



TECNOLÓGICO
DE MONTERREY.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2018

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; Vera Sciarino.

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

2018

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

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 5-50 JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO
Fundamentos de una teoría global del derecho.
Principios de una filosofía jurídica comprensiva
- 51-66 MARIALUISA NAVARRA
Tessere per condanna: donne ai lavori forzati
- 67-94 ANDREA SASSI, STEFANIA STEFANELLI
Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gestazione per altri
- 95-134 ROBERTO CIPPITANI
Il trattamento dei dati genetici a fini di ricerca scientifica
- 135-158 AURORA VESTO
Le disposizioni anticipate di trattamento tra normativa cogente ed applicazioni etiche
- 159-202 FRANCESCO SCAGLIONE
Danno non patrimoniale ed illecito endofamiliare nel sistema della responsabilità civile
- 203-230 DANIELE CHIAPPINI
Profili di responsabilità civile dei ricercatori nel sistema giuridico italiano
- 231-246 LIVIA MERCATI
L'equilibrio di bilancio tra democrazia ed efficienza

247-272 DANIELE CORVI
Evoluzione giuridica e tipologie contrattuali delle fondazioni lirico-sinfoniche

273-294 ANDREA PIERINI
La regolamentazione transnazionale del settore bancario: il ruolo delle regole di Basilea

Overviews

295-319 *Genitorialità pirandelliana* [ANTONIO PALAZZO]

320-358 *Irrealizzabilità del contratto di pacchetto turistico e causa in concreto* (nota a Cass., Sez. I civile, 10 luglio 2018, n. 18047) [SILVIO PIETRO CERRI]

359-396 *La testimonianza de relato ex parte nell'accertamento dei comportamenti contrari ai doveri coniugali, addebitabili secondo l'art. 151, 2° comma, c.c.* (nota a App. Ancona, Sez. II civile, 19 settembre 2017, n. 1395) [GIANCARLO SAVI]

397-432 *Gli amministratori non esecutivi nella società capitalistica*
[MASSIMO BILLI]

In Memoriam

433-434 *In memory of Ennio Russo* [ANTONIO PALAZZO]

435 *In memory of Vincenzo Scalisi* [ANTONIO PALAZZO]

436 *In memory of Alessandro Mancinelli* [ANTONIO PALAZZO]

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO (*)

FUNDAMENTOS DE UNA TEORÍA GLOBAL
DEL DERECHO. PRINCIPIOS DE UNA FILOSOFÍA
JURÍDICA COMPRENSIVA

Abstract: Modern ways for understanding the law, the methodological approaches for studying the contemporary legal systems – beyond their benefits – anyway have also generated a widespread confusion, without yet having been able to create a new legal dogma able to replace the positivism. This article attempts a new, broader and multidimensional understanding of the legal, starting from the philosophical coordinates of our time ('global theory of law').

SUMARIO: 1. Preliminar. – 2. Tiempos de crisis y cambios. El fin de la Modernidad. – 2.1. El principio de una Nueva Época. – 3. La teoría global del derecho. Presupuestos filosóficos: estatuto y encrucijada – 3.1. Presupuestos filosóficos: perspectiva y método. – 3.2. Fundamentos antropológicos. – 3.3. Fundamentos sociológicos, económicos y políticos. – 3.4. Fundamentos ontológico-teleológicos. – 3.5. Fundamentos simbólicos. – 3.6. Fundamentos históricos. – 3.7. El teorema global del derecho.

1. — *Preliminar.*

El mundo, tal como lo conocemos, atraviesa por una profunda crisis; vivimos tiempos de cambios. Desde la segunda mitad del siglo XX, la civilización y la cultura occidentales en su versión moderna-contemporánea parecen haberse agotado, y con ellas, también la dogmática jurídica todavía vigente entre nosotros.

Dicho de otro modo: nuestro modo de comprender al derecho, de acercarnos metodológicamente a su estudio y de operar nuestros ordenamientos

(*) Escuela Libre de Derecho. Red Internacional de Juristas para la Integración Americana (México). Abogado egresado con honores de la Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho *cum laude* y Premio Extraordinario del Doctorado por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador Nacional nivel 3, nombrado por el Gobierno Mexicano.

jurídicos, producto de la cosmovisión moderna (escepticismo, racionalismo, empirismo) y contemporánea (subjetivismo, criticismo, voluntarismo, relativismo), que se tradujo – sobre todo dentro de la familia jurídica del *civil law* – en la dogmática del positivismo jurídico, parece ser incapaz de seguirnos ofreciendo: *a)* una idea completa y convincente de lo jurídico, *b)* una fundamentación epistemológica adecuada para la ciencia del derecho, así como *c)* los instrumentos y herramientas que requieren los operadores jurídicos prácticos de nuestro tiempo.

Pero también por otro lado, varias de las principales metodologías jurídicas de nuestros días, más allá de sus indudables aportaciones, han generado también una confusión generalizada, sin haber podido traducirse todavía en una dogmática jurídica sustitutiva del positivismo legalista formalista.

Ante las anteriores realidades, dentro del presente artículo se retomamos algunas perspectivas que he planteado previamente para tratar de orientarnos (‘vía global’) en esta época de cambios (‘edad global’), así como los fundamentos desde los cuales pudiera intentarse una nueva comprensión, más amplia y pluridimensional de lo jurídico, desde las coordenadas filosóficas de nuestro tiempo (‘teoría global del derecho’)⁽¹⁾.

⁽¹⁾ En el presente artículo se ofrece un panorama general sobre la ‘vía global’ y la ‘edad global’, así como una síntesis de la ‘teoría global del derecho’, que he desarrollado más en extenso en los libros J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Filosofía del Derecho. Teoría Global del Derecho*, México, Porrúa, 2005, y ID., *Historia General del Derecho*, México, Oxford University Press, 2008. He regresado sobre estos temas, en un proceso de continua maduración y difusión de las ideas, en varias oportunidades, especialmente en el artículo *La Filosofía de la Historia del Derecho y El Futuro de la Tradición Jurídica Occidental en Problemas Actuales de la Historia del Derecho en México*, México, Porrúa y Tecnológico de Monterrey, 2007 y más recientemente el capítulo *La Edad Global y la Teoría Global del Derecho* en *Filosofía Jurídica y Política de la Nueva Ilustración*, México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, Complutense de Madrid, Manizales, Tucumán y Paideia Politeia, 2009. Posteriormente también en el artículo *Una Teoría Global del Derecho para una nueva época histórica*, en *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, Año 24, Vol. 19, Colombia, La Sabana, 2010 y últimamente en el capítulo *La teoría general del derecho: una propuesta ante la crisis de la tradición jurídica occidental*, en R.V. GÓMEZ ALCALÁ, R. DÍEZ GARGARI (coords.), *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*, dentro de la colección J.P. PAMPILLO BALIÑO, M. MUNIVE PÁEZ (coords.), *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Centenario de la Escuela Libre de Derecho*, 42 vol., México, Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2012. La última publicación sobre este tema se encuentra en el capítulo *Una teoría global del derecho* dentro

2. — *Tiempos de crisis y cambios. El Fin de Modernidad.*

Nuestro tiempo, marcado por el fin de una época y el comienzo de una nueva etapa, es un tiempo de crisis. De hecho, la realidad es que crisis del derecho y de la dogmática jurídica contemporánea es, ante todo, parte de una crisis mayor, de una crisis que comprende las crisis del hombre, de la sociedad, de la civilización y de la cultura occidentales⁽²⁾.

El quiebre que fracturó la confianza en la civilización occidental se produjo durante el siglo XX, que en realidad puede caracterizarse como el siglo de la gran crisis⁽³⁾.

Desde el periodo de entreguerras, pero sobre todo tras la II Guerra Mundial, muchos coincidieron en anunciar el fin de un periodo, vaticinando a su vez el principio de una nueva etapa.⁽⁴⁾ Pero aún hoy podemos sentirnos inmersos dentro de una gran crisis de la civilización y la cultura occidentales que se proyecta hasta nuestros días.

del libro colectivo J.P. PAMPILLO BALIÑO, A. SALCEDO ROMO (coords.), *Filosofía del Derecho. Nuevas tendencias y escuelas actuales*, México, Tirant lo Blanch, 2018. El presente artículo recoge principalmente las síntesis intentadas en las dos últimas publicaciones citadas, aunque con diversas modificaciones en lo tocante a los presupuestos filosóficos, específicamente en la encrucijada filosófica de nuestro tiempo y en los fundamentos sociológicos, económicos y políticos de la teoría global.

⁽²⁾ Sobre esta gran crisis, sus orígenes y sus alcances, me he referido previamente y más en extenso en J.P. PAMPILLO, *Filosofía*, cit., *passim* e ID., *Historia*, cit., *passim*.

⁽³⁾ Como observó Spengler, el agotamiento de nuestra cultura, constituye «la filosofía de nuestro tiempo» hasta el punto de ser «una idea que no cae en una época, sino que hace época». O. SPENGLER, *La Decadencia de Occidente. Bosquejo de una Morfología de la Historia Universal*, trad. Manuel García Morente, Madrid, Calpe, 1925, tomo I, p. 5 ss.

⁽⁴⁾ R. Guardini, en su sugerente obra observaba desde comienzos de la década de los 1950's: «la Edad Moderna toca a su fin, nosotros divisamos sus fronteras» (cfr. R. GUARDINI, *El Ocaso de la Modernidad. Un intento de orientación*, Madrid, Guadarrama, p. 77. Igualmente, para mediados de la década siguiente, la importantísima Constitución *Gaudium et Spes* sobre la Iglesia en el mundo actual observaba: «Hoy el género humano se encuentra en una nueva era de su historia, caracterizada por la gradual expansión, a nivel mundial, de cambios rápidos y profundos»: cfr. *Gaudium et Spes*, 4, Vaticano II, *Documentos Conciliares. Constituciones, Decretos y Declaraciones* (Texto Oficial de la Secretaría General del Concilio, Vigésima Ed., México, Paulinas, 1998, p. 168.

La superación de la crisis del pensamiento – general y jurídico – de nuestro tiempo, exige deshacer el enredo’ que la misma supone o, incluso quizás, ‘cortar de tajo el nudo gordiano’. Sin embargo, para deshacer el enredo – o cortar el nudo –, necesitamos primero observar la maraña, para ver ‘dónde’ y ‘cómo’ se han anudado sus hilos.

De manera preliminar hay que destacar que durante el siglo XX se produjo, más que el quiebre definitivo de la civilización occidental, el agotamiento de sus últimas modulaciones, gestadas durante la Modernidad y radicalizadas durante su última fase: la Modernidad Contemporánea o Edad Contemporánea.

El siglo XX fue pues el de la crisis de la Modernidad, especialmente desgastante por cuanto que la misma fue profunda y prolongada; pero además, en razón de que dio lugar a una búsqueda de las más variadas alternativas de solución, que paradójicamente, han servido de oportunidad para las corrientes, movimientos y experimentos, más contradictorios y extravagantes.

Ahora bien, la crisis a la que nos referimos es una ‘crisis total’, que comprende, abarca y rebasa la crisis del estado moderno, la de la comunidad internacional de las naciones y la del propio pensamiento y cultura modernos genéricamente considerados.

Pero, volviendo a la búsqueda de los orígenes del enredo, parece que el germen de la barbarie desatada durante la primera mitad del siglo XX – efecto y a su vez nueva causa de la crisis – debe buscarse en el periodo de relativa paz que abarca, desde el fin de las guerras napoleónicas hasta la conflagración de la I Guerra Mundial.

Fue durante dicho periodo – más allá de la superficial imagen romántica del ‘ordenado progreso burgués’ – cifrado en las formas de la *belle époque* –, que se desarrolló la enfermedad del siglo: el ‘ennui’ de los franceses, el ‘spleen’ de los ingleses, el ‘tabardillo’ o ‘tedio’ de los españoles, resultante de una vida que reprimió su sed de grandeza y trascendencia sustituyéndola por el elusivo ‘confort burgués’.

Dicho tedio, que según G. Steiner debe atribuirse al desencanto sentido, cuando tras la vertiginosa aceleración histórica empujada por la Revolución Francesa y la aventura napoleónica sobrevino un monótono periodo de ‘re-

acción y calma’, supuso que la inmensa «reserva de energías acumuladas» por las generaciones posteriores, no encontrase otro desahogo que la gran empresa capitalista⁽⁵⁾.

Y ése furor capitalista de los siglos XIX y XX revela – según el análisis psicológico de E. Fromm – la manera paradójica en que el hombre, que había conquistado la “libertad de”, renunció a la “libertad para”, en una auténtica “huida de la libertad”, que se explica precisamente a partir del “concepto de enajenación”. En efecto, los modos de producción en serie y la creación de sociedades de consumo, hicieron que el hombre se sintiera «enajenado de sí mismo»⁽⁶⁾. Y en dicha alienación por el trabajo y para el consumo, quizás se encuentren las explicaciones remotas de la presión acumulada sobre ciertos resortes psicológicos colectivos, que encontraron un escape violento durante toda la primera mitad del siglo XX⁽⁷⁾. De hecho y en parte como resultado de la producción en serie y del consumo estandarizado, los siglos XIX y XX conocieron la aparición de un nuevo tipo de hombre, el “hombre-masa”, cuyos perfiles fueron delineados por Ortega y Gasset, quien puso a su vez de relieve – anticipándose a los acontecimientos por venir – su desaforada capacidad de barbarie⁽⁸⁾.

La destructora furia del hombre masa comenzó su desbordamiento durante la I Guerra Mundial, con un saldo de 13 millones de muertos y tremendas pérdidas materiales. Era lógico que durante el periodo de entreguerras, expresiones tales como “el fin de la cultura” caracterizaran la reflexión intelectual, cada vez mayormente seducida por el avance del irracionalismo. Sin embargo, la megalomanía suicida de la II Guerra Mundial aún estaba

⁽⁵⁾ Cfr. G. STEINER, *En el castillo de Barba Azul. Aproximación a un nuevo concepto de cultura*, trad. A.L. Budo, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 15-43.

⁽⁶⁾ E. FROMM, *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea. Hacia una sociedad sana*, trad. F.M. TORNER, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 105 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. J.R. DIEZ ESPINOSA, *El Derrumbe de la Civilización Occidental. La Crisis Social y Económica 1914-1939*, en J. PAREDES, (coord.), *Historia Universal Contemporánea*, Barcelona, Ariel, 2001, II, pp. 1-24.

⁽⁸⁾ Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *La Rebelión de las Masas*, en *Obras*, Madrid, Espasa-Calpe, 1932, p. 1065.

por venir; con la participación de 60 países y un balance de 70 millones de muertos, 40 millones de desplazados y 800 millones de damnificados, se entiende que la civilización y la cultura occidentales quedasen definitivamente sumidas en una ‘crisis total y definitiva’.

La reacción no se hizo esperar. Desde el periodo de entreguerras aparecieron el abstraccionismo y el dadaísmo, como expresiones de inconformidad con la realidad del hombre contemporáneo y con las irrazonables consecuencias de la razón racionalista. Posteriormente vino el surrealismo y, tras la segunda posguerra, se desarrollaría una poscultura caracterizada, de un lado, por el encumbramiento de lo fortuito, de la inconciencia y de la alucinación, y del otro, por el predominio de las formas bárbaras de un neoprimitivismo atávico.

En el fondo de las anteriores actitudes, se encuentra una negación más o menos consciente de la herencia occidental. Vista la tradición occidental – como observa Steiner – como “una monstruosa impostura”, nuestra cultura fue arrastrada por un “masoquismo penitencial” que alcanzó una auténtica “histeria punitiva”⁽⁹⁾. La Modernidad quedó así agotada definitivamente, proyectándose para el futuro la indeterminación de un tiempo jalonado entre el fin de una época conclusa y las anticipaciones de otra nueva aún por nacer.

De hecho, el fin de la Modernidad es el telón de fondo que aparece detrás de las diferentes actitudes, ideas y corrientes que se suceden durante toda la segunda mitad del siglo XX, desde el ‘pragmatismo-tecnocrático-postideológico’ hasta el ‘neo-marxismo-culturalista’, pasando desde luego por el ‘nuevo nihilismo existencialista’.

Paralelamente a la anterior crisis y también durante el siglo XX, se sucedieron en un ritmo vertiginoso los más extraordinarios avances de la tecnología. Baste recordar como durante los 1920’s comenzaron las emisiones de radio y en 1928 las de televisión; como en los 30’s se inventaron el microscopio electrónico y el radar y se desarrolló desde entonces la aviación comer-

⁽⁹⁾ Cfr. G. STEINER, *En el castillo*, cit., pp. 85-88. En efecto, solo desde la anterior perspectiva parece comprensible la ‘negación compulsiva’ de la cultura occidental a la que se pretendió sustituir con los ‘referentes alternativos’ de un ‘primitivismo africanista’, o de un ‘rebajamiento edulcorado’ propio del ‘americanismo *light*’.

cial; como en los 40's se generalizó el uso de la penicilina y los antibióticos; como en los 50's llegaron a los hogares la televisión a color y el microondas y despegaron las tecnologías satelital y láser. Para 1967 se produjo el 'milagro médico' del primer trasplante de corazón y en 1969 la humanidad alcanza uno de sus 'momentos estelares' con la llegada del hombre a la luna... Hacia 1978 nació el primer niño '*in vitro*', durante los 80's la computación personal hizo su entrada triunfal en la oficina, comenzando su cada vez más intrusiva penetración en los hogares y, en fin, hacia los 90's, se generalizaron la telefonía móvil, la tecnología digital, el teletrabajo, los discos compactos⁽¹⁰⁾.

Ahora bien, resulta especialmente significativo notar que el lugar de convergencia de los anteriores elementos: 'hombre-masa', 'poscultura' y 'nuevas tecnologías', se desplaza cada día más hacia el ciberespacio, cuya 'ubicuidad utópica' nos hace todo 'simultáneamente omnipresente'. Y es todavía más notable que la confluencia de los anteriores vectores nos ofrecen como resultante común, precisamente, una 'confusión generalizada', al presentárenos la información como espectáculo, la cultura como entretenimiento, la ficción como realidad, la civilización como naturaleza y el hombre como mercancía, embotándonos con la ubicuidad de todos los sucesos, con la inmediatez de todos los acontecimientos, con el alud estadístico de datos y más datos sin criterio alguno de pertinencia.

A la anterior confusión debe sumarse, por lo menos desde la segunda mitad del siglo XX, un persistente sentimiento de desazón y de desencanto, cuyo correlato en el plano de las ideas y de la razón ha sido una desconfianza paranoica que de todo recela, asumiendo la posición de un escepticismo casi militante. Y precisamente, 'la confusión', 'el desencanto' y 'el escepticismo' son los rasgos de una 'nueva actitud' que ha venido a denominarse como 'posmoderna'. Actitud que supone un confuso desencanto escéptico, precisamente respecto de las ideas, promesas y valores de la Modernidad.

Ciertamente la posmodernidad abarca un amplio abanico de ideas, perspectivas y críticas, pero todas están caracterizadas por un confuso y amar-

⁽¹⁰⁾ Cfr. J. CERVERA GIL, *Comunicación Social y Generalización de la Cultura de Masas*, en J. PAREDES, (coord.), *Historia Universal Contemporánea*, cit., II, p. 284.

go descreimiento respecto de las bondades de una ‘razón ilustrada’ que ha conducido a la ‘aberrante irracionalidad del mundo racional’. Sin embargo, a pesar de su radicalismo pesimista y negativo, la postmodernidad supone, según la expresión de J.F. Lyotard, un “momento de relajamiento”⁽¹¹⁾. De hecho, su mismo relajamiento intelectual lleva consigo una cierta dosis de relajamiento moral, que se traduce en una especie de apatía, anti-propositiva y conformista, que bajo el pretexto de ‘aceptar las cosas como son’, predica como solución vital el más vulgar de los hedonismos sensualistas. Se trata, según Carlos Valverde, de un «un pensamiento *light*, frívolo y sin compromisos», que a la postre conduce a una especie de «nihilismo sin tragedia»⁽¹²⁾.

En todo caso, la posmodernidad, a pesar de sus pretensiones modernistas, constituye el síntoma más claro y la prueba más concluyente del final de la Edad Moderna.

