale seppure dilazionata o rateizzata, ovvero ridotta, ma andando a garantirsi, in ogni caso, tempi maggiormente stretti e certi rispetto a quelli, per loro natura poco prevedibili, di un'azione esecutiva.

L'accesso al credito da parte del debitore nasce, perciò, dal bilanciamento con il diritto soggettivo del creditore, il quale, proprio nell'interesse legittimo del debitore alla “ristrutturazione debitoria”, rinviene un limite esterno, sfociante in una consequenziale riduzione delle possibilità di effettuare scelte, cioè a dire non solo mantenendo un comportamento formalmente corretto, bensì anche sostanzialmente congruo rispetto ai bisogni di controparte, ora in situazione di particolare difficoltà economica. Dalla comparazione tra i contrapposti interessi delle parti coinvolte potrà di volta in volta formularsi un giudizio di prevalenza, il cui esito potrà alternativamente manifestarsi in termini di necessaria riconduzione dell'esercizio del credito su di un piano di “incontro” rispetto alle legittime esigenze di parte debitoria, ovvero di legittimo sacrificio degli interessi di quest'ultima.

In ordine alla legittimità dei motivi di parte debitoria, dovrà aversi riguardo anche alla concreta realizzabilità del piano, illustrata da apposita relazione

senza motivo legittimo (tutelato tramite la mora del creditore)», quello del soggetto sovraindebitato a ricomporre lo stato di eccessivo indebitamento; ma v. anche ID., *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 209 ss. Tale impostazione trova seguito in F. DI MARZIO, v. *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir., Ann.*, VI, Milano, 2013, p. 812, nonché da A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, p. 38.

⁽¹⁵³⁾ La rilevanza dell'interesse di parte debitoria si trova acclarata, di recente, anche ex art. 13, 1° comma, lett. a) del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, ove si dispone come all'art. 480, 2° comma c.p.c. debba aggiungersi il seguente periodo: «Il precepto deve altresì contenere l'avvertimento che il debitore può, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal giudice, porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore».

tecnica redatta, su base di dati contabili debitamente riscontrati, dall'organismo di composizione della crisi. È con tale relazione, infatti, che viene formalmente espressa una valutazione sia di fattibilità del piano che in ordine alle effettive capacità, del debitore, di onorarne la realizzazione, di talché: *a)* viene ad essere assolta una fondamentale funzione prodromica all'esercizio dei poteri di controllo, del tribunale, in sede di omologazione; *b)* vengono forniti, al ceto creditorio, dati necessari ad una valutazione riguardante la convenienza o meno della proposta compositiva dello stato di sovraindebitamento.

Quanto, infine, alla meritevolezza giuridica delle fattispecie oggettivamente considerate, può prospettarsi l'ormai inveterata questione riguardante l'alternativa tra ravvisabilità della meritevolezza nella mera non contrarietà del negozio ai presupposti di causa lecita di cui all'art. 1343 c.c., nella non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, ovvero nel perseguimento di un interesse che travalichi la mera individualità dei soggetti e sia complanare, quindi, alla utilità pubblica.

Con riferimento alla l. n. 3/2012, sembra opportuno intendere la valutazione di meritevolezza in termini di bilanciamento di valori e, in particolare, di preminenza di quelli costituzionalmente garantiti, di talché potrà ritenersi meritevole di tutela l'interesse perseguito dal debitore in sede di esdebitazione, ove risulti sia complanare che, in quel dato momento – nonché in base ad un principio di bilanciamento d'impronta costituzionale –, prevalente rispetto alla categoria degli interessi creditori⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ Tra le possibili esigenze garantite a livello costituzionale alla base della posposizione del soddisfacimento della pretesa creditoria vi possono essere, ad esempio, l'accesso al credito del debitore per cause promananti dalla difficoltà economica propria del momento della perdita del lavoro, dalla esigenza di affrontare impreviste spese per cure mediche, nonché per i bisogni della famiglia.

VINCENZO PASQUINO ^(*)

SMART CONTRACTS:
CARATTERISTICHE, VANTAGGI E PROBLEMATICHE

ABSTRACT: The essay – starting from the basic definition of cryptocurrency and from the history of the software called Bitcoin, seen as the first worldwide payment system that works without a Central Bank – analyses the blockchain technology, the current use of this peer-to-peer system, his positives and downsides and describes a probable future use of it: the smart contracts, which could have a major impact on the world of traditional contracts and the world of trade in general.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le criptovalute. – 3. La *blockchain*. – 4. Gli *smart contracts*.

1. — *Introduzione.*

Questo lavoro si propone di analizzare in via generale e sperimentale i profili giuridicamente rilevanti della tecnologia *blockchain*, base del software Bitcoin, e di uno dei suoi possibili utilizzi concreti: gli *smart contracts*. Tale tecnologia potrebbe essere in grado di influire in maniera netta sulle modalità future di raggiungimento di accordi tra privati.

Prima di procedere ad un'analisi specifica su tali strumenti di automazione contrattuale risulta essere utile, ai fini di una maggiore comprensibilità, una breve introduzione riguardante le criptovalute, sorte in seguito all'utilizzo della *blockchain* e, di conseguenza, strettamente correlate all'argomento in esame.

2. — *Le criptovalute.*

A partire dagli inizi del 2009, anno di lancio del software Bitcoin da parte

^(*) Università degli Studi di Perugia.

dell'enigmatica figura di Satoshi Nakamoto, le monete virtuali hanno avuto una notevole e costante diffusione nel tempo, arrivando ad essere conosciute, ed in parte utilizzate, a livello mondiale.

Il software Bitcoin, nello specifico, si è dimostrato in grado di offrire un'alternativa ai tradizionali canali di pagamento elettronico⁽¹⁾. Esso permette di registrare e trasferire bitcoin, ovvero una moneta digitale generata dal programma e non correlata a fattori esterni, quali, per esempio, le politiche monetarie⁽²⁾.

Altra caratteristica fondamentale, per quanto riguarda i bitcoin, le altre criptovalute e, come si vedrà, per la tecnologia "blockchain", è la totale assenza di terze parti intermediarie nel processo di scambio, che quindi vede coinvolti solo i soggetti prettamente interessati all'operazione.

Occorre precisare che, seppure esistano una moltitudine di monete virtuali differenti, tutte presentano alcune caratteristiche comuni. Esse sono create da un emittente privato attraverso software appositi, possono essere acquistate con operazioni tecnicamente irreversibili in cambio di denaro "reale", ma non sono fisicamente detenute dall'acquirente, che, nella maggior parte dei casi, rimane anonimo⁽³⁾.

La grande diversità di utilizzo delle diverse monete virtuali ha reso necessario, nel 2012, un tentativo di classificazione da parte della Banca Centrale Europea, che, con la relazione *Virtual Currency Schemes* ha proposto tre categorie differenti:

- *closed virtual currency schemes* (modello di moneta virtuale chiusa): in questo caso non c'è connessione con l'economia "reale". Questo modello è spesso definito come "*in-game only*": il soggetto interessato, nella maggior parte dei casi, guadagna monete virtuali in base alle proprie

⁽¹⁾ S. NAKAMOTO (pseudonimo), *Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System*, 2008, in bitcoin.org/bitcoin.pdf.

⁽²⁾ P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 107 ss.

⁽³⁾ R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento della disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. informaz. e informatica*, II, 1, febbraio 2017, p. 28.

prestazioni online, spendendole, in seguito, all'interno della stessa piattaforma virtuale senza la possibilità di sfruttarle in maniera diversa da quella prevista;

- *virtual currency schemes with unidirectional flow* (modello di moneta virtuale unidirezionale): è possibile usare la valuta reale per acquistare moneta virtuale (per esempio i *Facebook Credits*). Quest'ultima, però, una volta acquistata non può più essere riconvertita;
- *virtual currency schemes with bidirectional flow* (modello di moneta virtuale bidirezionale): tale categoria comprende le monete virtuali totalmente convertibili, acquistabili e cedibili secondo tassi di cambio ufficiali⁽⁴⁾.

Da un punto di vista prettamente giuridico, la definizione e la qualificazione delle criptovalute appare controversa. L'elevata elasticità di Bitcoin, infatti, pone la dottrina di fronte all'impossibilità di fornire una definizione statica, che cristallizzi la materia. Una nozione inadeguata rischierebbe di limitarne lo sviluppo, sopprimendo le potenzialità positive che le monete virtuali, insieme alla tecnologia *blockchain*, potrebbero apportare. Un inquadramento giuridico, però, appare necessario per garantire la non pericolosità delle stesse verso il sistema finanziario⁽⁵⁾. La dottrina non è concorde riguardo la classificazione della fattispecie in esame quale bene giuridico *ex art.* 810 c.c. Se, infatti, da una parte si potrebbe far rientrare il bitcoin nell'ampia categoria di bene immateriale, dall'altra l'attribuzione di diritti di esclusiva su tali beni è guidata da un principio di stretta tipicità⁽⁶⁾.

La soluzione che pare essere più convincente colloca le monete virtuali all'interno dell'ampia categoria degli strumenti finanziari. A sostegno di ciò si è espresso il Tribunale di Verona che, nella sentenza n. 195 del 24 gennaio 2017, ha affermato che: «I *bitcoin* rappresentano uno strumento finanziario costituito da una moneta che può essere coniata da qualsiasi utente ed è

⁽⁴⁾ Relazione BCE *Virtual Currency Schemes*, ottobre 2012, in <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>.

⁽⁵⁾ R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento della disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, cit., p. 29.

⁽⁶⁾ O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 422.

sfruttabile per compiere transizioni...»⁽⁷⁾. Tale definizione, comunque, lascia aperta la possibilità di inquadrare le criptovalute sia come moneta privata o complementare, sia come vero e proprio prodotto finanziario. Si rende necessario, in conclusione, sottolineare come il bitcoin sia, in realtà, idoneo a presentare le caratteristiche tipiche di molteplici categorie giuridiche e, allo stesso tempo, a seconda del contesto di riferimento, a distaccarsi da esse. La soluzione potrebbe risiedere, di conseguenza, nell'adottare un approccio asistemico, che guardi la funzione concreta che il bitcoin svolge nei rapporti che, di volta in volta, vengono presi in esame⁽⁸⁾.

3. — *La Blockchain.*

La tecnologia che sta alla base del software Bitcoin è la *blockchain*. Essa risponde all'esigenza primaria di evitare il *double-spending*. Tale fenomeno consiste nell'impiegare gli stessi fondi virtuali, di trasferimento in trasferimento, infinite volte, alla stregua di un normale documento elettronico. Se ciò fosse possibile crollerebbe l'intero sistema delle criptovalute. Di conseguenza, attraverso lo sfruttamento della tecnologia basata sul *peer-to-peer*⁽⁹⁾, tramite una rete a nodi, è stato creato un sistema di scrittura strutturato a blocchi e crittografato: la *blockchain*. La tecnologia *peer-to-peer* garantisce un elevato grado di sicurezza basato sulla decentralizzazione. I dati contenuti in questo "registro digitale", infatti, non sono conservati in un unico server o in un unico spazio di archiviazione, essi sono contemporaneamente presenti su tutti i computer connessi alla rete. Ciò garantisce un'inviolabilità della *blockchain* pressoché totale. Altra caratteristica tipica, oltre la decentralizzazione dei dati, è il sistema di scrittura a blocchi. Questo sistema consente un continuo aggiornamento del database, che aggiunge le infor-

⁽⁷⁾ Trib. Verona, 24 gennaio 2017, n. 195, consultabile in www.dirittobancario.it.

⁽⁸⁾ C. TATOZZI, *Bitcoin: natura giuridica e disciplina applicabile al contratto di cambio in valuta avente corso legale*, in *Ridare.it*, 9 agosto 2017.

⁽⁹⁾ Ovvero un'architettura in cui tutti i computer connessi svolgono la funzione sia di client che di server.

mazioni di tutti i trasferimenti di moneta digitale – o di ogni altro tipo di dato che si voglia inserire in tale registro- ai precedenti, creando un insieme di “strati” di informazioni. Ciò consente di monitorare ogni singolo blocco autorizzato, impedendo che lo stesso si ripeta e, allo stesso tempo, mantenendo i dati sensibili anonimi.

Affinché un blocco di operazioni venga autorizzato è necessario che la maggioranza degli utenti del network si esprima favorevolmente riguardo la legittimità della versione aggiornata della *blockchain*, che viene fatta circolare dai nodi che decrittano, attraverso la potenza di calcolo delle loro macchine, il blocco di operazioni. Non tutti gli utenti, ovviamente, sono inclusi nel “procedimento del consenso”. Esistono degli utenti qualificati, chiamati *miners*, che mettono a disposizione del meccanismo il potere di calcolo dei loro dispositivi ottenendo, in cambio, l’assegnazione di nuovi bitocin (generati, o meglio estratti, dall’algoritmo⁽¹⁰⁾).

I trasferimenti di moneta virtuale autorizzati e, di conseguenza, registrati sulla *blockchain*, godono di certezza, immutabilità ed unicità⁽¹¹⁾.

4. — *Gli smart contracts.*

La tecnologia *blockchain*, nonostante la recente origine, dimostra delle potenzialità che vanno ben oltre il “semplice” utilizzo come base per i software delle criptovalute. Se, infatti, questo può essere considerato un utilizzo tipico, si sta assistendo ad un superamento dello stesso a favore di un uso più vasto e, di conseguenza, potenzialmente problematico di questo registro digitale.

In tempi estremamente recenti, infatti, è stato ripreso un termine rimasto, fino ad oggi, semplicemente teorico: *smart contract*.

⁽¹⁰⁾ La serie di calcoli necessaria a risolvere il blocco di operazioni

⁽¹¹⁾ P. CUCCURU, *Blockchain ed Automazione Contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, cit., p. 107.

Gli *smart contracts* combinano dei protocolli informatici con le interfacce utente per formalizzare e rendere sicuri degli accordi tramite una rete⁽¹²⁾.

Sono, in altre parole, degli strumenti che, utilizzando la tecnologia *blockchain*, sono in grado di registrare delle informazioni e, al verificarsi di particolari condizioni precedentemente stabilite, eseguire dei termini senza l'intervento di terzi intermediari.

Appare logico pensare che la *blockchain*, in grado di registrare qualsiasi tipo di informazione con un elevato grado di sicurezza, si presti particolarmente allo sviluppo di questi particolari strumenti che, anche in senso non prettamente giuridico, sono dei canali per la conclusione di accordi.

Essi presentano delle caratteristiche tipiche:

- si presentano in forma digitale;
- sono composti da un insieme di codici crittografici, che svolgono la funzione di “clausole contrattuali” (es. al verificarsi della condizione x si esegue il termine y);
- sono irrevocabili: essendo l'esecuzione del contratto completamente automatica e gestita dal software è impossibile, una volta sottoscritto e avviato, modificare lo *smart contract*.

Il vero vantaggio di formalizzare ed eseguire degli accordi con questa modalità risulta essere il pressoché totale azzeramento dei rischi di inadempimento contrattuale. Lo *smart contract*, infatti, una volta avviato, non è influenzabile e viene eseguito automaticamente al compimento delle condizioni in esso insite.

Una differenza sostanziale con il contratto tradizionale, infatti, è rappresentata dal non affidare la vincolatività dell'accordo ad una fonte normativa esterna. Nei contratti tradizionali, esiste comunque la possibilità delle parti di scegliere se rispettare gli accordi o sopportare il peso delle conseguenze legali derivanti dal proprio inadempimento⁽¹³⁾. L'accordo inserito in una *blockchain*, al

⁽¹²⁾ N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, vol. 2, n. 9, 1° settembre 1997, in <http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>.

⁽¹³⁾ C.J. GOETZ, R.E. SCOTT, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, in *Columbia Law Review*, vol. 77, 1977, pp. 554-558.

contrario, non lascia spazio alla volontaria violazione delle condizioni stabilite. La garanzia di esecuzione dei rapporti deriva direttamente dal *code layer* nel quale essi si verificano⁽¹⁴⁾. Questo fenomeno causa un'inevitabile compressione della libertà di agire delle parti, che sono spinte verso l'adempimento.

Se la tecnologia degli *smart contracts* presenta dei possibili vantaggi in grado di migliorare e far progredire il mondo degli accordi, specialmente quelli a distanza, essa non è però esente da problematiche di non secondaria importanza.

Si pensi, per esempio, alla necessità che siano presenti, in un contratto, i requisiti essenziali previsti dall'articolo 1325 c.c. Tali elementi potrebbero essere di difficile individuazione all'interno di un contratto presente in una *blockchain*, in quanto si presenterebbe sotto forma di codice crittografico.

Riguardo alla forma, poi, dovrebbe essere considerato il rapporto tra gli *smart contracts* e le disposizioni di legge relative alla necessità della forma scritta *ad substantiam* o per garantire particolari garanzie. La questione è se un contratto così programmato possa essere idoneo a rispettare tali disposizioni legali, venendo così equiparato a tutti gli effetti ad un contratto avente forma scritta *ad substantiam*. Tale problematica, secondo il parere del sottoscritto, appare facilmente superabile. Un contratto definito secondo codice crittografico e inserito in una *blockchain* che, come già specificato, fornisce al proprio contenuto i requisiti di immutabilità, certezza e unicità, appare idoneo a garantire le stesse se non maggiori garanzie di un contratto tradizionale che prevede la forma scritta. Si tratterebbe, in altre parole, di un contratto scritto non in lingua corrente ma in linguaggio macchina. Per avvicinare tale metodo di scrittura al linguaggio "comune", alcune società, chiamate *smart contracts solution providers*, hanno sviluppato il c.d. "*split*" *contracting model*, che riprende alcuni aspetti dei contratti ibridi, leggibili sia da persone fisiche che da un software (i *Ricardian Contracts*). Lo "*split*" *contracting model*, similmente, collega in maniera indissolubile un contratto in forma scritta all'architettura tipica degli *smart contracts*⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ P. CUCCURU, *Blockchain ed Automazione Contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, loc. ult. cit.

⁽¹⁵⁾ D. DI MAIO, G. RINALDI, *Blockchain e la rivoluzione legale degli smart contracts*, in <http://www.dirittobancario.it/news/contratti/blockchain-e-la-rivoluzione-legale-degli-smart-contracts>.

Tale metodo contribuirebbe, senza dubbio, a limitare la barriera causata dall'utilizzo di linguaggi diversi pur non eliminandola del tutto. Soggetti privi di un'adeguata preparazione tecnica potrebbero, infatti, incorrere in serie difficoltà nel predisporre e valutare appieno le clausole contrattuali espresse in codice. Sembra opportuno ricordare, inoltre, l'impossibilità di correggere un qualsiasi errore una volta inserita l'istruzione all'interno della blockchain. Ci si trova nella paradossale situazione in cui una tecnologia nata per facilitare gli accordi tra le parti, evitando il rischio di inadempimento e snellendo la procedura - dal momento in cui essa non dipende dalla presenza di intermediari terzi - risulta essere di difficile applicazione, se non tramite il ricorso ad esperti del settore informatico.

Tale intervento terzo, di conseguenza, inserisce nella procedura di creazione dello *smart contract* un grado di imprevedibilità "umana" che lo riavvicina inesorabilmente al contratto tradizionale. Nella fase di creazione - o meglio di trasposizione di esigenze delle parti in codice crittografato - si potrebbe, infatti, verificare un'incomprensione tra soggetto ed intermediario, che tenderebbe a semplificare le istruzioni giuridiche impartitegli per facilitarne l'esecuzione da parte di un sistema informatico⁽¹⁶⁾.

Altro aspetto di estrema rilevanza per uno studio circa l'utilizzo degli *smart contracts* in ambito di accordi aventi rilevanza giuridica è, senza dubbio, quello della decentralizzazione. Essa è una caratteristica tipica della *blockchain*. Maggiore è il grado di apertura, e quindi di dispersività delle informazioni, tanto il registro informatico risulta essere non modificabile. Una delle problematiche di maggior rilievo che sorge in materia di *smart contracts* è, per l'appunto, che risulterebbero impossibili anche le modifiche legittime alle condizioni programmate e successivamente lanciate nella *blockchain*.

Tale rigidità strutturale costituirebbe un serio limite anche per gli eventuali interventi legittimi di autorità pubbliche - garanti del rispetto di scelte politiche e legislative - e per l'applicazione di istituti tipici del diritto contrattuale, quali, per esempio, quello della nullità o del recesso.

⁽¹⁶⁾ D.K. CITRON, *Technological Due Process*, in *Washington University Law Review*, vol. 85, 2008, p. 1249, secondo cui «Programmers may be tempted to write code employing a simplified three-month rule, leaving out the complicated and arguably confusing exceptions».

Una parte di dottrina prende in considerazione, come possibile soluzione, una sorta di ibridazione delle piattaforme decentralizzate. Si creerebbero delle *blockchain* private, dette *permissioned*, che consentirebbero di restringere l'accesso degli utenti attraverso un'identificazione e di pre-selezionare i nodi che autorizzano le operazioni. In questo modo, secondo tale dottrina, si creerebbe, attraverso questi nodi identificabili, un punto di contatto tra sistema giuridico e sistema informatico, in quanto le decisioni giudiziali e le istanze tra le parti avrebbero dei destinatari concreti⁽¹⁷⁾. Di contro, però, andrebbe considerato il fatto che i principali vantaggi derivanti dall'utilizzo della *blockchain*, e di conseguenza degli *smart contracts*, risiedono proprio nella caratteristica della decentralizzazione e automazione di dati.

A prescindere dal metodo utilizzato, infatti, consentire a dei terzi – seppur autorizzati – una “intrusione”, renderebbe il processo di automazione contrattuale macchinoso e con un “grado di imprevedibilità” più alto. Verrebbero a mancare le caratteristiche tipiche della non modificabilità, dell'irrevocabilità, della certezza dell'adempimento e, in parte, dell'automazione stessa del contratto, rendendo questa tipologia di accordo probabilmente più complessa rispetto alla stipula di un contratto tradizionale.

In conclusione, gli *smart contracts* rappresentano, indubbiamente, una tecnologia con un altissimo potenziale d'utilizzo, a patto che vengano accettati pacificamente come strumenti idonei a rappresentare in maniera completa la volontà delle parti. Tale accettazione avverrà, presumibilmente, solo una volta raggiunta una regolamentazione o, quantomeno, una regolarizzazione in grado di offrire delle garanzie agli utenti fruitori di tale servizio. Appare necessario, di conseguenza, un bilanciamento di interessi tra i vantaggi derivanti dalla non regolamentazione stessa e le esigenze di “sicurezza” richieste per un utilizzo su larga scala. Creare delle piattaforme ad accesso ristretto potrebbe sicuramente alleggerire la problematica, senza però poter impedire la diffusione di *blockchain* a nodi anonimi e, di conseguenza, di accordi e contratti stipulati tra privati e non suscettibili di modifiche e controlli.

⁽¹⁷⁾ P. CUCCURU, *Blockchain ed Automazione Contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, cit., loc. ult. cit.

Antonio Palazzo e il positivismo degli interessi nel XXI Secolo.

[ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, STEFANIA STEFANELLI (*)]

SOMMARIO: 1. Storicità e positivismo degli interessi. – 2. Lo *status* come strumento di tutela della persona. – 3. Causa e tipo nella teoria dell'interesse giuridicamente rilevante. – 4. Atti *mortis causa* e *inter vivos* per la regolazione degli assetti successori. – 5. Principio costituzionale di eguaglianza sostanziale e superamento della lotta di classe.

1. In occasione dell'ottantesimo compleanno del Professore Antonio Palazzo⁽¹⁾, *Editor in Chief* della *Rivista*, celebrato con una serie di eventi scientifici di alto spessore⁽²⁾, è convenevole ricordarNe il contributo nello sviluppo delle scienze umane, non solo in ambito giuridico. I Suoi scritti Ne rivelano tutta l'importanza, come studioso ed ermeneuta, che si pone come baluardo al “decostruzionismo” di Derrida e di Kennedy, e al “pensiero debole” di Vattimo⁽³⁾.

(*) Università degli Studi di Perugia.

(1) Antonio Palazzo (Palermo, 1937), Accademico dei Giusprivatisti Europei, ha insegnato nell'Università, presso la Scuola Superiore per Laureati in Giurisprudenza, Diritto agrario, Diritto civile, Diritto commerciale, Diritto delle successioni, Diritto ecclesiastico, Diritto del lavoro, Istituzioni di diritto privato. È Autore di oltre centocinquanta saggi (di cui circa trenta a carattere monografico) in materia giuridica, sulla dottrina sociale cattolica e di bioetica.

(2) Ricordiamo, in particolare, le giornate di studio su “Status personae e diritti fondamentali”, svoltesi nell'ambito del progetto “Eurostatus” coordinato dal Prof. Antonio Bartolini, e su “Genetic Information and Individual Rights”, organizzate in seno al Centro di eccellenza “Rights and Science” dell'Università degli Studi di Perugia coordinato dal Prof. Roberto Cippitani, che hanno visto la partecipazione di illustri Studiosi italiani, europei ed extraeuropei, provenienti dalle Università di Perugia, Torino, Complutense di Madrid, Regensburg, Granada, Bournemouth, Brighton, Buenos Aires, dalla Sveuciliste Josipa Jura Strossmayera u Osijeku, nonché dal CNR.

(3) Cfr. A. PALAZZO, *Sintesi conclusiva e saluto*, in ID. (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 499 ss., ove le critiche al pensiero dei richiamati

L'attività scientifica del Professore Palazzo si esplica essenzialmente in due direzioni fondamentali: *a)* studi di diritto civile patrimoniale e non patrimoniale, con approfondimenti sulla bioetica e sul biodiritto; *b)* studi di diritto del lavoro e sulla dottrina sociale della Chiesa.

Entrambe sono dominate da un comune denominatore, rappresentato dall'attenzione allo sviluppo della persona umana: detto comune denominatore fonda le sue radici nella storicità delle regole giuridiche, che, sotto forma di "permanenze" del diritto, giungono sino a noi in veste di situazioni giuridiche soggettive, e come tali vengono tutelate dall'ordinamento. In questo senso, nell'ottica del Professore Palazzo, il positivismo giuridico si pone non più come positivismo delle "regole", né di "principi" astratti, ma come positivismo degli "interessi" giuridicamente rilevanti, che conseguentemente assumono la veste di situazioni giuridiche soggettive, alla cui tutela ed attuazione è finalizzata l'attività ermeneutica.

Si tratta di un importante mutamento di prospettiva, che ha trovato applicazione sia verso la persona in quanto tale, che riguardo al suo patrimonio.