2.1. – *El principio de una Nueva Época.*

Es bastante llamativo que cada vez más estudiosos reconozcan las notables similitudes entre el momento actual y la peculiar coyuntura, que a partir de la Baja Edad Media, fue paulatinamente propiciando el advenimiento de la Edad Moderna.

Entonces como ahora, el orden político se debatía entre las fuerzas antagónicas del universalismo globalizador y del regionalismo localista. Lo mismo puede decirse respecto del comercio, que en ambos casos fue un dinamizador de la sociedad que creó nuevas formas de vida, promovió el desarrollo científico y tecnológico y fomentó una revitalización de las comunicaciones, detonando un extraordinario intercambio de bienes e ideas, que enriquecieron material y espiritualmente a ambas sociedades históricas⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ J.F. LYOTARD, *La Posmodernidad (Explicada a los niños)*, trad. E. Lynch, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 11.

⁽¹²⁾ C. VALVERDE, *Génesis, Estructura y Crisis de la Modernidad*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1996, p. 339 s.

⁽¹³⁾ Cfr. J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Del ius mercatorum bajomedieval al moderno Derecho Comercial Internacional*, en *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*, n. 1, México, Suprema Corte de

Los paralelismos son incontables: la brújula de ayer es el satélite de hoy, las carabelas son nuestras naves espaciales en busca de nuevos horizontes interplanetarios, la imprenta de entonces, como factor multiplicador de la cultura, es la computadora y el internet. Similares fuerzas y hasta parecidas quimeras. Sobre todo: paradigmas en crisis, paradigmas emergentes y tensión dialéctica entre ambos. En una frase: el inicio de una nueva época.

Pero, para poder orientarnos en este nuevo tiempo, son necesarias algunas premisas ordenadoras. En primer lugar, puede decirse que en la encrucijada del momento actual no podemos, ni conformarnos con llevar la ‘Modernidad agotada’ hasta sus últimas consecuencias (opción que podemos llamar ‘la senda tardo-moderna’) ni tampoco negar la Modernidad, sin mayores trámites ni propuestas, estancándonos en un cómodo pesimismo escéptico (alternativa de la ‘poscultura’ o ‘vía posmoderna’).

En contrapartida, parece que la única actitud viable nos exige – como siempre – intentar lanzarnos a la conquista del futuro, desde la comprensión y aceptación de nuestro presente, mediante la reconquista y el aprovechamiento de cuanto tiene de aprovechable nuestro pasado. Para ello, parece especialmente adecuada la propuesta del filósofo mexicano Luis Villoro, quien ha planteado como la misión del pensamiento actual el “levantar” la Modernidad, lo que no se consigue ni por negación, ni por imitación, sino precisamente, por “superación”, mediante una completa «inversión de su noción de sentido», que conserve sin embargo «su momento de verdad»⁽¹⁴⁾.

En realidad, más que una ‘inversión conservadora’, debiéramos intentar una ‘re-versión paliativa’ de la ‘per-versión de la Modernidad por la Contemporaneidad’. En efecto, si es en la absolutización de los postulados de la Modernidad – extremados a partir del siglo XVIII – donde encontramos los orígenes de la crisis actual, la misión del pensamiento actual debiera ser atemperar dichos excesos, mediante una ‘oposición dosificada’ de sus ‘virtu-

Justicia de la Nación, 2005 y ID., *Retos y Proyecciones del Derecho Mercantil frente a la Globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática*, en *Panorama Internacional del Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2006.

⁽¹⁴⁾ Cfr. L. VILLORO, *El Pensamiento Moderno. Filosofía del Renacimiento*, México, Colegio Nacional y el Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 102-117.

des contrarias'. Esta propuesta de 'superación re-compositiva por oposición dosificada', puede considerarse – en alusión a la 'vía moderna' – como la nueva vía de nuestro tiempo, como la '*vía global*'⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, para realizar la reversión paliativa, superadora de las limitaciones contemporáneas de la modernidad, es necesario definir primero las líneas fundamentales de la imagen moderna del mundo, posteriormente pervertidas durante la Edad Contemporánea. Para tales efectos se pueden – con mucha generalidad – esbozar como las creencias básicas del pensamiento moderno las siguientes: *a)* la búsqueda de la emancipación humana por la libertad autonómica, *b)* el optimismo seguro del progreso evolutivo de la humanidad en la historia, *c)* el dominio del hombre sobre la naturaleza como objeto de explotación y *d)* la exaltación de una racionalidad instrumental, cientificista y atomizadora⁽¹⁶⁾.

Partiendo de los anteriores postulados y reformulándolos en 'clave inversa' para tratar de delinear algunos de los rasgos de la vía global, se pueden proponer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, que donde la Modernidad buscó la emancipación humana por la libertad autonómica, la vía global debe reivindicar la necesidad que tiene el hombre de conocer 'las relaciones constantes en las cosas' que atraviesan a la naturaleza y al hombre mismo como parte de ella. En efecto, la crisis de la posmodernidad es ante todo una 'crisis de valores y referencias'. Al convertirse el hombre en autolegisador, merced al imperativo categórico kantiano, acabó por precipitarse en un subjetivismo extremo, que si bien le permitía convertirse en cualquier cosa, en la realidad lo condujo a nulificarse, dejándolo completamente vacío. Por ello, la vía global deberá – sin hacer de lado las conquistas de un sano personalismo – re-descubrir en el mundo y en el hombre aquéllas 'relaciones constantes' que el pensamiento medieval y antiguo denominaron 'naturaleza' y 'leyes'.

En segundo lugar, donde la Modernidad postuló un optimismo seguro del progreso evolutivo de la humanidad en la historia, la vía global debe con-

⁽¹⁵⁾ Por primera vez se propuso esta vía global en J.P. PAMPILLO, *Filosofía*, cit.

⁽¹⁶⁾ Cfr. R. GUARDINI, *El Ocaso*, cit., p. 77, y L. VILLORO, *El Pensamiento*, cit., p. 93.

traponer en su lugar la ‘ley del doble progreso contrario’ o ‘ley del trigo y de la cizaña’ – según las denominaciones propuestas por Jacques Maritain⁽¹⁷⁾ –, por virtud de la cual, el bien y el mal, el progreso y el retroceso, la evolución y la involución, se suceden en la historia, dependiendo siempre de las libres decisiones del hombre, que no admiten determinismos históricos. Por ello, ante el decurso de la humanidad en la historia, no cabe ni el ‘optimismo alucinógeno’ de la Ilustración ni el ‘pesimismo conformista’ de la Posmodernidad, sino el compromiso de un ejercicio ético de la libertad.

En tercer lugar, donde la Modernidad propugnó por un dominio del hombre sobre la naturaleza como objeto de explotación, la vía global debe replantear una nueva relación entre la naturaleza y el hombre, donde prime la ‘noción de pertenencia’ en lugar del ‘principio de separación’. En esa dirección, será conveniente que la misma técnica abandone su condición de instrumento de explotación, para convertirse en un saber integrado, comprometido con la preservación y el aprovechamiento sustentable de los recursos.

En cuarto lugar, donde la Modernidad exaltó una racionalidad instrumental, cientificista y atomizadora, la vía global debe – sin prescindir de aquélla – subordinarla a una ‘racionalidad finalística’ que le imprima una profunda orientación humana⁽¹⁸⁾. Más aún, debe re-integrar dicha razón, reincorporándola al conjunto de las demás racionalidades, reconciliándola inclusive con las demás dimensiones de la vida humana no susceptibles de ser reconducidas según la sola lógica de la razón, como es el caso de la religión. Dicha re-integración, deberá partir de la realidad vital de que la experiencia humana es de naturaleza eminentemente pluridimensional, por donde, cual-

⁽¹⁷⁾ Cfr. J. MARITAIN, *Filosofía de la Historia*, trad. J.L. García Venturini, Buenos Aires, Troquel, 1971, p. 51 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. L. VILLORO, *El Pensamiento*, cit., pp. 105-108. En el mismo sentido la crítica de Ortega respecto de ‘la barbarie del especialista’ en la Rebelión de las Masas pero también en J. ORTEGA Y GASSET, *Misión de la Universidad*, en *Obras*, cit., pp. 1179-1224. Previamente he tratado este tema también en relación con la Universidad Contemporánea en J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Orígenes, Desarrollo, Crisis y Alternativas de la Universidad Contemporánea. Conferencia Inaugural del Primer Congreso Internacional sobre la Universidad en el Mundo*, en *Iuris Tantum. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*, n. 16, México, Anáhuac, 2005.

quier intento de reducir al hombre a una sola de sus dimensiones, absolutizándola, resulta incapaz para comprenderlo y contraproducente para orientarlo⁽¹⁹⁾. Ésta es precisamente la propuesta de la hermenéutica analógica⁽²⁰⁾.

Finalmente, donde la Modernidad reivindicó un ‘individualismo atomista’, conviene que la senda global recupere un ‘comunitarismo celular’, que partiendo de la incomunicabilidad de ciertos reductos propios de la dimensión personal del hombre, reconozca sin embargo su proyección natural gregaria, tomando en cuenta cómo en los últimos tiempos, el declive del Estado se ha visto correspondido con el consecuente ascenso de la Sociedad Civil, que se ha organizado en torno a un número creciente de ‘asociaciones intermedias’⁽²¹⁾.

Por último, puesto que la actitud es preparación del acto, disposición íntima para la acción, donde la Modernidad Ascendiente (siglos XVI y XVII) promovió ‘la duda generadora de certezas’, la Modernidad Triunfante (siglos XVIII y XIX) ‘el optimismo eudemonista’ y la Modernidad Decadente (siglo XX) el ‘desencanto confuso y escéptico’, la actitud propia de la vía global debiera ser la de una ‘esperanza esforzada’, que sin ingenuidad ni desaliento, esperándolo todo, pero trabajando también por todo, emprenda la titánica labor de ‘re-construir la cultura’ para ‘re-componer al hombre’.

En síntesis, la vía global busca la ‘superación’ de la Modernidad, sin abdicar a ‘su momento de verdad’, cerrando el círculo del pensamiento occidental, ‘englobando’, por lo mismo, ‘la autonomía de la voluntad’ con las ‘leyes que recorren la naturaleza’, ‘el progreso histórico’ con la ‘ley del doble progreso contrario’, el principio de ‘separación para la explotación’ con el de ‘reintegración para la convivencia armónica’, la ‘racionalidad instrumental’ con la ‘racionalidad finalística, integrada y pluridimensional’, el ‘individualismo atomista’ con el ‘comunitarismo celular’, ‘redondeando’ finalmente su pretensión partiendo de una ‘actitud revulsionadora’ de ‘esperanza esforzada’.

⁽¹⁹⁾ Cfr. L. VILLORO, *El Pensamiento*, cit., p. 118 s., también a R. GUARDINI, *El Ocaso*, cit., p. 126 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. M. BEUCHOT, *Hermenéutica analógica, símbolo, mito y filosofía*, México, UNAM, 2007.

⁽²¹⁾ Cfr. por todos a E. SUNÉ, *La Sociedad Civil en la Cultura Postcontemporánea*, Madrid, Complutense y Centro Ramón Carande, 1998.

3. — *La teoría global del derecho. Presupuestos filosóficos: estatuto y encrucijada.*

La crisis y agotamiento de la civilización y la cultura modernas se ha proyectado también sobre el derecho, su comprensión, estudio y operación. Por eso, nuestro tiempo necesita de una teoría del derecho consecuente con la re-composición que plantea la vía global.

Ahora bien, una ‘teoría global del derecho’, para serlo, debe partir de ciertos presupuestos, que en este caso son: su estatuto epistemológico, la encrucijada filosófica actual, una nueva perspectiva y un método apropiado.

En ese orden de ideas, la teoría global del derecho debe partir de la cuestión más radical de todo conocimiento, que es el de la ‘la circularidad del problema ontognoseológico’. Este problema consiste en la ‘correlación trascendental’ entre el ‘objeto cognoscible’ y el ‘sujeto cognoscente’, que en el ámbito jurídico, se traduce en el ‘condicionamiento recíproco’ entre ‘el qué es el derecho’ (*quid sit ius?*) y ‘el cómo haya de conocersele’ (*quomodo ius scire?*)⁽²²⁾.

Para tratar de revulsionar el anterior ‘círculo vicioso’, algunos filósofos y iusfilósofos contemporáneos han pretendido articular dos disciplinas hasta hace poco tiempo separadas: la ontología, que se ocupa del ser y la gnoseología que se ocupa del conocer. Así, en primer lugar, vale la pena proponer que la filosofía y la teoría del derecho de nuestro tiempo, estructure sus nociones sobre el ser y conocer jurídicos de manera conjunta, dentro de una nueva rama de la filosofía que bien puede denominarse como ‘ontognoseología’ y que vendría a ser una ontología que parta de la explicitación de sus presupuestos gnoseológicos⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Sobre éstos dos problemas fundamentales de la filosofía del derecho y su relación de interdependencia, véase a A. KAUFMANN, *Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho*, en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, trad. M.V. Martínez Bretones y G. Robles Morchón, edición alemana a cargo de A. Kaufmann y W. Hassemmer, Madrid, Debate, 1992, p. 49; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Madrid, 1961, p. 32; M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Complutense de Madrid, 2002, p. 19.

⁽²³⁾ En el ámbito iusfilosófico puede verse a M. REALE, *Teoría Tridimensional del Derecho*, trad. Á. Mateos, Madrid, Tecnos, 1997, p. 82.

La ontognoseología necesita servirse de la precomprensión (*vorgriff*) como una importantísima herramienta metodológica reivindicada por la filosofía hermenéutica⁽²⁴⁾. Se trata de retomar los planteamientos de H.G. Gadamer y de P. Ricoeur para reconocer que «todo entendimiento se construye a partir de necesarios sobreentendidos» y de que toda investigación exige, previamente, de ‘hipótesis provisionales y providentes’, que sirven como apoyo para el conocimiento, con tal de que no se desplacen al ‘ámbito temático’, donde correrían el riesgo de convertirse en ‘prejuicios’. La ontognoseología debe así estructurarse a partir de sucesivas precomprensiones, a través de las cuales, se reflexione sobre lo ‘dado’ (objeto, realidad), desde lo ‘puesto’ (sujeto, método) y viceversa.

Partiendo de las anteriores ideas – que nos ofrecen el estatuto filosófico de una teoría del derecho ontognoseológica y precomprensiva –, la reflexión sobre el ser de lo jurídico debe estar precedida por la consideración de la ‘encrucijada iusfilosófica de nuestro tiempo’. Dicha encrucijada conviene ubicarla precisamente dentro del contexto de la crisis por la que atraviesa actualmente la civilización occidental, crisis que nos urge a una superación que puede llevarse a cabo a través de la vía global.

Y la vía global constituye precisamente una alternativa ante dos tendencias filosóficas muy presentes en nuestros días: *a)* la ‘senda tardomoderna’, que pretende sacar a la modernidad filosófica de su crisis, paradójicamente, desde las coordenadas del propio pensamiento moderno (escepticismo-racionalista de Descartes / idealismo-criticista de Kant) y *b)* el ‘camino posmoderno’, que ha adoptado una postura y una actitud confusa de desencanto, escepticismo, contentándose con describir, desde una perspectiva pesimista y conformista, los aspectos más negativos de la realidad y del pensamiento de nuestro tiempo.

A la senda tardomoderna pertenecen filósofos como J. Habermas y J. Rawls y en el ámbito jurídico, pensadores como R. Alexy, A. Aarnio y A.

⁽²⁴⁾ Véase especialmente a H.G. GADAMER, *Verdad y Método*, trad. A. Agud y R. de Agapito, 10^{ma} ed., Salamanca, Sígueme, 2003. Respecto de la comprensión mediante la precomprensión en el ámbito específico del derecho, véase a U. SCHROTH, *Hermenéutica Filosófica y Jurídica*, en *El Pensamiento*, cit., pp. 289-309.

Kaufmann, que conscientes de la crisis de la modernidad, se esfuerzan por superarla – paradójicamente – arraigados todavía en su epistemología escéptica y crítica, que pretenden superar desde diversos modelos procedimentales y discursivos. Por su parte, dentro del camino posmoderno, pueden ubicarse a intelectuales como J. Derrida y J.F. Lyotard y en el campo de lo jurídico a la escuela del ‘realismo jurídico escandinavo’ (A. Ross, K. Olivercrona) y otras corrientes de pensamiento jurídico, que conciben al derecho como un mero ‘instrumento de dominación’ o ‘fenómeno de poder’, y que parecieran resignarse con la supuesta explicación de una realidad deprimente, en lugar de intentar cambiarla, asumiendo una actitud más bien escéptica y negativa.

Ahora bien, el anterior marco general resulta insuficiente para ubicar la pretensión de la teoría global del derecho; es necesario, al menos brevemente, referirnos a los últimos desarrollos de la filosofía general y jurídica⁽²⁵⁾.

Para ello, es necesario en primer lugar reconocer que el siglo XX uno de los periodos más complejos y abigarrados en la historia del pensamiento occidental, tanto por los problemas del pensamiento moderno-contemporáneo, cuanto por haberse tenido que enfrentar al fracaso de la cultura y de la civilización occidentales que supusieron las dos guerras mundiales.

Por un lado, los extremos – y el fracaso – del racionalismo moderno, provocaron por la vía de la reacción el surgimiento de nuevas filosofías vitalistas y del sentimiento, como las planteadas por Kierkegaard, Schopenhauer y Nietzsche, mismas que desembocaron en una filosofía irracionalista que tendría después importantes proyecciones, influyendo también en el post-modernismo.

El empirismo, que durante el siglo XIX se transformó en positivismo científico, utilitarismo y pragmatismo, experimentó durante el siglo XX un giro insospechado con el positivismo lógico – también de raíces kantianas – que trasladó el interés filosófico al ámbito del lenguaje y la lógica. La filosofía analítica – deudora tanto del empirismo positivista, como del criticis-

⁽²⁵⁾ Sobre las direcciones fundamentales del pensamiento filosófico en nuestro tiempo puede verse el opúsculo de M. BEUCHOT, M.A. SOBRINO, *Historia de la filosofía moderna y contemporánea*, México, Torres, 2003, o la obra más extensa de G. REALE, D. ANTISERI, *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico*, trad. J.A. Iglesias, Barcelona, Herder, 2004.

mo y del racionalismo – anticipada por Russel, fundada por Wittgenstein y continuada como filosofía crítico-racional de la ciencia por Popper, es otra de las direcciones características de la reflexión durante el siglo XX.

Durante el siglo XIX apareció el marxismo, que más allá del fracaso del proyecto político comunista de corte leninista-stalinista, tuvo una profunda repercusión en el pensamiento del siglo XX, principalmente a través de su materialismo dialéctico e histórico, así como de su profunda crítica a la desigualdad social y su llamada a la acción que ha permeado, por ejemplo, en la Escuela de Frankfurt o en la Teología de la Liberación.

En otro ámbito, ante el agotamiento del racionalismo y del empirismo, surgieron la fenomenología y los existencialismos, como filosofías que pretendieron retomar la atención sobre el mundo y el hombre, dejando atrás los problemas gnoseológicos que obsesionaron al pensamiento de la modernidad. El llamado de Husserl a ocuparse del mundo de la vida y a regresar a las cosas, tuvo una importante y fecunda resonancia dentro del pensamiento del siglo XX, destacando especialmente los planteamientos de Heidegger, Ortega y Gasset, Sartre y Mounier, debiéndose a éste último la conformación de una importante corriente de pensamiento cristiano, conocida como ‘personalismo comunitario’.

Junto a las anteriores líneas de pensamiento, recientemente ha convocado a una considerable parte del pensamiento actual la filosofía hermenéutica (Gadamer y Ricoeur), heredera de la fenomenología y también del existencialismo, en virtud de la amplitud de sus postulados que han puesto un énfasis especial en la naturaleza simbólica e interpretativa de la cultura y la historia como parte fundamental del mundo del hombre.

Muchas otras corrientes de pensamiento de desarrollaron durante el siglo XX, como el estructuralismo (Saussure, Levi-Strauss, Foucault), las filosofías de la diferencia como la deconstrucción de Derrida y el feminismo y, desde luego, el postmodernismo (Vattimo, Lipovetsky, Lyotard, Rorty).

En resumen, el panorama filosófico general del siglo XX fue abrumadoramente complejo, produciéndose tal diversidad de corrientes y planteamientos, que no es posible encontrar siquiera un consenso mínimo sobre lo que es la filosofía, sus contenidos, sus problemas, su lenguaje ni sus métodos.

Ahora bien, dentro del anterior contexto de desorientación filosófica general y como resultado de los ‘horrores legalizados’ sufridos por la humanidad durante la primera mitad del siglo XX, desde la ‘segunda posguerra’ aparecieron una serie de ‘nuevas corrientes iusfilosóficas’ y de ‘metodologías jurídicas alternativas’, que denunciaron abiertamente los peligros que encerraba el positivismo legalista como dogmática jurídica dominante⁽²⁶⁾.

Surgió así un nuevo interés por la ‘justicia material’ y los ‘contenidos éticos’ del derecho, cuyas principales direcciones filosóficas fueron: *a)* el estimativismo de corte neokantiano culturalista (E. Lask, G. Radbruch), *b)* el iusnaturalismo protestante y racionalista (J. Ellul, E. Wolf, E. Brunner), *c)* el iusnaturalismo neotomista *c.1)* católico tradicional escolástico legalista (V. Cathrein, F. Utz, F. Olgiati, J. Maritain, L. Fuller) y *c.2)* neotomista prudencialista (J. Hervada, M. Villey, J.B. Vallet de Goytisoló, J. Finnis), *d)* un grupo relativamente heterogéneo (fenomenólogos, existencialistas y neokantianos) de quienes compartieron, en definitiva, la inquietud de devolverle al derecho, ciertos contenidos éticos indisponibles (G. Del Vecchio, H. Welzel, H. Coing, K. Engisch, A. Kaufmann, A. Verdross, W. Maihofer, L. Recaséns Siches, J. Rawls) y *e)* la corriente renovadora de los derechos humanos, como ciertos derechos mínimos, sustantivos y contenutísticos a ser ‘garantizados’ formal y materialmente mediante la legislación internacional primero y nacional después, mediante instituciones tutelares como la figura del *Ombudsman*, o mediante los instrumentos propios de la Justicia Constitucional y la Justicia Supranacional, ampliamente desarrollados y perfeccionados durante la segunda mitad del siglo XX, de acuerdo con una ‘perspectiva positivista débil’, también llamada ‘neoconstitucional’ o ‘garantista’ (N. Bobbio, H.L.A. Hart, L. Ferrajoli).

⁽²⁶⁾ Sobre las principales escuelas iusfilosóficas contemporáneas y sus fundamentos filosóficos generales, pueden verse los capítulos 9 a 11 del libro J.P. PAMPILLO, *Historia*, cit., que incluyen una completa bibliografía sobre las mismas. En general pueden verse también el tomo tercero de G. FASSÒ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, trad. J.F. Lorca Navarrete, 3ª ed., Madrid, Pirámide, 1966, así como la obra clásica de K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. E. Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, el recuento general que hace L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, México, Porrúa, 1963 y la espléndida exposición de J.M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del Pensamiento Jurídico*, 5ª ed., Madrid, Complutense, 1984.

También durante la segunda mitad del siglo XX y en buena medida como reacción al formalismo kelseniano, proyectaron su influencia algunas escuelas del naturalismo jurídico.

Destacó por su amplia difusión y peculiares postulados el ‘realismo jurídico escandinavo’ (A. Hägerström, W. Lundsted, K. Olivecrona, A. Ross), que afirmó – con un indudable ‘dejo posmoderno’ – que derecho es ante todo un ‘fenómeno empírico de fuerza’, que se agota en la sola ‘realidad de su coacción externa’. Partiendo de la anterior premisa, para esta escuela las formas, los procedimientos, las sanciones, los propios conceptos jurídicos y la misma jurisprudencia, no son otra cosa sino ‘palabras, ritos y símbolos’ enteramente vacíos, tendientes a instrumentar una coacción mediante su ‘reforzamiento psíquico’.

Dentro del ámbito anglosajón, ejerció también una gran influencia el ‘realismo jurídico americano’ (O.W. Holmes, J. Frank) y la *sociological jurisprudence* (R. Pound y B. Cardozo), que sostuvieron que el derecho, más que lógica y reglas, era experiencia y hechos, realidades, más que libros, lo que sostienen los jueces en sus casos, basándose sobre todo en los hechos, en las costumbres y en los precedentes, más que en las normas jurídicas o en los conceptos. Actualmente, el realismo anglosajón se ha traducido en una gran diversidad de corrientes, entre las que destacan el Análisis Económico del Derecho (*Law & Economics*) y varias escuelas críticas entre las que destaca la llamada *Critical Legal Studies*, uno de cuyos principales representantes es D. Kennedy. Ésta escuela busca imprimirle a la enseñanza jurídica un sentido de responsabilidad y compromiso que aleje a los estudiantes de derecho de la tentación de convertirse en operadores jurídicos exclusivamente para mantener – o alcanzar – un *status quo*. Otras teorías críticas que se han venido desarrollando en los últimos años son el feminismo (*Feminist Legal Theory*) y el racismo (*Critical Race Theory*). Contrapunto de las mismas han sido movimientos que han buscado reivindicar la naturaleza cultural del derecho, como *Law & Culture*, y *Law & Religion*, entre otras⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ Sobre las escuelas jurídicas angloamericanas véanse J.H. LANGBEIN, R. LETTOW LERNER, B.P. SMITH, *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*, New York, Aspen Publishers, 2009; E.H. HANKS, M.E. HERZ, S.S. NEMERSON, *Elements of Law*,

Por su parte, algunos iusfilósofos angloamericanos del siglo XX que pueden ser considerados como formalistas, como H.L.A. Hart y R. Dworkin desarrollaron y debatieron entre sí sobre categorías formales diferentes de las normas, como las reglas y los principios, así como sobre las dificultades de su aplicación necesaria y unívoca a los casos concretos y en especial a los así denominados casos difíciles.

Paralelamente a las anteriores corrientes (estimativistas, naturalistas y formalistas), irrumpió en el ámbito de la filosofía del derecho, un renovado interés por la 'lógica' y la 'argumentación jurídicas', en buena medida propiciado por una profunda insatisfacción con el 'empobrecimiento del razonamiento jurídico', agotado en el silogismo judicial, como aplicación acrítica de la norma legal a través de la norma jurídica individualizada mediante un razonamiento formal deductivo.

Las primeras manifestaciones de esta tendencia podemos referirlas al mismo positivismo jurídico, que desarrolló sus propios estándares formales de argumentación con U. Klug. Sin embargo, pronto aparecieron también nuevos y estimulantes estudios sobre la 'lógica deóntica' (G. H. von Wright y G. Kalinowsky), la 'tópica' (Th. Viehweg) y la 'nueva retórica' (Ch. Perelman), así como las denominadas 'teorías estándar de la argumentación jurídica' (N. McCormick y R. Alexy) que además de enriquecer los instrumentos y las técnicas de la argumentación actual, han contribuido al reconocimiento de la 'contextura dialogal' del propio derecho⁽²⁸⁾.

Bajo la influencia de las anteriores corrientes – entre otras, según cada autor, como el marxismo, el existencialismo y la filosofía analítica – últimamente se han elevado diversas voces (Jürgen Habermas, Arthur Kaufmann, Robert Alexy y John Rawls) que han propuesto, a partir de un 'modelo dis-

Cincinnati, Anderson Publishing, 1994; B.H. BIX, *Legal Philosophy in America*, en C. MISAK (ed.), *The Oxford Handbook of American Philosophy*, consultado en ssrn.com/abstract=1096207, Social Science Research Network, consultado a principios de junio de 2012, y G.J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, en ssrn.com/abstract=1794275, Social Science Research Network, consultado a principios de junio de 2012.

⁽²⁸⁾ Un panorama general de las diversas teorías de la argumentación jurídica puede encontrarse en M. ATIENZA, *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

cursivo’, una ‘teoría procedimental del derecho’, con sesgos ‘neocontractualistas’, que pretende obtener resultados materiales desde la formalidad de los procedimientos comunicativos.

Por último, dentro del debate iusfilosófico de los últimos años, debe recordarse también como algunos supieron captar, que tanto el formalismo, cuanto el naturalismo o antiformalismo y el estimativismo tenían su profundo ‘momento de verdad’. Más aún, que dicho momento de verdad se esfumaba tan pronto como pretendían reducir el todo a una de sus partes. En efecto, si bien el derecho tenía un momento de positividad formal, de efectividad empírica y de validez axiológica, no podía agotarse tampoco en su sola validez formal, ni en su sola factualidad, ni en su sola validez material o intrínseca.

Así se fue abriendo paso una corriente tridimensional, triádica o triatómica del derecho, que en México alcanzó su más acabada expresión en la sugerente ‘Teoría de los Tres Círculos’ debida al iusfilósofo Eduardo García Maynez, pero que encontró su más afortunada expresión en la *Teoría Tridimensional del Derecho* de Miguel Reale, quien definió al derecho como «una integración normativa de hechos según valores».

Esta última corriente de pensamiento ha evolucionado hasta nuestros días dando lugar a nuevas teorías integracionistas, como la tetratómica propuesta recientemente por Pérez Luño – que agrega el elemento horizontal-diacrónico de la historia – y la propia ‘teoría global del derecho’ objeto del presente capítulo, que han pretendido recuperar la complejidad multidimensional de lo jurídico.

En síntesis, dentro de un contexto de enorme diversidad y desorientación filosófica general (criticismo neokantiano, vitalismo, positivismo, filosofía analítica, fenomenología, existencialismo, hermenéutica, estructuralismo, deconstruccionismo, filosofía de género, marxismo, culturalismo, personalismo, etcétera), ante la gran crisis de la civilización y de la cultura occidentales tras la segunda postguerra y como reacción ante la crisis de la dogmática positivista, surgieron diversas corrientes iusfilosóficas y metodologías jurídicas alternativas, destacando: *a)* las teorías estimativistas que buscaron reivindicar la justicia material (culturalistas neokantianas, iusracionalistas, neotomistas, garantistas), *b)* el nuevo naturalismo antiformalista (realismo angloamericano)

y el posmodernismo jurídico (realismo jurídico escandinavo), *c*) las teorías de la argumentación jurídica (lógica deóntica, tópica, nueva retórica) y las teorías procedimentales del derecho y *d*) las teorías comprensivas e integradoras del derecho (tridimensionalismo, *integrative jurisprudence*, tetradimensionalismo, teoría global del derecho), que han buscado comprender mejor al derecho, a la ciencia jurídica y a la praxis jurídica de nuestro tiempo.

Contextualizada la anterior encrucijada, a la que se enfrenta actualmente la filosofía jurídica de nuestro tiempo, resta tan sólo decir que la teoría global del derecho pretende ubicarse dentro de la misma para desenvolver sus planteamientos de modo dialogal con las anteriores corrientes y, también articularlas analógicamente – sin caer en yuxtaposiciones sincréticas – buscando a veces la *coincidentia oppositorum* y otras la coordinación armónica de planteamientos, que lejos de ser excluyentemente contradictorios, son en realidad profundamente complementarios.

Se trata, retomando los planteamientos de la hermenéutica analógica de M. Beuchot – a los que nos referimos anteriormente – de buscar la proporción conjuntando la ductilidad y el rigor: ductilidad contra los excesos de los unilateralismos, que pretenden reducir la complejidad de la realidad a una sólo perspectiva, pero también rigor contra las laxitudes de una equivocidad sincrética que – en el extremo opuesto – considera que cualquier perspectiva y opinión puede ser igualmente válida. En términos coloquiales, ductilidad para comprender que ‘no todo es blanco o negro’; rigor para reconocer igualmente que ‘no todo es gris’. El derecho, como se expondrá, es pues, por un lado, argumentación, pero no sólo argumentación; es norma, pero no sólo norma. Pero también, el derecho, que es realidad social compleja, no es sólo una yuxtaposición de aspectos y cualidades, siendo aquí donde la hermenéutica analógica nos ayuda a distinguir entre los elementos esenciales, existenciales, accidentales y propios, asignándole su lugar a cada uno.

3.1. – *Presupuestos filosóficos: perspectiva y método.*

Definidos el estatuto epistemológico y la encrucijada filosófica y iusfilosófica de nuestro tiempo, conviene referirnos a la ‘perspectiva’ desde la cual

puede observarse adecuadamente la realidad jurídica.

Dicha perspectiva, en claro deslinde del pensamiento de la modernidad, puede denominarse como la ‘perspectiva del ángel benigno’, pues pretende ubicarse en las antípodas de la perspectiva del racionalismo cartesiano, basado – como es sabido – sobre un ‘mito’, el del ‘genio maligno’, desde el cual Descartes postula su ‘pesimismo gnoseológico’ y su ‘escepticismo paranoico’ (pienso luego existo – duda metódica)⁽²⁹⁾.

Partiendo de la misma realidad que Descartes – la deficiencia de nuestros sentidos y las limitaciones de nuestra razón – en lugar de inventar un genio maligno encargado de confundirnos, llevándonos a un pesimismo gnoseológico y a un ‘idealismo criticista’ en lo ontológico (Kant), parece mejor ‘exorcizarlo’, asumiendo un ‘optimismo moderado en la gnoseológico’ y un ‘decidido realismo en lo ontológico’.

Es decir, se parte del supuesto de que el hombre, a pesar de sus limitaciones, es capaz de conocer la verdad mediante la observación metódica, la reflexión dialéctica y la confianza o apertura a los demás y al legado de la cultura. Igualmente, se parte del presupuesto de que la realidad existe, es algo dado que se nos presenta integralmente y no de manera separada y se desarrolla en el tiempo conforme a un principio dinámico que rige su desenvolvimiento. Niega en contrapartida que la realidad sea algo puesto o inventado por el hombre, que se nos presente dividida o mutilada por entendimientos ‘apriorísticos’, ‘aposteriorísticos’, o relativos a un ‘mundo del ser

⁽²⁹⁾ La hipótesis del genio maligno fue planteada por Descartes en su Meditación Primera de la siguiente manera: «Supondré pues, que Dios – la Suprema Bondad y la Fuente soberana de la verdad – es un genio astuto y maligno que ha empleado su poder en engañarme; creeré que el cielo, el aire, la tierra, los colores, las figuras, los sonidos y todas las cosas exteriores, son ilusiones de que se sirve para tender lazos a mi credulidad; consideraré, hasta que no tengo manos, ni ojos, ni carne, ni sangre, ni sentidos y que a pesar de ello creo falsamente poseer todas esas cosas; me adheriré obstinadamente a estas ideas; y si por este medio no consigo llegar al conocimiento de alguna verdad, puedo por lo menos suspender mis juicios, cuidando de no aceptar ninguna falsedad. Prepararé mi espíritu tan bien para rechazar las astucias del genio maligno, que por poderoso y astuto que sea no me impondrá nada falso». R. DESCARTES, *Meditaciones Metafísicas*, en *Discurso del Método, Meditaciones Metafísicas, Reglas para la Dirección del Espíritu, Principios de la Filosofía*, introducción y notas por F. Larrojo, 2ª ed., México, Porrúa, 1972, p. 58.

sin deber ser’, o del ‘deber ser sin el ser’, o que se agote en su sola realidad fenoménica, sensible o empírica actual.

Más aún, la perspectiva del ángel benigno se caracteriza por ser también una perspectiva de ‘humildad’, de ‘apertura’ y de ‘dialoguicidad’.

Todavía más, en tanto que interesada en la comprensión ontológica del ser del derecho, la perspectiva del ángel benigno es una ‘perspectiva filosófica’, es decir, ‘radical’ y ‘fundamental, basada también sobre el principio del ‘restablecimiento de la unidad dialéctica’ que presentan ‘el ser, el saber y el existir’, dada la ‘implicación trascendental’ entre los mismos, por donde, propiamente, la ontognoseología jurídica viene a ser en realidad una ‘ontognoseo-antropología jurídica’. En otros términos: además del problema circular entre el sujeto y el objeto, cuando ‘el sujeto se implica en el objeto’, como en el caso del derecho, sobre todo respecto de ciertos temas que tienen que ver con su ‘propia existencia’ (matrimonio, divorcio, filiación, adopción, eutanasia, aborto, clonación, pena de muerte, etcétera), existe el ‘riesgo’ de que ‘el sujeto proyecte sobre su objeto’ sus propios ‘miedos’, ‘atavismos’, ‘prejuicios’ y ‘creencias’, por lo que se le exige al mismo, tanto la ‘toma de conciencia’ sobre esta dificultad sobreañadida, cuanto la ‘mayor cautela’ para evitar dicha ‘contaminación subjetiva’ sobre su objeto de estudio⁽³⁰⁾.

Pero aún hay más. La perspectiva del ángel benigno debe ser, en tanto que perspectiva filosófica, una ‘perspectiva global’, que nos permita apreciar la ‘totalidad de realidad jurídica’, mediante una especie de ‘federación’ superadora e integradora de cualquier ‘perspectiva parcial’, a fin de que pueda ‘comprender’ al derecho en su ‘variada complejidad’ humana, social, política, económica, cultural, etcétera. Sin embargo, a pesar de su ‘globalidad filosófica material’, es necesario que medite sobre el derecho observándolo según ‘cierta formalidad’: la jurídica. En efecto, la filosofía del derecho en general y la ontología jurídica en lo particular no solo buscan dar una razón filosófica – y por ende comprensiva, integradora y global – del derecho, sino

⁽³⁰⁾ Cfr. J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Aspectos filosófico-jurídicos de la eutanasia. Un intento de fundamentación epistemológica de la bioética desde la Teoría Global del Derecho*, en *Medicina y Ética. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*, México, Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac, 2007.

precisamente, el dar una razón filosófica sobre el derecho ‘en tanto que derecho’, no en tanto que orden social, estructura del poder político, factor de desarrollo económico, o instrumento de fomento cultural⁽³¹⁾.

Descrita la perspectiva del ángel benigno – vía global, optimismo gnoseológico, realismo ontológico, humildad, apertura, dialoguicidad, radicalidad filosófica, materialmente global y formalmente jurídica – desde la cual intenta comprender al derecho la teoría global, falta únicamente, dentro de sus presupuestos filosóficos, la enunciación del ‘itinerario metodológico’.

Dicho itinerario puede denominarse, expresivamente, ‘método de la doble *reditio* jurídica’, en virtud de que pretende un doble regreso consistente en una serie de precomprensiones, de ‘idas’ y ‘regresos’, de reflexiones dialécticas e interactivas entre sí, que a través de ‘ires’ y ‘venires’ – es decir, de precomprensiones y regresos – desde el sujeto hacia el objeto, desde el objeto hacia el sujeto, del conocer al ser, del ser al conocer y del ser y del conocer al existir y viceversa, sirvan para aclarar el método desde el objeto y, a su vez, el objeto desde el método, superando definitivamente el problema ontognoseoantropológico.

Por su misma estructura, el método de la doble *reditio* asegura el ‘máximo rigor y resistencia filosófica’, por cuanto que permite ‘esclarecer la existencia del derecho desde su esencia’, ‘clarificar lo dado desde lo puesto’ y analizar la experiencia fenomenológica desde el objeto ontológicamente considerado. Además, el método de la doble *reditio* ofrece por lo mismo una explicación sobre nuestro derecho, considerando ‘su ser, su devenir pretérito y su existir actual’, desde la gnoseología, la ontología, la fenomenología, la historia, la filosofía de la historia y la filosofía de la cultura jurídicas⁽³²⁾.

A través del método de la doble *reditio*, la teoría global del derecho identificó las experiencias jurídicas más significativas, para construir desde ellas las perspectivas parciales, que una vez federadas, permitieron la articulación de una perspectiva global. Dichas experiencias jurídicas son: a) la experien-

⁽³¹⁾ Cfr. J. HERVADA. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1995, p. 49.

⁽³²⁾ Éste método se encuentra desarrollado en J.P. PAMPILLO, *Filosofía*, cit., cap. IV, y en *Historia*, cit., cap. I.

cia personal de la libertad, *b*) la experiencia social de la relación distante, *c*) la experiencia del orden debido, *d*) la experiencia simbólica de la expresión formal y *e*) la experiencia temporal de la variación histórica. Cada una de las anteriores experiencias nos ofrece una perspectiva y entre todas, una visión completa del derecho.