2. Emblematici, in questo senso, sono gli studi sullo *status*, che hanno accompagnato l'attività scientifica del Professore Palazzo sin dagli esordi⁽⁴⁾. Egli è stato il primo ad attribuire al concetto di *status* il significato e la funzione attuali di tutela della persona, contribuendo in maniera determinante

studiosi e l'indicazione della *storicità* come chiave per l'interpretazione delle regole giuridiche a tutela degli interessi fondamentali dell'individuo. Scrive molto opportunamente (p. 507): «La chiave di volta per la comprensione dei valori dogmatizzati, in ogni caso, resta la *storicità* intesa come prospettiva interpretativa diacronica al servizio della dogmatica, la quale non può fare a meno del suo passato, il fine ultimo essendo la costruzione, e soprattutto il mantenimento nel tempo di un sistema giuridico privo di antinomie, e, pertanto, coerente in tutte le sue parti» (corsivo dell'A.).

⁽⁴⁾ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano, 1965, spec. p. 171 ss.; sino ai recenti ID., *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 145 ss.; ID., *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, spec. p. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012-2013, ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 245 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, spec. p. 12 ss.

a superare le tesi che lo vedevano piuttosto come espressione ed attuazione di un interesse pubblico assoluto, a tutela essenzialmente dell'unità e del patrimonio familiari.

In sostanza, nella Sua concezione, lo *status* costituisce il fondamento dello statuto della persona umana: in mancanza di esso le situazioni giuridiche che ad essa si sogliono normalmente riferire non possono trovare concreta attuazione.

Gli studi prendono le mosse dall'esame della posizione giuridica di soggetti particolarmente deboli, in quanto scarsamente tutelati dal sistema, cioè a dire dei figli nati al di fuori del matrimonio⁽⁵⁾. Negli anni Sessanta del secolo scorso, infatti, l'interesse allo stato, e quindi alla genitorialità, di questi soggetti soccombeva totalmente dinanzi all'esigenza di tutelare l'unità della famiglia legittima: essi venivano privati di posizione giuridica nei confronti degli autori della procreazione che fossero coniugati con altri soggetti, imponendo loro una posizione deteriore che violava il diritto allo *status* e alla genitorialità.

Ma l'evoluzione della cultura sociale e giuridica, alla quale l'attività scientifica del Professore Palazzo ha fornito contributi essenziali, ha portato a costruire lo *status* come non più fondato sull'appartenenza ad un gruppo familiare, ma derivante dal riconoscimento di una o più relazioni intersoggettive, da cui deriva la relativa legittimazione⁽⁶⁾.

La costruzione giuridica, del resto, è diretta conseguenza dei mutamenti che percorrono la società in merito ai concetti di famiglia e genitorialità. Oggi, infatti, il diritto alla discendenza prescinde, non solo dalla formazione di una famiglia, ma anche dall'instaurazione di legami con chicchessia, essendo il genitore tale a prescindere dai rapporti praticati, dal suo orientamento sessuale, dal fatto che (giuridicamente) esista un altro genitore di sesso diverso o dello stesso sesso. In altri termini, la nozione di relazione di coppia è profondamente mutata sia sul piano sociale che su quello giuridico.

⁽⁵⁾ A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, cit., *passim*.

⁽⁶⁾ Sull'evoluzione del concetto di *status*, sia consentito rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, p. 67 ss.

Il cambiamento è avvenuto in almeno due direzioni fondamentali strettamente interrelate: *a)* l'indebolimento della eterosessualità come fondamento di una relazione; *b)* l'irrilevanza dell'assenza di prole ai fini della serietà del vincolo coniugale, essendo il legame non più fondato sul progetto procreativo ma sull'affettività e non essendo più sentito il primo come il fine ultimo dello stare insieme⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Cfr. A. PALAZZO, *Eros e jus*, Milano-Udine, 2015, *passim*; sugli aspetti di carattere sociologico, C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2016, spec. p. 60 ss., la quale sottolinea, tra l'altro, come nell'odierna realtà la mancanza di figli non toglie valore alla coppia.

Viceversa, nell'evoluzione della nostra cultura, l'esigenza di assicurare una discendenza è preminente, consentendo la perpetuazione della specie, quindi, della comunità familiare e, in prospettiva più ampia, della società civile. È quanto si ricava dall'analisi del pensiero su cui fondano le radici della civiltà giuridica che ci appartiene: Aristotele (*Etica Nicomachea*, VIII, 14, 1162a, 15, trad. italiana con introduzione e note di C. Natali, 3ª ed., Roma-Bari, 2003, p. 347), a proposito del concetto di "amicizia", considera la comunità familiare, fondata sulla naturale inclinazione del genere umano all'accoppiamento ai fini della perpetuazione della specie, come presupposto necessario per la nascita e lo sviluppo della città e, quindi, dello Stato. Ma tali concetti si rinvergono in generale in tutto il panorama dell'analisi dell'esistenza umana, da Platone (nelle opere della maturità) a Kelsen: entrambi, infatti, considerano la relazione omosessuale come "asociale", e il secondo, studiando le teorie di Freud, giunge ad affermare che detta relazione, se recepita in una norma positiva, finirebbe con l'impedire la sopravvivenza della società (v., sul punto, le importanti analisi di A. PALAZZO, *Omoaffettività e jus in Italia e in Europa*, in questa *Rivista*, 2014, p. 45 ss.; ID., *Eros e Jus*, cit., p. 12 s.). Del resto, il matrimonio cristiano, «che non senza difficoltà comincia ad entrare nell'uso del Duecento», è visto come il tentativo di porre rimedio alla concupiscenza e la copula tra uomo e donna è accettata al fine della procreazione [così]. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, trad. italiana di F. Cataldi Villari, 2ª ed., Roma-Bari, 2008, p. 27; preziosi spunti di riflessione si rinvergono negli studi di altri storici, soprattutto francesi, che si sono occupati della questione: G. DUBY, *I peccati delle donne nel Medioevo*, trad. italiana di G. Viano Marogna, 5ª ed., Roma-Bari, 2008, p. 105 ss.; ID., *Medioevo maschio. Amore e matrimonio*, trad. italiana di M. Garin, Roma-Bari, 1988; v. anche G. DUBY, M. PERROT (a cura di), *Storia delle donne*, II, *Il Medioevo* a cura di C. Klapisch-Zuber, trad. italiana, 8ª ed., Roma-Bari, 2009, ove, in particolare, i contributi di C. CASAGRANDE, *La donna custodita*, p. 98 ss.; P. L'HERMITE-LECLERCQ, *Le donne nell'ordine feudale*, p. 265 ss.; C. FRUGONI, *La donna nelle immagini, la donna immaginata*, p. 424 ss.]. In effetti, sino al secolo XI la Chiesa si era adeguata all'assunto secondo cui "*consensus fecit nuptias, non concubitus*", ma in seguito – con la riforma gregoriana [operata da Papa Gregorio VII (1073-1083)] e della conseguente netta distinzione della comunità in chierici e laici, ribadita e approfondita nel I Concilio Lateranense del 1123, nonché del recepimento del modello di matrimonio in uso

In questo ambito, assumono una valenza particolare i titoli costitutivi dello stato giuridico. Ed Egli è stato tra i primi ad evidenziarne l'importanza, con specifico riferimento all'atto di accertamento e delle conseguenze di esso, aprendo la strada verso l'individuazione del sistema previsto dai vari ordinamenti, riferibili al nostro sostrato culturale, nazionali, sovranazionali e di integrazione regionale, a tutela della persona umana.

presso i popoli germanici (longobardi *in primis*), pervaso dall'idea di sottomissione della donna, il cui consenso non aveva valore – si fa strada una diversa concezione, secondo la quale, oltre alla manifestazione del consenso, è necessaria la *copula carnalis* (cfr. ancora J. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, cit., p. 28 ss.). Il principio, del resto, è affermato esplicitamente da Graziano nella *quaestio* II della *Causa XXVII* del Decreto, che distingue tra *matrimonio iniziato* (che sorge col consenso) e *matrimonio rato* (che si stabilisce, invece, col successivo intervento della copula, portando così a completamento la fattispecie sul piano giuridico): v. M. MECONCELLI, *La posizione di Graziano sul matrimonio*, in F. REALI (a cura di), *Graziano da Chiusi e la sua opera. Alle origini del diritto comune europeo*, (Edizioni Lui) Chiusi, 2009, p. 223 ss., spec. p. 226 ss. La costruzione sopra richiamata è stata integralmente recepita dall'ordinamento canonico nel *codex* del 1917, che collocava il fine della procreazione al centro del sistema matrimoniale (can. 2013); costruzione in parte superata dal nuovo *codex* del 1983, che pone sullo stesso piano il *bonum coniugum* e la *generatio atque educatio prolis* (can. 1055): v. ancora A. PALAZZO, *Eros e Jus*, cit., p. 29 ss. E un tale modello di matrimonio è alla base della cultura giuridica europea, come si ricava anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione: cfr., in particolare, C. giust., 31-5-2001, C-122/99 e C-125/99, in *Racc.*, 2001, I-04319, nella quale si afferma che «l'equiparazione, del resto incompleta, dell'unione stabile registrata al matrimonio in un numero limitato di Stati membri non può avere quale conseguenza di ricomprendere, per via semplicemente interpretativa, nella nozione statutaria di “funzionario coniugato” persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio», su cui A. PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in A. PALAZZO, A. PIERETTI (a cura di), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, 2011, p. 73 s.

L'elemento procreativo, quasi sempre unitamente all'intimità della coppia, appartiene alla normalità del matrimonio in svariate culture, anche differenti. Ma il primo prescinde dalla seconda ed è sempre rilevante anche ai fini della discendenza: in talune realtà africane la moglie avrà figli al di fuori del rapporto coniugale essendo il marito impegnato altrove per l'attività guerresca, si potrà sposare simbolicamente con un uomo che porti il nome del marito morto senza lasciare eredi, ovvero ha la possibilità di comprare una donna che abbia figli da attribuire al defunto marito; si ammette l'incesto, consentendo al cadetto del defunto di prenderne il posto, ma i nuovi nati saranno figli dello scomparso (c.d. levirato), o all'ultragenita di subentrare nel rapporto coniugale alla moglie prematuramente scomparsa (c.d. sororato). Su tali interessanti aspetti, R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, p. 254 ss.; v. anche C. SARACENO, *Coppie e famiglie*, cit., p. 71.

Il sistema si sviluppa secondo tre livelli: *a*) uno di base derivante dall'evento nascita, conseguenza diretta di esso e, quindi, al venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode – a prescindere dall'accertamento della nascita e, eventualmente, della discendenza – 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*) altro connesso all'accertamento del richiamato evento nascita, cui consegue l'iscrizione del nato nei registri dello stato civile, di modo che l'evento sia noto nell'ambito del sistema dato, così da attribuire i segni distintivi della persona e dare concreta attuazione al principio della capacità giuridica, enunciato nell'ordinamento italiano dall'art. 1 c.c., oltre a consentire l'accesso agli strumenti di supporto sociale predisposti per i residenti nel Paese; *c*) altro, infine, legato all'accertamento della filiazione e, quindi, della discendenza (biologica o affettiva), a seguito del quale il nato diviene giuridicamente figlio di uno o due soggetti determinati, con conseguente titolarità dei diritti derivanti dall'esistenza dello *status filiationis*⁽⁸⁾.

3. L'attività ermeneutica del Professore Palazzo rivela anche in ambito patrimoniale specifica attenzione ai bisogni della persona, con particolare riferimento ai soggetti deboli o in situazione di bisogno (anche economico), secondo gli insegnamenti di Tommaso d'Aquino e della Seconda Scolastica⁽⁹⁾.

Questa concezione ha trovato il suo sviluppo più fecondo nell'elaborazione della teoria della c.d. "causa in concreto"⁽¹⁰⁾, che ha consentito il

⁽⁸⁾ Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 7 s.

⁽⁹⁾ V. A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, p. 48 ss., spec. p. 53 ss.; A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, p. 46 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. già A. PALAZZO, *Considerazioni sull'unità concettuale del negozio giuridico*, estratto da *Il circolo giuridico*, Scuola Tipografica Salesiana, Palermo, 1960, spec. pp. 8 s., 18 e 24 s.; più di recente, in particolare, A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, 11, Torino, 2009, p. 45 ss.; e, già prima, ID., *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti*

superamento della inveterata concezione bettiana della causa come funzione economico-sociale del negozio e, conseguentemente, dell'equazione causa uguale tipo⁽¹¹⁾.

L'impiego di un tipo negoziale costituisce, infatti, soltanto un mero strumento per la realizzazione dell'interesse o degli interessi rilevanti sottesi alla fattispecie concreta, con la conseguenza che un tipo, pensato in astratto dal legislatore per il raggiungimento di determinate finalità, ben può essere concretamente utilizzato per scopi differenti, sempre che con esso si realizzino interessi giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela.

Questa concezione della causa, distinta dal tipo, come insieme degli interessi condivisi dalle parti e, quindi, oggettivati nell'atto, da loro idonei a reggere le attribuzioni compiute, ha trovato consacrazione nella giurisprudenza della Cassazione, anche a Sezioni unite, che ha posto al centro dei fenomeni giuridici (e, di conseguenza, dell'applicazione delle regole che li governano) l'interesse rilevante penetrato nell'atto (c.d. motivo oggettivato o causa in concreto)⁽¹²⁾.

gratuiti e donazioni, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2000, pp. 75 ss. e 120 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.; ID., *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 181 ss.; ID., *Profili di invalidità del negozio unilaterale*, *ivi*, 2002, I, p. 587 ss.

V., in precedenza, lo studio fondamentale di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, I, p. 227 ss., il quale, tuttavia, non rileva l'importanza dei motivi oggettivati che reggono l'efficacia dell'atto, come invece fa il Professore Palazzo nelle opere sopra citate: cfr. R. SACCO, *Recensione ad Antonio Palazzolo, Le donazioni. Artt. 769-809* [1^a ed., 1991], in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 545 ss.; F. GAZZONI, *Recensione ad Antonio Palazzolo, Le donazioni. Artt. 769-809* [1^a ed., 1991], in *Riv. notariato*, 1994, p. 202 ss.; M. PARADISO, *Recensione ad Antonio Palazzolo, Atti gratuiti e donazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 173 ss.

⁽¹¹⁾ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (Torino, 1950), rist., Napoli, 1994, p. 169 ss.; osserva in proposito A. PALAZZO, *Considerazioni sull'unità concettuale del negozio giuridico*, cit., pp. 24-25: «quando si dice, infatti, che le parti vogliono il risultato pratico ed a loro spetta solo il compito di foggare il contenuto del negozio, mentre è ufficio dell'ordine giuridico e di esso solo, non delle parti, determinare gli effetti giuridici, l'autonomia privata viene svuotata di ogni contenuto».

⁽¹²⁾ V. almeno: Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus?*, e, poi, Cass.,

Quanto osservato a proposito della qualificazione gratuita od onerosa di un pagamento sottoposto a revocatoria fallimentare, rappresenta la sintesi del Suo pensiero. In particolare, secondo i giudici della S.C.⁽¹³⁾, la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato, e non può quindi fondarsi sull'esistenza, o meno, di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto, ma dipende necessariamente dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del *solvens*, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un sia pur indiretto guadagno ovvero ad un risparmio di spesa. Pertanto, nell'ipotesi di estinzione da parte del terzo, poi fallito, di un'obbligazione preesistente cui egli sia estraneo, l'atto solutorio può dirsi gratuito, ai predetti effetti, solo quando dall'operazione – sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a struttura complessa, in quanto si componga di un collegamento di atti e di negozi – il terzo non tragga nessun concreto vantaggio patrimoniale, avendo egli inteso così recare un vantaggio al debitore; mentre la causa concreta deve considerarsi onerosa tutte le volte che il terzo riceva un vantaggio per questa sua prestazione dal debitore, dal creditore o anche da altri, così da recuperare anche indirettamente la prestazione adempiuta ed elidere quel pregiudizio, cui l'ordinamento pone rimedio con l'inefficacia *ex lege*.

Del resto, la concezione della causa in concreto del Professore Palazzo affonda le proprie radici proprio in quella storicità dell'interpretazione cui

Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460, con nota di F.S. COSTANTINO, *Adempimento di debito altrui, fallimento del solvens e revocatoria al vaglio delle sezioni unite (con chiose su "causa concreta" e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*; in *Giur. it.*, 2010, p. 2080, con nota di M. SPIOTTA, *La "causa concreta" del pagamento da parte del fallito di un debito altrui*; in *Contratti*, 2010, p. 1000, con nota di A. DI BIASE, *La rilevanza della "causa concreta" nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 748, con nota di M. GIULIANO, *Adempimento di debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto*.

⁽¹³⁾ Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, cit.

s'è fatto cenno in apertura del presente *Editoriale*, con particolare riferimento alla commistione tra *expressio causae* dell'attribuzione e uso del procedimento equitativo, richiamata dalle Sezioni unite nella parte motiva del fondamentale provvedimento, poco fa richiamato⁽¹⁴⁾. Osserva Egli a proposito dell'applicazione dei predetti criteri da parte dei principali esponenti della c.d. *Scuola del commento*, Bartolo e Baldo, che nello *Studium Perusinum* trovò fecondo sviluppo, ai fini del superamento del formalismo di Ulpiano: «D'altro canto, non è un caso che l'emersione della causa (o motivo oggettivato) si accompagni alla crisi del vecchio formalismo, atteso che già la *stipulatio*, fonte di obbligazioni per eccellenza, viene ritenuta nulla, qualora si presenti *sine causa*, proprio nel momento in cui perde la sua forma tradizionale, come di evince, tra l'altro, dalle invalidità della *stipulatio turpi ex causa* o viziata da dolo, che della causa, invece, presuppongono l'esistenza»⁽¹⁵⁾.

4. La teoria della causa in concreto è stata dal Professore Palazzo innovativamente trasfusa anche in ambito successorio e, in particolare, nelle interrelazioni tra successione *mortis causa* e successioni anomale per autonomia privata, realizzate con strumenti negoziali *inter vivos*, ma aventi, in ultima analisi, le stesse finalità⁽¹⁶⁾.

L'impiego di istituti *mortis causa* costituisce, infatti, soltanto uno dei possibili strumenti per la realizzazione dell'interesse alla prosecuzione dei rapporti giuridici dopo la morte del titolare; ma il risultato può essere raggiunto anche attraverso meccanismi propri del diritto contrattuale, che interagiscono con quelli *mortis causa*, sempre in vista dell'attuazione del medesimo interesse rilevante. Questi realizzano durante la vita del dispo-

⁽¹⁴⁾ Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, cit.

⁽¹⁵⁾ A. PALAZZO, *Scienza e insegnamento del diritto civile a Perugia. Dalla Scuola del commento alla giurisprudenza degli interessi*, in F. TREGGIARI (a cura di), *Giuristi dell'Università di Perugia. Contributi per il VII centenario dell'Ateneo*, Roma, 2010, p. 256.

⁽¹⁶⁾ Cfr., tra le opere monografiche, A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; ID., *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, 2^a ed., Milano, 2000; ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.-Perlingieri*, Napoli, 2003; ID., *Testamento e istituti alternativi*, in *Tratt. teorico-pratico dir. priv. Alfa-Patti*, Padova, 2008; A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1-2, Torino, 2012.

nente assetti giuridici destinati a produrre effetti anche dopo la sua morte e, al pari dei negozi successori propriamente intesi, sono quindi finalizzati al raggiungimento del medesimo interesse. Ma i negozi successori “*inter vivos*” presentano un vantaggio ulteriore: producendo effetti (anche) immediatamente, il disponente può controllare lo svolgimento del programma quando è ancora in vita ed eventualmente prevedere correttivi, sino alla risoluzione dell’attribuzione, nel caso in cui questo non trovi piena attuazione da parte del beneficiario.

Questa interrelazione tra atti *mortis causa* e *inter vivos* per regolare i futuri assetti successori è, del resto, tenuta ben presente anche dal legislatore dell’Unione Europea. Nel regolamento del Parlamento e del Consiglio – relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo⁽¹⁷⁾ – il sistema successorio viene individuato attraverso la sintesi di “successione” e “patti successori”. Per “successione” si intende «la successione a causa di morte comprendente qualsiasi modalità di trasferimento di beni, diritti e obbligazioni a causa di morte, che si tratti di un atto volontario per disposizione a causa di morte, ovvero di un trasferimento per effetto di successione *ab intestato*» [art. 3, lett. *a*)]; per “patto successorio” «l’accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza controprestazione, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell’accordo» [art. 3, lett. *b*)].

Si pone così, in misura sempre crescente, al centro della successione l’atto di autonomia privata e la volontà del disponente, per la cui attuazione si può far ricorso indifferentemente al testamento (negozio *mortis causa*), o a contratti (negozi *inter vivos*, ma con effetti successori anticipatori), che possono trovare applicazione anche congiunta, attraverso un uso sapiente dell’arte stipulatoria.

⁽¹⁷⁾ Reg. n. 650/2012 del 4 luglio 2012, in *G.U.U.E.*, L-201, 27 luglio 2012, entrato in vigore nella sua interezza il 17 agosto 2015.

5. Analoga attenzione ai bisogni della persona si riscontra negli studi del Professore Palazzo sul diritto del lavoro e sulla dottrina sociale cattolica, temi, nella Sua concezione, strettamente interrelati. Infatti, il Suo impegno sui temi di diritto del lavoro si articola soprattutto in tre importanti monografie⁽¹⁸⁾, che vedono la luce negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970), in un clima politico e culturale caratterizzato da aspre contrapposizioni di classe e da forti tensioni sociali. E non è perciò un caso che questo impegno sia seguito, nei primi anni Ottanta del secolo scorso, dall'altro, altrettanto fervido e prolifico, sui temi propri della dottrina sociale cattolica, cui Egli è particolarmente legato grazie anche alla vigorosa adesione agli ideali sturziani⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ A. PALAZZO, *Violazione di legge e stabilità del rapporto di lavoro*, Padova, 1973; ID., *Gruppi omogenei e contrattazione collettiva*, (Arti Grafiche Siciliane) Palermo, 1974; ID., *Sindacato, impresa e istituzioni*, nella collana "Pubblicazioni dell'Istituto di diritto del lavoro della Facoltà giuridica dell'Università di Palermo", (Tipografia S. Montaina) Palermo, 1979. Questi lavori sono preceduti da un altro studio, che testimonia il Suo impegno nel mondo del lavoro dal punto di vista dei problemi del credito agrario: A. PALAZZO, *Osservazioni in tema di contratto di credito e titolo cambiario nelle operazioni di credito agrario*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, pp. 229-250.

⁽¹⁹⁾ A. PALAZZO, *Conflittualità e amore sociale*, in A. DI GIOVANNI, E. GUCCIONE (a cura di), *Politica e sociologia in Luigi Sturzo*, (Massimo) Milano, 1981, p. 215 ss.; ID., *L'intervento dello Stato nell'economia*, in A. DI GIOVANNI, A. PALAZZO (a cura di), *Luigi Sturzo e la «Rerum novarum»*, (Massimo) Milano, 1982, p. 134 ss.; A. PALAZZO, *Partecipazione politica e comparazione economica nella filosofia politica sturziana tra «Rerum novarum» e «Laborem Exercens»*, in *Iustitia*, 1982, p. 76 ss.; ID., *Fede e impegno politico nel Mezzogiorno*, in R. CARMAGNANI, A. PALAZZO (a cura di), *Fede e politica oggi*, (Massimo) Milano, 1982, p. 85 ss.; A. PALAZZO, *L'attuazione dei collegamenti costituzionali tra libertà economica e azione sindacale secondo Sturzo*, in A. DI GIOVANNI, A. PALAZZO (a cura di), *Luigi Sturzo e la Costituzione italiana: (attuazione o revisione?)*, (Massimo) Milano, 1983, p. 176 ss.; A. PALAZZO, *Amore sociale, eguaglianza e libertà nella politica del diritto sturziana*, in *Individuo e società nel pensiero di Luigi Sturzo*, Atti del primo Corso della Cattedra sturziana a cura dell'Istituto L. Sturzo, Roma, 1983; ID., *Mediazione culturale e impegno politico in Sturzo e Maritain* (in collaborazione con R. Carmagnani), (Massimo) Milano, 1985; ID., *L'extrastatualità del diritto del lavoro secondo Sturzo*, in A. DI GIOVANNI, A. PALAZZO (a cura di), *Luigi Sturzo teorico della società e dello Stato*, (Massimo) Milano, 1989, p. 216 ss.; A. PALAZZO, *Luigi Sturzo e Giuseppe Messina: alle origini del diritto sindacale europeo*, in *Bollettino dell'Archivio per la storia del movimento sociale cattolico in Italia*, (Università Cattolica

La monografia dal titolo “Violazione di legge e stabilità del rapporto di lavoro”, del 1973, in particolare, si occupa del tema delicatissimo della tutela del prestatore di lavoro innanzi all’ipotesi di prestazione di fatto con violazione di legge, prevista dall’art. 2126 c.c., mentre “Gruppi omogenei e contrattazione collettiva”, del 1974, è lo studio dove affiora per la prima volta l’attenzione del Professore Palazzo verso una concezione delle relazioni industriali tendente al superamento della conflittualità permanente, o lotta di classe, legata all’idea di categoria professionale e, quindi, verso il riconoscimento del modello giuridico-sindacale di gruppo omogeneo, cui si estendono i benefici della contrattazione collettiva, grazie alle norme dello Statuto dei lavoratori interpretate alla luce del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale.

D’altro canto, l’analisi degli strumenti di diritto sindacale a tutela degli interessi collettivi dei lavoratori è l’oggetto specifico della monografia su “Sindacato, impresa e istituzioni”, del 1979, ove emerge in modo netto il *leit motiv* che guiderà il Suo pensiero anche nei successivi studi di dottrina sociale cattolica: l’extrastatualità del diritto del lavoro e il ruolo centrale dell’autonomia contrattuale per la difesa degli interessi dei gruppi omogenei di lavoratori. Infatti, questa è la via aperta da Giuseppe Messina sin dal suo studio del 1904 sui concordati di tariffe⁽²⁰⁾, scritto nel periodo in cui il grande civilista siciliano (nato a Naro, in provincia di Agrigento, il 20 febbraio 1877) «aveva aderito al Movimento di Luigi Sturzo, che nel 1919 lo spinse a occuparsi attivamente di politica e lo volle candidato alle elezioni per il Parlamento»⁽²¹⁾.

Nella prospettiva sturziana, condivisa da Giuseppe Messina, vi è il su-

del Sacro Cuore) Milano, 1994, p. 248 ss.; ID., *Democrazia politica e democrazia industriale* (Relazione al Seminario internazionale di Erice su Sturzo e la democrazia), (Olschki) Firenze, 2002. Tutte queste opere si trovano anche presso la Libreria del Congresso di Washington (Stati Uniti d’America).