3.2. – *Fundamentos antropológicos.*

Toda experiencia jurídica es una experiencia humana. Como observara el jurista romano Hermogeniano: «el hombre es causa de creación de todo derecho» (*hominum causa omne ius constitutum est*). Todo derecho tiene al hombre como su origen, fundamento y finalidad⁽³³⁾. Por ello mismo, el hombre en un tema central de la filosofía jurídica, por lo que ésta debe partir de ciertas nociones antropológicas⁽³⁴⁾.

En términos muy generales, puede caracterizarse al hombre como un “existente autoconsciente”. En efecto, el hombre no es, existe; está siendo, en el tiempo y en el espacio, limitado y condicionado a un momento y a un lugar determinado, donde debe desenvolverse. Pero el hombre no solo existe, sino que además, es el único ser consciente de su propia existencia. El conocimiento de sí mismo o ‘autognosis’, que fue para los griegos el principio de toda sabiduría – *gnothi suaetón* – es también la culminación de toda reflexión filosófica, pues como observara San Agustín, «en el interior del hombre se encuentra la verdad». De hecho, la ‘toma de conciencia’ de

⁽³³⁾ Cfr. S. COTTA, ¿Qué es el Derecho?, trad. J.J. Blasco, 2ª ed., Madrid, Rialp, 1995, p. 10.

⁽³⁴⁾ Por esto mismo ha observado con razón A. Kaufmann: «Si en la filosofía del derecho actual domina la conciencia de que no sabemos exactamente lo que el derecho es, hay que decir que esto constituye sólo un reflejo de una perplejidad aún más profunda acerca de lo que es el hombre». A. KAUFMANN, *Panorámica*, cit., p. 108. Sobre antropología filosófica, además de la abundante bibliografía en la materia, pueden verse los diversos trabajos publicados dentro de la obra *Memorias del XIII Congreso Internacional de Filosofía. Comunicaciones sobre el Tema I: El Problema del Hombre*, Vol. 2, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963. Es de fácil acceso y puede consultarse con provecho los libros de J. MARÍAS, *El tema del hombre*, México, Espasa-Calpe, Colección Austral, 1994 y *Antropología Metafísica*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

sí mismo y de su existencia, le lleva al hombre a descubrir no sólo su psicológico, sino también a descubrir en los demás la idea de otredad – o de proximidad –, conduciéndolo también a descubrir que dichas reflexiones, son en sí mismas el resultado de una ‘virtud intelectual’ que no puede atribuirse a ninguno de los órganos materiales de su corporalidad.

Pero su intelectualidad le sugiere al hombre que su existencia no se agota en la ‘materia’, sino que abarca un ámbito inmaterial o ‘espiritual’, que es condicionante de su misma intelectualidad, así como de su propia emotividad. De esta manera el hombre se percata de que es, como ha observado Basave, una especie de “centauro ontológico”, un “espíritu encarnado” – *corpore et anima unus* según la expresión teológica –, que como ‘naturaleza anfibia’, se debate entre una ‘naturaleza inmaterial’, llamada a trascender, ansiosa de eternidad y una ‘naturaleza corporal’, contingente y corruptible, fatalmente condenada a la muerte. Por ello mismo, la vida del hombre como “absoluto-relativo” – según la expresión de X. Zubirí – tiene una condición dramática y hasta trágica⁽³⁵⁾.

Como existente autoconsciente, anfibio entre la materia y el espíritu, el hombre ‘es a caballo’ entre el ‘espíritu que se expresa’ y la ‘materia’ como ‘condicionante de la expresión’. De aquí que, como ha destacado Ernst Cassirer, el hombre es un “animal simbólico”, que depende de signos, símbolos y señales para comunicar, a través de la materia, sentidos y significados inmatrimales o espirituales⁽³⁶⁾.

Pero en tanto que existente autoconsciente, espíritu encarnado, principio inmaterial constreñido a una corporalidad material y animal simbólico cuya expresividad se encuentra condicionada por la materia, su ‘naturaleza’ es ‘universal e inmutable’, de un lado, pero igualmente ‘histórica y cultural’ por el otro, encarnada siempre en diversos contextos espacio-temporales. En

⁽³⁵⁾ Cfr. A. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, *La dimensión jurídica del hombre. Fundamentos de Antropología Jurídica*, en *Estudios de Filosofía del Derecho en Homenaje al Doctor Eduardo García Maynez*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1973; X. ZUBIRÍ, *El hombre y Dios*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, y *Gaudium et Spes*, n. 14.

⁽³⁶⁾ E. CASSIRER. *Antropología Filosófica*, 5ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968.

otras palabras: la esencia y naturaleza del hombre son inmutables, aunque su existencia es siempre histórica y, como tal, dicha existencia condiciona su propia esencia y naturaleza, imprimiéndole una nota de temporalidad, de contingencia, de historicidad. En razón de la anterior paradoja, las nociones del hombre han saltado, desde hacerlo «medida absoluta de todas las cosas» (Protágoras), hasta convertirlo en un «ser para la nada», cuya vida es una «pasión inútil» (J.P. Sastre). Esta dualidad, fuente de contradicciones e inconformidades, acaba por conducir a los filósofos a la conclusión de que el hombre, su existencia, su vida y su muerte, son un auténtico misterio y, como todo misterio, escapa a la comprensión de nuestra razón. La naturaleza humana se nos esconde (*homo est absconditus*), es insondable y por eso ha observado la antropología, que el existente humano es, hasta cierto punto, indefinible (*individuum est ineffabile*).

Pero, si el derecho como experiencia típicamente antropológica, arraiga en el hombre como *existente autoconsciente* – y como tal, anfibio, simbólico y misterioso –, ciertamente no radica en el hombre impersonalmente caracterizado. La raíz del derecho es, por el contrario, ‘el hombre real concreto’, el «hombre de carne y hueso» del que hablara Unamuno, el hombre en tanto que ‘persona’⁽³⁷⁾. Y dicho ‘hombre-persona’, en tanto que individuo concreto, es también un ‘existente cultural’, injertado en una determinada ‘circunstancia’, que – como ha señalado Ortega y Gasset –, es constitutiva de su propio ser⁽³⁸⁾. Es así el hombre como persona, alguien único e irrepetible, perteneciente a una cultura también única, presente en un tiempo y en un espacio determinados, la verdadera raíz de todo derecho y, por ende, todo derecho debe ordenarse al servicio del hombre persona en su circunstancia concreta.

Y el hombre como individuo, como persona, es ante todo ‘libertad’. De hecho su grandeza se encuentra en su capacidad de ‘hacerse a sí mismo’, de ‘gestionar su naturaleza’, de ‘definirse’ según su propio ‘arbitrio’. Pero la li-

⁽³⁷⁾ Cfr. M. DE UNAMUNO, *Del sentimiento trágico de la vida*, México, Editorial Origen/Planeta, 1986, p. 7 s.

⁽³⁸⁾ Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote*, en *Obras*, cit., p. 13.

bertad no debe entenderse como una ‘autonomía locomotriz’ en un sentido empírico, es decir como una mera “libertad de hacer”, de hacer cualquier cosa, sino que antes bien debe entenderse desde la ‘dinamicidad teleológica’ de la ‘naturaleza humana’. En efecto, la libertad se encuentra referida a las profundidades del hombre donde se halla su sentido y dirección. Se trata de una auténtica “libertad para”, de una libertad para ser, para más ser, para mejor ser.⁽³⁹⁾ De una libertad, cuyas resonancias nos vienen desde la lírica clásica, cuando el poeta Píndaro exhortaba a los atletas olímpicos con su famosa arenga: «llega a ser el que eres».

La libertad para puede entenderse así como la «autonomía de gestión que todo hombre tiene de sus exigencias naturales, con el fin de alcanzar su propio destino» y, vistas así las cosas, dicha libertad constituye el fundamento próximo de la eminente dignidad de la persona humana. Ciertamente, la consideración que el hombre merece, desde un punto de vista filosófico y también jurídico, descansa sobre su condición de ser persona, que es tanto como decir sobre su libertad para realizarse como hombre en todos los sentidos. Y de dicha dignidad se sigue también que toda persona es un fin en sí misma, no susceptible de ser mediatizada o instrumentalizada al servicio de otro fin superior a ella misma.

De lo anterior se deriva que todo ordenamiento jurídico debe partir de una adecuada concepción de la naturaleza humana, de la comprensión de que el *homo juridicus* o sujeto de derechos y obligaciones es siempre una persona concreta, individual y circunstanciada y de que todo derecho debe tutelar, como su máximo bien, la eminente dignidad de la persona, mediante la delimitación de su ámbito de libertad para la autorrealización. En éste último sentido, el derecho es libertad y, más específicamente, delimitación de libertades interactuantes y contrapuestas, llamada a evitar interferencias y, en caso de producirse, a procurar compensaciones y establecer responsabilidades. Es decir, desde la perspectiva personal de la libertad, el derecho puede entenderse como *el conjunto de las limitaciones establecidas respecto de las facultades*

⁽³⁹⁾ Sobre éstas nociones de “libertad de” y “libertad para”, originalmente cfr. E. FROMM, *El miedo a la libertad*, trad. G. Germani, México, Paidós, 1990.

subjetivas para garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y promover su libre desarrollo⁽⁴⁰⁾.

3.3. – *Fundamentos sociológicos, económicos y políticos.*

La experiencia jurídica es una experiencia radicalmente humana, pero específicamente es una experiencia de vida humana en sociedad. Ya sea que – siguiendo la distinción propuesta por F. Tönnies – se le encuentre agrupado en torno a la ‘comunidad’ (*Gemeinschaft*) o en torno a la ‘sociedad’ (*Gesellschaft*), según se quiera hacer preponderar el aspecto ‘natural gregario’ o ‘voluntivo asociativo’ en el origen de la convivencia, lo cierto es que la dimensión social es constitutiva del existir humano. De aquí que hasta nuestros días se repita el tópico, «donde está la sociedad, allí hay derecho; donde está el derecho, allí hay sociedad» (*ubi ius ibi societas, ubi societas ibi ius*)⁽⁴¹⁾.

La realidad del derecho se ubica dentro de la realidad social humana, que por ser una ‘realidad relacional’, condiciona la misma contextura del derecho que es también, esencialmente, relacional.

Ahora bien, la realidad relacional del derecho toma la forma de las ‘relaciones polares’, o sea, de aquéllas caracterizadas precisamente por la correlatividad de sus polos contrapuestos, que en el caso del derecho, son el crédito y la deuda⁽⁴²⁾.

Más aún, el derecho se ubica precisamente dentro del ámbito de las relaciones de convivencia social distantes o separadas y no cercanas o íntimas. Siguiendo a este respecto las ideas del iusfilósofo Legaz y Lacambra, la vida del hombre es de naturaleza personal cuando es vivida «desde uno mismo»,

⁽⁴⁰⁾ Más en extenso se aborda el tema dentro del cap. V del libro de J.P. PAMPILLO, *Filosofía*, cit.

⁽⁴¹⁾ Sobre el debate entre el origen de la sociedad en la naturaleza o en la voluntad humanas cfr. I. GUZMÁN VALDIVIA, *El Conocimiento de lo Social. La Sociología Científica y la Ontología Social*, 6ª ed., México, Jus, 1990, p. 145 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Sociología*, 8ª ed., México, Porrúa, 1966, p. 581. V. también a N. BRIESKORN, *Filosofía del Derecho*, trad. Claudio Gancho, Barcelona, Herder, 1993, p. 65.

o sea desde el «centro de intimidad personal», siendo su exigencia propia la autenticidad y su forma típica la libertad. En contrapartida, la vida del hombre es de naturaleza social respecto de aquellas relaciones que son vividas «desde los otros», de manera impersonal y cuya forma es más bien normativa. El derecho está arraigado en el ámbito de la ‘convivencia social’, es decir, hunde sus raíces en aquellas ‘relaciones distantes, separadas, externas’, motivadas por un ‘interés concreto’ y referidas siempre a ‘bienes susceptibles de estimación’, donde las personas que se encuentran en cada extremo de la relación, no se ven entre sí personal o íntimamente, sino exterior o funcionalmente. Decir pues que el derecho arraiga en la convivencia social, significa – siguiendo a Sánchez de la Torre – que el derecho no se ocupa de relaciones intersubjetivas, íntimas – salvo en casos excepcionales y de manera subsidiaria para corregir su deformación patológica, como en el caso del derecho de familia – sino solamente de relaciones de externas y funcionales⁽⁴³⁾.

Pero, cuando se dice que el derecho se ubica dentro del ámbito de la convivencia social, también se quiere decir que el derecho se ocupa de promover una ‘convivencia social sana’ y que, consecuentemente, no se ocupa de conductas socialmente neutras (asociales) y, si se ocupa de conductas sociales patológicas (antisociales), lo hace solamente con un afán preventivo o sancionador.

El derecho en tanto que experiencia de convivencia social, se caracteriza también por su ‘vitalidad’, y dicha vitalidad supone un dilema entre la necesidad del ‘equilibrio social’ y la ‘realidad del conflicto’. Por ello, observaba con razón Roscoe Pound, que si bien el derecho «debe ser estable, no puede permanecer invariable» (*law must be stable, but yet it can not stand still*). En efecto, el derecho, a la vez que cumplir con una misión ‘ordenadora’ que conserva, debe poder también acomodarse a las exigencias cambiantes de la sociedad y cumplir así con una función en cierto sentido ‘revolucionaria’. Debe ser capaz simultáneamente de mantener un orden de cosas, permaneciendo abierto al cambio. Por ello las perspectivas funcionalista y estructuralista en

⁽⁴³⁾ Cfr. L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 256-266, y Á. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Introducción al Derecho*, 2ª ed., Madrid, Complutense de Madrid, 1991, p. 319 s.

la sociología jurídica contemporánea, deben ser vistas como complementarias en lugar de como antagónicas, para reconocer que el derecho cumple, por un lado, muy diversas ‘funciones sociales’ – como la de reconducción del cambio social – y por el otro, se ‘vertebra a sí mismo’ como un auténtico subsistema social⁽⁴⁴⁾.

Por lo que respecta a la amplia variedad de funciones sociales atribuidas usualmente al derecho, vale la pena destacar entre todas la ‘función distributiva’ y la ‘función de solución de conflictos’. Por lo que hace a la primera, puede asegurarse que es la función más típicamente jurídica de todas. En lo que toca a la segunda, la virtualidad del derecho acotando los intereses jurídicamente relevantes, definiéndolos entre sí, jerarquizándolos apropiadamente y reconduciéndolos imperativa y efectivamente, resulta extraordinariamente fértil para una auténtica comprensión de lo jurídico. De hecho son cada vez más los estudiosos, que desde diferentes perspectivas críticas – como la sociológica misma, la histórica y la filosófica –, proponen una mejor comprensión de lo jurídico a partir de la dinámica del *challenge and response*, que encuentra la fuente real del derecho precisamente en la convivencia social y sus conflictos.

Por lo que hace a la concepción del derecho en tanto que ‘subsistema social’, además de ser estructura y orden que reconduce sistémica aunque inestablemente la complejidad del medio, es también un sistema en relación comunicativa con otros subsistemas sociales. De hecho, su relación con los demás subsistemas sociales es de naturaleza interactiva, por cuanto que influye y es influido por los mismos. Como observa R. Treves, la moderna sociología jurídica en su vertiente ‘estructural-funcionalista’ ha puesto de relieve la relación del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales a través de sus emisiones (*outputs*), de sus inmisiones (*inputs*), así como de su interacción mediante el efecto de retorno (*feedback*). Sin embargo, dicha

⁽⁴⁴⁾ Cfr. E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Madrid, Taurus, 1993, p. 181 ss.; R. SORIANO, *Sociología del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 285 ss.; G. ROBLES, *Sociología del Derecho*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 170; R. TREVES, *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. M. Atienza, M.J. Añón y J.A. Pérez Lledó, Barcelona, Ariel, 1998, p. 204.

naturaleza comunicativa, a más de ser interactiva, es imperativa y goza como de una cierta superioridad, por cuanto que el derecho recibe de otros subsistemas una influencia condicionante, pero devuelve siempre una influencia determinante y obligatoria⁽⁴⁵⁾.

En razón de lo anterior, la teoría global considera que el derecho, visto desde la perspectiva que nos brinda la experiencia social de la relación distante, se nos presenta como *una realidad relacional y polar arraigada en y condicionada por la sociedad que, por un lado, la vertebra estableciendo un equilibrio abierto al cambio y, por el otro, cumple con diversas funciones, entre las cuales destacan la de distribuir bienes y la de resolver conflictos imperativamente*⁽⁴⁶⁾.

Ahora bien, retomando lo anteriormente expuesto y a mayor abundamiento, el derecho, en tanto que cumple con la función de distribución de bienes (función económica) y de resolución de conflictos (función política) y en tanto que ‘subsistema social’ en relación comunicativa con otros subsistemas (y, destacadamente, con los subsistemas económico y político), no puede menos – según también quedó apuntado – que recibir una influencia condicionante de los mismos.

Por lo que respecta específicamente a la economía y más allá de los planteamientos marxistas que la pretendían base o infraestructura de todas las formas de lo social, incluido el derecho, lo cierto es que las realidades económicas – como se dijo respecto del resto de la realidades sociales – condicionan el subsistema jurídico e, igualmente, éste último las condiciona y a veces las determina. Pero sobre todo, los principios-valores-conceptos propios del estudio científico de la economía, como la eficiencia (óptimos de Pareto y Kaldor-Hicks), los costos (teorema de Coase), las externalidades y el diseño de mecanismos como una generalización de la teoría de juegos (Cooter), destacados por el Análisis Económico del Derecho, nos obligan a repensar la anterior definición puramente sociológica⁽⁴⁷⁾. Ahora bien, más allá de las

⁽⁴⁵⁾ Cfr. G. ROBLES, *Sociología del Derecho*, cit., p. 180 s.

⁽⁴⁶⁾ De manera más completa se encuentra expuesto el tema en J.P. PAMPILLO, *Filosofía*, cit., p. 83 ss.

⁽⁴⁷⁾ Entre la gran diversidad de obras que se han escrito sobre el AED, pueden verse las siguientes: A. ROEMER, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, ITAM-SMGyE-Fondo de

críticas que se puedan dirigir a los principios neoclásicos o neoliberales de los movimientos *Law & Economics* y *Law & Development*, es verdad que la certidumbre y seguridad que propicia el ‘estado de derecho’ (*rule of law*) es un importante factor para el crecimiento económico y que, en efecto, es necesario reconocer que el derecho debe estructurar la sociedad y cumplir sus funciones sociales de manera precisamente eficiente, tratando de minimizar los costos y de maximizar los beneficios (análisis costo-beneficio), incentivando, desincentivando y, en todo caso, previendo y considerando las consecuencias económicas de sus determinaciones.

Y lo mismo puede decirse respecto de las corrientes de pensamiento político y jurídico que han destacado las peculiares interdependencias entre el poder y el derecho, desde la tesis voluntaristas y decisionista (K. Schmidt) que destaca el aspecto volitivo del derecho, hasta el crudo realismo escandinavo (A. Ross), pasando por la identificación del derecho con el estado (H. Kelsen)⁽⁴⁸⁾. Lo cierto es que también los principios-valores-conceptos de eficacia, coacción, poder, legitimidad, bien común y justicia social, recomiendan reflexionar sobre sus proyecciones en el ámbito jurídico.

Así las cosas y considerando lo anterior, puede redefinirse al derecho desde esta perspectiva sociológica, económica y política como «una realidad relacional y polar arraigada en y condicionada por la sociedad y *particularmente por sus subsistemas económico y político*, que por un lado *busca ordenar legítimamente la convivencia hacia el bien común* estableciendo un equilibrio abierto al cambio y, por el otro, cumple con diversas funciones, entre las cuales destacan la de distribuir *eficientemente* bienes *incentivando el bienestar material* y la de resolver conflictos *imperativa y coactivamente*».

Cultura Económica, 1998; J.R. COSSIO DIAZ, *Derecho y Análisis Económico*, Fondo de Cultura Económica-ITAM. Sección de Obras de Política y Derecho, 2ª reimpr., 2008; J.J. DEL GRANADO, *Oeconomia iuris*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F., México, 2010; R. COOTER, T. ULEN, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 2002; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen, 7^{ma} ed., 2007.

⁽⁴⁸⁾ Más allá de la inmensa variedad de obras que tratan sobre las relaciones entre la política y el derecho, aquí seguimos en lo fundamental las ideas de AC. PEREIRA-MENAUT, C. PEREIRA SÁEZ, *Polís. Política, poder y comunidad política*, Biblioteca Jurídica Americana, México, Porrúa. 2015.

3.4. – *Fundamentos ontológico-teleológicos.*

Aunque en distintas épocas se ha negado o relegado la naturaleza esencialmente ‘a-*jus*-tadora’ y ‘rea-*jus*-tante’ del derecho, la experiencia jurídica por antonomasia es la que lo percibe como un orden justo, es decir, como un ordenamiento que reconduce la convivencia de un modo precisamente adecuado y no meramente arbitrario. Cuando el hombre se enfrenta al derecho, vive una experiencia humana; más aún, vive una experiencia humana de relación distante; pero sobre todo, vive una experiencia social respecto de la que espera no una ordenación o una reconducción cualquiera, sino precisamente, una ordenación razonable e igualitaria.

Al ser la experiencia-expectativa de lo justo – o del orden racional, adecuado o igualitario – una experiencia jurídica tan definitiva, la filosofía jurídica debe abocarse al estudio y la reflexión sobre el ‘derecho justo’, ‘adecuado’, ‘racional’, ‘razonable’ o ‘correcto’, incluso con independencia de la posición que se adopte respecto del ‘derecho natural’. Sin embargo, por otro lado, hay que apuntar que ni la esencial juridicidad de ‘lo justo’, ni el sustrato ético que presentan los ordenamientos jurídicos históricos y actuales, autorizan la identificación del derecho con la moral, ni tampoco la subordinación de lo jurídico a lo ético⁽⁴⁹⁾.

Conviene tener presente que la experiencia jurídica, en tanto que experiencia de libertades en relación distante rea-*jus*-tadas conforme a un cierto orden, supone – puesto que dichas libertades son posibilidades de acción consciente y deliberada – el abordamiento de uno de los temas más espinosos de la filosofía: el de las ‘exigencias naturales’ del actuar humano, en tanto que actuar inteligente, libre y voluntario. Es decir, que la reflexión sobre el derecho justo nos remite, necesariamente, a la consideración de ciertos problemas propiamente éticos, como lo son la libertad, el bien, los valores, la naturaleza, la intención, las circunstancias personales y de tiempo modo y lugar, la cultura, etcétera.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, trad. L. Recaséns Siches, I, Barcelona, Bosch, 1929, p. 168.

Pero también, la experiencia y perspectiva jurídica del orden justo, nos destaca inmediatamente la íntima relación que existe entre derecho y justicia. Dicha relación aparece evidenciada desde nuestros orígenes culturales greco-latinos, donde etimológica – y también realmente – los sustantivos empleados para designar al derecho (*ius* en latín y *to díkaion* en griego) significaban, literalmente, ‘lo justo’ como un ‘neutro sustantivado’. La relación entre la justicia y el derecho es tan cercana cuanto compleja. Por eso mismo, para comprender el significado y el valor del derecho, conviene empezar por esclarecer lo que es la justicia, pues dependiendo de la idea que nos formemos ésta última – como un ‘valor’, como una ‘idea’ o como una ‘virtud’ – variará considerablemente, la noción del derecho que nos formemos⁽⁵⁰⁾.

Si como se ha afirmado desde las coordenadas del neokantismo sudoccidental de Baden, la justicia es ‘un valor’ en referencia al cual se configura el derecho, la noción que de éste último habremos de formarnos será estimativista y por ende relativista, así como dependiente e inesencial. O sea, si como afirmara G. Radbruch, el derecho fuera «la realidad cuyo sentido estriba en servir el valor de la justicia», la relación entre derecho y justicia sería en primer lugar meramente referencial, por cuanto que el derecho no puede entenderse más que referido a la justicia, ya sea que la realice o la malogre. Ahora que como la justicia no es, desde esta perspectiva, un bien objetivo, sino solamente un valor, no puede ser aprehendida por la inteligencia, sino solamente intuida o captada por medio de la estimación subjetiva. El problema es que hablar de estimación es hablar de perspectiva y hablar de perspectivas es renunciar a la objetividad de las cosas para caer en un insalvable relativismo subjetivista.

Por otro lado, si concebimos a la justicia como ‘una idea’, como una especie de ‘idealidad trascendental’ del ser jurídico en el sentido platónico, la noción del derecho que nos formaremos será figurativa e idealizada y, por ende, abstraída de la realidad concreta del derecho, que es la que nos interesa

⁽⁵⁰⁾ Un recorrido sobre las ideas del derecho y la justicia a las que refiere el cuerpo del trabajo puede encontrarse en J.P. PAMPILLO, *Historia*, cit.

conocer. Si la idea trascendental de la justicia – que agota en sí misma todas las virtualidades del derecho – es un arquetipo abstracto, universal e inmutable (como sostuvo la escuela moderna del derecho natural), la concepción del derecho que se sigue es la propia de un racionalismo dogmático, axiomático y suprahistórico, que subordina todo el derecho positivo a una especie de ‘derecho natural idealizado’ al margen de toda experiencia práctica.

Finalmente, existe una larga tradición filosófica que ha concebido a la justicia como un ‘hábito’, esto es, como una ‘reiteración de conductas’ caracterizadas por la ‘identidad de su objeto’. Desde la antigüedad clásica, la ética concibió a la justicia como un hábito bueno, definiéndola como la ‘virtud de la acción justa’ o dirigida hacia lo justo. Ahora bien, por acción justa debe entenderse aquélla cuya calificación se sigue de su objeto, que no es otro sino el derecho en sentido objetivo – *ius, to diakion* – o ‘lo justo’ y que está ordenada, consecuentemente, a la satisfacción del derecho en su sentido subjetivo. Así concebida la justicia, como el hábito de las acciones justas, o como el hábito del derecho, nos lleva a formarnos una idea del propio derecho de naturaleza ‘substancial’, es decir, a reconocer que el derecho tiene una entidad propia, que a su vez, constituye algo valioso hasta el punto de considerarlo susceptible de ser el objeto mismo de un hábito virtuoso. El derecho como objeto de la acción justa, se configura precisamente como lo justo. El derecho así concebido, como objeto de la justicia, es un bien en sí mismo, valioso y sustantivo⁽⁵¹⁾.

Desde la concepción clásica de la justicia como virtud, se llega a una noción del derecho como algo primero, real, sustantivo, objetivo, concreto y mudable históricamente. Ciertamente, el derecho es primero, porque es la justicia la que lo sigue como noción segunda y dependiente, que consiste en un ‘estar en el derecho’ *ius-stare = iustitia*. Es real por cuanto que existe en el mundo de las cosas, aunque su contextura no sea substancial sino relacional. Es sustantivo, por cuanto que designa una realidad independiente, no subordinada a un valor, ni emuladora de una idea. Igualmente, es objetivo, por

⁽⁵¹⁾ En general pueden verse las exposiciones de J. HERVADA, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, cit. y M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, trad. Diorki revisada por J. Valdés y M. Valdés, Pamplona, Universidad de Navarra, S.A., 1979.

cuanto está en las cosas y sus relaciones constantes y constituye un objeto susceptible de ser conocido y separado del sujeto cognoscente. Finalmente, es mudable históricamente, por cuanto que la realidad relacional del derecho, varía en el tiempo.

Ahora bien, bosquejado el concepto de justicia y apenas insinuado el contorno externo de lo justo como su objeto, conviene profundizar ahora sobre la naturaleza de éste último. Conforme al pensamiento de Aristóteles, lo justo o *tò díkaion* es ante todo una ‘relación’, un ‘orden’ y, más específicamente, una ‘relación u orden conforme a una cierta medida’ (*mesón*). Más exactamente, lo justo es una ‘relación conforme a una medida de igualdad’ (*isón*), que aunque usualmente se constituya como una ‘igualdad aritmética’ (*synallágmata*), frecuentemente se nos presenta también como una medida de ‘igualdad geométrica’ (*analogón*) o proporcionalmente desigual. Es decir, que la medida de igualdad de lo justo varía según se regulen los ‘tratos y el intercambio entre iguales’, o la ‘repartición de bienes, funciones y cargas entre desiguales’⁽⁵²⁾. En los intercambios entre iguales, la medida de lo justo conmutativo se caracteriza por ser una medida estrictamente igualitaria, que puede configurarse como: *a*) una ‘igualdad de identidad’ (como cuando se devuelve la misma cosa dada en préstamo) o *b*) una ‘igualdad de equivalencia’ (como cuando se paga un determinado precio para comprar un objeto cualquiera) o *c*) una ‘igualdad resarcitoria’ (cuando se indemniza un daño). La otra medida de igualdad no estricta, la de lo justo distributivo, es una ‘medida de igualdad de proporción’, cuya atención recae especialmente sobre las personas, para exigir trato igual a los iguales y proporcionalmente desigual a los desiguales. De esta manera, trata diferenciadamente a las personas en razón de su diferente *condición* (como en las sociedades mixtas donde debe tratarse diferentemente al socio capitalista y al socio industrial), de su distinta *función* (como cuando atribuye mayores ganancias a quien corre mayores riesgos) y atendiendo

⁽⁵²⁾ Véase el Libro V de la *Ética* a Nicómaco. Se recomienda de manera especial la estupenda traducción filológica-jurídica debida a don Á. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Aristóteles (Ética). Textos y Estudios sobre Derecho Natural*, 2ª ed., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1985.

a *otros criterios* (como cuando, por ejemplo, para el establecimiento de una pensión alimenticia considera a la vez la necesidad del acreedor y a las posibilidades del deudor), procurando que cada cual sea tratado igualmente, en proporción a sus desigualdades respecto de los otros.

Así pues, lo justo es una medida – *mesón* – que se traduce en una relación de igualdad – *isón* – entre dos o más sujetos respecto de una o varias cosas, pudiendo dicha medida ser aritmética en relación con las cosas – *synallagmata* – o proporcional geométrica – *analogón* – en atención a las personas, por donde puede concluirse que el derecho es un orden o una relación conforme a una medida – real y personal – de igualdad proporcional o, en las palabras de Tomás de Aquino, una «cierta igualdad de proporción entre una cosa externa y una persona extraña»⁽⁵³⁾.

Pero el derecho como lo justo se caracteriza también porque la cosa atribuida es, correlativamente, debida en un sentido estricto. Y dicha obligatoriedad característica del derecho, que consiste en la necesidad del pago de lo debido, encuentra su fundamento correlativo en ‘el título’ conforme al cual el acreedor puede exigir el pago. De esta manera, el título, como fundamento del deber obligatorio, es la ‘fuente del deber’ de justicia o su razón suficiente. Ahora bien, el título en que el acreedor funda su derecho sólo puede provenir – por hipótesis – de dos fuentes distintas: ya sea por un lado de la ‘determinación convencional de lo útil’ (contrato, ley, costumbre, actos de *imperium*, etcétera), ya sea por el otro de la ‘naturaleza misma de las cosas’ (hecho, relación, situación, etcétera). En definitiva, la razón suficiente o título del derecho solo puede provenir de la voluntad o de la naturaleza, y puesto que la misma voluntad es solo fuente inmediata de derechos y obligaciones, por cuanto el mandato o la estipulación son conformes a la naturaleza, se impone como necesaria la investigación sobre la misma naturaleza, para comprender en profundidad la razón suficiente, tanto del derecho subjetivo del acreedor, cuanto del derecho objetivo o de lo justo.

De hecho, el gran problema del iusnaturalismo – y también del iuspositivismo – consiste en la determinación – afirmación o negación – y ubicación

⁽⁵³⁾ S. Th. II, IIae, 58, 10.

de la naturaleza de las cosas. La cuestión no es meramente hipotética, pues mientras que el racionalismo jurídico identificó la naturaleza de las cosas con la ‘naturaleza del hombre’ y específicamente con su libertad subjetiva, el pensamiento realista la encontró más bien en el ‘orden objetivo de las cosas’ (*ius naturale ex ipsa natura rei*). No obstante, el anterior dilema es meramente aparente, pues un intento comprensivo de superarlo observaría, evidentemente, que la ‘naturaleza de las cosas’ comprende también a la ‘naturaleza del hombre’ en tanto que realidad objetiva⁽⁵⁴⁾.

Actualmente, por naturaleza de las cosas puede entenderse al ‘conjunto de las exigencias que la propia constitución de la realidad nos impone’, siempre y cuando se recupere una noción completa de realidad, a la que nos referimos anteriormente. Pero además, en la medida en la que la naturaleza de las cosas comprenda a la naturaleza del hombre, debe abarcar también los ámbitos de su inteligencia, de su voluntad y de su libertad, aspectos que – según se apuntó anteriormente – nos remiten al campo de la ética que debe articular la naturaleza, la libertad y la historia – o, en la terminología tradicional, el objeto, la intención y las circunstancias de la acción –, lo que de acuerdo con el pensamiento greco-latino se hacía por medio de la prudencia. Así pues, el derecho como jurisprudencia supone un conocimiento prudencial – *syndéresis* o cultura más *circumspectio* o realidad – de la naturaleza de las cosas y del hombre para extraer de ellas sus conclusiones jurídicas.

De la anterior manera puede concluirse, que el derecho desde la experiencia de lo justo, se nos presenta como *un orden, o sea, como una relación conforme a una medida proporcional de igualdad entre una cosa externa y una persona extraña, caracterizada por una obligatoriedad necesaria fundada en la convención o en la naturaleza de las cosas y cuya determinación debe hacerse, caso por caso, a través de la prudencia jurídica*⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. J.M. TRIGEAUD, *Humanismo de la Libertad y Filosofía de la Justicia*, trad. M.L. Marin Castan, Madrid, Reus, 1991 y M. VILLEY, *La Naturaleza de las Cosas*, en C.I. MASSINI-CORREAS (comp.), *El Innaturalismo Actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. J.P. PAMPILLO, *Filosofía*, cit., cap. VI.

3.5. – *Fundamentos simbólicos.*

Cuando el hombre común se enfrenta al derecho, frecuentemente percibe y hasta resiente la presencia de las formalidades y los formalismos. Y es que el derecho es humanidad, es vida social y es orden; pero, indudablemente, también es forma.

La experiencia de las formas es especialmente significativa; quizás incluso, en nuestro tiempo, exageradamente. Actualmente, muchos pretenden definir al derecho desde una perspectiva meramente formal y, aún más restringidamente, desde una perspectiva normativa. Y más allá de que la formalidad y la normatividad son condiciones existenciales normales del derecho, su esencia no puede agotarse en la forma.

Siguiendo a Legaz y Lacambra y a Sánchez de la Torre, puede decirse que el derecho se nos presenta – al menos en parte – como una ‘forma de expresión simbólica’, mediante ‘signos’ que significan ciertas ‘realidades debidas’ (orden justo) y que designan ciertos ‘espacios de licitud’ (libertades distantes delimitadas)⁽⁵⁶⁾. Es decir, que el derecho es el símbolo de ciertas realidades sociales que son tipificadas, o bien como realidades debidas, o bien como realidades lícitas. En síntesis, que el derecho es, desde esta perspectiva, la ‘tipificación formal simbólica de la licitud y del deber’⁽⁵⁷⁾.

Pero la expresión jurídica no es cualquier expresión, sino precisamente, una ‘expresión garantizada’. En tanto que el derecho delimita libertades, ver-

⁽⁵⁶⁾ Cfr. N. BRIESKORN, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 135; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 276 ss.; Á. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Sociología del Derecho*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 96.

⁽⁵⁷⁾ Cabe destacar que las anteriores ideas tienen una profunda raigambre dentro de nuestra cultura jurídica, pues cuando Ulpiano se refería a la ciencia del derecho, le asignaba dos tareas fundamentales: una material o contenutística, consistente en la separación entre lo equitativo y lo inicuo – *aequum ab iniquo separantes* – y otra formal que suponía la distinción entre lo lícito y lo ilícito – *licitum ab illicito discernentes* – a partir de una tipología predeterminada. Es decir, que para los romanos, la ciencia del derecho tenía por objeto, de un lado, lo justo material en concreto (dimensión de la equidad), y del otro, la tipificación formal y ulterior subsunción típica (dimensión de la licitud) a partir de ciertas figuras o modelos formales instrumentales al servicio de lo justo. Cfr. J.P. PAMPILLO, *Historia*, cit., cap. V.

tebra la sociedad, soluciona imperativamente los conflictos, reparte bienes y establece medidas de igualdad obligatorias, la expresión jurídica no puede ser una expresión común, sino fidedigna y reforzada. El derecho necesita pues de ciertas seguridades que garanticen la exactitud de sus expresiones y dichas seguridades se encuentran en las ‘formas’, los ‘procedimientos’ las ‘sanciones’.

Por lo que respecta a la formas, éstas han sido siempre el cauce expresivo de todo derecho, desde los tiempos remotos en los que gozaban del prestigio de lo ritual, hasta nuestros días en que a pesar de la mayor racionalidad, espontaneidad y fluidez de las experiencias jurídicas, se sigue recurriendo a ellas como ‘garantía de integridad de los mensajes jurídicos’. Los procedimientos –como han puesto de relieve los cultores de las teorías de la argumentación y particularmente R. Alexy –, sirven para garantizar la ordenada ‘conducción de los procesos comunicativos’ que desembocan en una expresión jurídica; es decir, son una ‘racionalización metódica de los pasos’ que deben seguirse para ‘asegurar una respuesta formalmente aceptable’, que propicien que la sucesión de eventos comunicativos – mensajes emisivos (*outputs*), inmisivos (*inputs*) y de retorno (*feedback*) – que caracteriza a los procesos creativos del derecho, se desenvuelva con la garantía de que la expresión jurídica resultante de ellos, será el producto de un ‘diálogo encauzado’ conforme ciertas ‘exigencias racionales’. Finalmente las sanciones, como ‘solemnidades especialísimas’ que rodean ciertas expresiones jurídicas privilegiadas – leyes, escrituras, tratados, etc. –, constituyen como un ‘sello que preserva su inviolabilidad e intangibilidad’ contra cualquier alteración, precisamente mediante la apelación explícita a una ‘autoridad superior’.

Ahora bien, adicionalmente conviene destacar, que en nuestro tiempo, la crisis de la legislación ha dado lugar al resurgimiento de otras fuentes del derecho, dentro de las cuales conviene destacar a los principios jurídicos. En efecto, por su relativa ambigüedad, revisabilidad y flexibilidad, constituyen formas flexibles, dándoles un especial dinamismo en relación con sus respectivos contenidos materiales. De aquí que destacados juristas y iusfilósofos de nuestro tiempo – como R. Alexy, R. Dworkin, J. Esser, A. Sánchez de la Torre y R.L. Vigo, entre muchos otros – se haya ocupado del estudio de

los mismos, diferenciándolos de las normas y de las reglas cerradas, observando como las primeras son de aplicación estricta y los segundo requieren más bien de una aplicación ponderada (R. Alexy). Particularmente J. Esser ha destacado su privilegiada posición intermedia entre el descubrimiento de los problemas jurídicos y la reconducción sistémica de los mismos, poniendo de relieve su ubicación en una especie como ‘lugar de encuentro’ entre el ‘pensar abierto’ y el ‘pensar cerrado’, entre la ‘argumentación tópica’ y el ‘razonamiento sistemático’, además de constituir quizás el mejor puente entre las tradiciones del *civil law* y del *common law*, así como el posibilitar una nueva perspectiva superadora de la controversia entre iuspositivistas y iusnaturalistas⁽⁵⁸⁾.

En consideración de lo anteriormente expuesto, el derecho puede comprenderse desde la perspectiva formal como *la tipificación simbólica de la licitud y del deber con arreglo a lo justo, cuya fidelidad expresiva se encuentra garantizada por un abanico de formas cuya relación dialéctica con los contenidos jurídicos y diversa flexibilidad, varía según su diferente contextura*⁽⁵⁹⁾.

3.6. – *Fundamentos históricos.*

Visto el derecho desde las anteriores perspectivas – personal, social, ontológico-teleológica y formal –, conviene tener en cuenta que toda experiencia jurídica es un modo de vivir el derecho en la historia.