⁽²⁰⁾ G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell’ordinamento giuridico del lavoro*, (Vallardi) Milano, 1904, ora in ID., *Scritti giuridici*, IV, (Giuffrè) Milano, 1948, pp. 3-54.

⁽²¹⁾ A. PALAZZO, *I patti di Corleone e le origini della contrattazione collettiva in agricoltura*, in *Riv. dir. agr.*, 1998, p. 250 ss., spec. p. 261 nt. 18. Questo importante scritto, con i suoi preziosi riferimenti alle origini della contrattazione collettiva, è citato da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 99 nt. 118.

peramento della concezione del conflitto sociale inteso in modo “permanente”, e, viceversa, «la concezione moderna dei rapporti sindacali, dove lo sciopero è *extrema ratio* e la cui composizione è affidata alla contrattazione collettiva basata su una cultura ispirata all’amore sociale»⁽²²⁾.

La linea di pensiero da Lui seguita si ispira, dunque, agli insegnamenti di Luigi Sturzo e Giuseppe Messina, portando a compimento il percorso già intrapreso da Luigi Mengoni e Umberto Romagnoli⁽²³⁾.

⁽²²⁾ A. PALAZZO, *I patti di Corleone e le origini della contrattazione collettiva in agricoltura*, cit., p. 257; ID., *Conflittualità e amore sociale*, cit.; ID., *Luigi Sturzo e Giuseppe Messina: alle origini del diritto sindacale europeo*, cit.

⁽²³⁾ L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 168 ss.; U. ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico-sindacale in Italia*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, (il Mulino) Bologna, 1974, p. 123 ss.

Corte costituzionale, 18 dicembre 2017, n. 272 – Pres. Grossi – Est. Amato – A.L. C. (Avv. Zanasi) – Avv. Cesaro *n.q.* di Curatore speciale di L.F. Z. – Pres. Cons. Ministri (Avv. Stato, Aiello).

Filiazione – Filiazione non matrimoniale – Riconoscimento – Impugnazione per difetto di veridicità – Ritenuta esistenza del *favor veritatis* come valore di rilevanza assoluta – Esclusione – Denunciata omessa necessità di valutazione del concreto interesse del minore non coincidente con il *favor veritatis* – Immanenza del principio nel sistema – Non fondatezza della questione.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, 1° comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente al suo interesse, in quanto l'affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento sia interno, sia internazionale, dovendosi escludere che l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento, pur esistendo un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione.

(*Omissis*). Considerato in diritto.

1. Nel corso di un procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, la Corte d'appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice

civile, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, 1° comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti: CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

La disposizione è censurata nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso.

2. Secondo la difesa del Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto nel giudizio incidentale, la questione sarebbe inammissibile in quanto volta ad inserire, attraverso una pronuncia additiva, una condizione esclusiva (l'interesse del minore) ai fini dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale. Spetterebbe, viceversa, al legislatore stabilire se l'accoglimento di tale impugnazione debba essere subordinato all'interesse del minore all'appartenenza familiare.

L'eccezione di inammissibilità è priva di fondamento.

Al riguardo, va rilevato che il *petitum* del rimettente è volto al riconoscimento della possibilità di valutare l'interesse del minore, ai fini della decisione sull'impugnazione del riconoscimento. Ove si neghi tale possibilità, l'accoglimento della domanda rimarrebbe condizionato soltanto all'accertamento della non veridicità del riconoscimento. In definitiva, attraverso l'intervento invocato, è denunciata l'irragionevolezza di un automatismo decisorio che impedirebbe di tenere conto degli interessi in gioco.

Il sindacato di legittimità rimesso a questa Corte è limitato, pertanto, alla verifica del fondamento costituzionale del denunciato meccanismo decisorio, senza alcuna interferenza sul contenuto di scelte discrezionali rimesse al legislatore.

3. Sempre in via preliminare, occorre delimitare l'ambito dell'indagine che il giudice intende rimettere alla Corte in questa occasione.

Secondo questa prospettazione, il giudizio a quo ha per oggetto l'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all'estero. Non è tuttavia in discussione la legittimità del divieto di tale pratica, previsto

dall'art. 12, 6° comma, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), e nemmeno la sua assolutezza. Risulta parimenti estraneo alla odierna questione di legittimità costituzionale il tema dei limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero.

La questione sollevata dalla Corte d'appello di Milano ha per oggetto, infatti, la disciplina dell'azione di impugnazione prevista dall'art. 263 c.c., volta a rimuovere lo stato di figlio, già attribuito al minore per effetto del riconoscimento, in considerazione del suo difetto di veridicità.

4. Nel merito, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. non è fondata.

Nell'interpretazione fatta propria dal rimettente la norma censurata si porrebbe in contrasto con i principi di cui agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, 1° comma, Cost., poiché, nel giudizio di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, essa non consentirebbe di tenere conto, in concreto, dell'interesse del minore «a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita». Tuttavia, siffatta interpretazione non può essere condivisa, neppure nei casi nei quali il legislatore imponga di non pretermettere la verità.

4.1. Pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento.

Ed invero, l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia interno, sia internazionale, non impone, nelle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis*, l'assoluta prevalenza di tale accertamento su tutti gli altri interessi coinvolti.

In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta anche sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame.

4.1.1. A questo riguardo va preliminarmente osservato che la disposizione dell'art. 263 c.c. è stata censurata dal rimettente nella versione, applicabile *ratione temporis*, antecedente alle modifiche apportate dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219).

In particolare, l'art. 28 del medesimo d.lgs., in vigore dal 7 febbraio 2014, nel modificare l'art. 263 c.c., ha limitato l'imprescrittibilità dell'azione esclusivamente a quella esercitata dal figlio. Analoga previsione è stata inserita – con riferimento all'azione di disconoscimento di paternità – nell'art. 244, 5° comma, c.c., nel testo introdotto dall'art. 18, 1° comma, del d.lgs. n. 154 del 2013. Gli altri legittimati, laddove intendano proporre le suddette azioni di contestazione degli status, sono ora tenuti a rispettare i termini di decadenza previsti dalla nuova disciplina.

Il legislatore delegato ha così garantito, senza limiti di tempo, l'interesse primario ed inviolabile dei figli all'accertamento della propria identità e discendenza biologica. Per converso, la previsione di termini di decadenza per gli altri legittimati ha circoscritto entro rigorosi limiti temporali l'espirabilità delle azioni demolitorie dello *status filiationis*, assicurando così tutela al diritto del figlio alla stabilità dello status acquisito.

La necessità del bilanciamento dell'interesse del minore con il pubblico interesse alla certezza degli *status* è, altresì, espressamente prevista dal legislatore nelle azioni in materia di riconoscimento dei figli (artt. 250 e 251 c.c.), volte all'estensione dei legami parentali del minore.

4.1.2. D'altra parte, già l'art. 9 della legge n. 40 del 2004 aveva escluso che il coniuge o il convivente che abbiano acconsentito al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo potessero promuovere l'azione di disconoscimento o impugnare il riconoscimento ai sensi dell'art. 263 c.c.

Al riguardo questa Corte ha ritenuto «confermata sia l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (...) e dell'impugnazione ex art. 263 c.c. (nel testo novellato dall'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013), sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all'istituzione di

relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest'ultimo» (sentenza n. 162 del 2014).

Anche in questo caso, in un'ipotesi di divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità biologica, il bilanciamento è stato effettuato dal legislatore attribuendo la prevalenza al principio di conservazione dello *status filiationis*.

4.1.3. Proprio al fine di garantire tutela al bambino concepito attraverso fecondazione eterologa, sin da epoca antecedente alla legge n. 40 del 2004, questa Corte – senza mettere in discussione la legittimità di tale pratica, «né (...) il principio di indisponibilità degli status nel rapporto di filiazione, principio sul quale sono suscettibili di incidere le varie possibilità di fatto oggi offerte dalle tecniche applicate alla procreazione» – si è preoccupata «invece di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato (...), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 della Costituzione – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare» (sentenza n. 347 del 1998).

4.1.4. Come evidenziato dallo stesso rimettente in riferimento alla violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost., anche il quadro europeo ed internazionale di tutela dei diritti dei minori evidenzia la centralità della valutazione dell'interesse del minore nell'adozione delle scelte che lo riguardano.

Tale principio ha trovato la sua solenne affermazione dapprima nella Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, in forza della quale «[i]n tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente» (art. 3, paragrafo 1).

Nella stessa direzione si pongono la Convenzione europea sull'eserci-

zio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, e le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^a riunione dei delegati dei ministri.

Infine, l'art. 24, 2° comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, sancisce il principio per il quale «[i]n tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

D'altra parte, pur in assenza di un'espressa base testuale, la garanzia dei *best interests of the child* è stata riportata, nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia all'art. 8, sia all'art. 14 della CEDU. Ed è proprio in casi di surrogazione di maternità, nel valutare il rifiuto di trascrizione degli atti di nascita nei registri dello stato civile francese, che la Corte di Strasburgo ha affermato che il rispetto del migliore interesse dei minori deve guidare ogni decisione che li riguarda (sentenze del 26 giugno 2014, rese nei casi *Mennesson* contro Francia e *Labassee* contro Francia, ricorsi n. 65192 del 2011 e n. 65941 del 2011).

4.1.5. Va altresì rammentato che, in linea con i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU, la legge 19 ottobre 2015, n. 173 (Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare) ha valorizzato l'interesse del minore alla conservazione di legami affettivi che sicuramente prescindono da quelli di sangue, attraverso l'attribuzione di rilievo giuridico ai rapporti di fatto instaurati tra il minore dichiarato adottabile e la famiglia affidataria.

D'altra parte, il distacco tra identità genetica e identità legale è alla base proprio della disciplina dell'adozione (legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia»), quale espressione di un principio di responsabilità di chi sceglie di essere genitore, facendo sorgere il legittimo affidamento sulla continuità della relazione.

4.1.6. Anche la giurisprudenza di questa Corte ha riconosciuto, da tempo, l'immanenza dell'interesse del minore nell'ambito delle azioni volte

alla rimozione del suo *status filiationis* (sentenze n. 112 del 1997, n. 170 del 1999 e n. 322 del 2011; ordinanza n. 7 del 2012).

In tale giurisprudenza si trovano affermazioni sul particolare valore della verità biologica. Tuttavia – diversamente da quanto ritiene il giudice a quo – essa non ha affatto negato la possibilità di valutare l'interesse del minore nell'ambito delle azioni demolitorie del rapporto di filiazione. È stato riconosciuto che la verità biologica della procreazione costituisce «una componente essenziale» dell'identità personale del minore, la quale concorre, insieme ad altre componenti, a definirne il contenuto.

Pertanto, nell'auspicare una «tendenziale corrispondenza» tra certezza formale e verità naturale, si è riconosciuto che anche l'accertamento della verità biologica fa parte della complessiva valutazione rimessa al giudice, alla stregua di tutti gli altri elementi che, insieme ad esso, concorrono a definire la complessiva identità del minore e, fra questi, anche quello, potenzialmente confliggente, alla conservazione dello status già acquisito.

Costituisce infatti «compito precipuo del tribunale per i minorenni, (...) verificare se la modifica dello *status* del minore risponda al suo interesse e non sia per lui di pregiudizio; così come contemporaneamente occorre anche verificare, sia pure con sommaria delibazione, la verosimiglianza del preteso rapporto di filiazione, dovendosi garantire il diritto del minore alla propria identità» (sentenza n. 216 del 1997, sulla previgente disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità, di cui agli artt. 273 e 274 c.c.).

Nell'evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia, a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica, vi è anche l'espreso riconoscimento, da parte di questa Corte, che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa» (sentenza n. 162 del 2014).

4.1.7. L'esigenza di operare un'adeguata comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti e, in particolare, del minore, è stata recentemente riconosciuta anche dalla Corte di cassazione, con riferimento all'azione di disconoscimento della paternità.

La giurisprudenza di legittimità ha escluso, infatti, che il *favor veritatis* costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi co-

munque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale. Nel disporre, al 4° comma, che «[l]a legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», l'art. 30 Cost. ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima, così affidandogli anche la valutazione in via generale della soluzione più idonea per la realizzazione dell'interesse del figlio (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenze 30 maggio 2013, n. 13638; 22 dicembre 2016, n. 26767; e 3 aprile 2017, n. 8617).

4.2. È alla luce di tali principi, immanenti anche nel mutato contesto normativo e ordinamentale, che si pone la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.

L'affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento sia interno, sia internazionale e questa Corte, sin da epoca risalente, ha contribuito a tale radicamento (*ex plurimis*, sentenze n. 7 del 2013, n. 31 del 2012, n. 283 del 1999, n. 303 del 1996, n. 148 del 1992 e n. 11 del 1981).

Non si vede conseguentemente perché, davanti all'azione di cui all'art. 263 c.c., fatta salva quella proposta dallo stesso figlio, il giudice non debba valutare: se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 c.c.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità.

Vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa. In altri il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata. Ma l'interesse del minore non è per questo cancellato.

La valutazione del giudice è presente, del resto, nello stesso procedimento previsto dall'art. 264 c.c., volto alla nomina del curatore speciale del figlio minore, laddove l'azione di contestazione dello *status* sia esercitata nel suo interesse. È anche in questa sede, infatti, che il legislatore – sia pure con i limiti derivanti dalla natura camerale del procedimento – ha affidato al giudice specializzato il compito di valutare, ancor prima dell'instaurazione dell'azione, l'interesse del minore all'assunzione di tale iniziativa giudiziale.

4.3. Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro.

Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore.

Si è già visto come la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela.

Si tratta, dunque, di una valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale.

P.Q.M. La Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 del codice civile, sollevata dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, 1° comma,

della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato.

[ANDREA SASSI (*)]

SOMMARIO: 1. Quadro di riferimento. – 2. La fattispecie vagliata. – 3. Il diritto costituzionale alla genitorialità. – 4. Diritto all'identità e funzione delle azioni di stato. – 5. Gestazione per altri e interesse del minore: spunti propositivi per un approccio alla fattispecie.

1. La pregevole decisione in esame, con cui la Consulta torna sul tema della filiazione⁽¹⁾, si inserisce a pieno titolo nel filone da essa inaugurato alcu-

(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ L'ordinanza che ha sollevato la questione in ordine all'art. 263 c.c. (impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità), nella parte in cui non consente la valutazione da parte del giudice dell'effettivo interesse del minore (App. Milano, 25 luglio 2016, pubblicata in *G.U.* n. 4 del 25 gennaio 2017, 1^a serie spec.), si può leggere in *Foro it.*, 2016, I, c. 3258, con nota di G. CASABURI, *La surrogazione di maternità tra divieto legislativo e aperture giurisprudenziali: lo stato dell'arte*.

Il tema della filiazione ha conosciuto negli ultimi lustri un notevole approfondimento, anche a seguito dell'ultima riforma, attuata dal compilatore con l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con il successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014.

Per la trattatistica, cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018.

Per un commento organico alla riforma del 2012-2013, R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013; 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; M. BIANCA (a cura di),

ni anni or sono, che pone al centro del sistema il profilo identitario del nato, con la conseguenza che, anche riguardo alle azioni, l'attribuzione dello *status* va vista essenzialmente in relazione alla tutela del figlio e all'attuazione piena della sua identità personale, a prescindere dall'effettiva trasmissione dei geni.

La costituzione di un rapporto giuridico (di diritto civile) tra genitore e figlio, basato sulla discendenza ingenua o sull'affettività, porta infatti a compimento il sistema approntato a tutela della persona umana dalla gran parte degli ordinamenti contemporanei riferibili al nostro sostrato culturale (cfr., per l'ordinamento italiano, spec. gli artt. 2, 3 e 30 Cost.); tutela che consta di tre livelli: *a*) uno di base derivante dall'evento nascita; *b*) altro connesso all'accertamento di detto evento; *c*) altro, infine, legato all'accertamento della filiazione⁽²⁾.

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, 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. TROIANO, *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.

Le opere sulla filiazione che precedono la riforma del 2012-2013 hanno sempre trattato disgiuntamente filiazione "legittima" e "naturale", sia per le differenze presenti in fase di costituzione sia, soprattutto, per quelle concernenti gli effetti e i rapporti familiari. Una visione più moderna si rinviene soltanto in A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., già dalla 1^a ed. (Milano, 2007), ove lo stato di filiazione è trattato unitariamente e viene utilizzata la terminologia di figlio "matrimoniale" e "non matrimoniale", adottata poi dal legislatore della riforma e dalla dottrina successiva che se ne è occupata. Per un quadro unitario, sebbene fornito sempre nell'ottica della tradizionale distinzione tra filiazione "legittima" e "naturale", cfr. G. FERRANDO, *Filiazione legittima e naturale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 295 ss.; M. SESTA, *La filiazione*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, Torino, 2011, p. 3 ss.; G. COLLURA, L. LENTI, Man. MANTOVANI (a cura di), *Filiazione*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, II, 2^a ed., Milano, 2012.

⁽²⁾ Come abbiamo avuto modo di rilevare in A. SASSI, *Tutele crescenti della persona e status familiari in Italia e nell'Unione Europea*, in *Urbe et ius* 14 (2015), spec. p. 62 s. (consultabile anche in *urbeetius.org*); A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 7 s.

La tutela di base *sub a)* consegue direttamente alla nascita come fatto giuridico e, quindi, al venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode – a prescindere dall'accertamento della nascita e, eventualmente, della discendenza – 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. Di essa si occupano gli studiosi dei diritti fondamentali o, più genericamente, dei diritti umani⁽³⁾.

La tutela *sub b)* deriva all'accertamento della nascita e dall'iscrizione del nato nei registri dello stato civile, di modo che l'evento nascita sia noto nell'ambito del sistema dato, così da attribuire i segni distintivi della persona e dare concreta attuazione al principio della capacità giuridica, enunciato nell'ordinamento italiano dall'art. 1 c.c., oltre a consentire l'accesso agli strumenti sociali predisposti per i residenti nel Paese.

La tutela *sub c)* è legata all'accertamento della discendenza (biologica o affettiva), 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.

Quest'ultima si rivela dunque centrale nell'esistenza e nello sviluppo della personalità di ciascun individuo. Essa si realizza – in un sistema, qual'è quello italiano, in cui non v'è mai attribuzione automatica della genitorialità, ma è sempre necessaria un'attività giuridica in tal senso⁽⁴⁾ – attraverso il rife-

⁽³⁾ V. almeno L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, pp. 5-175; Gae. AZZARITI, *Studi sui diritti in Europa*, Roma, 2006, spec. pp. 19 ss. e 177 ss.; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, p. 93 ss., spec. p. 134 ss.; con uno sguardo anche ad altre realtà, J.J. FAUNDES PEÑAFIEL, *Derechos fundamentales y derechos humanos*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, 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.; ID., *Teoría general y protección supranacional de los Derechos Humanos*, in *Urbe et ius*, 14 (2015), spec. p. 37 ss. (consultabile anche in urbeetius.org); e con riferimento all'attività del Consiglio d'Europa e alla protezione della persona umana nella CEDU e nei relativi Protocolli addizionali, S. SANZ CABALLERO, *El sistema del Convenio de Derechos Humanos como factor de integración en Europa*, *ivi*, p. 20 ss.

⁽⁴⁾ Sono i risultati cui è pervenuta la dottrina più autorevole che da decenni si occupa di questi problemi: v., in particolare, A. PALAZZO, *La filiazione fuori del matrimonio*, Milano,

rimento, da un lato, all'assunzione di responsabilità da parte dell'autore della procreazione, ma anche di chi è già legato al minore o vuole instaurare con esso rapporti parentali basati sull'affettività, e, dall'altro, alla ricerca della discendenza ingenita, che comunque costituisce criterio fondamentale del sorgere della responsabilità da procreazione di cui all'art. 30, 1° comma, Cost.

La dichiarazione di nascita, con eventuale contestuale riconoscimento, quale atto di autoresponsabilità, comporta quindi da parte del genitore, oltre che l'accertamento della discendenza, anche l'assunzione degli obblighi da essa derivanti. Così, è certo che il figlio ha diritto di essere mantenuto dal genitore, ma, senza la sua individuazione e la costituzione del rapporto giuridico tramite l'accertamento di *status*, non vi può essere titolarità in senso tecnico e il diritto fondamentale non può trovare attuazione⁽⁵⁾. In sostanza,

1965, spec. p. 171 ss.; sino ai recenti ID., *Atto di nascita e riconoscimento nel sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 145 ss.; ID., *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.; ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 245 ss.; ID., *I vuoti normativi tra codice, leggi speciali e legge 219/2012*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., spec. p. 12 ss.; E. RUSSO, *Il problema della filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 3 ss., ora in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Roma, 2009, p. 513 ss., spec. p. 517 ss.; ma v. già A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, 2^a ed., Torino, rist. 1954, p. 2 ss., che parla di "Titolo dello stato di filiazione", affermando in particolare: «I diritti e doveri connessi con lo stato di filiazione non possono essere fatti valere se non in quanto lo stato consti legalmente cioè sia documentato»; e Michele GIORGIANNI, *Madre*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 135, secondo cui «l'accertamento della generazione fisiologica [...] avviene nel nostro ordinamento attraverso le indicazioni contenute nell'atto di nascita, redatto in base alla "dichiarazione di nascita"»; v. anche G. BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzio*, Torino, 2009, 2, p. 100 ss., spec. pp. 101 e 107, ove correttamente si sottolinea che il rapporto filiale presuppone l'esistenza dello *status*, che, a sua volta, presuppone l'avvenuto accertamento della filiazione; e M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 18 s.; ID., *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 455.

La costruzione giuridica prospettata dalla migliore civilistica trova autorevole conferma in campo sociologico: C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2016, p. 70 ss., secondo la quale anche sul piano sociale nascere non significa divenire figlio, escludendosi l'automatismo tra nascere ed entrare nello stato di figlio.

⁽⁵⁾ Cfr., a proposito della titolarità, le importanti osservazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006,

prima dell'accertamento può configurarsi soltanto un diritto alla genitorialità, cioè a dire un diritto ad acquisire lo *status* di figlio o, comunque, a farlo accertare e valere, ma non esistono le singole situazioni giuridiche soggettive da esso derivanti, mancando il soggetto obbligato⁽⁶⁾. E la responsabilità del genitore può fondarsi, oltre che sulla trasmissione genetica, anche su una scelta di affettività da lui compiuta, affettività rilevante per il diritto e posta dal sistema a fondamento del divieto di accertamento negativo contenuto nell'art. 9, l. n. 40/2004 e, specularmente, del diritto del figlio ad acquisire lo stato su di essa fondato⁽⁷⁾.

2. Poste queste premesse di carattere generale, è ora necessario passare all'esame del caso posto al vaglio della Corte costituzionale.

Il provvedimento della Consulta risolve la questione, sollevata dalla Corte d'Appello di Milano⁽⁸⁾, di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. (impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità), nella parte in cui non consente la valutazione da parte del giudice dell'effettivo interesse del minore ai fini della pronuncia ablativa dello stato di figlio. Esso prende le mosse da una vicenda che ha visto una coppia eterogenitoriale ricorrere alla gestazione per altri⁽⁹⁾, realizzata in India attraverso ovodonazione.

p. 682 ss.

⁽⁶⁾ Tali gli esiti pratici – al di là delle mere enunciazioni di principio – dell'orientamento più recente della S. corte: cfr. Cass., 4 aprile 2014, n. 7986, in *leggiditalia.it*, secondo la quale, in materia di mantenimento del figlio, il diritto al rimborso *pro quota* delle spese sostenute dalla nascita del figlio, spettante al genitore che lo ha allevato, non è utilmente azionabile se non dal momento della sentenza di accertamento della filiazione, che, conseguentemente, costituisce il *dies a quo* della decorrenza della ordinaria prescrizione decennale. Sui caratteri di intersoggettività delle situazioni giuridiche familiari, v. già R. CIPPITANI, *La ricerca giuridica e il diritto di famiglia. A proposito di un saggio di Augusto Pino*, Milano, 1998, p. 73 ss.

⁽⁷⁾ Sul punto, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 15 ss. e 155 ss.

⁽⁸⁾ App. Milano, 25 luglio 2016, cit.

⁽⁹⁾ Sui complessi profili giuridici della gestazione per altri, si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 134-204, ed ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, anche prospettiva comparatistica, ove si dà conto (p. 142 ss.) delle ragioni per cui è preferibile adottare la locuzione “gestazione per altri”, in luogo di

È comunque significativo il fatto che nella parte motiva, correttamente, la Corte costituzionale dedichi ampio spazio al profilo generale della rilevanza dell'interesse del minore nelle azioni di stato, relegando la questione della gestazione per altri alle righe finali: ciò evidenzia inequivocabilmente, in una interpretazione costituzionalmente orientata, la preminenza del richiamato interesse anche nella predetta modalità di gestazione, interesse che deve sempre guidare l'interprete nella soluzione del caso, pur in presenza dell'elevato grado di disvalore che l'ordinamento italiano riconnette ad essa⁽¹⁰⁾.

Questi i fatti. A seguito della trascrizione dell'atto formato all'estero, relativo alla nascita di un bambino, riconosciuto come figlio non matrimoniale dalla coppia in questione, e delle successive indagini avviate dalla Procura della Repubblica minorile, è stato avviato il procedimento per la dichiarazione di adottabilità, conclusosi con dichiarazione di non luogo a provvedere, avendo i genitori contratto matrimonio ed essendo risultata certa, sulla base di test eseguito sul DNA, la paternità biologica dell'autore del riconoscimento. Tuttavia, su richiesta del p.m., il giudice ha autorizzato la proposizione dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità nei confronti della madre, nominando all'uopo un curatore speciale del minore, impugnazione accolta in prime cure dal Tribunale di Milano, che disponeva le conseguenti annotazioni a cura dell'ufficiale di stato civile.

A seguito di gravame, la Corte d'Appello ha sollevato questione di legitti-

“maternità surrogata” o di “surrogazione di maternità”, che presuppongono l'aver risolto in favore della gestante l'accertamento della condizione di madre, mentre l'aggettivo si riferisce a ciò che tenta di imitare l'originale, ma resta inferiore; ma v., in un'ottica più restrittiva e tesa a limitare il più possibile gli effetti costitutivi dello stato di figlio, l'ampia indagine di A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa dir. prin.*, 2015, p. 415 ss.; sul piano antropologico e sociale, si rivela molto interessante la recente analisi di S. MARCHI, *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, Roma, 2017, spec. p. 11, la quale, tuttavia, a proposito dell'espressione “gestazione per altri”, evidenzia come «Quegli “altri” implica un maschile. Come se vi ricorressero solo gli uomini, i maschi. Alla surrogazione di maternità ricorrono per la maggioranza donne, in coppia o meno, che non possono partorire per mancanza dell'utero, per problemi di cuore, per malattie genetiche, per un cancro disabilitante. Si potrebbe utilizzare gestazione per “altre” ma non sarebbe altrettanto corretto. In italiano manca il neutro, genere che i nostri padri latini, lungimiranti, contemplavano.».