Efectivamente, por un lado, el derecho se encuentra inserto en la historia y, por el otro, ésta última resulta indudablemente fundamental para alcanzar un entendimiento crítico de lo jurídico.

Pero, además de poner de relieve que: *a)* la experiencia jurídica es una experiencia histórica, *b)* el derecho está inserto en la historia, y *c)* la historia del derecho es una disciplina fundamental para el entendimiento del derecho, hay que subrayar que la historia constituye también una perspectiva autén-

⁽⁵⁸⁾ Cfr. J. ESSER, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. E. Valentí Fiol. Barcelona, Bosch, 1961.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. J.P. PAMPILLO, *Filosofía*, cit., p. 113 ss.

ticamente filosófica, como han observado entre otros iusfilósofos, Miguel Reale y Enrique Pérez-Luño⁽⁶⁰⁾.

La consideración de problemas tales como el dinamismo del ser, su inserción en el tiempo y su devenir existencial, son de suyo tres razones de suficiente peso como para justificar la naturaleza filosófica de una perspectiva histórica. Pero además, la perspectiva histórica nos muestra como cada acontecimiento es, por definición, inédito e irrepetible y, como tal, único, por cuanto que su 'aquí y ahora' (*ubi et quando*) son, característicamente, comunicables. De aquí que la historia, como perspectiva filosófica, nos recuerde que el ser existe en una situación real y concreta que lo condiciona, siendo precisamente esta sana historicidad, el ángulo de cualquier ontología radicada en el ser que es (y que existe, y que es concreto) y no exclusivamente en el ser que es pensado (esencia abstraída de su concreción existencial).

La consideración histórica del derecho, de su dinamismo, temporalidad y devenir existencial, nos permiten entender que lo jurídico no es algo inmutable, pues cambia con el paso del tiempo. De hecho, la virtualidad filosófica de la perspectiva histórica respecto del derecho, radica en obligarnos a repensar ¿en qué medida el derecho es permanente y en qué medida el derecho es mudable?

Desde esta perspectiva histórica-filosófica, siempre y cuando se preven- gan los errores del historicismo existencialista (corriente filosófica que postula que el ser – y por ende el hombre y el derecho – se agota en su existencia variable, relativizando también los bienes éticos universales según las apreciaciones morales históricas), puede concluirse, en primer lugar, que el derecho está inserto en la historia y que se da, siempre, históricamente. Asimismo puede desprenderse que el hombre, protagonista, causa y fin de todo derecho, es un ser histórico, que aunque está atravesado por ciertas exigencias naturales permanentes, existencialmente realiza dichas exigencias naturales precisamente en la historia. En tercer lugar, el actuar humano, como

⁽⁶⁰⁾ Cfr. M. REALE, *Teoría Tridimensional del Derecho*, cit., p. 104; A.E. PEREZ LUÑO, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*, Sevilla, Mer- gablum, 1998. Véase también a G. ELLScheid, *El Problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática*, en *El Pensamiento Jurídico*, cit. p. 192.

actuar libre, se desarrolla dentro de circunstancias históricas infinitamente diversas. Así, el actuar humano, como actuar libre y responsable, implica la toma de decisiones prudentiales a partir de ciertos principios radicados en la naturaleza (*syndéresis*), pero también en atención a las circunstancias concretas e irrepetibles de la acción (circunspección). Por ello aunque se afirme que los primeros principios del actuar sean inmutables, al producirse su aplicación dentro de la infinita diversidad que ofrecen las circunstancias históricas, debe reconocerse también que sus formulaciones varían en el tiempo.

Así, el derecho, visto desde la perspectiva de su historicidad, se nos presenta en su dinamicidad temporal debatiéndose entre lo indisponible y lo mudable, entre lo típico adscrito a una cultura dada y lo común trascendente a ella, entre lo permanente de sus principios y la variedad de sus aplicaciones y formulaciones. De esta manera, desde esta perspectiva se puede conceptuar al derecho como *una realidad esencialmente histórica, arraigada en la misma historicidad humana, consistente en lo justo concreto determinado dialécticamente por la prudencia jurídica, cuya aplicación a una casi infinita variedad de circunstancias y diversa formulación cultural, es vertida en una pluralidad de formas históricamente mudables*⁽⁶¹⁾.

3.7. – El ‘teorema global del derecho’.

Analizado el derecho desde las anteriores perspectivas unilaterales, la teoría global del derecho se propuso elaborar una definición de lo jurídico que integre dialécticamente todas las anteriores conclusiones a través de una sola perspectiva global.

Conviene sin embargo anticipar, que al ser el derecho una realidad hasta cierto punto primaria, no puede definirse rigurosa y exclusivamente al modo escolástico – mediante su género próximo y diferencia específica (*per genus proximum et differentiam specificam*) – sino más bien de manera fundamentalmente descriptiva.

Conviene para definir globalmente al derecho, retomar los criterios que para las definiciones esenciales nos ofrece una larga tradición lógica. Di-

⁽⁶¹⁾ Cfr. J.P. PAMPILLO, *Filosofía*, cit., p. 123 ss.

chos criterios pueden resumirse en los siguientes: *a)* el atenernos a todas las cualidades esenciales del objeto a ser definido – incluyendo las condiciones normales de su realización existencial – y sólo a ellas, *b)* el buscar su adecuada ubicación a partir de su género, especie y propios, y *c)* el señalar puntualmente su cuádruple origen causal. Adicionalmente, también resulta útil que la definición propuesta recoja las cualidades comunes a todas las perspectivas unilaterales desarrolladas, poniendo especial cuidado en partir precisamente de aquélla perspectiva, que por su esencialidad, significatividad y definitividad, evidencie lo específico y propio de lo jurídico, esclareciendo correctamente el analogado principal del término derecho.

Hay que destacar como *cualidades esenciales* del derecho las siguientes: *a)* el ser una delimitación de la libertad humana para garantizar el respeto a la persona, *b)* el ser una realidad social estructural-funcional, relacional y polar y, *c)* el ser una medida proporcional de igualdad obligatoria entre cosas y personas descubierta o determinada por una prudencia especial. De igual manera, pueden identificarse como las *condiciones normales de su realización existencial*: *a)* el expresarse mediante tipificaciones formales de licitudes y deberes, *b)* el ordenar y desahogar la convivencia social de manera legítima, eficiente, coactiva y eficaz, y *c)* el adoptar diversas formulaciones culturales históricas. Por lo que respecta a las causas, pueden ubicarse: como su *causa material* a la relación social distante y polar, como su *causa eficiente* a la naturaleza humana y a la libertad personal, como su *causa formal* a la obligatoriedad fundada en la naturaleza o en la voluntad y como su *causa final* al mismo orden justo – al servicio del hombre – como igualdad entre cosas externas y personas extrañas. Además, parecen ser las *características comunes a todas las perspectivas unilaterales* la libertad, la relación, el orden y la obligatoriedad; teniendo en cuenta por añadidura que su *género* son las relaciones sociales humanas distantes y polares, que su *diferencia* es la inordinación igualitaria y obligatoria conforme a prudencia y que sus *propios* son la legitimidad, la eficiencia, la eficacia y la coacción, así como la tipificación de licitudes y deberes y su formulación cultural diversa. Por último, tomando como *perspectiva esencial* a la del orden justo, puede definirse al derecho, globalmente considerado como: *la realidad social que estructura y da cauce al conjunto de relaciones de convivencia distantes y polares,*

ordenándolas de manera legítima, eficiente y eficaz conforme a cierta medida proporcional de igualdad obligatoria determinada por la prudencia, que se expresa mediante licitudes y deberes tipificados a través diversas formulaciones culturales históricas.

Por último, tan solo conviene observar que la anterior definición esencial, en principio, debe ser contrastada con cada cultura jurídica, pues la realización del derecho en cada sociedad, en cada momento de la historia, da lugar a matizaciones existenciales que no pueden ser pasadas por alto⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ Ejemplificativamente y por lo que respecta a la tradición jurídica occidental, específicamente a la familia del *civil law*, dentro del libro *Historia General del Derecho*, se intentó una reflexión fenomenológica-existencial, que a partir de la ubicación de las claves de nuestra cultura jurídica (polivalencia de su sustrato clásico greco-latino, heterogeneidad de su conformación medieval a partir de los elementos germánicos y canónicos, paradójico desarrollo en la modernidad y actualidad con especial énfasis en el fenómeno de la globalización y de la integración jurídica europea) permitió definir al derecho occidental en los siguientes términos: «el ordenamiento jurídico producto de la cultura europea, que se ha conformado a partir del aprovechamiento de la tradición romanista, mediante el empleo de una enorme diversidad de métodos hermenéutico-interpretativos, que lo convierten en un ordenamiento tradicional-actualizable-proyectivo, cuya actual crisis, consecuencia de los excesos del racionalismo y del voluntarismo de la modernidad, están siendo superados en clave global por la conformación de un nuevo mos europaeus» (J.P. PAMPILLO, *Historia*, cit., p. 414).

MARIALUISA NAVARRA (*)

TESSERE PER CONDANNA: DONNE AI LAVORI FORZATI

ABSTRACT: The essay analyses the legal *status* of female workers in the *gynaecea*. The situations investigated concern high-ranking women (*honestiores*), which are forced to work in the imperial *gynaeceum* as a result of a criminal conviction. It doesn't deal with a punishment reserved to the women, although the working in textile is usually considered female.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Lo *status* giuridico delle addette ai *gynaecea*: schiave e libere. – 3. *Damnatae*: le attestazioni delle fonti. – 4. Conclusioni.

1. — *Premessa.*

La filatura e la tessitura erano considerate nell'antichità, anche quella romana, attività tipicamente femminili⁽¹⁾. A esse attendevano nella *domus* libere e schiave. Nelle famiglie più agiate, in specie aristocratiche, la *domina* sovente non vi si dedicava direttamente, ma si limitava a supervisionare l'operato delle *servae* alle quali lasciava il disbrigo di tali incombenze⁽²⁾. Se ancora in età imperiale il *lanificium* restava esercizio di virtù conforme al modello ideale

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

(1) Sulla diffusione di tale modello nelle società antiche, v. E.W. BARBER, *Women's work. The first 20.000 years. Women, Cloth, and Society in Early Times*, New York-London, 1994, *passim*. La filatura a Roma era reputata occupazione propriamente da donna ancor più della tessitura cosicché può affermarsi che «spinning was the female work *par preference*»: cfr. L. LARSSON LOVÉN, *Lanam fecit. Woolworking and female Virtue*, in *Aspects of Women in Antiquity. Proceedings of the first Nordic Symposium on women's lives in Antiquity* (eds. L. Larsson Lovén, A. Strömberg), Jonsered, 1998, p. 92 s.

(2) L'adibizione dell'elemento servile alle attività tessili (schiave *lanificae*) è variamente attestato nelle fonti, anche nel Digesto. Cfr., ad es., D. 24.1.31.1: *Si uxor lana sua, operis ancillarum viri, vestimenta sui nomine confecit muliebria, et vestimenta mulieris esse et pro operis ancillarum viro praestare nihil debere*; D. 33.7.12.5: [...] *lanificas quae familiam rusticam vestiunt* [...]; D. 33.7.16.2: [...] *consultus de mulieribus lanificis an instrumento continerentur* [...].

della matrona romana⁽³⁾, esaltato in epoca augustea⁽⁴⁾, tuttavia esso venne progressivamente trascurato soprattutto dalle nobildonne⁽⁵⁾. Non c'è dubbio, comunque, che a Roma nella casa la produzione tessile per l'autoconsumo familiare fosse dominata dalle donne.

Anche al di fuori dell'economia domestica, ovvero nei laboratori artigianali, si incontravano donne impegnate nello svolgimento delle attività di filatura e tessitura: mogli, figlie, schiave del piccolo imprenditore⁽⁶⁾, ma pure libere di modeste condizioni che locavano le proprie *operae* in *textrina* privati⁽⁷⁾. Né era-

⁽³⁾ A tale proposito v., nell'ampia letteratura, oltre allo studio della Larsson Lovén sopra citato in nt. 1, J.-M. CARRIÉ, *Vitalité de l'industrie textile à la fin de l'Antiquité: considérations économiques et technologiques*, in *An. Tard.*, 12, 2004, p. 24. Diverse iscrizioni ricordano nobili matrone impegnate nella filatura e nella tessitura: cfr. CIL. I.1007; I/2.1211=VI.15346=ILS 8403 (celebre elogio funebre di una Claudia, morta nel II sec. a.C., che si chiude con le parole «lanam fecit, domum servavit», su cui v., per tutti, E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma, 1981, p. 154 [= Milano, 2017, 8ª ed., p. 198 s.]; P. GIUNTI, *Il ruolo sociale della donna romana di età imperiale: tra discriminazione e riconoscimento*, in *Index*, 40, 2012, p. 347); VI.1527; VI.11602. Il collegamento ideologico di tali occupazioni alla sfera femminile trova conferma nelle rappresentazioni letterarie, epigrafiche e iconografiche: cfr., in proposito, L. LARSSON LOVÉN, *Female Work and Identity in Roman Textile Production and Trade: A Methodological Discussion*, in *Making Textile in Pre-Roman and Roman Times. People, Places, Identities* (ed. by M. Gleba, J. Pászótkai-Szeőke), Oxford, 2013, p. 109 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. le notizie, relative alla famiglia dello stesso Augusto, riportate in SUET., *Aug.* 64.2: *Filium et neptes ita instituit, ut etiam lanificio assuesceret*; 73: *Veste non temere alia quam domestica usus est ab sorore et uxore et filia neptibusque confecta*. Augusto, dunque, tentò di far rivivere «the good old days» (cfr. A.H.M. JONES, *The Cloth Industry under the Roman Empire*, in *The Economic History Review*, 13/2, 1960, p. 184), ma senza successo: una “mission impossibile”, come l'ha efficacemente definita L. LARSSON LOVÉN, *Lanam fecit*, cit., p. 90.

⁽⁵⁾ Cfr., per l'età giulio-claudia, SEN., *Contr.* 2.7.9: [...] *infelices ancillarum greges, ut adultera tenui veste perspiciat sit* [...]; per il tempo di Nerone, COL., *De re rust.*, 12 praef. 9: *Nunc vero, cum pleraeque sic luxu et inertia diffiunt, ut ne lanificii quidem curam suscipere dignentur, sed domi confectae vestes fastidio sint*.

⁽⁶⁾ Sul ruolo della famiglia nella produzione artigianale documentato nei papiri, v., E. WIPSYCYKA, *L'industrie textile dans l'Égypte romaine*, Wrocław-Warszawa-Kraków, 1965, p. 64 s.

⁽⁷⁾ Cfr. IUVEN., 8.43: *Non quae ventoso conducta sub aggerē textit*.

Sui luoghi deputati alla filatura e alla tessitura, v., H. DI GIUSEPPE, *Lanifici e strumenti della produzione nell'Italia centro-meridionale*, in *La lana nella Cisalpina romana. Economia e società. Studi in onore di Stefania Pesavento Mattioli. Atti del Convegno (Padova-Verona, 18-20 maggio 2011)*, a cura di M.S. Busani, P. Basso, con la collaborazione di A.R. Tricomi, Padova, 2012, p. 479 ss.

no rare donne imprenditrici che dirigevano e organizzavano il personale alle proprie dipendenze⁽⁸⁾.

Pur senza volere esaltare tali fenomeni, la sottovalutazione del ruolo delle donne nell'industria tessile, operata da Jones⁽⁹⁾, appare eccessiva e non rispondente alle molteplici specializzazioni in cui risulta documentato il lavoro femminile che fanno presumere una loro presenza diffusa in vari momenti produttivi, dalla filatura alla confezione di abiti⁽¹⁰⁾, anche

⁽⁸⁾ In proposito, v., E. WIPSZYCKA, *L'industrie textile*, cit., p. 136, ove fonti papirologiche; D. GOUREVITCH, M.T. RAEPSAET-CHARLIER, *La donna nella Roma antica*, Firenze-Milano, 2003 (tr. it. di *La femme dans la Rome antique*, Paris, 2001), p. 164 s. Esempi di laboratori diretti, nel V sec., dalla *domina* di una grande casa signorile (*villa, burgus*) e nei quali lavorava una manodopera numerosa, in SID. AP., *car.* 15 e 22, su cui v., K. HOLLAND HELLER, R. REBUFFAT, *De Sidoine Apollinaire à l'Odyssee: les ouvriers du manoir*, in *MEFRA*, 99, 1987, p. 339 ss., ove ulteriori fonti letterarie per l'età tardo repubblicana e imperiale. Casi di donne imprenditrici non sono rari anche in altri settori. Si veda, ad esempio, la vicenda che ha come protagonista certa Moschide (D. 49.14.47 pr.) appaltatrice della riscossione delle tasse, «importante per la sua natura tra pubblico e privato», su cui, v., L. PEPPE, *Civis Romana. Forme giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica*, Lecce, 2016, p. 313 s., nt. 789, p. 413 ss., il quale (p. 230 s.) si occupa anche del caso di Eumachia, patrona della corporazione dei *fullones* [cfr., in proposito, J.P. MOREL, *L'artigiano*, in *L'uomo romano* (a cura di A. Giardina), Roma-Bari, 1993, p. 246 s.; da ultimo, R. CIARDIELLO, *Donne imprenditrici a Pompei: Eumachia e Giulia Felice*, in *The Material Sides of Marriage. Women and domestic Economy in Antiquity* (ed. R. Berg), Roma, 2016, p. 223 ss.]. Le iscrizioni sui bolli laterizi rivelano che anche in tale settore produttivo una buona percentuale di imprese erano gestite da donne (cfr. A. BALIELO, *Il lavoro delle donne nella produzione laterizia: tracce dal silenzio*, in *Made in Roma and Aquileia. Marchi di produzione e di possesso nella società antica*, Roma, 2017, p. 34 s.). Sull'esercizio dell'impresa da parte di donne, oltre a J.F. GARDNER, *Women in Business Life: Some Evidence from Puteoli*, in *Female networks and the Public Sphere in Roman society* (eds. P. Setälä, L. Savunen), Roma, 1999, p. 11 ss., cfr., nella copiosa letteratura recente, i diversi contributi apparsi in *Donna e lavoro nella documentazione epigrafica. Atti del I Seminario sulla condizione femminile nella documentazione epigrafica*. Bologna, 21 novembre 2002, Faenza, 2003; F. CENERINI, *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna, 2013, p. 167 ss., in part. p. 173 ss. per l'imprenditoria tessile; T.J. CALPINO, *Women, Work and Leadership in Acts*, Tübingen, 2014, p. 123 ss., in part. p. 129 ss. per la produzione e il commercio della porpora.

⁽⁹⁾ Cfr. A.H.M. JONES, *The Cloth Industry*, cit., p. 184, al cui proposito v. le osservazioni di L. LARSSON LOVÉN, *Female Work*, cit., p. 111.

⁽¹⁰⁾ Sulle occupazioni muliebri nel settore tessile, cfr. S. TREGGIARI, *Jobs for women*, in *AJAH*, 1, 1976, pp. 84 ss.; EAD., *Lower class women in the Roman Economy*, in *Florilegium*, 1,

se, il più delle volte, come è stato efficacemente affermato, «condannate all'oscurità»⁽¹¹⁾.

Tuttavia, a mano a mano che il lavoro si professionalizzava, la tessitura – più che la filatura, che tendenzialmente rimase prerogativa delle donne⁽¹²⁾ – veniva praticata anche da uomini⁽¹³⁾ e forse non di rado nelle officine private l'ambiente lavorativo era condiviso da femmine e maschi⁽¹⁴⁾.

In età tardoantica, poi, era larghissimo l'impiego della manodopera femminile negli opifici imperiali specializzati nella produzione di manufatti tessili, in particolare di lana (*gynaecea*)⁽¹⁵⁾, probabilmente istituiti dall'imperatore

1979, p. 67 ss. Per le attestazioni nelle fonti epigrafiche e iconografiche, v., L. LARSSON LOVÉN, *Female Work*, cit., p. 111 ss., la quale restringe i lavori esclusivamente femminili alla sola filatura della lana.