⁽¹⁰⁾ Cfr. *infra*, § 5.

mità costituzionale, evidenziando: *a)* che, nel caso esaminato, l'atto di nascita comprovante la genitorialità del minore già risulta trascritto in Italia, con la conseguenza che è estranea al *thema decidendum* la questione della trascrivibilità di atti di nascita formati nei paesi che consentono la maternità surrogata, non essendo richiesta la trascrizione di uno *status filiationis* riconosciuto all'estero, ma la rimozione di uno *status* già attribuito, in considerazione della sua non veridicità; *b)* che, al contrario, va prospettata una diversa questione di legittimità costituzionale, tale da porre al centro l'interesse del bambino, nato a seguito di surrogazione di maternità realizzata all'estero, a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita, questione concernente, in particolare, l'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove ritenuta rispondente all'interesse del minore; infatti, nel caso in esame, le norme inderogabili che definiscono e disciplinano la genitorialità, ed in particolare la maternità, non consentirebbero a madre e figlio di vedersi riconosciuto tale legame giuridico, se non per il tramite dell'adozione in casi particolari, nel presupposto che l'interesse del minore, di cui lo stesso curatore è portatore, debba identificarsi nel *favor veritatis*; viceversa, ove fosse consentita una valutazione in concreto dell'interesse del minore, non coincidente con il *favor veritatis*, esso potrebbe essere misurato anche alla stregua di altri profili, riguardanti le particolari modalità della nascita, la possibilità di altro legame giuridico, certo e egualmente tutelante, con la madre intenzionale, e tutte le circostanze, anche relative al rapporto con quest'ultima, che possono emergere nella singola fattispecie.

La Corte costituzionale, con il provvedimento in esame, ha viceversa dichiarato non fondata la questione, essendo l'affermazione della necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano fortemente radicata nell'ordinamento sia interno, sia internazionale, dovendosi escludere che l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento, pur esistendo un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione.

3. Il riconoscimento dei diritti fondamentali del figlio si deve, nell'ordinamento italiano, in gran parte all'intensa attività delle Corti e, in particolare del giudice delle leggi: la giurisprudenza sovente supplisce, a tutela dei diritti fondamentali, alla non attualità di una disciplina legale, che nel nostro Paese sconta la mancanza di un dibattito politico sereno e tecnicamente corretto sui temi che compongono lo statuto filiale, quasi tutti eticamente sensibili, e come tale fatica a tenere il passo con i tempi⁽¹¹⁾.

Il ruolo della Consulta, divenuto vieppiù rilevante a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, ha condotto nell'ultimo lustro al riconoscimento di un diritto alla genitorialità a tutto tondo, sia nella prospettiva filiale che in quella genitoriale, fondato sulla tutela del benessere e dell'identità personale, espressione generale del diritto all'integrità psico-fisica dell'individuo, diritto che trova esplicitazione in talune precipe direzioni: *a)* conoscenza delle origini e ricerca della verità biologica; *b)* sviluppo della propria personalità, che nei confronti del genitore si risolve anche nella possibilità di avere una discendenza biologica o affettiva a prescindere dall'orientamento sessuale, dai rapporti realmente praticati, dalla effettiva capacità di generare e dall'instaurazione di legami giuridici con chi, eventualmente, ha scelto di condividerne il progetto procreativo.

Più precisamente, si possono individuare due filoni di indagine. Il primo riguarda l'accesso alla procreazione e la tutela della salute di gestante ed embrione, che ha portato ad incidere in modo sostanziale sulla l. n. 40/2004 attraverso l'eliminazione di numerosi divieti in essa contenuti, concernenti

⁽¹¹⁾ Sulla funzione anche "creativa" del giudice, a tutela di interessi fondamentali, v. recentemente le importanti analisi di N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, spec. p. 15 ss.; di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. Ann.*, IX, Milano, 2016, p. 410 ss.; e, prima, di G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, p. 9 ss., spec. pp. 12-16; ID., *Trattato di diritto civile*, I, *Storia, fonti, interpretazione*, Milano, 2000, p. 813 ss.; di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. pp. 22 ss. e 546 ss.; più in generale, v. G.M. BERRUTI, *Il ruolo del giudice nella formazione del diritto. La "dottrina delle Corti"*, in questa *Rivista*, 2014, p. 33 ss.; A. ALPINI, *La funzione "nomofilaetica" della Corte di cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 219 ss.; e, con riferimento anche ai sistemi che realizzano l'integrazione regionale in ambito europeo, Gae. AZZARITI, *Alla ricerca della legalità*, in *Pol. del dir.*, 1994, p. 435 ss.

essenzialmente la diagnosi preimpianto e il diritto a divenire genitori anche in presenza di patologie o malformazioni che lo impediscono naturalmente. Il secondo si riferisce propriamente alla costituzione del rapporto filiale e ai suoi effetti, e ha consentito il pieno sviluppo dell'identità della persona, che si esplica essenzialmente nella possibilità di ricerca della verità biologica, ma anche nella tutela del benessere psico-fisico dell'individuo, dell'affettività e della certezza dello stato acquisito.

Entrambi i filoni sono collegati, poiché l'approfondimento del primo ha condotto al pieno sviluppo del secondo. Infatti, il riconoscimento del diritto ad avere una discendenza, quale espressione di quelli più ampi alla tutela della salute e allo sviluppo della propria identità personale, operato dalla Consulta in materia di fecondazione assistita⁽¹²⁾, ha costituito la base del mutamento di prospettiva nell'approccio al rapporto di filiazione e alla tutela del nato.

In sostanza, il giudice delle leggi ha dato attuazione al diritto fondamentale alla genitorialità, visto nelle diverse prospettive del genitore e del nato.

⁽¹²⁾ Cfr., ad esempio, Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2563, con nota di G. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*; 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. pers.*, 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. 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. 2324, con nota di G. CASABURI, *"Requiem" (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*; 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 fam.*, 2015, p. 525 ss., con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 (e, di conseguenza, dell'art. 9, nelle disposizioni che lo richiamano) della citata l. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, 1° comma, della medesima legge il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili. Cfr., ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 105 ss. e 134 ss.

Questo è un diritto della personalità che, come si è avuto modo di osservare⁽¹³⁾, trova fondamento diretto e tutela costituzionale negli artt. 2 e 30 Cost. In particolare, ai sensi del citato art. 30, 1° comma, che lo connota come «dovere e diritto dei genitori», esso può configurarsi sotto un duplice profilo: a) il diritto dell'adulto, che, a sua volta, si esplica in due modi contrapposti, positivo e negativo: 1) quello ad avere una prole (anche indipendentemente dalla trasmissione dei propri geni), così da realizzare completamente la propria personalità e appagare il desiderio di paternità o maternità; 2) quello della madre alla non genitorialità (che spiega effetto anche nella sfera giuridica del padre), tramite l'accesso alla interruzione volontaria della gravidanza ai sensi della l. 22 maggio 1978, n. 194, o l'esercizio dell'anonimato; b) il diritto del figlio, per il suo pieno sviluppo, ad instaurare relazioni affettive durature con un genitore (diritto alla genitorialità), o meglio ancora con entrambi i genitori (diritto alla bigenitorialità), che debbono assicurargli mantenimento, istruzione ed educazione adeguati. E proprio verso il diritto alla genitorialità visto nella prospettiva filiale è fortemente orientato l'impianto della nostra Carta fondamentale agli artt. 2 e 30, che possiedono contenuto precettivo laddove impongono ad entrambi gli autori della procreazione l'attuazione del diritto fondamentale del "nato" ad essere "figlio". Questo, infatti, ha interesse a crescere con i genitori – secondo quanto dispone il citato art. 30 – preferibilmente biologici, ovviamente in un ambiente sano, che consenta uno sviluppo pieno della sua personalità e inclinazioni, come, del resto enunciato anche nel Titolo I della l. adozione.

In detta prospettiva, il giudice delle leggi, in una prima fase, ha per anni operato attraverso un bilanciamento tra tutela della famiglia legittima e accertamento della verità biologica, per poi arrivare, in una seconda fase e soltanto in questi ultimi tempi, ad una svolta, che ha posto al centro l'interesse del figlio e lo sviluppo equilibrato della sua personalità mediante la tutela dell'identità personale.

È proprio nella prima fase che si comincia a delineare quella dicotomia tra *filiazione-titolo* e *filiazione-rapporto*, dicotomia che è stata poi presa a mo-

(13) A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 15 ss.

dello dal legislatore della recente riforma, con la quale si è inteso parificare la posizione del figlio, come si ricava dal principio solennemente sancito dal novellato art. 315 c.c., secondo cui, appunto, «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico», a prescindere dal legame che unisce gli autori della procreazione o, comunque, i partecipanti al progetto generativo.

La scelta del compilatore è stata quella di uniformare 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, sebbene il citato d.P.R. n. 396/2000 individui un unico sistema sia per l'iscrizione o la trascrizione degli atti di nascita, sia per le annotazioni, le rettificazioni e le correzioni ad essi relative. Viceversa, 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, operata dal legislatore dell'ultima riforma, dell'istituto della legittimazione (artt. 280-290 c.c.).

Si ripropone così in materia di filiazione quella dicotomia tra *matrimonio-atto* e *matrimonio-rapporto*, dicotomia che abbiamo individuato nelle due categorie della *filiazione-titolo* e della *filiazione-rapporto*⁽¹⁴⁾.

La Corte costituzionale, tuttavia, aveva tracciato un percorso sostanzialmente diverso da quello poi accolto dal legislatore dell'ultima riforma, propendendo per un indirizzo di netta chiusura verso gli interessi del figlio nato fuori del matrimonio nella filiazione-rapporto, ad esempio distinguendo tra parentela e consanguineità e confermando la ragionevolezza dell'opzione legislativa in tema di commutazione⁽¹⁵⁾, ma al contempo aprendo alla possi-

⁽¹⁴⁾ V. A. SASSI, *L'accertamento giudiziale dello stato di figlio nel sistema italiano*, in questa *Rivista*, 2016, p. 123 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 6 ss. Sulla contrapposizione tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto, di recente, E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2011, pp. 59 ss. e 623 ss.

⁽¹⁵⁾ Sulla parentela, ad esempio, Corte cost., 23 novembre 2000, n. 532, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4171; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 591, con nota di C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 361, con nota di G. FERRANDO, *Principio di eguaglianza, parentela naturale e successione*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1034, con nota di E. GUERINONI, *La Corte costituzionale ancora sulla successione legittima dei parenti naturali*, in *Famiglia*, 2001, p. 498, con nota di M. DELLA CASA, *La vocazione a succedere*

bilità nella filiazione-titolo di accedere alla ricerca della verità biologica, con effetti acquisitivi o privativi dello stato, attraverso la rimozione di condizioni di ammissibilità dell'azione e di limiti alla ricerca della prova⁽¹⁶⁾.

dei parenti naturali tra garanzie costituzionali e normativa codicistica.

In tema di commutazione, Corte cost., 18 dicembre 2009, n. 335, in *Giur. it.*, 2010, p. 784, con nota di C. SGOBBO, *Il diritto di commutazione nel rispetto del principio di eguaglianza e del divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali*; in *Foro it.*, 2010, I, c. 2983; in *Corr. giur.*, 2010, p. 899, con nota di M.R. SAN GIORGIO, *Il criterio della "compatibilità" della tutela dei figli naturali con i diritti della famiglia legittima nelle successioni ereditarie*; commentata da C. MAZZÙ, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, 2011, 1, p. 76 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr., in relazione all'ammissibilità della dichiarazione giudiziale di genitorialità per il figlio nato fuori del matrimonio, Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. cost.*, 2006, p. 446, con nota di F. GAMBINI, *L'intrinseca debolezza del principio di ragionevole durata del processo*; in *Giur. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, 2006, I, c. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Fam. 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, *Paternalità 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.*

Riguardo alla prova della discendenza, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2788; 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 *Fam. 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 parzialmente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 235 c.c., poi abrogato dall'art. 106, d.lgs. n. 154/2013, 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*, cit., p. 250 ss.; sull'importanza dell'accertamento veridico della discendenza nella realtà attuale, G. CHIAPPETTA, P. GAUDIO, V. VITTORIO, F. MANDATO, A. DE RASIS, L. GRAVINA, 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. ANDREOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 88 ss.

Viceversa, con la richiamata riforma del 2012-2013, sempre nell'ottica di privilegiare la ricerca della discendenza biologica, si è scelto, come detto, di mantenere nei titoli costitutivi dello stato (siano essi contestuali o successivi alla nascita) strumenti ad efficacia differenziata, mentre, andando al di là delle indicazioni della Corte costituzionale, si è condivisibilmente deciso di parificare gli effetti del rapporto filiale. E in quest'ottica si inseriscono le modifiche agli artt. 74 e 258 c.c. in tema di parentela e alla disciplina successoria (spec. artt. 565 ss. c.c.), che oggi prescinde dai caratteri del titolo costitutivo, essendo soltanto l'accertamento di *status* ad attribuire la titolarità del rapporto⁽¹⁷⁾. In altri termini, il vincolo da uno stesso stipite di cui all'art. 74 c.c. deriva soltanto dal compiuto accertamento della discendenza dei singoli individui, senza che assuma rilevanza l'esistenza del matrimonio e, quindi, la presenza di una famiglia legittima⁽¹⁸⁾.

Ancor più esplicita – sempre nell'ottica del bilanciamento tra *favor veritatis* e *favor legitimitatis*, a proposito dei diversi termini per agire in rimozione previsti dalla precedente normativa – Corte cost., 12 gennaio 2012, n. 7, in *Giur. cost.*, 2012, p. 45, che ha evidenziato come «la crescente considerazione del *favor veritatis* (la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dell'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini: sentenze n. 50 e n. 266 del 2006) non si ponga in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce un componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico (sentenze 322 del 2011, n. 216 e n. 112 del 1997)».

⁽¹⁷⁾ È per queste ragioni che più volte abbiamo parlato di “individualismo dello *status*”, intendendo sottolineare la rilevanza dello stato di figlio in quanto tale, sia verso il genitore che verso i parenti, fermo restando che è proprio l'accertamento che costituisce il predetto stato e, quindi, il rapporto di filiazione rilevante per il diritto civile, senza il quale il nato viene tutelato come “individuo”, ma non come “figlio”: sul punto si rinvia a A. SASSI, *Stato di figlio e diritti fondamentali nei sistemi italiano ed europeo*, in questa *Rivista*, 2014, p. 113 ss.; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 41 ss. In altri termini, reciprocità e coesistenzialità sussistono nei rapporti interpersonali tra i componenti della famiglia e non verso il gruppo sociale di appartenenza: v. già A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 257, che parla di astrattezza del rapporto organico tra il membro e il gruppo, se non si ha riguardo ai rapporti organici tra i membri; e P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 669 e 919 ss., secondo il quale è la famiglia ad essere funzionale alla realizzazione delle esigenze individuali e non viceversa.

⁽¹⁸⁾ Cfr., di recente, M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., p. 7 ss., il quale

4. In relazione alla seconda fase, in cui la Corte costituzionale ha giustamente posto al centro l'interesse del figlio e lo sviluppo equilibrato della sua personalità mediante la tutela dell'identità personale, è soprattutto in questi ultimi tempi che è stata riconosciuta l'importanza del profilo identitario e dello sviluppo della personalità del figlio, quale aspetto fondamentale, centrale nell'esistenza di ogni persona. Oltre ai provvedimenti concernenti la posizione processuale del minore e la tutela della sua affettività attraverso l'esclusione della decadenza automatica dalla responsabilità genitoriale per il soggetto che sia stato ritenuto colpevole di uno dei delitti contro lo stato civile⁽¹⁹⁾, è opportuno richiamare in questa sede almeno due fondamentali

avanza dubbi sulla compatibilità del modello unificato di filiazione con l'art. 29 Cost., dubbi che possono a nostro avviso essere superati soltanto in considerazione dei caratteri attuali dello stato di figlio, costruito come relazione intersoggettiva, che prescinde, quindi, dal modello di famiglia fondata sul matrimonio e, come tale, non la influenza, tanto più che la tutela della famiglia legittima va sempre vista in relazione alla rilevanza dell'affettività e che l'interesse del minore è sempre preminente (art. 24, 2° comma, C.d.f.U.E.). Infatti, l'esistenza del rapporto genitoriale (e parentale), costruito come del tutto svincolato dalla presenza di legami tra gli autori della procreazione, non incide in nessun caso sulla situazione familiare eventualmente presente, non ricevendo da essa alcuna legittimazione: è soltanto l'accertamento della genitorialità biologica (o affettiva nei casi previsti dalla legge) a determinare la costituzione dello stato di filiazione. Le considerazioni che precedono valgono anche nel caso di filiazione parentale, ove la costituzione è subordinata all'autorizzazione del giudice (artt. 251 e 278 c.c.), dovendo esso valutare soltanto l'interesse del figlio, prescindendo dai valori di unità della famiglia legittima e di tutela dell'affettività dei suoi membri. Su questi problemi, v. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 67 ss. e 266 ss.

⁽¹⁹⁾ Sulla posizione di parte processuale del minore, Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1264; in *Fam. dir.*, 2011, p. 545, con nota di F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1289; in *Giur. it.*, 2012, p. 270, con nota di G. GRISI, *Chi rappresenta e difende il minore infrasedicenne, parte del giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c.? Ombre e luci di una sentenza interpretativa di rigetto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 167, con nota di M. CINQUE, *Il minore è parte del procedimento ex art. 250, comma 4°, c.c.: luci ed ombre nella sentenza della Consulta*. Un ampio e ponderato quadro delle tutele del minore è offerto da F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 271 ss.; v. anche A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 560 ss., spec. p. 566 ss.; sulla sua posizione nell'ambito del processo v. A. BERNARDINI DE PACE, *La navigazione della legge 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La*

arresti, che hanno segnato una svolta nella tutela dei diritti fondamentali del nato. Intendiamo riferirci ai provvedimenti in tema di parto anonimo e trasmissione del cognome.

Nel primo⁽²⁰⁾, la ricerca delle origini biologiche è vista essenzialmente

parificazione degli status di filiazione, cit., p. 38 ss.; G. SAVI, *Il ruolo processuale del minore*, *ivi*, p. 295 ss.; ID., *L'atto processuale dell'ascolto ed i diritti del figlio minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1345 ss. Nel diritto tedesco, che ha da tempo codificato il diritto all'ascolto minore e attribuito grande rilevanza alla sua posizione in ambito familiare (cfr. § 1626 BGB), anche a seguito della *FGG-Reform* (17-12-2008) e del ruolo assunto dallo stesso nel processo, unitamente a quello dell'assistenza e della mediazione, v. almeno, per le opere generali, J. GERNHUBER, *Familienrecht*, 6^a ed. a cura di D. Coester-Waltjen, München, 2010, spec. p. 576 ss.; più di recente, D. SCHWAB, *Familienrecht*, 24^a ed., München, 2016, p. 236 ss, spec. p. 309 ss.; R. BALLOFF, *Kinder von dem Familiengericht. Praxishandbuch zum Schutz des Kindeswohls unter rechtlichen, psychologischen und pädagogischen Aspekten*, 2^a ed., Baden-Baden, 2015; più specificamente, ID., „Vom Gehilfen zum Vermittler?“ – *Die Rolle des Sachverständigen im Verfahren*, in *Forum Familienrecht*, 2008, p. 98 ss.; ID., *Die Beauftragung des Sachverständigen in Kindschaftssachen*, in *Familie Partnerschaft Recht*, 2011, p. 12 ss.; E. STÖSSER, *Das neue Verfahren in Kindschaftssachen*, in *Zeitschr. ges. Familienrecht*, 2009, p. 656 ss.; S. WILLUTZKI, *Die Subjektstellung des Kindes im Elternkonflikt*, in *Zeitschr. Kindschaftsrecht Jugendhilfe*, 2009, p. 237 ss.; ID., *Das Verfahren in Kindschaftssachen*, *ivi*, p. 305 ss.; R. GREGER, *Mediation in Kindschaftssachen – Kosten, Akzeptanz, Nachhaltigkeit*, in *Familie Partnerschaft Recht*, 2011, p. 115 ss.; B. HOFFMANN, *Aufgaben des Jugendamtes im Kontext familiengerichtlicher Verfahren*, *ivi*, p. 304 ss.; A. SCHNITZLER, *Rechtsanwälte im Familienverfahren, Familiengericht und Jugendamt*, *ivi*, p. 300 ss.; con particolare riferimento alla capacità processuale del minore, N. HEITER, *Verfahrensfähigkeit des Kindes in personenbezogenen Verfahren nach dem FamFG*, in *Zeitschr. ges. Familienrecht*, 2009, p. 85 ss.; C.M. LEEB, *Der Verfahrensbeistand – „Anwalt des Kindes“*, in *Zeitschr. Kindschaftsrecht Jugendhilfe*, 2010, p. 391 ss.

Sulla decadenza dalla responsabilità, Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, p. 364, con nota di Mar. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*; in *Corr. giur.*, 2012, p. 569; in *Foro it.*, 2012, I, c. 1992; in *Fam. dir.*, 2012, p. 437, con nota di D. CHICCO, *Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*; in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 415; e Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, p. 169, con nota di Mar. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*; in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 552, con nota di S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 1402.

⁽²⁰⁾ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Corr. giur.*, 2014, p. 471, con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; in *Fam. dir.*, 2014, p. 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 279, con note di V. MARCENÒ, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità*

in funzione della salute psico-fisica del figlio e, quindi, della ricostruzione della sua identità, che costituisce elemento fondamentale per il suo sviluppo equilibrato. Nel secondo⁽²¹⁾, più recente, si riafferma e rafforza l'importanza del profilo identitario, poiché si vede la trasmissione del cognome non tanto quale segno di appartenenza ad una determinata comunità familiare, ma specialmente come diritto della personalità del nato: un segno distintivo che fa parte della sua identità e contribuisce pienamente allo sviluppo e alla completa realizzazione del soggetto⁽²²⁾.

possono derivare incertezze, e di J. LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*; su cui S. STEFANELLI, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4031 ss.; G. SAVI, *La Corte costituzionale rimedita l'anteriore indirizzo sulla rigida irreversibilità dell'opzione materna per l'anonimato della genitura*, in *Avvocati fam.*, 4/2013, p. 38; B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 3 ss.; A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'Ospedale Sandro Pertini*, *ivi*, 2016, p. 242 ss., spec. p. 246 ss. Per un inquadramento sistematico della questione v. già S. STEFANELLI, *Parto anonimo e conoscenza delle proprie origini*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato*, cit., 2, p. 833 ss.; ID., *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 426 ss.; e, più di recente, R. PANE, *Ancora sul diritto di conoscere le proprie origini*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, p. 435 ss., spec. p. 443 ss.; in prospettiva europea, V. COLCELLI, *La tutela privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini*, in L. CASSETTI (coord.), *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, consultabile in diritti-cedu.unipg.it.

⁽²¹⁾ Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Giur. it.*, 2017, p. 815, con nota di R. FAVALE, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 165, con nota di V. CARBONE, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, p. 818, con nota di C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori ed identità dei figli*; in *Fam. dir.*, 2017, p. 213, con nota di E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*; in *Foro it.*, 2017, I, c. 1, con osservazioni di G. CASABURI; in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 13.

⁽²²⁾ In questo senso, il d.d.l. n. 1628, licenziato alla Camera il 24 settembre 2014 (in cui sono stati unificati i nn. 360, 1943 e 2044), ma non approvato dal Senato, recante "Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli", prevede (art. 4) che il figlio maggiorenne che porti un solo cognome, in forza della legge vigente al tempo della sua nascita, può aggiungere il cognome dell'altro genitore nei cui confronti la filiazione è accertata con dichiarazione resa, personalmente o con comunicazione scritta recante sottoscrizione autenticata, all'ufficiale dello stato civile, che procede all'annotazione nell'atto di nascita, senza farsi luogo alla procedura dettata per le modificazioni dall'art. 89 del regolamento di stato

Nel quadro tracciato, si innesta perfettamente il provvedimento in esame.

L'esistenza dello stato giuridico di figlio, come si è visto in apertura della presente analisi⁽²³⁾, consente al nato la tutela propria del rapporto filiale, cioè a dire quella massima prevista dal sistema. Conseguisce che la sua rimozione, perché non rispondente alla discendenza ingenua, comporta una seria valutazione di tutti gli interessi del figlio, che viene privato dell'identità acquisita e, verso il genitore e i parenti che discendono dallo stesso stipite, dei diritti (anche patrimoniali) derivanti dal predetto rapporto.

Dell'attenzione a tale aspetto si rinviene traccia anche nella recente giurisprudenza del giudice di legittimità, che, soprattutto negli ultimi tempi, ha fornito contributi di grande spessore, tesi al superamento di concezioni inveterate, derivanti da lunghe consuetudini ormai avulse dall'odierna realtà sociale, culturale e giuridica, in cui il fenomeno procreativo non è più soltanto affidato a regole naturali, sulla base delle quali la partoriente necessariamente trasmette gameti al nato, ma si assiste viepiù al ricorso a tecniche di procreazione eterologa o alla gestazione per altri, con conseguenti problemi di attribuzione non solo della paternità, ma anche e soprattutto della maternità, come nel caso che ha originato la pronuncia in commento.

In questo senso, il giudice di legittimità ha enucleato un minimo comune denominatore rappresentato dall'interesse primario del nato, che viene concretamente soddisfatto, con un procedimento sostanzialmente equitativo⁽²⁴⁾, mediante l'applicazione o il bilanciamento di vari criteri fondamentali, quali la ricerca della verità biologica, la tutela dell'affettività adeguatamente consolidata, il diritto ad avere uno stato ovvero a mantenere quello acquisito anche

civile. Si rinvia, in merito, alle osservazioni di A. SASSI, S. STEFANELLI, *Audizione nell'ambito dei disegni di legge n. 1628 e connessi (disposizioni sul cognome dei figli)*, in *Raccolta contributi. Audizioni sul d.d.l. n. 1628 e connessi*, p. 36 s., in *senato.it*.

⁽²³⁾ *Retro*, § 1.

⁽²⁴⁾ Si rinvia sul punto a A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011, spec. p. 339 ss.; il procedimento, del resto, fonda le sue radici nella storia del diritto e nell'incontro, avvenuto con la rinascita degli studi giuridici nel medioevo, tra diritto giustiniano e diritto canonico: cfr. l'importante indagine di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, 7^a ed., Roma-Bari, 2014, spec. pp. 175 ss. e 203 ss.; e, con uno sguardo sistematico alla cultura giuridica europea, ID., *L'Europa del diritto*, 2^a ed., Roma-Bari, 2017, p. 48 ss.

se non corrispondente alla discendenza effettiva. In sostanza, il richiamato interesse può qualificarsi nel sistema attuale come il principio adeguatore dell'attribuzione della genitorialità, che, pertanto, avviene con i caratteri dell'adattabilità alla singola fattispecie, senza che vi sia un criterio necessariamente prevalente, sebbene l'ordinamento accordi preminenza a quello della trasmissione dei geni⁽²⁵⁾. Deriva che anche il concetto di responsabilità genitoriale, alla base dell'art. 30 Cost. e del reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201, necessariamente conseguente alla costituzione dello stato di filiazione, va sempre visto, in funzione dell'interesse del figlio e, quindi, del suo esercizio effettivo basato sull'affettività, cioè a dire, in definitiva, sull'assunzione consapevole della genitura e della predetta responsabilità⁽²⁶⁾.

Così, nel caso di richiesta di rimozione dello stato inveridico, è sempre l'accertamento del concreto interesse del minore (che va sempre e comunque valutato nelle azioni di stato) a dover condurre l'interprete verso una decisione che tenga conto di tutti gli interessi in giuoco, rigettando la domanda ablativa quando dal suo accoglimento possa derivarne un pregiudizio⁽²⁷⁾. I concetti enunciati dalla S.C., che hanno ora trovato autorevole conferma nella

⁽²⁵⁾ Cfr., più ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE e S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 17 ss.

⁽²⁶⁾ In proposito vengono alla mente i migliori studi sociologici sui rapporti familiari, secondo cui: «La trasformazione di un bambino in figlio non è solo un atto sociale fortemente regolato. Implica sempre anche un atto di riconoscimento e accettazione. Da questo punto di vista, i figli (non automaticamente i bambini e tantomeno i nati o gli embrioni) sono sempre “voluti”, ovvero accolti (persino appropriati, fatti propri, in alcuni casi) in un sistema di relazioni codificate.»: C. SARACENO, *Coppie e famiglie*, cit., spec. p. 73 s.

⁽²⁷⁾ Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Giur. it.*, 2017, p. 5; in *Foro it.*, 2017, I, c. 119; su cui F. SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 851 ss.; questa la massima: la tutela dell'interesse concreto del minore è centrale anche nell'azione di disconoscimento della paternità ed in generale in quelle di stato, atteso che la ricerca della verità biologica (c.d. *favor veritatis*) non ha preminenza assoluta, in quanto, in un'ottica di bilanciamento, debbono garantirsi anche la certezza e la stabilità degli *status*, nonché i rapporti affettivi sviluppatasi all'interno della famiglia e l'identità così acquisita dal figlio, non necessariamente correlata al dato genetico, anche allorché l'azione sia stata proposta da un curatore speciale nominato dal p.m. Conf. Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1532; *contra*, isolatamente, Cass., 15 febbraio 2017, n. 4020, *ivi*, c. 1237, con osservazioni di G. CASABURI.

giurisprudenza della Corte costituzionale, rappresentano la sintesi della nostra concezione sull'accertamento dello stato di filiazione⁽²⁸⁾.

Questi principi, esplicitamente riferiti a tutte le azioni di stato, comportano sul piano sostanziale e processuale almeno due ordini di conseguenze.

Anzitutto, essi consentono di soverchiare l'orientamento ormai risalente della S.C., fondato sulla rilevanza esclusiva del *favor veritatis*, che propugnava l'applicazione delle regole in tema di rettificazione, previste dall'art. 95, d.P.R. n. 396/2000, alle ipotesi di condanna penale per delitti sullo stato civile – con particolare riferimento a quello p. e p. dall'art. 567 c.p. (*Alterazione di stato*)⁽²⁹⁾ – e conseguente cancellazione dello stato inveridico, omettendo l'applicazione delle tutele approntate a favore del figlio⁽³⁰⁾. Infatti, si sosteneva che, all'esito della dichiarazione di falsità contenuta nella sentenza penale, conseguiva necessariamente la cancellazione dagli atti di stato civile della registrazione dell'atto di nascita compiuto in violazione di legge e di ogni altro conseguente, rientrando la fattispecie tra quelle di rettificazione (art. 95, d.P.R. n. 396/2000), il cui procedimento è volto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per

⁽²⁸⁾ Seguendo A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.

⁽²⁹⁾ Secondo la giurisprudenza, la norma è posta a garanzia dell'identità del neonato, del rapporto effettivo di procreazione per come naturalmente si determina e, quindi, dell'integrità dello stato di filiazione, quale attributo della personalità. Essa prevede due distinte ipotesi di delitto di alterazione di stato, diverse nella nozione e nella pena: la prima si consuma quando nei registri di stato civile si fa figurare uno stato di filiazione diverso da quello reale mediante sostituzione di neonato, mentre la seconda si compie a seguito di false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, avvenendo l'alterazione quando, nella formazione dell'atto di nascita, si inserisce un dato non veritiero sull'identità, sulla discendenza, sulla qualità di figlio matrimoniale o meno, sul sesso, ecc.: cfr. Cass., 18 marzo 1975, A., in *Riv. pen.*, 1976, p. 69; Cass., 9 giugno 1981, V., *ivi*, 1982, p. 177; Cass., 27 aprile 1983, M., *ivi*, 1984, p. 241; e, sui caratteri della condotta, Cass., 21 ottobre 1980, D.U., *ivi*, 1981, p. 179; Cass., 12 febbraio 2003, R. e V., in *Giur. it.*, 2004, p. 1712, con nota di Sim. FERRARI, *Considerazioni sul delitto di alterazione dello status filiationis*; G.i.p. Trib. Torino, 6 febbraio 2013, C. e S., in *leggiditalia.it*.

⁽³⁰⁾ Cfr., più ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 17 ss.

un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell'atto stesso⁽³¹⁾.

Ma è evidente l'equivoco in cui sono caduti i giudici, poiché l'atto in questione non è affatto indebitamente registrato, esistendo all'epoca un atto di autoresponsabilità compiuto nelle forme previste e, quindi, produttivo di effetti, né è falsa la conseguente registrazione negli atti di stato civile. Il vizio, se di vizio si può tecnicamente parlare, non attiene agli atti del procedimento di registrazione in loro considerati, ma alla veridicità della dichiarazione effettuata dal genitore, con la conseguenza che per la rimozione dei predetti atti è sempre necessaria un'azione di stato, tanto più che nella filiazione matrimoniale la rimozione dell'accertamento contestuale alla nascita può avvenire soltanto nei casi tassativamente indicati dall'art. 238 c.c.

Detta azione è soggetta a proprie peculiari regole, concernenti soprattutto la legittimazione e i termini per l'esperimento, regole poste a tutela degli interessi fondamentali del figlio alla certezza e alla conservazione dello *status*, anche se non veridico, e all'affettività; ed è proprio questa funzione di bilanciamento tra diritti fondamentali del figlio, in una visione costituzionalmente orientata, quella propria delle azioni di stato. Il relativo provvedimento del giudice non può quindi dar luogo a cancellazione *ex art. 95, d.P.R. ordinamento di stato civile*, ma costituisce autonomo titolo per l'annotazione prevista nel precedente art. 49 [v., in particolare, 1° comma, lett. *l*), *m*) e *o*].

In secondo luogo, l'affermata rilevanza dell'interesse del minore nelle azioni di stato di figlio, consente, in linea con quanto enunciato dal giudice delle leggi nella parte motiva del provvedimento in commento, di superare le obiezioni sollevate nell'ordinanza di rimessione dai giudici milanesi⁽³²⁾, essendo la valutazione da parte del giudice del suo effettivo interesse non solo possibile, ma addirittura sempre necessaria; ciò, del resto, in linea con quanto ritenuto, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità degli artt. 35 e 36, l. adozione, in merito all'interesse del minore da valutarsi

⁽³¹⁾ Cass., 2 ottobre 2009, n. 21094, in *leggiditalia.it*, tra l'altro in un caso di opposizione esplicita del figlio alla rimozione dello stato inveridico, che, nelle fasi di gravame, ha proposto reclamo avverso i provvedimenti prima del Tribunale e poi della Corte d'Appello.

⁽³²⁾ App. Milano, 25 luglio 2016, cit.

obbligatoriamente da parte del giudice del singolo procedimento, escludendo qualsiasi automatismo nel riconoscimento dei provvedimenti stranieri in tema di adozione⁽³³⁾.

Detta valutazione bilanciata degli interessi fondamentali del figlio (accertamento della verità biologica, tutela dell'affettività e dello stato acquisito, partecipazione del figlio alle scelte che lo riguardano, ecc.), attribuita dal sistema nel suo interesse, impone, a nostro avviso, una ponderazione massima delle situazioni giuridiche soggettive in giuoco da parte di tutti gli attori della vicenda giudiziaria, specie laddove il figlio sia minore di età. In particolare, in questo caso, il curatore speciale deve sempre valutare la sua posizione prima di proporre o proseguire l'azione, poiché la pronuncia del giudice, sia essa di accoglimento o di rigetto, è idonea a passare in cosa giudicata, con la conseguenza che lo stato così determinatosi non può più essere modificato successivamente, nemmeno dal figlio stesso. Quindi, il curatore che agisce, e il giudice che lo autorizza, si assumono la responsabilità dinanzi al minore rappresentato di cristallizzare in via definitiva una situazione secondo le statuizioni del giudice adito, il quale ne valuta l'interesse al momento della domanda, o comunque in corso di causa. E non è detto che esso sia coincidente con quello futuro, o con quello ritenuto preminente dal figlio una volta compiuta la maggiore età.

Il quadro tracciato, che pone al centro delle azioni di stato l'interesse del figlio, specie se minore di età, trova ulteriore conferma nelle novità introdotte dalla riforma delle azioni di stato, recentemente varata dal legislatore.

Il figlio, infatti, sia esso matrimoniale o meno, è divenuto l'interprete privilegiato del suo interesse allo stato, che è principio cardine della rilevanza giuridica della filiazione, sotto il profilo della sua identità personale. È lui che potrà, in qualsiasi tempo, considerare più favorevole la rimozione dello stato esistente (ovviamente se non corrisponde alla verità biologica), ad

⁽³³⁾ Corte cost., 7 aprile 2016, n. 76, in *Giur. cost.*, 2016, p. 691, con nota di A. SCHILLACI, *Una inammissibilità che "dice" molto: la Corte costituzionale e la trascrizione dei provvedimenti stranieri di adozione coparentale in coppia omosessuale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1172, con nota di L. MARZIALETTI, *Le sentenze straniere di stepchild adoption omogenitoriale. Il discrimine tra automaticità del riconoscimento e giudizio di delibazione*.

esempio per ottenerne la costituzione di uno diverso nei confronti del vero genitore eventualmente più abbiente o con cui abbia intessuto rapporti affettivi, oppure potrà decidere di mantenerne *sine die* l'efficacia, sebbene non corrisponda alla propria discendenza genetica, ma piuttosto all'affettività e all'esperienza della vita familiare. 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 *ex art.* 279 c.c.; vanterà, infine, nei confronti dell'eredità di costui i diritti di cui agli artt. 580 e 594 c.c.⁽³⁴⁾.

La previsione di termini per i legittimati diversi dal figlio (semestrale, annuale o, al massimo, quinquennale), correttamente qualificati di decadenza dal giudice delle leggi nella parte motiva della decisione in esame⁽³⁵⁾, che

⁽³⁴⁾ Cfr., sui diritti di cui all'art. 279 c.c. e su quelli successori di cui ai successivi artt. 580 e 594, M. PARADISO, *Status di filiazione e diritti successori nella riforma*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 242; S. TROIANO, *Diritto allo stato e figli "senza stato", ovvero i figli non riconoscibili dopo la riforma della filiazione*, in *Jus civile*, 2015, spec. p. 243; A. SASSI, *Accertamento indiretto di stato e diritti successori nella riforma della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 611 ss., spec. p. 620 ss.; per un inquadramento sistematico, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 397 ss. e 716 ss. In giurisprudenza, esplicitamente, Cass., 1° aprile 2004, n. 6365, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1408; in *Gius.*, 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 ed *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 *Fam. 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*.

⁽³⁵⁾ La natura decadenziale dei termini deriva dall'indisponibilità dei diritti ad essi sottesi, verso i quali la preclusione può essere legata esclusivamente al loro esercizio (artt. 2934, 2° comma, e 2964 c.c.), e dalla funzione da loro svolta di cristallizzare e tutelare la situazione di affettività venutasi a creare a seguito dell'accertamento inveridico, demandando soltanto al figlio il compito di operare un proprio personale bilanciamento tra i diritti ad acquisire lo stato biologico o a mantenere quello affettivo: A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 430 s.

Sulla natura decadenziale secondo l'art. 244 c.c., precedente formulazione, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 343 ss.; e ora, riguardo al testo novellato, R. ROSETTI, *Modifica della disciplina del disconoscimento e limiti all'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento della paternità*, cit., p. 52; C. GARLATTI, *La prescrizione nelle azioni di stato*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della*

pregiudicano, 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⁽³⁶⁾.

Inoltre, attribuendosi rilevanza all'intersoggettività, con la nuova concezione viene meno la centralità del *favor veritatis* come insuperabile criterio di attribuzione della discendenza familiare, in modo da soddisfare in maniera il più possibile compiuta i bisogni primari del figlio, che non è detto si realizzino sempre attraverso l'accertamento della discendenza biologica. In sostanza, la riforma ha aperto la strada all'applicazione da parte del giudi-

filiazione, cit., spec. p. 422 ss., la quale, in aggiunta a condivisibili considerazioni di ordine sistematico, sottolinea che l'art. 2, lett. g), l. n. 219/2012 ha attribuito il potere di delega (sebbene esplicitamente soltanto per l'impugnazione del riconoscimento) per prevedere una «limitazione della imprescrittibilità dell'azione solo per il figlio e con l'introduzione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione da parte degli altri legittimati». In giurisprudenza l'assunto è pacifico: di recente, oltre a Corte cost., 12 gennaio 2012, n. 7, cit., v. almeno Cass., 26 giugno 2014, n. 14556, in *leggiditalia.it*; Cass., 30 maggio 2013, n. 13638, *iv*; Cass., 11 luglio 2012, n. 11644, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3348; in *Fam. dir.*, 2012, p. 1150; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 51, con nota di C. COSSU, *Inseminazione eterologa, non scienza del marito, "diritto vivente" e disconoscimento di paternità*; Cass., 2 febbraio 2010, n. 15777, in *Fam. dir.*, 2011, p. 329, con nota di A. RICCI, *Disconoscimento della paternità e prova dell'adulterio*; Cass., 23 ottobre 2008, n. 25623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 478, con nota di B. CHECCHINI, *Decorrenza del termine di decadenza nell'azione di disconoscimento della paternità dopo Corte cost. n. 266/2006: una frenata della Cassazione*, trattandosi di termine processuale, esso è comunque soggetto alla sospensione feriale: Cass., 3 luglio 1999, n. 6874, in *Giur. it.*, 2000, p. 1393; in *Fam. dir.*, 2000, p. 141, con nota di E. VULLO, *Sospensione feriale dei termini per la proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità*.

⁽³⁶⁾ Cfr. G. FERRANDO, A. QUERICI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 67; E. GIACOBBE, *Il matrimonio*, I, *L'atto e il rapporto*, cit., spec. pp. 319 ss. e 335 ss.; 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'apprezzamento, 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*.

ce di più criteri di individuazione della genitorialità, che, come detto, sono applicati dalla giurisprudenza secondo un minimo comune denominatore, rappresentato dall'interesse primario del nato. Quindi, e in ultima istanza, è proprio questo l'interesse avuto di mira dall'ordinamento, interesse che di volta in volta può essere attuato attraverso l'accertamento della verità biologica con effetti acquisitivi o privativi dello stato, o, di contro, mediante la tutela dell'affettività consolidata e/o dello stato esistente.

Consegue che la stabilità affettiva del figlio giustifica il mantenimento di uno *status* inveridico ogni volta che lui stesso o il giudice lo ritenga coincidere con i bisogni essenziali prima che patrimoniali del primo, fermo restando la possibilità di realizzare verso l'autore della procreazione le proprie aspettative di natura economica attraverso la responsabilità per mantenimento di cui all'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 sono escluse dal dettato della disposizione citata.

5. A conclusione dell'indagine, occorre evidenziare quali siano le conseguenze della pronuncia della Corte costituzionale nella fattispecie concreta che l'ha originata e, più in generale, nelle azioni di stato esclusivamente ablativo (disconoscimento e impugnazione del riconoscimento).

La predetta fattispecie risulta caratterizzata dal ricorso alla gestazione per altri e, soprattutto, all'ovodonazione. Infatti, qualora vi fosse stata corrispondenza genetica tra il nato e la madre giuridica, l'impugnazione non avrebbe sicuramente avuto esito, essendo provata la discendenza a prescindere dalle circostanze della nascita: il più recente orientamento della S.C. correttamente ritiene che la riferibilità del parto costituisce, non già il criterio di attribuzione della maternità, ma soltanto un mezzo di prova della discendenza, sempre superabile attraverso la prova ematogenetica, unica idonea ad accertare inequivocabilmente la verità biologica (artt. 269, 2° e 3° comma, c.c.)⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Sul punto, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 391 ss., spec. p. 392 s.; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 362, con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a*

Ciò posto, meritano particolare attenzione le affermazioni del giudice delle leggi, riportate in chiusura della parte motiva, che qualificano il bilanciamento tra interesse del minore e giudizio di riprovevolezza, riservato dal sistema alla gestazione per altri, come corretto approccio ermeneutico nella soluzione del caso concreto, in particolare indirizzando l'attività dell'interprete sul diverso strumento dell'adozione in casi particolari (artt. 44 ss., l. n. 184/1983). Detto strumento, tuttavia, consente la costituzione di un legame giuridico tra il nato e il genitore intenzionale dai contenuti meno pregnanti e più limitati: si tratta, infatti, di un'ipotesi che è stata definita di adozione "genitoriale", in cui – al contrario dell'adozione c.d. legittimante, piena o "parentale", ove il contenuto del rapporto filiale è speculare a quello del figlio biologico – l'adottato instaura rapporti giuridici soltanto con l'adottante e non riguardo ai parenti di questo, mantenendo, al contempo, i rapporti con la famiglia di origine (o la possibilità di costituirli).

In sostanza, il giudice si trova di fronte a due principi fondamentali, attraverso i quali operare nella singola situazione vagliata: l'attuazione dell'interesse del minore alla genitorialità e, quindi, allo stato giuridico di figlio e la limitazione del ricorso alla gestazione per altri come strumento generativo, limitazione conseguente all'avversione dall'ordinamento interno, che la sanziona penalmente (art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, e mancata esclusione della punibilità ai sensi dell'8° comma della disposizione)⁽³⁸⁾. Il primo principio, tuttavia, risulta essere sempre preminente, come si ricava, sia dalla struttura della motivazione della sentenza in commento, tutta imperniata sulla rilevanza del richiamato interesse⁽³⁹⁾, sia, più specificamente, dai suoi

favore di una coppia same sex; in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329; in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Vita not.*, 2017, p. 131, con nota di S. DI GESU, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*; assunto ribadito, più di recente, da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *dirittoegustizia.it*.

⁽³⁸⁾ Sull'orientamento recente della giurisprudenza, che esclude l'esistenza di condotte di rilevanza penale in capo ai genitori che hanno fatto ricorso alla gestazione per altri nei Paesi esteri ove è ammessa, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 180 ss.

⁽³⁹⁾ Come già rilevato *retro*, § 2.

contenuti, che ne ribadiscono l'importanza, con specifico riferimento alle fonti, anche di rango costituzionale, di diritto interno e sovranazionale.

Ma come operare un corretto bilanciamento nel rispetto dei predetti principi?

Ci sembra che dalle affermazioni del giudice delle leggi e dai principi regolatori della materia, orientati quanto più possibile alla tutela del nato e all'attuazione del suo diritto a divenire "figlio", si possano ricavare alcune regole di applicazione pratica, distinguendo due ipotesi di gestazione per altri: *a)* una, effettuata in un Paese estero, nel rispetto delle norme poste dal sistema ivi presente; *b)* altra, compiuta in Italia o in altro Stato, al di fuori delle regole giuridiche.

Sub a), in una interpretazione costituzionalmente orientata, non vi può essere dubbio sulla reiezione della domanda ablativa, sulla base del preminente interesse del minore al mantenimento dello stato giuridico esistente verso il genitore intenzionale. Con il ricorso all'adozione genitoriale, si imporrebbe al figlio la costituzione di uno stato giuridico peggiore, in cui vengono meno i rapporti parentali con gli altri appartenenti al nucleo familiare (ascendenti o collaterali), senza alcuna possibilità (nemmeno teorica) di poter instaurare relazioni con l'autore o gli autori della procreazione, essendo precluso, nelle varie legislazioni, il riconoscimento di un legame giuridico sia verso i fornitori di gameti che verso la partorientente⁽⁴⁰⁾: di conseguenza, il suo diritto alla genitorialità può essere attuato soltanto verso il genitore intenzionale e la rimozione dello stato verso questi può avvenire soltanto quando dalla sua esistenza possa derivare un pregiudizio al figlio.

Sub b), viceversa, l'interesse del minore alla genitorialità ben può essere efficacemente realizzato, almeno in via tendenziale, attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, che, non recidendo i rapporti ingenerati con la famiglia biologica, non preclude al nato un'eventuale ricerca della verità, consentendogli, allo stesso tempo, di soddisfare immediatamente il diritto alla genitorialità verso il genitore intenzionale.

La soluzione proposta appare coerente anche sul piano equitativo. È evi-

⁽⁴⁰⁾ Cfr. ancora A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 146 ss.

dente che al ricorso alla gestazione per altri praticata legalmente, sebbene in uno Stato estero, deve conseguire anche nel nostro sistema la tutela prevista per chi ha ivi acquisito lo stato di figlio, tutela che il ricorso a pratiche illecite non può e non deve, almeno di regola, garantire in pari grado, fermo restando, anche in questa ipotesi, l'attuazione concreta dell'interesse del minore all'instaurazione di un rapporto giuridico di filiazione in grado di tutelarlo adeguatamente, poiché, se si ritenesse diversamente, si darebbe ingresso ad un esito sanzionatorio ricadente essenzialmente su un soggetto debole, che in nessun modo ha concorso a determinare il sorgere della situazione vagliata, ricreando quella automaticità dell'effetto ablativo che anche la Consulta ha stigmatizzato con l'ultimo intervento.

Del resto, ciò che la dottrina più attenta (prima dell'emanazione della l. n. 40/2004), con felice intuizione, ha definito "filiazione per scelta"⁽⁴¹⁾, cioè a dire fondata sull'intenzione e sulla volontà di divenire genitori, ha trovato ingresso legale nel nostro sistema – a tutela del figlio – nella procreazione eterologa (quasi sempre presente nella gestazione per altri, in cui la gestante ben difficilmente è madre biologica del nato). In sostanza, ora la responsabilità può fondarsi, oltre che sulla trasmissione genetica, anche su una scelta di affettività compiuta dal genitore, affettività rilevante per il diritto e posta dal sistema a fondamento del divieto di accertamento negativo contenuto nell'art. 9, l. n. 40/2004 e, specularmente, del diritto del figlio ad acquisire lo stato su di essa fondato⁽⁴²⁾. Ciò è ancora più vero nelle azioni di accertamento negativo, in cui la rimozione del titolo della filiazione incide su un rapporto già costituito, con la conseguenza che una diversità di trattamento tra figli trova ora ancor minore giustificazione, giusta il dettato dell'art. 315 c.c.

Tra l'altro, l'impostazione prospettata consente, a nostro avviso, di ridimensionare la questione dell'individuazione della nozione di ordine pubblico inderogabile, che da qualche tempo occupa la S.C.⁽⁴³⁾, questione che i giudici

⁽⁴¹⁾ E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, in *Famiglia*, 2001, p. 1035 ss., ora in ID., *Lo spazio dei privati. Scritti*, Bologna, 2016, p. 487 ss.

⁽⁴²⁾ Si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 359 ss. e 408 ss.

⁽⁴³⁾ Per l'orientamento che vede nell'ordine pubblico internazionale un limite costituito

milanesi, nell'ordinanza di rimessione, hanno ritenuto non pertinente al caso vagliato, considerando che l'atto di nascita è stato legittimamente formato all'estero e già trascritto nei registri di stato civile italiani (come in effetti è), ma che potrebbe teoricamente porsi nel momento in cui a detto atto si attribuisce efficacia nell'ordinamento interno. Infatti, l'attuazione dell'interesse del minore, considerato in via tendenziale necessariamente prevalente su qualsiasi altro principio, sposta il piano dell'indagine, attribuendo valenza al rapporto genitore-figlio, a prescindere dalla nozione di ordine pubblico accolta.

Il fatto che il sistema attuale, a tutela del richiamato interesse, secondo il citato art. 9, l. n. 40/2004, attribuisca valenza all'affettività e all'intenzionalità anche al di fuori della filiazione adottiva, legittima un tale approccio ermeneutico in tutti i casi in cui il riconoscimento o il mantenimento giuridico del rapporto corrisponde all'interesse preminente del minore, non essendo più soltanto la discendenza ingenua l'unico criterio per l'attribuzione diretta dello stato di figlio. La rigida distinzione tra filiazione fondata sulla generazione e filiazione adottiva basata sull'affettività è venuta meno con la possibilità di operare un accertamento diretto della filiazione verso il genitore intenzionale nella p.m.a., con la conseguenza che lo stato di figlio matrimoniale o non matrimoniale può oggi prescindere dalla trasmissione dei geni.

anche dai principi inderogabili del diritto interno (come il divieto di maternità surrogata), Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, su cui v. i fondamentali rilievi di A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, in *Liberio osservatorio dir.*, 1/2015, p. 1 ss.; di G. CHIAPPETTA, *L'azione di reclamo dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 481 ss.; e di M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie "same-sex". La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. prin.*, 2015, p. 276 s. La pronuncia ha costituito il punto di partenza dell'ampia indagine sulla maternità surrogata, sostanzialmente adesiva alle tesi della S.C., di A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, cit., p. 415 ss. Per la tesi più restrittiva che vede il limite esclusivamente nei diritti fondamentali dell'individuo e nei principi costituzionali, cfr. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; sul punto, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 159 ss. Sul problema della individuazione della nozione di ordine pubblico internazionale e del limite al recepimento di atti o provvedimenti formati all'estero potrebbe essere valutata anche l'opportunità di una pronuncia della Cassazione a Sez. un.