⁽¹¹⁾ Cfr. J.P. MOREL, *L'artigiano*, cit., p. 245, il quale ipotizza una realtà (quella dell'artigianato femminile in genere) «probabilmente assai più rilevante di quanto ci condurrebbero a pensare le nostre fonti» (p. 245).

⁽¹²⁾ V. sopra, nt. 1.

⁽¹³⁾ Cfr. K. HARPER, *Slavery in the Late Roman World AD 275-425*, Cambridge, 2011, 130, con un'utile tavola riassuntiva del processo di produzione da cui si può ricavare che nella filatura era impiegata manodopera femminile, nella tessitura sia femminile sia maschile, mentre nelle operazioni di finissaggio, che ricomprendevano la follatura e il candeggio dei tessuti, quella maschile.

⁽¹⁴⁾ Se ne hanno, per esempio, prove archeologiche: celebre è il graffito rinvenuto a Pompei nella casa di *M. Terentius Endoxus* (casa VI.13) che riporta i nomi di operai, uomini e donne, adibiti alla filatura e alla tessitura della lana.

⁽¹⁵⁾ Il termine *gynaeceum* dal IV sec. d.C. è sinonimo di *textrinum* imperiale (cfr. *Thesaurus Linguae Latinae*, VI.2, s.v. «*gynaeceum*», col. 2382). Indica specificamente la manifattura destinata alla produzione di tessuti e abiti di lana, ma anche la fabbrica in cui veniva lavorata la seta (cfr. CTh. 10.21.1=CI. 11.9.1, a. 369). La *Notitia Dignitatum* tiene distinti dai *gynaecea* i *linyphia*, ove erano prodotti tessuti e vesti di lino, nonché i *baphia* (cioè le tintorie). Sul significato del vocabolo, cfr. J.P. WILD, *The Gynaeceum at Venta and its Context*, in *Latomus*, 26, 1967, p. 649 s.; R. DELMAIRE, *Largesses sacrées et res privata. L'aerarium impérial et son administration du IV^e au VI^e siècle*, Roma, 1989, p. 444, il quale rileva come la terminologia relativa agli opifici tessili imperiali non sia utilizzata in maniera rigorosa; L. JONES HALL, *Roman Berytus. Beirut in Late Antiquity*, London, 2004, p. 223 s. Per l'uso medievale, v., C. DU CANGE, s.v. «*Gynaeceum*», in *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*, IV, col. 144 c, Paris, 1885 (rist. Graz, 1954); H. LECLERCQ, s.v. «*Gynécées*», in *Dictionnaire d'archéologie chrétienne et de liturgie*, pub. par F. CABROL-H. LECLERCQ, VI.2, Paris, 1925, 1925 ss., che segnalano la tarda degenerazione in

Diocleziano⁽¹⁶⁾ al fine di provvedere alla fornitura di capi di abbigliamento per soldati, impiegati e membri della corte imperiale.

In effetti, la denominazione stessa di tali strutture produttive già di per sé è indizio della presenza al loro interno di lavoratrici⁽¹⁷⁾ che, per dottrina dominante, costituivano, almeno in origine, se non l'unica forza lavoro certamente quella prevalente⁽¹⁸⁾. In quale proporzione in progresso di tempo il personale femminile fosse realmente impiegato nelle fabbriche tessili imperiali non è dato sapere. È comunque certo che, come nei *textrina* privati, vi operavano anche uomini. D'altronde, nelle fonti il termine con il quale è definito chi presta lavoro nei ginecei è sempre utilizzato al maschile: si parla cioè di *gynaecearii*, mai di *gynaeceariae*.

luoghi di prostituzione. Sulla persistenza di «women's workshops», che conservano il nome di *gynaecea*, e sul mutamento del ruolo del lavoro femminile nella produzione dei tessuti in età medievale, v., con diversi punti di vista, D. HERLIHY, *Opera Muliebria. Women and Work in Medieval Europe*, New York, 1990, p. 20 e 78 ss.; C. HOFFMAN BERMAN, *Women's Work in Family, Village, and Town after 1000 CE: Contributions to Economic Growth?*, in *Journal of Women's History*, 19.3, 2007, p. 15 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A.H.M. JONES, *The Cloth Industry*, cit., p. 187; J.P. WILD, *The gynaeceum*, cit., p. 651; ID., *The gynaecea*, in *Aspect of the Notitia Dignitatibus* (eds. R. Goodburn, P. Bartholomen), Oxford, 1976, p. 54.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ISID., *Etym.* 15.6.3: *Gynaeceum Graece dictum eo quod ibi conventus feminarum ad opus lanificii exercendum conveniat. Mulier enim Graece γυνή nuncupatur.*

⁽¹⁸⁾ Cfr. J.P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains depuis les origines jusqu'à la chute de l'Empire d'Occident*, II, Louvain, 1895 (ripr. facs. Roma, 1968), p. 232; R. CAGNAT, s.v. «Gynaeceum», in *DS*, II.2, Paris, 1896 (ripr. facs. Graz, 1969), p. 1712; V. CHAPOT, s.v. «Textrinum», in *DS*, V, Paris, 1919, (ripr. facs. Graz, 1969), p. 175; A. D'ORS, *P. Ryl. 654 y el «anabolicum»*, in *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze, 1956, p. 266; N. CHARBONNEL, *La condition des ouvriers dans les ateliers impériaux aux IV^e et V^e siècles*, in F. BURDEAU, N. CHARBONNEL, M. HUMBERT, *Aspects de l'Empire romain*, Paris, 1964, p. 66; J.P. WILD, *The gynaecea*, cit., p. 51; J.L. MURGA GENER, *Los corporati obnoxii*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, p. 550; G.L. FALCHI, *La legislazione imperiale circa i matrimoni misti fra cristiani ed ebrei nel IV secolo*, in *AARC*, 7, Napoli, 1988, p. 209 s.; A. DEMANDT, *Die Spätantike. Römische Geschichte von Diocletian bis Justinian 284-565 n.Chr.*, München, 1989, cit., p. 341; F. MORELLI, *Tessuti e indumenti nel contesto economico tardoantico: i prezzi*, in *Ant. Tard*, 12, 2004, p. 74; E. QUINTANA ORIVE, *CTh. 10.20: acerca del régimen jurídico de los gynaecearii, murileguli, monetarii y bastagarii en época postclásica*, in *RIDA*, 53, 2006, p. 336.

2. — *Lo status giuridico delle addette ai gynaecea: schiave e libere.*

Lo *status* della manodopera femminile al lavoro nei *gynaecea* era disomogeneo⁽¹⁹⁾: si trattava cioè sia di schiave sia di donne libere, in effetti semilibere, di bassa condizione sociale.

Erano, con tutta probabilità, di condizione servile le «*mulieres in gynaeceo nostro*» di cui si occupa una costituzione imperiale del 339 d.C., CTh. 16.8.6⁽²⁰⁾, forse da attribuire a Costanzo II⁽²¹⁾.

La *lex* dispone che gli ebrei restituiscano al gineceo imperiale le addette al servizio con le quali avevano instaurato una relazione stabile la cui natura giuridica è poco chiara, ma che evidentemente ne aveva determinato l'allontanamento dal luogo di lavoro. A fini deterrenti è inoltre minacciata la pena di morte per gli *Iudaei* che, in futuro, si uniscano a *mulieres* – s'intende operaie del gineceo – di religione cristiana. Alla base della disposizione c'è un palese antisemitismo che si combina con l'esigenza di tutelare le ma-

⁽¹⁹⁾ Della questione dello *status* dei lavoratori dei *gynaecea* mi occuperò in termini complessivi, tenendo conto anche della manodopera maschile, in un studio di prossima pubblicazione nel XXIII volume di Atti dell'Accademia Costantiniana, con il titolo "Gynaeciarii. A proposito della condizione giuridica della manodopera delle manifatture tessili imperiali".

⁽²⁰⁾ CTh. 16.8.6. Imp. Constantius A. ad Evagrium. *Post alia: Quod ad mulieres pertinet, quas Iudaei in turpitudinis suae duxere consortium in gynaeceo nostro ante versatas, placet easdem restitui gynaeceo idque in reliquum observari, ne Christianas mulieres suis iungant flagitiis vel, si hoc fecerint, capitali periculo subiungentur.* Dat. id. aug. Constantio A. II cons.

⁽²¹⁾ La datazione e l'attribuzione di CTh. 16.8.6 sono assai discusse. Sul problema v., tra altri, G. DE BONFILS, *Legislazione ed ebrei nel IV secolo. Il divieto di matrimoni misti*, in *BIDR*, 90, 1987, pp. 389 ss. e 400, che l'imputa a Costanzo II (posizione ribadita anche in studi successivi tra cui *Roma e gli ebrei (sec. I-V)*, Bari, 2002, pp. 111 ss. e 142 ss.). Così anche M. BIANCHINI, *I matrimoni misti nel pensiero cristiano e nella legislazione imperiale fra IV e V secolo*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-München, 1999, p. 141 (ora in *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino 2008, p. 383, da cui le successive citazioni) che nel precedente *Disparità di culto e matrimonio: orientamenti del pensiero cristiano e della legislazione imperiale nel IV secolo d.C.*, in *Serta Historica Antiqua*, I, 1986, p. 242 (ora in *Temi*, cit., p. 374), aveva invece collocato la *lex* al 329 attribuendone la paternità a Costantino come poi R. DELMAIRE in *Les lois religieuses des empereurs romains de Constantin à Théodose II (312-438)*, I, *Code Théodosien. Livre XVI* (Texte latin par Th. Mommsen, traduction par J. Rougé, introduction et notes par R. Delmaire avec la collaboration de Fr. Richard), Paris, 2005, p. 376 ss.

nifatture tessili imperiali impedendo la diminuzione della manodopera, in questo caso femminile⁽²²⁾. La dottrina tradizionale sostiene che CTh. 16.8.6 proibiva matrimoni misti: è, dunque, implicito che le *mulieres* interessate dal provvedimento fossero di condizione libera⁽²³⁾. Tra coloro che, al contrario, escludono che l'unione vietata avesse carattere matrimoniale, una parte ritiene che le donne fossero sia *ingenuae* vincolate al mestiere sia di *status* servile⁽²⁴⁾; altra parte le considera certamente schiave⁽²⁵⁾. A mio avviso, un

⁽²²⁾ A motivi economici che si coniugano all'antiebraismo di Costanzo II, pensa G. DE BONFILS, *Roma e gli ebrei*, cit., p. 111 ss. Lo studioso (come già prospettato da M. AVI-YONAH, *Geschichte der Juden im Zeitalter des Talmud in den Tagen von Rom und Byzanz*, II, Berlin, 1962, p. 178 s.) vede nel provvedimento anche il tentativo di impedire agli ebrei, per i quali la tessitura era un'importante attività economica, di fare concorrenza all'industria statale appropriandosi di tecniche di lavorazione possedute dalle operaie del *gynaecium* (p. 113). L'ipotesi, che è stata definita «molto suggestiva ma poco probabile» da M. BIANCHINI, *I matrimoni*, cit., p. 383, non è sufficientemente provata. Insistono sul fine di arginare il proselitismo ebraico, J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire romain (IV^e-V^e siècles)*, Paris, 1958, p. 629; K.-L. NOETHLICH, *Die gesetzgeberischen Massnahmen der christlichen kaiser des vierten Jahrhunderts gegen Häretiker, Heiden und Juden*, Köln, 1971, p. 48 ss.; B.S. BACHRACH, *The Jewish Community of the Later Roman Empire as Seen in the Codex Theodosianus*, in «To see ourselves as other see us». *Christians, Jews, «others» in Late Antiquity* (eds. J. Neusner, E.S. Frerichs), Chico, 1985, p. 408 ss. Similmente, G.L. FALCHI, *La legislazione*, cit., p. 204 ss., che pone l'accento sulla tutela della libertà di coscienza delle operaie appartenenti agli stabilimenti imperiali (p. 211); F. GRELE, *Patroni ebrei in città tardoantiche*, in *Diritto e società nel mondo romano* (a cura di L. Fanizza), Roma, 2005, p. 397 s. Il fenomeno della fuga degli addetti ai *gynaecia* imperiali (maschi e femmine) è ripetutamente contrastato dalla legislazione imperiale: cfr. CTh. 10.20.2 (a. 357/8); 6 (a. 372); 7 (a. 372); 8 (a. 374); 9 (a. 380).

⁽²³⁾ Così già GOTHOFREDUS, *ad h.l.* Tra gli studiosi moderni cfr. J. GAUDEMET, *L'Eglise*, cit., p. 526, 629 e nt. 7; O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, p. 212; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München, 1975, 2^a ed., p. 168 e nt. 55; É. MAGNOU-NORTIER, *Le Code Théodosien, livre XVI et sa réception au Moyen Âge*, Paris, 2002, p. 330 s. e nt. 20; F. GRELE, *Patroni*, cit., p. 397 s.; F. LUCREZI, *La legislazione de Iudaeis di Teodosio I*, in *Koinonia*, 34, 2010, p. 72.

⁽²⁴⁾ G.L. FALCHI, *La legislazione*, cit., p. 210; ID., *L'influenza della Patristica sulla politica legislativa de nuptiis degli imperatori romani dei secoli IV e V*, in *Augustinianum*, 50.2, 2010, p. 384 ss. Ipotizza che molte delle lavoranti dei *gynaecia* fossero schiave anche M. BIANCHINI, *I matrimoni*, cit., p. 383.

⁽²⁵⁾ Cfr. A. LINDER, *The Jews in Roman Imperial Legislation*, Detroit, 1987, p. 149 s., nt. 8; M.V. ESCRIBANO PAÑO, *Cristianos y Judíos: separados por la ley (CTh. 3.7.2=9.7.5)*, in *Páginas. Revista Digital de la Escuela de Historia*, 1, Rosario, 2008, p. 39.

insieme di elementi porta a preferire quest'ultima interpretazione. Se si legge la costituzione nella sua interezza, ovvero quale risulta dalla congiunzione di CTh. 16.9.2⁽²⁶⁾ con CTh. 16.8.6, appare verosimile che il testo avesse posto per gli ebrei due distinti divieti: il primo, attestato in CTh. 16.9.2, relativo al commercio di schiavi *alterius sectae seu nationis* sanzionato più severamente nel caso di schiavi cristiani⁽²⁷⁾; il secondo, documentato in CTh. 16.8.6, attinente alle unioni con schiave addette al gineceo imperiale, punite con la pena di morte se consumate con cristiane. Inoltre, la relazione tra *Iudaei* e *mulieres* dell'opificio imperiale viene qualificata come *consortium*⁽²⁸⁾: termine che è indice di una mancanza di *conubium* coerente con lo *status* di schiave delle donne in questione⁽²⁹⁾. Infine, di non minore importanza appare la collocazione sistematica di CTh. 16.8.6. Se non è stata inserita dai compilatori nel titolo «*De nuptiis*» (CTh. 3.7), come invece la costituzione con la quale Teodosio I nel 388 introduce il divieto di matrimonio tra ebrei e cristiani⁽³⁰⁾, è per la sua

⁽²⁶⁾ CTh.16.9.2 (339 aug. 13): Imp. Constantius A. ad Evagrium. *Si aliquis Iudaeorum mancipium sectae alterius seu nationis crediderit comparandum, mancipium fisco protinus vindicetur: si vero emptum circumciderit, non solum mancipii damno multetur, verum etiam capitali sententia puniatur. Quod si venerandae fidei conscia mancipia Iudaeis mercari non dubitet, omnia, quae apud eum repperiuntur, protinus auferantur nec interponatur quicquam morae, quin eorum hominum qui christiani sunt possessione careat.* et cetera. Dat. id. aug. Constantio A. II et Constante A. cons.

Sul testo v., per tutti, F. LUCREZI, *CTh. 16.9.2: diritto romano-cristiano e antisemitismo*, in *Labeo*, 40, 1994, p. 220 ss. (= *Ebrei e schiavi*, in *Messianesimo regalità impero. Idee religiose e idea imperiale nel mondo romano*, Firenze, 1996, p. 125 ss.), il quale vi è tornato in *La legislazione*, cit., p. 71.

⁽²⁷⁾ Se lo schiavo acquistato è di altra *secta* o *natio* esso è devoluto al fisco, ma se è cristiano l'illecito è più grave ed è sanzionato con la confisca di tutti i beni dell'ebreo acquirente.

⁽²⁸⁾ Sull'uso di *consortium* nel Codice Teodosiano, cfr. G. DE BONFILS, *Legislazione ed ebrei*, cit., p. 407 ss., il quale ne rileva la polisemia: da sinonimo di «*coetus, congregatio, nexus, societas* e molto spesso *collegium*» al significato, più raro, di «*coniugium*» non attestato per l'età della dinastia costantiniana. L'a. registra altresì che nei testi raccolti nel Codice Giustiniano il termine non ricorre mai nell'accezione di *matrimonium*, ma sta a indicare un'unione illecita. Di questo particolare uso CTh. 16.8.6 sarebbe il primo esempio: significato accolto da M. BIANCHINI, *I matrimoni*, cit., p. 382 s., in combinazione con quello di «comunità (ebraica)».

⁽²⁹⁾ Così, M.V. ESCRIBANO PAÑO, *Cristianos y Judíos*, cit., p. 40.

⁽³⁰⁾ CTh. 3.7.2 (388 mart. 14): Imppp. Valentin., Theodos. et Arcad. AAA. Cynegio pf. p. *Ne quis christianam mulierem in matrimonium iudaeus accipiat, neque iudaeae christianus coniugium*

non inerenza alla materia ivi trattata: con donne di condizione servile, quali dovevano essere le lavoratrici *in gynaeceo* nel caso di specie, non possono, infatti, aversi *nuptiae*.

Delle operaie libere, invece, non si hanno esplicite tracce nelle fonti, ma è verosimile che facessero parte del *corpus gynaeceariorum*⁽³¹⁾. Se ne può trarre conferma da una costituzione imperiale del 365 d.C.⁽³²⁾ in forza della quale le *ingenuae* che si univano stabilmente a un *gynaecearius* avrebbero condiviso con i propri *mariti*⁽³³⁾ la vile *condicio* di persone addette alle tessiture imperiali tra le quali c'erano non soltanto schiavi ma anche liberi vincolati al *corpus* afferente alla fabbrica imperiale⁽³⁴⁾. Si tratta di un vincolo personale che, almeno dai primi decenni del V secolo, risulta tendenzialmente

sortiatur. Nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit, libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata. Dat. prid. id. mart. Thessalonica, Theodos. A. II. et Cynegio v. c. coss.

⁽³¹⁾ In generale, sulla presenza delle donne nei collegi professionali, v., J.P. WALTZING, *Étude*, cit., p. 360; F.M. DE ROBERTIS, *La organizzazione e la tecnica produttiva. Le forze lavoro e i salari nel mondo romano*, Napoli, 1946, p. 160. Specificamente per quanto riguarda le lavoranti dei *gynaecea*, v., G. DE BONFILS, *Roma e gli ebrei*, cit., p. 112.

⁽³²⁾ CTh. 10.20.3 (365 iun. 28) Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Germanum consularem. *Ingenuae mulieres, quae se gynaeceariis sociaverint, si conventae denuntiatione sollemni splendorem generis contuberniorum vilitati praefere noluerint, suorum maritorum condicione teneantur. Dat. IIII kal. iul. Mediolano Valentiniano et Valente AA. cons.*

⁽³³⁾ Il termine è usato impropriamente: cfr. P. VOGLI, *Nuovi studi sulla legislazione romana del tardo impero*, Padova, 1989, p. 258.