In definitiva, accertamento diretto della filiazione e adozione sono oggi meri strumenti costitutivi dello stato di figlio, che vanno sempre visti nell'ottica della concreta realizzazione del suo preminente interesse.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza penale – decidendo sul comportamento dei genitori intenzionali attinente alla formazione o all'integrazione dell'atto di nascita – ha escluso l'antigiuridicità della condotta e, quindi, l'esistenza del reato in presenza di gestazione per altri praticata legalmente all'estero, che produca una regolare certificazione da cui risulti la genitorialità giuridica a prescindere dalla discendenza effettiva⁽⁴⁴⁾, e che la Corte costituzionale, nell'interesse del minore, ha sempre considerato in maniera differenziata gli effetti civili di una condotta in astratto penalmente sanzionata, come si è ricordato a proposito della venuta meno automaticità della decadenza dalla responsabilità genitoriale⁽⁴⁵⁾.

Da ultimo, è opportuno richiamare l'attenzione sugli eventuali effetti che possano derivare dalla circostanza che gli autori del riconoscimento contraggano matrimonio prima della proposizione dell'impugnazione per difetto di veridicità.

Nel vigore della precedente normativa, la legittimazione del figlio naturale, anche se avveniva per provvedimento del giudice, non modificava la fattispecie (art. 263, 2° comma, c.c., precedente formulazione, secondo cui l'impugnazione era ammessa anche dopo la legittimazione; norma richiamata dal 1° comma del successivo art. 289, ora abrogato). E ci sembra che il principio possa valere anche dopo la riforma, poiché l'atto che si impugna è sempre il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio.

Tuttavia, va evidenziato il mancato coordinamento con il principio di parità dei figli, solennemente enunciato dal citato art. 315 c.c. Infatti, come si

⁽⁴⁴⁾ Cfr., ad esempio, Cass., 10 marzo 2016, E. ed altri, in *Foro it.*, 2016, II, c. 286; Cass., 11 ottobre 2016, M.S. ed altri, in *leggiditalia.it*: su detto orientamento, che esclude l'esistenza di condotte di rilevanza penale in capo ai genitori che hanno fatto ricorso alla gestazione per altri nei Paesi esteri ove è ammessa, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 180 ss.

⁽⁴⁵⁾ Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, cit.; Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, cit.: v. *retro*, § 4.

è rilevato⁽⁴⁶⁾, la diversità di presupposti e legittimazione, presente nel disconoscimento rispetto all'impugnazione del riconoscimento, si giustifica oggi soltanto con la tutela dell'interesse all'unità affettiva della famiglia legittima, unità che non consente a soggetti ad essa alieni di agire per la rimozione dello stato, anche se inveridico (art. 243-*bis*, 1° comma, c.c.). Ma se così è, è evidente che il predetto interesse sussiste anche nel caso in cui la rimozione riguardi il figlio non matrimoniale di genitori coniugatisi successivamente, che dovrebbe poter ricevere la medesima tutela del figlio nato in matrimonio.

⁽⁴⁶⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 584; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 7, 52 e 406. 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*, cit., p. 929 ss.; E. DEL PRATO, *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato*, cit., 2, p. 227 ss., ora in ID., *Lo spazio dei privati*, cit., p. 567 ss.

El estatus de artista.

[CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO (*) - COVADONGA TORRES ASSIEGO (**)]

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El entramado jurídico. – 3. Marco normativo. – 4. Nivel internacional. – 4.1. Otros convenios de internaciones. – 5. Ámbito europeo. – 5.1. Reglamentos. – 5.2. Directivas y Reglamentos de la Unión Europea. – 5.3. Normativa de interés. – 5.4. Movilidad de los artistas y los profesionales de la cultura. – 5.5. Función de la Comisión. – 5.6. Labor de la Comisión. – 5.7. Becas y ayudas. – 6. El Estatus.

1. Para hablar con propiedad de la posición que ocupan los artistas en el panorama jurídico actual, resulta del todo inevitable remitirse a su origen, a la matriz de este colectivo, explicar el contenido material de sus actividades, tarea no sencilla debido al dinamismo y concepción susceptible de subjetividad. El origen léxico deriva de la palabra arte “ars, artis”, la raíz etimológica que da lugar al lexema, es referida a aquellas obras y trabajo en las cuales se ha plasmado talento, técnica y creatividad. Pero este significado ha ido mutando a lo largo del tiempo, siendo susceptibles de cambios (la aparición de nuevas tecnologías han dado pie a nuevas formas de manifestación del arte) e interpretaciones circunstanciales. Previamente declarábamos la dificultad de situar las actividades propias de un artista, debido a la desambiguación lingüística acaecida con los años debido a la innovación consecuyente de la creación de mejores equipos o medios para explotar su ejercicio.

Nos atendremos al Estatus jurídico del artista actual, es decir, de aquella persona que se dedique a una actividad considerada como un arte. En este mismo sentido, un artista puede definirse también extraoficialmente como “una persona que se expresa a sí mismo a través de un medio. Pues bien,

(*) Universidad de Alcalá (Madrid), Catedrático Jean Monnet.

(**) Universidad de Alcalá (Madrid), Colaboradora Jean Monnet.

observaremos cómo responde ante la sociedad actual, satisfaciendo sus necesidades y demandas, cómo se amolda al marco económico y jurídico y la trascendencia de sus funciones y actividades.

Antes de proseguir, debemos detenernos un momento para exponer lo que actualmente se entiende y describe como arte. Así, la pintura, independientemente de la superficie que se use para tal fin; lo mismo puede decirse en el caso de la escultura, la arquitectura, la poesía, el arte dramático (actuación), la danza y la música. Todos ellos, puede admitirse que integran los medios propios en el contexto del arte clásico. En las últimas décadas y, concretamente, en el último siglo, se han integrado nuevas plataformas y disciplinas donde se expresa esta rama de forma reconocible; el cine, el mundo audiovisual, la arquitectura, la fotografía, incluso los trabajos llevados a cabo por los artesanos. En definitiva, actualmente se reconoce, incluso por los más escépticos, que el arte puede integrar a aquellas personas cuyos trabajos poseen una estética valor.

Adentrándonos en el estatus objetivo, es decir, aquel resultante de la mirada crítica de la sociedad, el artista, sus actividades y limitaciones han sufrido dilataciones y contracciones según la etapa en la cual hayan ejercido sus funciones. Sin embargo, podemos apreciar que siempre han satisfecho una serie de demandas, las cuales pasaremos a exponer con posterioridad.

2. Hemos de manifestar el hecho de que, se trata de una ardua tarea la de establecer un marco jurídico referencial en el cual se integre la situación legal completa del artista, y ello debido a diversos motivos:

1. se trata de un oficio irremediabilmente relacionado con el derecho a la libertad de expresión. Derecho reconocido en el ámbito internacional y europeo. Tratado Universal de los derechos humanos, art. 19, 29. Pacto Internacional de los derechos Civiles y políticos, art. 19, 20. Convención de los derechos del Niño, art. 13. Por su parte, a nivel europeo, hemos de hacer alusión a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, artículo 10;

2. la ley se limita a reconocer el oficio de artista, pero no a regular su ejercicio, eso no quiere decir que no se establezcan leyes que lo amparen, que declaren la necesidad de contraprestación por su trabajo, que se reconozca el derecho de exponer sus obras en los medios físicos o telemáticos pertinentes;
3. la ley establece pocos límites, en todo caso, en aquellas situaciones en las que la libertad de expresión pueda vulnerar otro derecho del mismo rango o importancia jurídica, por ejemplo, a la dignidad, el honor, la imagen, igualmente reconocidos a nivel europeo. Un ejemplo de esto que decimos puede ser la satírica (sátira) ofensiva o que pueda incitar al odio, que pueda llegar a rebasa los límites del respeto debido y exigido en las relaciones interpersonales. En este mismo sentido, apuntar que, como ya hemos indicado anteriormente, el honor también está reconocido como un derecho humano de carácter universal y, en base a este hecho, debe ser motivo de salvaguardia;
4. la Unión Europea y el conjunto amplio de Estados colaboradores, han procurado, mediante Convenios, dotar de unas mayores facilidades al contexto de los artistas, y ello con el claro objetivo de que éstos tengan más oportunidades de movilidad dentro de Europa. Así, reconociendo la importancia cultural que desempeñan, se han ofrecido mejoras para que se consiga una mayor y más amplia circulación de los referidos artistas, ya en la actualidad respaldada por el espacio Schengen, pero que ha sido objeto de regulación;
5. se otorgan becas y ayudas para las diferentes artes. Una de las becas más importantes es STEP Beyond Travel grants (Las becas a la movilidad en Europa), unas becas dirigidas a artistas y trabajadores culturales emergentes, dado que es muy importante para el proyecto europeo un mayor intercambio de conocimientos. Son otorgadas por la Fundación Europea de la Cultura. Estas becas están dirigidas, sobre todo a personas menores de 35 años, ya que se presume la necesidad de conocimientos y de formación que puede ser enriquecida con el concurso de estas becas.

3. A nivel europeo, es importante aludir a los convenios firmados por la mayoría de países miembros de la Unión Europea. Los convenios brindan, por primera vez, una armonización y servirán de base para futuros Tratados de la Unión Europea, los cuales se inspirarán en principios recogidos y que aparecen localizados en los convenios que se exponen a continuación. Gracias a los citados convenios, los artistas europeos, al amparo de dichas normativas, ven protegidos no solo los derechos de autor, también los derechos conexos que derivan de este primero. El colectivo de los artistas, en general, podrá ver protegida su obra en otros países que ratifiquen los textos con garantías, incluso podrán conocer de las limitaciones de la protección en casos específicos.

Ya el nombre y designación de los tratados nos da a conocer y pone de manifiesto la proximidad con la Unión Europea. El artista observa una revalorización de sus derechos que se han ajustado a las circunstancias. Sabemos que se trata de un oficio con una gran discrecionalidad legislativa, debido a que se trata de un ejercicio que no dispone de una regulación específica o concreta. Puede afirmarse que, la ley no solo en el ámbito nacional, si no que también en el Ordenamiento jurídico internacional, se limita a reconocer unos derechos del artista, pero no se llegan a establecer ningún tipo de límites, más allá de la protección de los derechos de autor, protegiéndolo del plagio, la piratería, o la difusión sin consentimiento.

Nos hallamos, posiblemente, ante uno de los estatus jurídico que presenta un mayor grado de discrecionalidad ya que, ni los propios ordenamientos nacionales pueden regular exhaustivamente este oficio, estableciéndose un entronque con el derecho a la libertad de expresión, ya que el arte es un medio de manifestación de la misma, muy presente en los tratados internacionales y también en la órbita comunitaria.

Los diferentes convenios que se establecen a continuación, se limitan a la protección de las obras, así como también contienen sus limitaciones. Además, conviene señalar que, asimismo, existen reglamentos que sirven para facilitar la difusión y comercialización de las mencionadas obras de arte.

En este mismo orden de ideas, habremos de mencionar, a nivel internacional, los siguientes textos legales imbricados a la temática que nos ocupa.

4. La presente información ha sido obtenida por *La protección internacional del derecho de autor y de los derechos conexos*, y se trata de un Documento preparado por la Oficina Internacional de la OMPI.

El Convenio de Berna, *Tratado de la OMPI sobre derecho de autor* (WCT) (1996) *con las declaraciones concertadas relativas al tratado adoptadas por la conferencia diplomática y las disposiciones del convenio de Berna (1971) mencionadas en el tratado.*

Se trata posiblemente del primer convenio internacional que salvaguarda y protege los derechos de autor de los artistas y profesionales de la cultura. Supone una regulación prematura en su primera concepción, que más tarde será complementada con otros tratados internacionales posteriores.

El texto original, de 1886, del Convenio ha sido revisado en diversas ocasiones, adaptándose a los diferentes acontecimientos y a la evolución normativa que, a nivel nacional, se ha venido produciendo en cada uno de los diferentes países que adoptaron dicho convenio. En concreto, se ha modificado bastante de lo referido a los cambios en la creación de obras artísticas, utilización y difusión de las mismas, siendo que, muchos de estos cambios han corrido parejos con la evolución tecnológica. La primera gran revisión del texto se produjo en 1908, en Berlín, posteriormente en Roma, en el año 1928, posteriormente, Bruselas en el año 1948, Estocolmo en el año 1967 y, la última, en París, en el año 1971. El contenido del texto no sólo fue adoptado para una mayor protección del derecho de autor a nivel internacional, también se ocupaba de regular todo lo concerniente a una posible armonización a nivel jurídico entre los países que dieron forma al Convenio.

Es preciso reseñar dos principios, dentro del Acta de París, que contiene el Convenio de Berna del año 1971. El primero, se ocupa de lo concerniente al trato nacional; en base a dicho principio, se declara que, una obra realizada en uno de los países miembros del convenio, sería protegida, en lo que a su autoría se refiere, en el resto de países que lo hubieren adoptado. El segundo principio radica en los derechos mínimos, lo cual se traduce en el hecho de que, las leyes de los Estados miembros deben proporcionar unos niveles mínimos de protección declarados y dispensados en base al contenido mismo del Convenio. Probablemente, falte añadir que, muchos Estados han

ido incorporándose al Convenio de Berna, sobre todo debido a la facilidad para llevar a cabo la comercialización y dada la globalización ofrecida por los medios telemáticos e informáticos.

El artículo 2 del Convenio, se ocupa de formular la declaración del contenido y de las obras protegidas por el mismo. Así: “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión”. El artículo 2.6 declara que la cobertura de protección se extiende al autor y sus derechohabientes, con ciertas excepciones o modalidades en lo que se refiere a las obras cinematográficas, materia de la que se ocupa el artículo 14bis del texto del Convenio.

El artículo 3 viene a declarar que, los sujetos protegidos son los autores nacionales o residentes del país miembro o, en su defecto, que la publicación de la obra sea efectuada por primera vez en alguno de los Estados miembros del Convenio. Por su parte, los artículos 8, 9, 11, 11bis, 11ter, 12 y 14 albergan y crean un listado de las diferentes tipologías de obras protegidas. El resto del Convenio expone sus limitaciones patrimoniales o de utilidades libres, es decir, citas, casos especiales, o licencias no voluntarias, como la radiodifusión y las comunicaciones públicas.

4.1. Roma, 1961, la *Convención de Roma*. Ginebra, 1971, el *Convenio Fonogramas*, y el *Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite* (Bruselas, 1974, el *Convenio Satélites*). Se examinarán también las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC.

Los derechos conexos surgieron a partir del auge tecnológico, se trata de una dicotomía de los derechos de autor. “*Son los derechos que tienen los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas sobre una obra musical protegida por el Derecho de Autor. También tienen Derechos Conexos los organismos de radiodifusión, quienes son titulares del derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir*” *La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento : 1) La fijación y la reproducción de sus emisiones, incluso la de alguna imagen aislada; 2) cuando ésta se haya hecho accesible al público por primera vez a través de la emisión de radiodifusión; 3) La comunicación al público de sus emisiones cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al*

público mediante el pago de un derecho de admisión. Esta definición expresa ha sido facilitada por el Instituto Ecuatoriano de la propiedad intelectual.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

Como consecuencia de ello, a fines de los años 80 se hizo evidente que nuevas normas internacionales obligatorias eran necesarias y, en consecuencia, se comenzaron los trabajos en el seno de la OMPI para conseguir la preparación de nuevos instrumentos en los campos, tanto del derecho de autor como de los derechos conexos.

Los Tratados abordan la temática de la llamada “agenda digital” en sus disposiciones relativas a: 1) la aplicación del derecho de reproducción al almacenamiento de obras en sistemas digitales; 2) las limitaciones y excepciones aplicables en el medio digital; 3) las medidas tecnológicas de protección; 4) la información sobre la gestión de derechos.

5. La Unión Europea acoge parte de los aspectos más importantes del Convenio de Berna, respetando la normativa de los Estados miembros, los cuales desarrollan ampliamente, dentro del marco convencional, gozando de una gran discrecionalidad que viene establecida por los propios Convenios Europeos.

En este sentido, hay que decir que, la Unión Europea resalta la unión del artista con la “cultura europea”, siendo que su legislación está significativamente dirigida a la movilidad de los profesionales del arte y la cultura dentro del territorio comunitario. Para conseguir el mencionado objetivo van a existir toda una serie de ayudas, becas y facilidades para la información y disfrute de eventos avocados a ello e interesados en la consecución u obtención de los aludidos instrumentos facilitadores de la cultura europea.

Podemos constatar como, en el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht, se produjo el reconocimiento oficial de la dimensión cultural de la integración europea. En este sentido, se otorgan una serie de competencias, aún escuetas, de acción cultural a la Comunidad Europea.

Debemos referirnos al artículo 128 (actualmente el 151) del Tratado. En base al mencionado precepto, la Comunidad Europea debe impulsar las culturas de los Estados miembros, teniendo especial cuidado en preservar la diversidad, pero poniendo también de manifiesto el “patrimonio cultural común”.

Así, podemos afirmar el hecho de que, son algunos los Tratados de la Unión Europea en los cuales se disponen o insertan contenidos normativo que se orientan y afectan directamente al ámbito de la cultura.

El Tratado de la Unión Europea nacido en Maastricht, menciona y cita, en determinadas ocasiones, a la cultura, en concreto, lo hace en su preámbulo, cuando establece que:

- “*inspirándose* en la herencia cultural” reconoce la cultura y todo su contenido como un rasgo común europeo, del cual procederá una labor legislativa posterior al Tratado que reconoce dicha presencia común;
- “*deseando* acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones” también deben reconocerse las peculiaridades culturales de cada una de las regiones que conforman el territorio de la Unión Europea.

Por su parte, el art. 3 del TUE señala que: “La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo”.

De aquí se desprenden dos consecuencias, la primera es el reconocimiento de una pluralidad de culturas que deben ser respetadas, y lo segundo y aún más importante, conservación, a través del desarrollo, del patrimonio cultural que constituye la enorme riqueza cultural e histórica de la Unión. Ese aludido patrimonio cultural, no sólo se refiere al ámbito físico o arquitectónico, sino que se refiere también a las actividades culturales que pueden ser desempeñadas por artistas o profesionales de la cultura de cada país miembro de la Unión Europea.

Por otro lado, y en lo que se refiere al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), encontramos lo siguiente a destacar.

Artículo 6. La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea. El artículo 6 en su apartado c, contempla la cultura. Y ello se manifestará mediante reglamentos que reconocen la armonización para la movilidad de los artistas, para que puedan desplazarse por el territorio. Normativa que incentive una mayor consideración y protección del colectivo.

Artículo 36 (antiguo artículo 30 TCE). Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

El propio Tratado dedica su título XII a la cultura, otorgando unas pinceladas no demasiado uniformes sobre su alcance.

Artículo 167 del TFUE (antiguo artículo 151 TCE). Establece que: “La Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común”.

El artículo reconoce de manera tácita que se debe contribuir al fomento de la cultura en común, se entiende dentro de este contenido el arte que forma parte de la cultura. Se trata de un deber, una obligación para preservar también una identidad europea. Con florecimiento podríamos declarar que es un acicate para el fomento de ayudas, expansión, difusión del arte.

5.1. 30-3-2010 *Diario Oficial de la Unión Europea* C 83/121 ES.

1) Nos parece razonable resaltar alguna de la normativa que se refiere a cómo cooperan las diferentes instituciones en esta materia, tanto con otras instituciones de la Unión Europea, como con otros Estados miembros, e

incluso, con ciertas Organizaciones Internacionales (Consejo de Europa). Podemos decir que, se trata de un dilatado proceso burocrático.

2) La acción de la Unión favorecerá la cooperación entre Estados miembros y, si fuere necesario, apoyará y completará la acción de éstos en los siguientes ámbitos:

- la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos;
- la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea;
- los intercambios culturales no comerciales. Por intercambios culturales no comerciales, entendemos las becas y ayudas, es decir, todo lo orientado a la formación;
- la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual. Ya hay una declaración expresa de cooperación y desarrollo no generalizado (cultura), se trata de un manifiesto expreso.

3) La Unión y los Estados miembros fomentarán la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura, especialmente con el Consejo de Europa.

5.2. Directiva 2006/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006.

La Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, ha sido modificada en diversas ocasiones y de forma sustancial. Conviene, en aras de una mayor racionalidad y claridad, proceder a la codificación de dicha Directiva.

Uno de los mayores retos a los que debe enfrentarse el artista, es a la protección de sus obras, las cuales, con las nuevas tecnologías, son cada vez más vulnerables de plagio, apropiación intelectual o distribución ilícita. El fenómeno de internet ha tenido un gran calado en este gremio, donde pueden expresarse con mayor difusión debido a su fácil accesibilidad y distribución. La Unión Europea no ha ignorado estos acontecimientos,

quiere regular esta situación mediante una armonización legislativa a nivel comunitario.

La aludida Directiva 2006/115/CE, tuvo su origen en otra anterior Directiva, concretamente en la 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, que posteriormente, ha sido modificada en diversas ocasiones, motivo por el cual, puede sostenerse, que esta última regulación legislativa con forma de directiva, espera sentar las bases de un posterior desarrollo a nivel de los países miembros de la Unión Europea. La Directiva en cuestión y citada, aporta luz a un debate sobre el contenido de la actividad propia de un artista. “El alquiler y préstamo de obras amparadas por los derechos de autor y objetos protegidos por derechos afines tienen cada vez más importancia, en particular para los autores, artistas, intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas y películas”, y ello motivado por el hecho irrefutable, como ya expusimos previamente, de que el oficio ha ido incorporando nuevas modalidades de creación y expresión a través del paso de los años.

Además, advertimos de que, dentro del entramado recogido por la Directiva, se marcan varios puntos de interés y relevancia jurídica, que citaremos a continuación.

Se reconoce que el ejercicio y las obras realizadas por los profesionales del arte y de la cultura, son cada vez de mayor importancia, llegando a fijar que “pueden considerarse de importancia capital para el desarrollo económico y cultural de la Comunidad”. Así lo reconoce el preámbulo en su apartado tres:

- se hace preciso destacar la importancia de las ayudas al gremio, declarando la insuficiencia de los mismos y la necesidad de incrementar con el paso del tiempo y con el respaldo de los Tratados y las correspondientes Directivas esta necesidad, y así ha sido. La Directiva data del 2006, y desde entonces, la Unión Europea se ha comprometido con la dación u otorgamiento de mayores becas y ayudas económicas, algo que, posteriormente, trataremos de exponer;
- también es menester establecer un marco jurídico para una mayor armonización laboral del colectivo. En tal sentido, “en la medida en

que estas actividades constituyen principalmente servicios, se debe facilitar igualmente su prestación mediante el establecimiento de un marco jurídico armonizado en la Comunidad”, así establece el apartado seis del preámbulo;

- asimismo, se declara la posibilidad de acudir al tenor de Tratados Internacionales para lograr estos fines, y establecer facilidades a nivel nacional para un marco jurídico que incluya una específica normativa que regule este oficio;
- ae alude, finalmente, a la obligatoriedad de contraprestación mediante una remuneración equitativa, por los servicios, ya sea de forma directa o indirecta, según reza el art. 5.

En los siguientes artículos del texto de la reseñada Directiva, se adoptan medidas tales como, por ejemplo, las relativas al ámbito de la distribución, así el art. 9.

Reglamento (UE) N° 1295/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en el que se establece el Programa Europa Creativa (2014 a 2020).

Podemos afirmar que, en nuestra opinión, el denominado Proyecto Europa Creativa constituye una de las ideas y desideratum que, a corto plazo, resultan ser más ambiciosas de la Unión. En este sentido, hemos de reseñar que engloba, al tiempo que establece, una serie de objetivos, entre los que podemos citar.

En primer lugar, apoyar la promoción de la expresión cultural y artística, estableciendo unas condiciones para una competitividad sostenible y necesaria que movilice las expectativas de la Unión cara a una identidad cultural europea adaptada a los tiempos actuales. Su fundamento se encuentra en el TFUE, matriz del proyecto, y en la Convención de la Unesco celebrada en el año 2005. En este mismo orden de ideas: “la Unión apoya y completa, en caso necesario, las acciones de los Estados miembros encaminadas tanto a respetar como a promover la diversidad cultural y lingüística, de conformidad con el artículo 167 del TFUE y la Convención de la Unesco sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones

Culturales de 2005 («Convención de la Unesco de 2005»). En sendos textos se refuerza la competitividad de los sectores cultural y creativo europeos y se facilita, con toda nitidez, la adaptación a las transformaciones industriales”.

5.3. Puede decirse que, el apoyo de la Unión a los sectores cultural y creativo viene a suponer la mezcla de programas de la Unión, los cuales quedan sintetizados en este referido apoyo. Hacemos ahora mención a algunas de las restantes disposiciones de ámbito europeo que crearon el espacio de apoyo:

- la Decisión n° 1718/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, programa MEDIA;
- la Decisión n° 1855/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, programa Cultura;
- la Decisión n° 1041/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, programa MEDIA Mundus;
- la Decisión n° 1622/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, manifestación Capital Europea de la Cultura;
- la Decisión n° 1194/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre acción relativa al Sello de Patrimonio Europeo.

El Reglamento (UE) 1295/2013 ya reseñado, en su art. 2, define que se entiende por sector cultural y creativo, declarando que las expresiones artísticas quedan engrosadas dentro de la definición y, por lo tanto, quedan incluidas dentro del alcance del proyecto. Importante inciso es el que fija que, deberán incluirse a aquellos que también se hallen fuera del mercado. En este orden de cosas, el precepto hace hincapié en proceder a definir, lo más amplia y delimitadamente posible, lo que abarcan los sectores cultural y creativo. Así, encontramos lo que sigue: “sectores cultural y creativo: todos los sectores cuyas actividades se basan en valores culturales o expresiones artísticas y otras expresiones creativas, independientemente de que dichas actividades estén orientadas al mercado o no. Entre estas actividades se cuentan el desarrollo, la creación, la producción, la difusión y la conservación

de los bienes y servicios que encarnan expresiones culturales, artísticas”.

El artículo prosigue con las definiciones y tratamiento de lo que pueden ser consideradas tareas análogas, referidas ahora a las expresiones de artistas de “calado actual”, como son: la arquitectura, los archivos, las bibliotecas y los museos, la artesanía artística, los audiovisuales, en donde se incluyen el cine, la televisión, los videojuegos y los multimedia.

Señalaremos en este punto las declaraciones de la Comisión Europea en base a las cuales se fundamenta el Proyecto de Europa Creativa. En este sentido: “La Comunicación de la Comisión titulada «Europa 2020 – Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020») define una estrategia que tiene por objeto convertir a la Unión en una economía inteligente, sostenible e integradora que ofrezca niveles elevados de empleo, productividad y cohesión social. En dicha comunicación, la Comisión señaló que la Unión debe ofrecer un marco de condiciones más atractivas para la innovación y la creatividad. En el referido contexto, puede decirse que, los sectores cultural y creativo son fuente de ideas innovadoras susceptibles de ser transformadas en productos y servicios que generen crecimiento y empleo y contribuyan a abordar los cambios sociales. Además, la excelencia y la competitividad en dichos sectores son fundamentalmente producto de un esfuerzo de artistas, creadores y profesionales que es preciso promover. Con este fin, debe mejorarse el acceso a la financiación de los sectores cultural y creativo. En sus conclusiones sobre los servicios de información en torno a la movilidad para artistas y profesionales de la cultura, el Consejo confirma la importancia de la mencionada movilidad de artistas y profesionales de la cultura para la Unión y para la consecución de sus objetivos en el marco de la Estrategia Europa 2020, y se invita a los Estados miembros y a la Comisión, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias y respetando debidamente el principio de subsidiariedad, a que faciliten información completa y precisa a los artistas y profesionales de la cultura que deseen circular dentro de la Unión. El Programa debe tener en cuenta la naturaleza dual de la cultura y las actividades culturales reconociendo, por una parte, el valor intrínseco y artístico de la cultura y, por otra, el valor económico de estos sectores, incluida

su contribución a la sociedad, en general, a la creatividad, la innovación y la integración social”.

El valor añadido europeo quedará garantizado a través de:

- el carácter transnacional de las acciones y actividades, que complementan otros programas y políticas regionales, nacionales, internacionales y de la Unión, y la repercusión de dichas acciones y actividades tanto en los sectores cultural y creativo como en los ciudadanos europeos y en su conocimiento de culturas distintas de la propia;
- el desarrollo y la promoción de la cooperación transnacional entre los agentes culturales y creativos, incluidos los artistas, los profesionales del sector audiovisual, las organizaciones culturales y creativas y los operadores del sector audiovisual, con miras a estimular respuestas de mayor alcance, más rápidas, más eficaces y a largo plazo a los retos globales.

5.4. Muchos de los programas de movilidad, encuentran su fundamento en el art. 4 del REGLAMENTO (UE) No 1295/2013, en donde se establece que: “promover la circulación transnacional de las obras culturales y creativas y la movilidad transnacional de los agentes culturales y creativos, en particular los artistas, así como llegar a audiencias nuevas y más amplias y mejorar el acceso a las obras culturales y creativas en la Unión y fuera de ella, centrándose especialmente en los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad y los grupos infrarrepresentados”.

Asimismo, puede afirmarse que, la Unión Europea vela y se ocupa por el trabajo, estudios, investigación, coproducción o participación en un programa de estancia o intercambio destinado en la integración y trayectoria profesional de los artistas y profesionales de la cultura.

Además, debemos indicar que, para diversos grupos o categorías de artistas, la movilidad supone no una opción fundada en la voluntariedad, sino un imperativo para poder hacer frente a la competencia en el contexto de su trabajo habitual.

En este mismo sentido, la Unión Europea reconoce la importancia de la movilidad e integración dentro de su marco competencial y territorial, aportando así:

- una neta mejora de las oportunidades profesionales: la migración de artistas y profesionales, permite un mayor contraste de conocimientos, técnicas e ideas que pueden dar lugar a proyectos y mayores facilidades laborales;
- el acceso a nuevos mercados: Los diferentes países que integran la Unión Europea poseen diferentes clases y tipologías de estudios o de formaciones en la materia que nos ocupa, motivo por el cual, reclaman diferentes necesidades que podrán ser satisfechas con más facilidad si existe una mayor oferta de profesionales;
- el fomento de la diversidad cultural y el diálogo intercultural. Como bien hemos expuesto con anterioridad, una mayor capacidad ambulatoria por el territorio comunitario, permite una mayor variedad de ofertas y ello redundará positivamente en la ciudadanía;
- el aumento y expansión de la audiencia. Es una cuestión irrefutable, una mayor movilidad dará lugar a una mayor audiencia, la cual podrá disfrutar del trabajo de artistas extranjeros;
- el establecimiento de asociaciones y contactos: La Unión Europea promueve y financia numerosas asociaciones y escuelas en las que se imparten clases, se organizan e imparten diversidad de cursos y programas de formación, siendo que, a los mismos acuden destacados profesionales que pueden asesorar e ilustrar a aquellos que comienzan en esta rama;
- la creación y puesta en marcha de redes.

Como ya hemos indicado con anterioridad, estos tipos de profesionales se desplazan con bastante frecuencia, realizan giras por zonas del conjunto del territorio que integra la Unión Europea, siendo una realidad constatable que, de hecho, la organización supranacional que es la Unión, aporta y concede numerosas y variadas ayudas de carácter pecunario o prestacional. Para ello, se habilitan inmuebles al objeto de celebrar exposiciones, o se

usan los propios dedicados al efecto, también para exponer diversidad de contenidos de galerías. Asimismo, se solicitan permisos para ocupar locales óptimos para una actuación con mejor visibilidad, buena acústica y que cumplan con los requisitos de seguridad.

En conclusión, mejorar la movilidad de este colectivo, es sinónimo explícito de aportar un sustento sólido mediante el cual pueden expandir y mejorar sus actividades.

5.5. Podemos, con toda claridad, determinar que, la función que, en esta materia, corresponde llevar a cabo a la Comisión Europea consiste en apoyar, fomentar, facilitar además de complementar las medidas de los Estados miembros, de manera que se coadyuve en la consecución de la reducción de los obstáculos a la movilidad, a la que usualmente se enfrentan los trabajadores de este gremio. Para ello, estamos convencidos de la necesidad absoluta de proporcionar y ofrecerse un marco correcto que proporcione toda la información y el asesoramiento pertinente sobre el complejo ámbito de las cuestiones relacionadas con la movilidad, transformando la mencionada información en algo especialmente ágil y que sea fácil de obtener, de forma exacta y completa.

Cabe mencionar que, desde 2008, los Estados miembros de la Unión Europea colaboran respecto a la movilidad y ofrecen una mayor flexibilidad para deambular en los diferentes marcos europeos o también, en el difícil contexto, en ocasiones, de las relaciones con otros Estados con los que se hubiera firmado un convenio de reciprocidad o de colaboración. Puede decirse que, en la actualidad, mediante el establecimiento y vigencia del método abierto de coordinación, se propicia una mayor movilidad en el ámbito cultural, que facilita el intercambio de ideas, técnicas, conocimientos, buenas prácticas y el aprendizaje entre iguales.

5.6. No será sino hasta el año 2011, cuando un grupo de expertos creado por la Comisión Europea elaboró un listado de orientaciones y de directrices con el fin de lograr e instalar en la práctica una verdadera accesibilidad de la información para que puedan disponer de toda ella los artistas en el conjunto

de países de la Unión Europea. Se trataba de fijar en un proyecto todo el compendio de normas y demás disposiciones relativas a la información que afecte a la movilidad de los artistas y del arte, en general. En el mencionado elenco dispositivo se iban a incluir todo lo que pudiese constituir materia común, así como también, las normas de calidad, pudiendo de esta manera crear, fomentar, ampliar, servicios de información y asesoramiento para artistas y profesionales de la cultura, asimismo, se invitó a los Estados miembros a adoptarlas.

También es importante señalar que otro grupo de expertos declaraba la importancia de la coordinación, y redactaba un informe en el que se contenían cinco principios esenciales con el objetivo de crear una mayor consolidación en apoyo a la movilidad del gremio cultural y artístico. En el año 2014, la Comisión Europea reflexiona sobre las estancias de cierta duración de los artistas, remitiéndose de nuevo al método abierto de coordinación, anteriormente citado.

En el mismo orden de cosas, la Comisión Europea convocó y celebró, bajo sus auspicios, distintos Seminarios sobre la movilidad de los artistas, los cuales tuvieron lugar en abril de 2013 y junio 2014. Efectivamente, como acabamos de indicar, la Comisión Europea organizó por aquéllos años una serie de Seminarios temáticos en torno al tema de las prácticas administrativas que pudieran obstaculizar la movilidad de los artistas y profesionales del ámbito cultural o social y, en los cuales, se tocaron varios puntos de interés que mostraban la necesidad de remitirse a la legalidad e invocar el procedimiento más adecuado para permitir, en óptimas condiciones, la migración de este colectivo. De este modo, los referidos Seminarios se ocuparon de examinar cuestiones tales como, entre otras:

- Visados Schengen
- Seguridad social
- Fiscalidad transfronteriza.

Todos los Seminarios y programas que tuvieron lugar, desembocaron en acuerdos y negociaciones puestas en práctica mediante los representantes de los Estados miembros en el ámbito cultural, en definitiva, puede decirse, que hubo un intercambio de impresiones formativas e informativas.

Se fijaron unos objetivos previsibles para ser llevados a cabo a lo largo de una serie de etapas próximas:

El programa Europa Creativa: cuya financiación queda cubierta y es sufragada por la Unión Europea, reivindica la movilidad de los artistas y profesionales de la cultura con el deseo de conseguir realizar una circulación transnacional de las obras y los agentes culturales de carácter creativo, fomentando la capacitación.

El propósito de Europa Creativa es crear las mejores condiciones posibles para los artistas, los profesionales de la cultura y las organizaciones culturales, y ello con objetivo de lograr que se muevan sin dificultades a través de las fronteras y puedan dar a sus obras la máxima difusión, tanto en Europa como fuera del territorio comunitario, es decir, en terceros países.

Además de los Seminarios organizados por la Comisión Europea en el sector de las artes y de la cultura y a los cuales ya nos hemos referido, hay que, al menos, dejar la reseña de otros documentos que hemos consultado a propósito de la realización del presente trabajo y que, por economía de espacio y tiempo, no pueden ser ahora abordados en sus contenidos, aunque, sin embargo, dada su importancia, merecen ser citados. En este orden de cosas, hemos de mencionar los siguientes:

- conclusiones del Consejo sobre los servicios de información para artistas sobre movilidad;
- normas de información sobre movilidad de los artistas;
- informe del método abierto de coordinación sobre la mejora de las condiciones de apoyo a la movilidad de los artistas y los profesionales de la cultura;
- recomendaciones de los cuatro proyectos piloto de movilidad de las artes sobre movilidad de la cultura;
- estudio de viabilidad de los sistemas de información en apoyo de la movilidad de los artistas y los profesionales de la cultura.

5.7. La idea de “Step Beyond” surgió dentro de este entramado de movilidad cultural. Se trataba de conceder un importante cantidad de becas

para viajar a países de la Unión Europea; las mencionadas becas estaban destinadas a ser adjudicadas a artistas y agentes culturales.

El programa de la European Cultural Foundation consta de una serie de becas para todos aquellos artistas emergentes y agentes culturales, menores de 35 años o que se encuentren dentro de los primeros 10 años de su actividad profesional. La finalidad de dicho programa, sería no sólo conseguir un apoyo a sus primeros trabajos o ideas, sino también apoyar, progresivamente, la instalación de un intercambio de conocimientos entre los artistas.

En suma, con este tipo de asistencias, se consigue prestar ayuda a todo tipo de actividad creativa que se realice atravesando fronteras. En este sentido, puede decirse que, Step Beyond financia los viajes que realicen los artistas o gestores culturales con la finalidad de llevar a cabo un buen desarrollo de sus proyectos en los países integrantes de la Unión Europea.

6. En resumen, es innegable, que los artistas y profesionales de la cultura forman parte del mercado laboral como trabajadores, en su mayoría, autónomos. En diversas ocasiones, prestan sus servicios como trabajadores por cuenta ajena, trabajando en empresas como compañías de teatro, orquestas, grupos musicales o de danza, editoriales, estudios cinematográficos, etc.

Como hemos podido comprobar, el estatus jurídico del artista se basa en una gran discrecionalidad que las leyes europeas o internacionales solo se limitan a enmarcar, fijando, asimismo, una serie de límites. El artista en Europa responde a unas nuevas necesidades que quedan bastante bien reflejadas y establecidas en el alto grado de las ambiciones que se ponen de manifiesto en el reseñado Proyecto Europa Creativa.

Jurídicamente, el artista ocupa un lugar con mucho futuro normativo en el ámbito comunitario e internacional, debido a esa gran discrecionalidad. Estamos convencidos de que, poco a poco, el marco dispositivo y muy limitado, irá ensanchándose para alcanzar una mayor armonización normativa, la cual se observa cómo ya se está produciendo a través de la adopción de los Tratados, reglamentos y convenios fijados.

De otro lado, cabe afirmar que, la posición del artista en el ámbito comunitario europeo también viene a aportar la declaración de una perspectiva garante; es decir, este oficio o profesión mantiene viva la cultura, además de que se adapta con facilidad a los nuevos cambios sociales, a los actuales medios o modalidades de la comunicación, encontrando, precisamente, en este contexto, el mayor nivel de desarrollo. En este sentido, puede decirse que, los sectores cultural y creativo constituyen fuente continua de ideas innovadoras susceptibles de ser transformadas en productos y servicios capaces de generar crecimiento y empleo, al mismo tiempo que contribuir a abordar los cambios sociales que se van produciendo en la sociedad europea.

Así pues, podríamos resumir el estatus jurídico del artista, en torno a los siguientes aspectos:

- la ley reconoce al artista como un sujeto capaz de comercializar sus obras, aunque no siempre se da ese caso, esto compete y afecta a la voluntad profesional;
- los artistas no disponen de normativa específica, ello no significa que las Instituciones comunitarias no cuenten con disposiciones legales y administrativas que tengan por finalidad la de procurar facilitar la puesta en marcha de una amplia panoplia de proyectos artísticos, así como para difundirlos y protegerlos en el ámbito de la Unión;
- se reconoce a esta figura del artista en tanto que trasmisores y conservadores de la cultura, manteniéndola y perpetuándola a través de sus obras o espectáculos;
- el artista vela para que la venta o alquiler de sus obras tengan una contraprestación directa o indirecta, y ello con el fin de procurar unas mejores condiciones dentro del mercado para estos profesionales;
- los derechos de autor y los derechos anexos son un medio de protección frente al plagio y la piratería, las cuales constituyen la mayor amenaza para el desarrollo de su ejercicio, lucrándose terceros de mala fe del trabajo ajeno;
- las Instituciones de la Unión deben promover la cultura y el arte, en una sociedad moderna e innovadora, en la que se requiere movilidad

dentro de Europa para lograr un mayor intercambio de conocimientos y nuevas posibilidades de salidas laborales.

Por consiguiente, podemos aseverar, que la Comisión Europea no desacierta en sus pronósticos, en la medida en que, resulta constatable, el hecho de que, las nuevas redes sociales han brindado a los artistas nuevos medios de difusión, así como la creación incesante de puestos de trabajo. No supone descubrir ningún secreto si apreciamos con rotundidad cómo las redes sociales han servido para aportar la creación y puesta en activo de todo un conjunto de nuevos oficios, los cuales han estado, tradicionalmente, bastante escasos de regulación. Sirvan como ejemplos de cuanto decimos la existencia de los “influencer” en Instagram, los “tuiteros” de Twitter, los “youtubers” de Youtube, etc.

Por todo ello, la protección jurídica ha requerido llevar a cabo una imprescindible ampliación de su ámbito de actuación. En este sentido, sirva como ejemplo paradigmático, como ya indicábamos con anterioridad, la aparición, como fenómeno que se incursionaba en las redes, de la piratería, lo que provocó inmediatamente la adopción de medidas legislativas y reglamentarias que viniesen a garantizar la protección del artista, en toda la extensión de la denominación, así como del conjunto de las obras que constituyen el patrimonio artístico y cultural de la Unión Europea, por provenir, originariamente, de los distintos países miembros que la integran.

En definitiva, podemos afirmar que, actualmente, en los tiempos que vivimos, el diseño de un producto, su marketing, la publicidad, presentan y recogen en su actuación, en numerosas ocasiones, la aportación de artistas de diferentes ramas, lo que consigue hacer más atractivo el producto ofertado. Paradigmático resulta ser el caso que se produce en el mundo audiovisual, donde resulta totalmente imprescindible destacar para sobrevivir a la competencia y mantenerse en el mercado. Y es que, además, hay que advertir de que, estas circunstancias que apuntamos, no son solo susceptibles de aplicación en el ámbito privado, sino que también se generan y son una realidad en el contexto de lo público, y eso incluye, naturalmente, a las instituciones públicas, donde se producen y encuentran ejemplos cercanos,

como por ejemplo, la propaganda electoral, o las visitas culturales a las edificaciones de carácter histórico y cultural.

En infinidad de ocasiones, existe un nexo sinalagmático entre cultura y arte, la interpretación más literal de dicho vínculo sería, que el arte ha representado además de lo expresado, a lo largo de la historia y actualmente, el pensamiento, los sentimientos y las opiniones diversas. Podríamos llegar a la licencia de mantener, que “la libertad de expresión” fue, en su origen, una criatura prematura que asomó la cabeza en el arte. Los artistas representan las costumbres del país en el que residen, aportan conocimientos a sus espectadores o seguidores sobre una divergencia de escenarios y circunstancias. No olvidemos, además, que cuando la lectura solo estaba al alcance de unos pocos privilegiados, eran los cuentos, el teatro, la escultura y la pintura, las artes que, de forma didáctica y sin necesidad de aprender previamente mediante el estudio retenido de los textos, enriquecían las mentes de la ciudadanía, abriendo las puertas al fenómeno mundial de la progresiva culturización de la sociedad europea en su más amplia globalidad. Los artífices del reseñado fenómeno siempre se denominaron “artistas” y éste ha sido y continua siendo su estatus en la reiterada sociedad europea.

Famiglia come istituzione e posizione dei figli nel diritto italiano dopo la recente riforma.

[JACOPO ALCINI (*)]

SOMMARIO: 1. I margini. – 2. Derive socio-giuridiche e possibili rimedi.

1. La riforma della filiazione è stata accolta con entusiasmo dagli operatori giuridici, pur con qualche imbarazzo⁽¹⁾, in considerazione del fatto che l'immutato art. 29 Cost. sostiene ancora la primazia della famiglia matrimoniale⁽²⁾.

Sarebbe stato dunque più coerente procedere ad una revisione della Costituzione, piuttosto che intervenire con una legge ordinaria.

La dottrina evidenzia in negativo il fatto di aver perso un'altra occasione per una revisione più incisiva sugli aspetti ad esempio, della disciplina unitaria del cognome dei figli⁽³⁾.

Il decreto filiazione è divenuto l'occasione per violare alcuni principi della legge delega, modificando *in peius* la l. 54/2006 sull'affidamento condiviso⁽⁴⁾. Sembrerebbe quindi palese l'illegittimità di tale normativa per ecces-

(*) Università degli Studi di Perugia, dottorando di ricerca.

(1) M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 7 ss. Per l'analisi della riforma si veda A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2015; A. SASSI, *Stato di figlio e diritti fondamentali nei sistemi italiano ed europeo*, in questa *Rivista*, 2014, p. 113 ss.

(2) R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione. Atti del convegno di Assisi. 24-25 maggio 2013*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 50.

(3) M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 226.

(4) Cfr. E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 477.

so di delega, che ben potrà essere accertata da una pronuncia della Corte Costituzionale. Nel d.lgs. 154/2013 fa ingresso il nuovo art. 337-ter c.c. (*Provvedimenti riguardo ai figli*) e da un lato si rafforza il potere del giudice nell'affidamento dei figli sino all'arbitrio, dall'altro si introduce «la corresponsione di un assegno periodico» così istituzionalizzando il principio di un versamento periodico quale unico strumento di sostentamento per il genitore prevalente. Il successivo art. 337-quater c.c. (*Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso*) completa poi l'ampliamento della potestà dell'organo giudiziario, ignorando la *ratio* della l. 54/2006 di giungere all'affidamento esclusivo solo per gravi motivi⁽⁵⁾. Infine la portata dirompente dell'art. 337-sexies c.c. (*Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza*) ove è sancito che «*In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio*»⁽⁶⁾. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno» che legittima, ma soprattutto incentiva, il cambio di residenza senza alcun accordo ma unilateralmente, con l'unica formalità di avvisare entro trenta giorni l'altro genitore. Tale ultima circostanza, sicuramente incisiva per l'equilibrio del figlio, andrebbe invece concordata ed eventualmente accettata solo ove strettamente necessaria per il benessere del nucleo familiare (ancorché disgiunto) e per il minore.

Tutti plaudono alla novella in tema di filiazione, anche se nella sostanza e forse inconsapevolmente, costituisce un ulteriore *vulnus* alla famiglia fondata sul matrimonio⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, p. 242.

⁽⁶⁾ Cfr. A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, p. 113 ss.

⁽⁷⁾ Secondo G. CASABURI, *Novità legislative in tema di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, in *Foro it.*, 2013, c. 85, il modello legale di famiglia fondata sul matrimonio sarebbe un obsoleto “convitato di pietra”. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., p. 11: «(...) di famiglia legittima pare oramai non sia più dato parlare, né con riguardo ai profili personali, né a quelli patrimoniali. Si pensi al caso di un genitore coniugato, padre o madre di figli nati nel matrimonio, che generi un figlio fuori del matrimonio. I suoi figli – tra loro fratelli consanguinei o uterini – vantano verso il padre o la madre ed i loro parenti identici diritti, sia di natura personale – cura, mantenimento, crescita in famiglia, istruzione, educazione – sia di

Il legislatore volle inserire la distinzione tra figli naturali e figli legittimi, in ossequio al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., per il quale situazioni uguali devono essere disciplinate in modo identico e situazioni differenti in modo diverso⁽⁸⁾. Il nostro ordinamento giuridico conservava uno *status* differente tra figli legittimi e naturali proprio per ribadire che l'unico istituto giuridico riconosciuto per la nascita e la crescita dei figli era il

carattere patrimoniale e successorio. Ai figli nati fuori del matrimonio il genitore non potrà in alcun modo opporre la compatibilità dei suoi doveri nei loro riguardi con l'adempimento degli obblighi nei confronti dei figli matrimoniali, né sul piano qualitativo – in termini di tempo e assiduità della cura – né tantomeno sul piano quantitativo delle risorse messe a disposizione, poiché, come si è detto, il figlio «entra», *pleno iure*, nella famiglia del proprio genitore.». P. SCHLESINGER, *Il d.lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 444: «La riforma che si è compiuta con il D.Lgs. n. 154/2013 incide altresì sullo stesso ruolo del matrimonio come elemento fondativo della famiglia quale struttura giuridica. L'affermazione della procreazione come presupposto esclusivo e sufficiente del rapporto giuridico di parentela consegna definitivamente all'archeologia giuridica le parole che Antonio Cicu poteva enunciare come piana constatazione dell'assetto esistente, osservando che lo stato di figlio naturale “Non si collega ad uno stato di famiglia, perché manca il matrimonio, unica fonte, nel nostro diritto, della famiglia”. Oggi, al contrario, esiste un'entità familiare fondata su uno *status filiationis* unitario e su relazioni di parentela tra il figlio e i gruppi parentali di ciascuno dei genitori (portando a rilevanza autonoma anche l'interesse del figlio, già riconosciuto dalla Legge n. 54/2006, al rapporto con gli ascendenti e i componenti del gruppo parentale del genitore); con la differenza che, nel caso di filiazione fuori del matrimonio, difetta proprio quello che costituisce l'architrave della struttura familiare, ossia un rapporto giuridicamente regolato tra i genitori. Il che sicuramente introduce un elemento di crisi rispetto all'idea, che ancora permeava l'impianto della riforma del 1975, della sussistenza di una “doppia figura genitoriale” come contesto proprio della procreazione e ci pone innanzi una realtà non sovrapponibile al modello di famiglia tracciato dagli artt. 29 e 30 della Costituzione, accentuando il processo di pluralizzazione dei modelli familiari, che pare indirizzarsi verso un regime di “atipicità” da molte parti segnalato e sintetizzato nell'evocativa formula di “arcipelago familiare”».

⁽⁸⁾ M. PALMARO, *Incesto legale, ultima frontiera*, in *Il Timone*, gennaio 2013, p. 12. U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, p. 86: «In questa materia la disparità di trattamento s'impone, perché a diversità di situazione formale corrisponde sostanzialmente una diversità di esigenze da tutelare. Il diverso trattamento non ha quindi per scopo una discriminazione a danno dei figli naturali, bensì ha di mira, sia pure con la conseguenza indiretta di favorire i figli nati in costanza di matrimonio, la tutela dell'onore e della dignità sociale della donna coniugata (*honor matrimonii*) nonché la tutela dell'unità familiare».

matrimonio, inteso come situazione di vita stabile e non precaria⁽⁹⁾. D'altra parte la filiazione naturale riceveva adeguata tutela a livello costituzionale⁽¹⁰⁾. Invero la famiglia veniva considerata fino a non pochi decenni fa, il centro di sviluppo della dignità della persona. Alcuni autori si spingevano a riconoscerla come cellula dotata di soggettività privata di diritto costituzionale⁽¹¹⁾, vera e propria persona giuridica di natura morale con diritti e obblighi non patrimoniali costituzionalmente garantiti⁽¹²⁾. La formula del legislatore costituzionale (art. 30 Cost.) fa riferimento alla «società naturale» come sinonimo di organismo non statale, sintesi tra il matrimonio (rapporto giuridico) ed il vincolo familiare (rapporto di fatto)⁽¹³⁾.

Secondo autorevoli studiosi, la famiglia sarebbe «la vera società concreta tra tutte le società»⁽¹⁴⁾, al punto che non vi può essere famiglia senza matri-

⁽⁹⁾ U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, cit., p. 16: «La continuità della famiglia di realizza anzitutto attraverso il matrimonio, che ne rappresenta – per norma costituzionale – il fondamento. (...) Anzitutto, l'unità non va intesa in senso strettamente formale: infatti, l'unità formale finisce per coincidere con la continuità della famiglia, che si articola – come si è accennato – attraverso la vincolatività del rapporto coniugale e la permanenza del rapporto di filiazione. L'unità della famiglia va intesa, invece, in senso sostanziale, cioè come unione d'affetti e di sentimenti, che è alla base della vita in comune (*ménage*) e viene garantita attraverso norme che – pur quando sembrano in potenziale conflitto con i diritti dei singoli alla dignità, alla libertà e alla eguaglianza – realizzano invece un adeguato proporzionamento tra gli interessi di cui il singolo è portatore rispettivamente in quanto tale e in quanto parte del *ménage*. (...). Al di fuori del gruppo, il principio dell'unità sostanziale della famiglia si rivela altresì in conflitto con l'esigenza di tutelare la filiazione naturale. Ma, anche in questo caso, il conflitto è potenziale e la Costituzione espressamente sancisce – come si vedrà – la necessità di un coerente temperamento».

⁽¹⁰⁾ U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, cit., p. 27: «Si intuisce pertanto che la Costituzione non rappresenta rispetto alla filiazione naturale un semplice criterio di interpretazione (come accade, in gran parte, per la filiazione legittima), ma assume addirittura un esplicito valore di rottura con la legge ordinaria se questa non assicuri ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale».

⁽¹¹⁾ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 14

⁽¹²⁾ U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, cit., p. 14.

⁽¹³⁾ U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, cit., p. 23. V. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 31.

⁽¹⁴⁾ A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, II, Padova, 2002, p. 96.

monio, riconoscendo le altre unioni tra uomo e donna come convivenze⁽¹⁵⁾.

Non sembra che il concetto di famiglia possa dirsi tramontato, anzi esso costituisce, nonostante le evoluzioni intrinseche che hanno portato l'istituto dal modello patriarcale al modello paritario della *partnership*⁽¹⁶⁾, un dato permanente⁽¹⁷⁾ nella legislazione europea, al contrario, ad esempio, del divorzio⁽¹⁸⁾.

Anche la distinzione tra filiazione legittima e naturale costituiva una costante secolare nella storia del diritto civile.

Già nell'antica Roma si distinguevano:

- a) i *fili legitimi* (nati da due soggetti sposati), i quali si distinguevano ulteriormente in *iusti* (nati dal *iustae nuptiae*, matrimonio regolare e legati al padre da *adgnatio*, cioè vincolo di parentela) ed *iniusti* (nati da un matrimonio irregolare, ai quali è riconosciuta la *cognatio* con il padre);
- b) i *liberi naturales* (nati da persone non sposate), distinguibili in *liberi naturales* in senso stretto (nati dal concubinato) e *liberi spurii* o *vulgo quaesiti* (nati da unioni irrilevanti per il diritto come le relazioni incestuose). A questi ultimi è riconosciuta la sola *cognatio* con la madre ed i rispettivi parenti⁽¹⁹⁾.

Alcune recenti sentenze della Cassazione⁽²⁰⁾ risentono ancora oggi dell'in-

⁽¹⁵⁾ A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, II, cit., p. 102.

⁽¹⁶⁾ M. BARBAGLI, D.I. KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia in Europa*, Milano, 2001, p. 122.

⁽¹⁷⁾ Per la nozione di permanenza si veda A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, cit., p. 2 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 5: «(...) la prima funzione della scienza giuridica è quella di individuare valori sia del passato che del presente, espressi dalle esigenze dell'uomo associato nella comunità locale, nazionale e internazionale».

⁽¹⁸⁾ A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, II, cit., p. 101. Cfr. anche M. BARBAGLI, D.I. KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia in Europa*, cit., p. 149 ss.

⁽¹⁹⁾ M. TOCCI, *Il diritto del matrimonio e della filiazione nell'antica Roma*, Civitavecchia, 2002, p. 89 ss. Cfr. anche F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, Bologna, 1964, p. 68.

⁽²⁰⁾ Per la permanenza degli obblighi di potestà genitoriale in capo ai genitori anche dopo il raggiungimento della maggiore età dei figli, secondo un modello conforme a quello della società romana, si veda Cass., 3 aprile 2002, n. 4765, in *Dir. e fam.*, 2002, p. 310. Per la

flusso di questa illustre e rispettata tradizione giuridica, alla quale i legislatori europeo ed italiano avrebbero il dovere morale di ispirarsi⁽²¹⁾.

concezione della famiglia italiana come società naturale fondata su vincoli affettivi e non su legami esclusivamente giuridici, come quella romana, si veda Cass., Sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3060.

⁽²¹⁾ Assai ampia è stata la produzione di scritti relativi al tema del diritto romano ed europeo. In generale, muove la dottrina la preoccupazione che la formazione di un futuro diritto uniforme possa essere affidata alla sola burocrazia di Bruxelles – attenta a profili di ordine economico, ma inidonea ad avvalersi di categorie e linguaggio giuridico appropriati – o, nella migliore delle ipotesi, alla giurisdizione delle Corti europee, senza l'apporto di una scienza giuridica, che sia degna della nostra grande tradizione. In particolare, l'idea che un nuovo *ius commune* possa essere edificato sulla base del diritto romano, ponendo fine alle tendenze neumanistiche proprie del secolo appena trascorso, ed attingendo alle lezioni esemplari sia della tradizione romanistica medievale e moderna sia della Pandettistica, ha ispirato l'indagine di numerosi studiosi, che, dapprima in Germania, ben presto anche altrove, si sono interrogati circa il metodo più opportuno da adottare per il perseguimento di un simile obiettivo, destinato, secondo le intenzioni, a ricomprendere financo l'esperienza del *common law* inglese. La soluzione per lo più accolta è "storico-comparatistica" o della "doppia-comparazione", secondo la quale il nuovo giurista europeo sarebbe anzitutto chiamato a procedere all'analisi delle similitudini e delle differenze esistenti fra i vari ordinamenti nazionali, o fra le discipline da essi dettate per singoli istituti, specie del diritto privato (c. d. macro e micro comparazione sincronica), per poi rinvenirne, nell'esperienza giuridica precodificatoria, un nucleo comune (c.d. comparazione diacronica), utile ad ispirare opzioni dalla valenza armonizzante. A questo indirizzo sono riconducibili R. ZIMMERMANN, *Usus Hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, 1991, p. 61 ss., ID., *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *Juristenzeitung*, 47, 1992, p. 8 ss.; ID., *Diritto romano e unità giuridica europea*, in *Studi di storia del diritto*, I, Milano, 1996, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 737 ss.; C.A. CANNATA, "*Usus hodiernus pandectarum*", *common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, in *SDHI*, 57, 1991, p. 383 ss.; ID., *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi G. Impallomeni*, Milano, 1999, p. 41 ss.; ID., *Cuiusque rei potissima pars est*, in *Diritto romano attuale*, 6, 2001, p. 157 ss.; R. SCHULZE, *Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte*, in *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1993, p. 71 ss.; G. PUGLIESE, *Aspetti del "diritto comune europeo"*, in *Studi G. Gorla*, Milano, 1994, p. 1092 ss.; R. KNÜTEL, *Römisches Recht und Europa*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2, 1994, p. 244 ss.; ID., *Diritto romano e "ius commune" davanti a Corti dell'Unione Europea*, in *Ricerche F. Gallo*, III, Napoli, 1997, p. 538 ss., tra i più radicali nel sostenere, già oggi, la perdurante attività del diritto romano comune; H. WAGNER, *Réminiscences du droit romain dans le droit de la Communauté Européenne*, in *RIDA Suppl.*, 41, 1994, p. 230 ss.; P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in *Annali*

Addirittura il diritto dell'antica Grecia distingue i figli γνήσιοι (legittimi) e νόθοι (nati da unioni irregolari e privi del diritto di cittadinanza)⁽²²⁾ e persino in epoca posteriore, il diritto barbarico mantiene tale *summa divisio*⁽²³⁾. Paradossalmente nel medioevo la parentela, anche naturale, era sempre fonte di legame e forza all'interno dei diversi *clan* e consorterie⁽²⁴⁾, giungendosi persino al riconoscimento di una parentela volontaria o inventata⁽²⁵⁾. Quest'ultima comportava un vero e proprio mutamento dello *status* della persona interessata ed era caratterizzata da cerimonie particolari. Un esempio si può riscontrare nel rituale del battesimo, laddove diventare padrino e madrina comportava la formazione di un legame stretto con la famiglia del bambino, foriero di doveri e diritti, ancorché consuetudinari.

Negli ordinamenti magrebini attuali, con i quali siamo portati a confrontarci a causa della massiccia immigrazione, si constata la assoluta irrilevanza della filiazione naturale e la esclusiva regolazione di quella legittima. I tratti principali della famiglia musulmana sono la coesione e la gerarchia, per cui solo il marito, capo della famiglia, ha il diritto di disconoscere i figli⁽²⁶⁾.

La dottrina islamica riconosce l'*al – walad lilfirāsh* (figlio del letto) come appartenente al padre con una serie di presunzioni, che secondo la scuola

Palermo, 43, 1995, p. 201 ss.; H. KÖTZ, *The Common Core of European Private Law*, in *European Rev. Priv. Law.*, 5, 1997, p. 549 ss.; W. SIMSHÄUSER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts in einer europäischen Rechtsordnung*, in *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996*, Heidelberg, 1997, p. 119 ss.; A. GAMBARO, *Iura et leges nel processo di edificazione del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 993 ss.; L. LABRUNA, "Ius europaeum commune", in *Quaestiones Iuris. Festschrift J.W. Wolf*, Berlin, 2000, p. 157 ss.; R.C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003, p. 147 ss., che esprime peraltro scetticismo sulla possibilità di elaborare un vero e proprio codice europeo; L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 53 ss.

⁽²²⁾ E. OTTOLENGHI, *Il principio politico nella storia della filiazione naturale*, Torino, 1903, p. 27. V. anche U.E. PAOLI, *Diritto attico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 303 ss.

⁽²³⁾ L.S. VILLANUEVA, *Diritto barbarico*, in *Dig. it.*, Torino, 1898-1901, p. 841.

⁽²⁴⁾ M. BARBAGLI, D.I. KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia in Europa*, Milano, 2001, p. 357 ss.

⁽²⁵⁾ M. BARBAGLI, D.I. KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia in Europa*, cit., p. 387.

⁽²⁶⁾ F. UCCELLA, *La filiazione del diritto italiano e internazionale*, Padova, 2001, p. 539.

dei malikiti è relativa, mentre secondo gli hanafiti è assoluta⁽²⁷⁾.

La legittimità si desume da tre elementi (matrimonio, concepimento, nascita) che concorrono a dimostrare lo stato di figlio, unitamente alla prova risultante dagli atti dello stato civile. Altri mezzi di prova sono il possesso di stato e la prova testimoniale. Vi sono poi le azioni di stato: reclamo, contestazione e disconoscimento (in quest'ultima ipotesi il figlio disconosciuto resta figlio della madre)⁽²⁸⁾. Nel caso di concorso nella successione tra figli legittimi e naturali, vi è la tendenza a favorire i primi, nonostante i diritti consuetudinari africani non prevedano diseguaglianze. La filiazione naturale non è definita dalla legge ed è classificata come legame giuridico tra figlio e genitori non uniti in matrimonio né tra loro né con un terzo. Per il relativo accertamento sono sufficienti il riconoscimento, il possesso di stato e l'atto di nascita⁽²⁹⁾.

2. La riforma della filiazione potrebbe apparire come la cartina di tornasole di una disgregazione etica ancora prima che giuridica⁽³⁰⁾.

Il che è riconducibile a due fattori, di cui il secondo è corollario del primo: *a)* il pensiero relativista e nichilista; *b)* la frammentazione sociale⁽³¹⁾.

Relativismo e nichilismo rappresentano il risultato di pensieri filosofici che hanno impregnato l'intero sistema occidentale, compreso il pensiero giuridico.

Il relativismo consiste nel non riconoscere alcuna posizione dotata di una validità universale, sia essa religiosa, giuridica, etica e morale. Il relativismo è negazione dell'assoluto in qualsiasi forma, è la presa d'atto che ogni impostazione socio-culturale è artificiosa, quindi fallibile in ogni momento o comunque non superiore moralmente o tecnicamente ad altre.

⁽²⁷⁾ F. CASTRO, *Diritto musulmano*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1990, p. 306.

⁽²⁸⁾ F. UCCELLA, *La filiazione del diritto italiano e internazionale*, cit., p. 542.

⁽²⁹⁾ F. UCCELLA, *La filiazione del diritto italiano e internazionale*, cit., p. 545 s.

⁽³⁰⁾ N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra le deche di Tito Livio*, 1813, p. 71: «Perché, così come gli buoni costumi, per mantenersi, hanno bisogno delle leggi; così le leggi, per osservarsi, hanno bisogno de' buoni costumi».

⁽³¹⁾ A. SCOLA, *La sfida contro individualismo e frammentazione sociale*, in *Sole 24 ore*, 24 marzo 2012, p. 1; Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2006, pp. 95, 103, 134, 144; ID., *Vite di scarto*, Roma-Bari, 2005, pp. 120, 153 ss.

Il relativismo da un lato può condurre ad avere il massimo rispetto nei confronti di posizioni avverse (in quanto queste hanno lo stesso valore di quelle relativiste), ma dall'altro può portare a una pericolosa degenerazione, per cui non esistendo una gerarchia, qualsiasi precetto esiste e si impone, ma può essere rispettato ed infranto allo stesso tempo, in quanto non veridico né certo nella sua essenza⁽³²⁾.

Il nichilismo⁽³³⁾ porta al massimo grado il pensiero relativista. Per il nichilismo non esistono realtà o verità, ma solo forme conoscitive di un mon-

⁽³²⁾ Significativo in tal senso L. GALANTINI, M. PALMARO, *Relativismo giuridico. La crisi del diritto positivo nello Stato moderno*, Milano, 2011, p. IX, secondo cui: «Il relativismo si presenta in una dimensione negativa e in una dimensione positiva. Nella sua versione negativa, il relativismo si offre come antidoto al fanatismo. Si moltiplicano a vista d'occhio, ormai da diversi anni, le critiche a qualsiasi forma di pensiero unico o di pensiero forte (dai monoteismi religiosi alle diverse forme, possibili e immaginabili, di ontologia e di metafisica). Invitando il pensiero a rinunciare a qualsivoglia fondamento veritativo, il relativismo offre altrettanti prospettive di libertà. È la riproposizione moderna della tentazione sofistica contro la quale Socrate si trovò a combattere per tutta la sua vita. Rinunciare a credere in un unico Dio non significa, ci ha spiegato Chesterton, liberarsi da ogni illusoria credenza, cioè non credere più a nulla, ma all'opposto mettersi nella condizione di credere a qualsiasi cosa: se ci vengono meno criteri veritativi attraverso i quali giudicare la realtà, tutta la realtà nel suo complesso da insieme di fatti diviene ambito di interpretazioni innumerevoli, insindacabili e quindi arbitrarie. (...) Nella sua versione positiva, il relativismo si propone come un pragmatico funzionalismo: è irrilevante che le cose, le scelte, gli affetti siano veri, l'importante è che funzionino. (...) Molto spesso, peraltro, ciò che viene presentato, o che ama presentarsi come relativismo, è ben altra cosa: è una forma di pensiero accomodante, tollerante, debole, che non riesce a spingersi al di là della superficie del problema; un pensiero (adattando ad esso le forti parole di Hegel) accidentale, che si appoggia a questi o quegli oggetti, a queste o a quelle relazioni, a questi o a quei pensieri della coscienza imperfetta, come l'accidentalità lo consente; un pensiero che si compiace di allontanarsi dall'essere delle cose... Il pensiero debole non rinuncia del tutto, quindi, a pensare a partire da principi (nel nostro caso dal principio di giustizia), ma li percepisce non solo come problematici (non potrebbe essere altrimenti), ma – il che è invece scorretto – come sfocati ed esistenzialmente irrilevanti e quindi non riesce a consolidare (né vorrebbe farlo) nessuno dei principi cui può accidentalmente far riferimento, anche quando li ritenga suggestivi ed interessanti». Cfr. anche L. PALAZZANI, *Diritto, etica e religione*, in *Studia bioethica*, II, 3, 2009, p. 6.

⁽³³⁾ A titolo esemplificativo: L. SANTANGELO, *Il nichilismo e nuove possibilità*, in *Segni e comprensione*, 2008, p. 60: «Rimanda a un atteggiamento intellettuale e morale disincantato, frustrato e depresso, per il quale ogni sforzo di dare un senso alla vita è destinato a non trovare una risposta, bensì il nulla». M. HEIDEGGER, *Il nichilismo europeo*, Milano, 2003, p. 46.

do a-centrico, che non vede più né Dio né l'uomo protagonisti⁽³⁴⁾. In tale prospettiva si afferma una forma opinabile di giustizia, travolta da un divenire che non consente di affermare alcuna verità trascendentale oltre al momento in cui si manifesta⁽³⁵⁾. Il pensiero è separato dall'essere e non trova più nell'essere il tornaconto della propria veridicità. L'esistente è solo una parentesi tra due realtà del non-essere (l'essere ancora ed il non essere più), implicando l'impossibilità di affermare verità eterne⁽³⁶⁾ e la conseguente destrutturazione di qualsivoglia valore⁽³⁷⁾.

Il sistema capitalistico della produzione, che sul nichilismo si è sviluppato, trova così la propria cieca legittimazione e totale giustificazione, con la strumentale mercificazione dei rapporti umani e l'asservimento del diritto alle logiche economiche. Ciò ha comportato la delegittimazione della famiglia ed il transito da una famiglia tradizionale e prolifica ad una famiglia non sessuale e non consanguinea (c. d. comunità sociale) con il conseguente ato-

⁽³⁴⁾ F. DAL POZZO, M. RONCORONI, *Filosofia, giustizia, diritto*, Torino, 2001, p. 434.

⁽³⁵⁾ A. DONATI, *Globalizzazione e antiumanesimo*, Roma, 2007, p. 15.

⁽³⁶⁾ A. DONATI, *Globalizzazione e antiumanesimo*, cit., p. 12 ss.

⁽³⁷⁾ L. GALANTINI, M. PALMARO, *Relativismo giuridico. La crisi del diritto positivo nello Stato moderno*, cit., p. 64 s.: «Il diritto è in crisi soprattutto per effetto del pensiero debole. Nichilismo e relativismo hanno saturato l'atmosfera della civiltà postmoderna, liberando i loro dubbi anche nel territorio della legge positiva e delle dottrine che ne sono a fondamento. Molti ritenevano che il positivismo giuridico avrebbe realizzato un modello giuridico totalmente separato da elementi extra-giuridici, puro, secondo l'accezione di purezza cara ad Hans Kelsen. Questa logica meramente formale ha funzionato quando si è trattato di espellere dall'orizzonte del diritto la morale classica, la legge naturale e i suoi postulati fondamentali. Ma subito dopo gli Stati hanno dovuto riempire quel vuoto angosciante con nuovi valori e nuovi contenuti, che hanno orientato i sistemi giuridici nella direzione opposta ai suoi stessi antichi principi. Alcuni passaggi epocali hanno segnato questa trasformazione, essenzialmente di impronta permissiva: la legalizzazione del matrimonio divorziabile, con conseguente creazione di un nuovo istituto, che ha solo fittiziamente conservato la denominazione di matrimonio; la legalizzazione dell'aborto, in palese violazione al principio generale che vieta e punisce l'uccisione dell'innocente; la legalizzazione della fecondazione artificiale e degli esperimenti manipolatori sugli embrioni, ulteriore violazione dei diritti dei più deboli; la legalizzazione dell'eutanasia, come certificazione del principio di disponibilità della vita umana, in contrasto con la tradizionale distinzione fra diritti disponibili (quelli sulle cose, come i diritti patrimoniali) e diritti indisponibili (quello alla vita e alla libertà individuale)».

mismo individualista (emancipazione della donna, individualità del reddito, autonomia economica)⁽³⁸⁾.

Ne consegue l'inevitabile frammentazione della società in piccoli atomi individuali, eterogenei quanto ad estrazione sociale, sesso, lingua, religione e razza, senza più radici, che tuttavia interagiscono nella condivisione di obiettivi professionali, passioni o gusti omogenei. Si tratta di una società avente una struttura tribale⁽³⁹⁾ e multiculturalale, caratterizzata da una anarchia strisciante e dalla progressiva scomparsa del ceto medio, che vive in una sorta di eden consumistico senza ideologie ed appiattito su stereotipi artificiali⁽⁴⁰⁾.

Da quanto illustrato ne potrà scaturire in futuro un parallelo diritto della famiglia di stampo tribale, ove la stessa nozione di matrimonio tende gradatamente a scomparire, lasciando spazio alla sola convivenza⁽⁴¹⁾ e ad aggregati di individui non necessariamente presieduti da un solo "capo-gang" ma nemmeno assemblati in forme organizzative elementari (come l'obsoleto consiglio di famiglia).

Fino ad oggi le tipologie familiari potevano essere così inquadrare:

- a) nucleari, formate da una sola unità coniugale, sia completa (marito e moglie con o senza figli), sia incompleta (madre vedova oppure padre vedovo con figli);
- b) senza struttura, prive di unità coniugale, formate cioè da persone con altri rapporti di parentela (ad esempio: fratelli non sposati) o conoscenti;
- c) estese, con una sola unità coniugale e uno o più parenti conviventi (ad esempio: il padre del marito o la sorella della moglie);

⁽³⁸⁾ A. DONATI, *Globalizzazione e antiumanesimo*, cit., p. 142.

⁽³⁹⁾ Si veda a tal proposito: M. MAFFESOLI, *The time of the tribes*, London, 1996; B. COVA, V. COVA, *Tribal marketing: the tribalisation of society and its impact on the conduct of marketing*, in *European Journal of marketing*, vol. 36, 2002, pp. 595-620; B. COVA, *Il marketing tribale*, Milano, 2003; G. FABRIS, *Societing. Il marketing della società postmoderna*, Milano, 2008. Per la nozione di neotribù si veda B. COVA, A. GIORDANO, M. PALLERA, *Marketing non convenzionale. Viral, guerrilla, tribal, e i 10 principi fondamentali del marketing postmoderno*, Milano, 2007, p. 14 s.

⁽⁴⁰⁾ G. MASSIMO, *Dal ceto medio alla società tribale*, in *Corr. della sera*, 20 giugno 2008, p. 44. Cfr. F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 2010, p. 343.

⁽⁴¹⁾ Per un'ampia disamina cfr. R. BASSETTI, *Contratti di convivenza e di unione civile*, Torino, 2014.

- d) multiple, con due o più unità coniugali, cioè verticali (marito, moglie, figlio e moglie del figlio) ed orizzontali (ad esempio: due o più fratelli che vivono con le rispettive mogli ed eventualmente i figli);
- e) complesse, quando si considerano insieme le estese e le multiple⁽⁴²⁾.

A ciò si potrà aggiungere la famiglia tribale o *gang*, formata da parenti, affini e conoscenti, tutti conviventi, che raggruppi le famiglie senza struttura e complesse.

Si immagini, ad esempio, una coppia (eterosessuale oppure omosessuale) unita in un rapporto informale, promiscuo ed occasionale, a semplice richiesta immediatamente risolubile, aperta alla poligamia, alla fecondazione eterologa ed all'eutanasia, che abbia figli propri (naturalmente anche incestuosi) ed adottivi di qualunque tipo, compresi gli animali⁽⁴³⁾.

A livello strettamente patrimoniale, superati gli istituti civilistici classici, si potrebbe teorizzare la possibilità per i membri più anziani di destinare dei fondi ovvero delle rendite per il sostentamento dei componenti i gruppi della *gang*, anche per il caso di eventuali faide tra gli stessi, con possibilità di costituzione *inter vivos* oppure *mortis causa*. Tali fondi potrebbero comprendere sia denaro, che beni mobili o immobili in regime di comunione a mani riunite.

In ambito successorio sarebbe verosimile, una volta scomparse le forme testamentarie ed estinta la categoria de legittimari, ipotizzare una sorta di auto – diseredazione (auto - esclusione) da parte di colui o coloro che si ritengano già soddisfatti in vita, con la eventuale possibilità di rinuncia (rappresentazione volontaria) a favore dei discendenti, qualora vi siano.

L'alternativa a tale quadro potrebbe essere rappresentata *de iure condendo*: a) dalla riscoperta del diritto naturale; b) dal principio di affettività⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ P. LASLETT, *Famille et ménage*, in *Annales*, 4-5, 1972, pp. 34-54.

⁽⁴³⁾ Dopo l'introduzione dei delitti contro il sentimento degli animali (Titolo XI-bis inserito nel Libro II c.p. con l. 189/2004) che precede i delitti contro la famiglia, ci si aspetta una tutela in sede civile, con riconoscimento di eventuali *status* per i medesimi.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione. Atti del convegno di Assisi. 24-25 maggio 2013*, cit., p. 80, secondo cui le relazioni affettive di

Il diritto naturale postula l'esistenza di un insieme di valori insiti nella natura umana, i quali si presentano come oggettivi, eterni ed immutabili nel tempo⁽⁴⁵⁾ e si sostanziano in una serie di precetti⁽⁴⁶⁾ presenti nella coscienza comune della nostra società (ad esempio: la reciprocità, il criterio di corrispondenza e di proporzionalità degli scambi, l'imparzialità e l'equità⁽⁴⁷⁾). Tale diritto si pone come dover-essere (dovere in senso morale) rispetto al dovere di natura, inteso in senso fisico, naturalistico e meccanicistico⁽⁴⁸⁾. Con esso si esprime un'esigenza di giustizia ideale che si sostanzia in norme che lasciano ai destinatari la libertà di obbedire o trasgredire⁽⁴⁹⁾. I precetti del diritto naturale, preordinati anche alla protezione della famiglia⁽⁵⁰⁾, posso essere utili per colmare le lacune del diritto positivo⁽⁵¹⁾ ovvero integrarle, non escludendo possibilità di variazioni nel caso in cui le necessità sociali lo esigano⁽⁵²⁾. Una prospettiva dunque, che favorisca la riscoperta dell'istituto matrimoniale e la concezione paidocentrica del diritto di famiglia⁽⁵³⁾, coniugando gli interessi del minore con le sue esigenze affettive concrete⁽⁵⁴⁾.

un minore di fatto instaurate nei confronti di un nucleo familiare prevalgono sulle logiche giuridiche e formali.

⁽⁴⁵⁾ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 38.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. A. DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, Roma, 2007, p. 245, che distingue precetti positivi (onorare Dio, vivere secondo ragione, onorare i defunti, rispettare i genitori, proteggere la comunità di appartenenza, respingere l'ingiustizia con la forza della giustizia) e negativi (non insidiare il prossimo, non uccidere, non avvantaggiarsi a spese altrui, non commettere adulterio, non dire falsa testimonianza).

⁽⁴⁷⁾ F. DAL POZZO, M. RONCORONI, *Filosofia, giustizia, diritto*, cit., p. 332.

⁽⁴⁸⁾ F. DAL POZZO, M. RONCORONI, *Filosofia, giustizia, diritto*, cit., p. 331.

⁽⁴⁹⁾ F. DAL POZZO, M. RONCORONI, *Filosofia, giustizia, diritto*, cit., p. 336.

⁽⁵⁰⁾ A. DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, cit., p. 275.

⁽⁵¹⁾ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari, 2011, p. 143.

⁽⁵²⁾ A. DONATI, *Diritto naturale e globalizzazione*, cit., p. 277.

⁽⁵³⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, 2ª ed., Milano, 2013, p. 547.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione. Atti del convegno di Assisi. 24-25 maggio 2013*, cit., p. 95.

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.
6. JOHN ALBERTO TITO-AÑAMURO (a cura di), *La unificación del Derecho Privado en Europa y América Latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones*, 2017, p. 420

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.

Anno 17° – 2017