⁽³⁴⁾ Secondo J.L. MURGA GENER, *Una nuova versione del contubernio Claudiano en el Codex Teodosiano*, in *RIDA*, 28, 1981, p. 164 s., si tratta di un'applicazione estensiva del *SC. Claudianum* (52 d.C.), relativo al concubinato di donne libere con schiavi altrui, all'unione di *ingenuae* con liberi *corporati*. A proposito dell'estensione in età tardo antica del senatoconsulto al *contubernium* di donne libere con esercenti «mestieri obbligati», v., P. VOGLI, *Nuovi studi*, cit., p. 253 ss. (con esame di CTh. 10.20.3 a p. 258 s.). Secondo altra opinione CTh. 10.20.3 si riferirebbe a unioni di donne libere con schiavi-*gynaecearii* e avrebbe reintrodotta, in tale fattispecie, la sanzione del *SC. Claudianum* abolita da Costantino, nel 320 d.C., con CTh. 4.12.3, per le *ingenuae* che convivevano con *servi fiscales*. In questo senso, v., A.J.B. SIRKS, *Did the Late Roman Government Try to Tie People to Their Profession or Status?*, in *Tyche. Beiträge zur Alten Geschichte Papyrologie und Epigraphik*, 8, 1993, p. 172; ID., *Ad Senatus consultum Claudianum*, in *ZSS*, 111, 1994, p. 436 s., seguito da K. HARPER, *The SC Claudianum in the Codex Theodosianus: Social History and Legal Texts*, in *The Classical Quarterly*, 60, 2010, p. 636.

perpetuo ed ereditario: un legame per nascita (*nexu sanguinis*) dal quale chi appartiene al *corpus* alle dipendenze delle *sacrae largitiones* non può sciogliersi facilmente e che, qualora riesca a liberarsene in forza di un *beneficium* imperiale, permane su beni e prole (figli e figlie). Così dispone CTh. 10.20.16 al fine di preservare la numerosità degli addetti a un servizio di vitale importanza per l'impero⁽³⁵⁾.

3. — *Damnatae: le attestazioni delle fonti.*

La presenza femminile nei ginecei era costituita non soltanto da libere vincolate al mestiere e da schiave, ma pure da condannate per le quali la fabbrica fungeva da stabilimento penitenziario.

Il fenomeno riguardava anche uomini. In altre parole, l'opificio imperiale poteva essere un luogo dove scontare la pena irrogata per persone di entrambi i sessi. L'impiego di condannati concorreva a garantire la forza lavoro occorrente allo svolgimento delle attività produttive. Probabilmente i rei erano addetti alle operazioni di tessitura – per ipotesi, molti come tiratori⁽³⁶⁾ – oppure a lavori vili e gravosi e forse anche insalubri, quali quelli per il finissaggio dei tessuti della cui esecuzione all'interno dello stabilimento di stato si hanno riscontri archeologici come nel caso del *gynaecium* di Spalato.

⁽³⁵⁾ CTh. 10.20.16 (426 febr. 23): Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Acacio comiti sacrarum largitionum. *Si quis ex corpore gynaeceariorum vel linteariorum sive linyfariorum monetariorumve aut murilegularum vel aliorum similium ad divinas largitiones nexu sanguinis pertinentium voluerit posthac de suo collegio liberari, non quoscumque nec facile in locum proprium, freti dexterae triumphalis absolute, substituant, sed eos, quos omnibus idoneis modis sub ipsis quodammodo amplissimae tuae sedis obtutibus adprobarint; ita tamen, ut is, qui ab huiusmodi condicione iuxta formam caelitus datam beneficio principali fuerit absolutus, universam generis sui prosapiam in funzione memorati corporis permanentem cum omnibus eius qui absolvitur rebus obnoxiam largitionibus sacris futuram esse non dubitet.* Dat. VII kal. mar. Constantinopoli dd. nn. Theodosio XII et Valentiniano II AA. cons.

⁽³⁶⁾ Più che come tessitori in senso stretto: mestiere per il quale era necessario il possesso di competenze tecniche acquisibili soltanto dopo un lungo apprendistato. Il tiratore, invece, era d'ausilio al tessitore nell'azionare il telaio verticale a due barre orizzontali diffuso in età tardoantica (cfr. J.-M. CARRIÉ, *Vitalité*, cit., p. 35, ove ulteriore letteratura): un compito non complesso per il quale quel che occorreva era unicamente una buona misura di forza.

Le donne, invece, venivano assegnate in massima parte alla filatura e anche al lavoro al telaio⁽³⁷⁾.

Le fonti giuridiche non parlano di donne adibite per condanna al lavoro nelle manifatture tessili imperiali. Soltanto una costituzione conserva traccia di tale coazione, ma riguarda un uomo⁽³⁸⁾.

Tuttavia, i testi letterari, in particolare scritti patristici, tramandano alcune interessanti vicende.

Dovevano esserci anche donne tra i nobili cristiani che, durante la persecuzione imputata a Licinio⁽³⁹⁾ e forse pure nel corso delle precedenti persecu-

⁽³⁷⁾ Per una descrizione della tecnologia tessile antica e delle varie fasi del processo produttivo (filatura, tessitura, finissaggio), cfr. *Storia della tecnologia*, 2, *Le civiltà mediterranee e il medioevo* (a cura di C. Singer, E.J. Holmyard, A.R. Hall, T.I. Williams), Torino, 1966, p. 194 ss.; F. VICARI, *Produzione e commercio dei tessuti nell'Occidente romano*, Oxford, 2001, p. 3 ss. V., anche, J. MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer*, II, in *Handbuch der römischen Alterthümer*, VII, Leipzig, 1886, 2ª ed., p. 517 ss. (= *La vie privée des Romains*, II, Paris, 1893, p. 153 ss.). Quali e quante di queste fasi fossero svolte all'interno del *gynaecium* non è possibile sapere con certezza. Pare, però, che dentro il *gynaecium* di Spalato ci fosse una *fullonica*. J. BELAMARIĆ, *Gynaecium Iovense Dalmatiae*, in *Diokletian und die Tetrarchie. Aspekte einer Zeitenwende* (hrsg. A. Demandt, A. Goltz, H. Schlange-Schöningen), Berlin, 2004, p. 148 s., ipotizza l'esistenza nella parte nord del Palazzo di Diocleziano di un sistema di piscine nelle quali i tessuti erano sottoposti al processo di follatura incluso il trattamento con lo zolfo per il quale, accanto al palazzo, c'era disponibilità di numerose sorgenti di acqua sulfurea.

⁽³⁸⁾ Si tratta del celebre caso del *Liciniani filius*, forse un figlio naturale dell'imperatore Licinio, che conosciamo per mezzo di due costituzioni emanate a poca distanza di mesi nel 336 d.C.: CTh. 4.6.2 e 3. Con quest'ultima, in chiusura, l'imperatore Costantino ne dispone l'adibizione al servizio del *gynaecium* di Cartagine: CTh. 4.6.3 (336 iul. 21): Idem A. [Constantinus] ad Gregorium. [...] *Liciniani autem filius, qui fugiens comprehensus est, compeditibus vincitus ad gynaecei Carthaginis ministerium deputetur*. Lecta XII k. aug. Carthagine Nepotiano et Facundo cons.

⁽³⁹⁾ Fra il 320 e il 321 Licinio, in contrasto con l'accordo sancito a Milano nel 313, intraprese una politica anticristiana che, stando a Eusebio (*HE.*, 10.8.14-17; *VC.* 1.48 ss. e 2.1.2-2), si concretò in una vera e propria persecuzione di grandi proporzioni. Ne ridimensiona la gravità, riducendola a «una azione di generica ostilità» (p. 48), M.R. CAUTADELLA, *La «persecuzione» di Licinio e l'autenticità della «Vita Costantini»*, in *Athenaeum*, 48, 1970, pp. 46 ss. e 229 ss. In senso riduttivo, già R. ANDREOTTI, s.v. «*Licinius*», in E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, IV.2, Roma, 1959 (ripr. facs. ed. Roma, 1895), p. 1016 ss. Più di recente, tra altri, v. A. MARCONE, *Pagano e cristiano. Vita e mito di Costantino*, Bari, 2002, p. 111 s.

zioni tetrarchiche⁽⁴⁰⁾, erano stati gettati nei ginecei o nei linifici e assegnati in perpetuo a lavori molto faticosi e inusitati per persone di alto rango. Costantino restituisce loro onori e libertà con un editto indirizzato ai provinciali di Palestina, negli ultimi mesi del 324 d.C.⁽⁴¹⁾, il cui testo ci è stato tramandato da Eusebio⁽⁴²⁾. Il passo non fa alcun riferimento al genere dei condannati, motivo per cui si può ragionevolmente ritenere che sia uomini sia donne, in percentuali non determinabili, avessero subito simili provvedimenti⁽⁴³⁾.

Altri due passi riportano, invece, specifiche notizie di donne condannate al lavoro forzato nelle tessiture controllate dal *comes sacrarum largitionum*.

Il primo in ordine cronologico appartiene a Lattanzio il quale riferisce che sotto l'Augusto Galerio «*matres familias ingenuae ac nobiles in gynaeceum rapiabantur*»⁽⁴⁴⁾: si tratta, dunque, di donne che avevano lo *status* di libere e che appartenevano all'aristocrazia, vittime, probabilmente, delle persecuzioni contro i cristiani⁽⁴⁵⁾ continuate da Galerio in Oriente, dopo l'abdicazione

⁽⁴⁰⁾ Cfr. L. PIETRI, in *Eusèbe de Césarée, Vie de Constantin*, Texte critique F. Winkelmann, Introduction et notes L. Pietri, Traduction M. J. Rondeau (SC. 559), Paris, 2013, p. 302, nt. 1, a commento di *VC*. 2.30.1.

⁽⁴¹⁾ Dopo avere sconfitto definitivamente il correggente Licinio.

⁽⁴²⁾ EUS., *VC*. 2.34.1. L'autenticità del documento è oramai generalmente accettata. V. bibliografia in F. CORSARO, *Costantino ed Eusebio nella Vita Costantini di Eusebio di Cesarea*, in *Rivista di cultura classica e medioevale*, 54.2, 2012, p. 297, nt. 3. I provvedimenti costantiniani sono ricordati anche da SOZ., *HE* 1.8.3.

⁽⁴³⁾ Il passo è citato da R. DELMAIRE, *Largesses sacrées*, cit., p. 444 e nt. 2, come attestazione del fatto che il gineceo «peut servir de prison pour femmes» (cfr. ID., *Les esclaves*, cit., p. 186). A donne libere, cristiane, «ascritte» dall'imperatore Licinio in gran numero agli opifici imperiali, pensa anche G.L. FALCHI, *La legislazione*, cit., p. 210 e nt. 19. Diversamente L. JONES HALL, *Rescuing the Reputation of Tyre in Late Antiquity; The Documentation of Gynaecea/Genicia as Weaving Factories, not Brothels*, in *Chronos*, 12, 2005, 134, ritiene che i prigionieri fossero per la maggior parte uomini.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. LACT., *de mort. persec.* 21.4. Sul passo, v., R. DELMAIRE, *Largesses sacrées*, cit., p. 444 e la letteratura citata alla nota seguente.

⁽⁴⁵⁾ Pensa a donne cristiane, R. CAGNAT, s.v. «*Gynaeceum*», cit., p. 1712. Il passo è citato da H. GUMMERUS, s.v. «*Industrie und Handel*», in *PW*, IX.2, Stuttgart, 1916, p. 1534, tra quelli che attestano condanne a lavorare nei ginecei inflitte a cristiani al tempo delle persecuzioni diocleziane. V., anche, O.F. ROBINSON, *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome*, London-New-York, 2007, p. 123 s.

zione di Diocleziano, fino all'editto di Serdica del 311 d.C.

Si colloca, invece, più avanti, al tempo dell'imperatore d'Oriente Valente, la vicenda riportata da Giovanni Crisostomo che ha come protagonista la vedova del *notarius* Teodoro⁽⁴⁶⁾ il quale era stato condannato a morte per lesione maiestatica in un processo, celebrato ad Antiochia nel 371-372, le cui inique vicende sono lungamente descritte da Ammiano⁽⁴⁷⁾. Non sappiamo se la donna avesse avuto un ruolo nel complotto ordito dal marito contro l'imperatore, né conosciamo il capo d'accusa formulato a suo carico. Ci è però noto l'esito del caso: la donna subì la confisca dei beni, fu privata della libertà e degradata alla miserevole condizione di tessitrice fiscale⁽⁴⁸⁾: segno di una situazione di vile assoggettamento omogenea allo *status* di *serva*.

4. — Conclusioni.

I casi documentati nei testi esaminati riguardano esclusivamente donne di alto rango (*honestiores*) che, a seguito di condanna, sono costrette a lavorare nel gineceo imperiale, ridotte in uno stato di perenne asservimento⁽⁴⁹⁾. Si tratta di vicende presentate dagli scritti patristici, che le hanno tramandate, come eccessi repressivi che si collocano nel quadro di politiche persecutorie nei confronti di nobili cristiani o che sono determinati da esigenze di difesa della *maiestas* imperiale.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. PLRE, I, cit., 898, *Theodorus* 13.

⁽⁴⁷⁾ AMM., 29.1.8 ss. Cfr., in proposito, M. NAVARRA, *Riferimenti normativi e prospettive giuridiche nelle Res gestae di Ammiano Marcellino*, Milano, 1994, pp. 80, 86 s., 91, 101 s., 107; da ultimo, S. GIGLIO, *Aspetti della procedura penale nel tardo impero romano*, Torino, 2017, p. 136.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. JOH. CHRYS., *ad viduam iun.* 4 (PG 48.604). Sul passo, come attestazione sicura di condanna al lavoro forzato nel *gynaeceum*, v. A.W. PERSSON, *Staat und Manufaktur im römischen Reich. Eine Wirtschaftsgeschichtliche Studie nebst einem Exkurs über angezogene Götterstatuen*, Lund, 1923, p. 82 s.; J.P. WILD, *The Gynaeceum*, cit., p. 657; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, II, Firenze, 1979, p. 313; R. DELMAIRE, *Largesses sacrées*, cit., p. 444; E. QUINTANA ORIVE, *CTh.* 10.20, cit., p. 336, nt. 5.

⁽⁴⁹⁾ V., però, R. DELMAIRE, *Les esclaves et conditionales fiscaux au Bas-Empire romain*, in *Topoi*, 9/1, 1999, p. 184, secondo il quale la «réduction en esclavage dans les ateliers fiscaux de filature et de tissage» era per le donne «d'origine plébéienne ou servile».

Senza addentrarmi in questa sede nei problemi relativi al tipo di pena consistente nel lavoro coatto negli opifici tessili imperiali e allo *status* giuridico dei condannati – che potranno essere utilmente trattati alla luce di un esame complessivo di tutte le fonti in materia, indipendentemente dalla circostanza che il reo sia un uomo o una donna⁽⁵⁰⁾ – mi limiterò ad alcune minime riflessioni sul valore ideologico della condanna al gineceo in relazione al genere dei rei.

Si può anzitutto osservare che al lavoro forzato nei *gynaecea* erano indifferentemente inviati individui di entrambi i sessi. Non si trattava, dunque, di una pena riservata alle donne come, al contrario, non era per soli uomini la condanna a lavorare nelle miniere. In quest'ultimo caso, i diversi *gradus* della *poena metalli* consentivano d'infliggere solitamente alle donne la *damnatio in ministerium metallicorum* (più lieve sia della *damnatio ad metalla* sia di quella in *opus metalli*)⁽⁵¹⁾. Ora, tralasciando tale specifica articolazione in gradi, si può ipotizzare che le differenze di genere contassero nella determinazione in concreto delle mansioni cui assegnare il singolo reo, condannato a servire nelle manifatture tessili, per la migliore efficienza produttiva.

Certamente per tutti, donne e uomini di nobile condizione, l'adibizione al lavoro coatto in luoghi, i ginecei, destinati ad attività che, scollegate dal

⁽⁵⁰⁾ Mommsen è stato tra i pochi studiosi ad avervi fatto accenno: in età tardoimperiale, il lavoro nelle tessiture imperiali sarebbe stato uno di quelli imposti a persone di condizione libera, specialmente donne, condannate all'*opus publicum* che, come è noto, non produceva perdita della libertà. Cfr. Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899 (rist. an. Graz, 1955), p. 952 (= *Le droit pénal romain*, tr. di J. Duquesne, III, Paris, 1907, p. 296). In tal senso, v., anche, Ch. LÉCRIVAIN, s.v. «*Opus publicum*», in *DS*, IV/1, Paris, 1907 (rist. Graz, 1969), p. 214; A. BERGER, s.v. «*Opus publicum*», in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 610; R. DELMAIRE, *Largesses sacrées*, cit., p. 444 (cfr. ID., *Les esclaves*, cit., p. 186). Il tema merita di essere riesaminato. Me ne occuperò in un articolo, in via di elaborazione, che uscirà prossimamente con il titolo (provvisorio) «Ad gynaecei ministerium deputari. A proposito della condanna al lavoro forzato nelle manifatture tessili imperiali».

⁽⁵¹⁾ Cfr. Ulp. D. 48.19.8.8: *In ministerium metallicorum feminae in perpetuum vel ad tempus damnari solent. Simili modo et in salinas. Et si quidem in perpetuum fuerint damnatae, quasi servae poenae constituuntur: si vero ad tempus damnantur, retinent civitatem*. Sul tema, da ultimo, v., A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle metallariae nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7*, in *AUPA*, 49, 2016, p. 209 ss.

tradizionale complesso valoriale, nella tarda antichità erano reputate oramai vili, risultava particolarmente disonorevole. Forse a causa dell'appartenenza tipica al genere femminile del lavoro tessile, la carica stigmatizzante che tale condanna possedeva era più forte per gli uomini che per le donne. Ma anche per queste i tempi della conocchia e del fuso come simboli dell'identità di genere e dell'onestà muliebre erano remoti. Il *gynaecium* che nel nome poteva ancora evocare un ambiente adatto a coltivare e preservare le virtù femminili, in età tardoantica era una struttura produttiva la cui idoneità a fungere da luogo di pena per le donne dipendeva da ragioni prevalentemente organizzative ovvero relative alla concreta divisione del lavoro all'interno della fabbrica. Che vi fossero assegnati anche uomini ne è la migliore conferma.

ANDREA SASSI^(*)
STEFANIA STEFANELLI^(*)

ORDINE PUBBLICO DIFFERENZIATO E DIRITTO ALLO STATO DI FIGLIO NELLA GESTAZIONE PER ALTRI

ABSTRACT: The essay analyzes, in particular, the legal position of the child born of surrogacy in the Italian legal system. In this context, the value of the individual represents the lowest common denominator of the persons' rights and this should be considered the actual finality of the international public order concept.

SOMMARIO: 1. 1. Ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico discrezionale. – 2. Principi di ordine pubblico e diritti fondamentali. – 3. L'accertamento di stato quale strumento di tutela della persona. – 4. La posizione del minore nella giurisprudenza costituzionale.

1. — *Ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico discrezionale.*

Il tema della tutela del nato da gestazione per altri (g.p.a.)⁽¹⁾, e della conseguente attribuzione delle situazioni giuridiche soggettive che derivano dall'accertamento dello stato di figlio, è nel nostro sistema molto delicato, giusta la scelta del legislatore di vietare la maternità surrogata, sanzionandola penalmente (art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004).

^(*) Università degli Studi di Perugia. Ferme restando unitarietà dell'approccio e condivisione delle soluzioni giuridiche, i paragrafi 1 e 2 sono di Andrea Sassi e i paragrafi 3 e 4 di Stefania Stefanelli. Una prima versione del saggio è apparsa nel settembre 2018 in *Articolo29.it*.

⁽¹⁾ Sull'argomento e sulle ragioni dell'impiego della locuzione "gestazione per altri" in luogo di altre quali "maternità surrogata" o "surrogazione di maternità", ci permettiamo di rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, spec. p. 142 ss.

Va subito chiarito che, in generale, si tratta di opzione ragionevole, fondata sul principio di dignità della donna – come affermato di recente anche dalla Corte costituzionale⁽²⁾ – che, proprio per questo, si giustifica in caso di sfruttamento, ma non si comprende in presenza di prestazione superetica, cioè mancante di contenuto patrimoniale ed effettuata per puro spirito di altruismo, come avviene nella c.d. “donazione di organi”⁽³⁾.

Ciò posto, il riconoscimento nell’ordinamento italiano dei diritti del nato da g.p.a. passa inevitabilmente dalla nozione accolta di ordine pubblico c.d. internazionale, tradizionalmente riferito al limite al riconoscimento di atti e discipline straniere⁽⁴⁾, e, soprattutto, dalla soluzione della questione se detta nozione sia o meno idonea ad incidere su diritti fondamentali connessi allo stato di figlio.

⁽²⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in questa *Rivista*, 2017, p. 263 ss., con nota di A. SASSI, *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato*; in *Foro it.*, 2018, I, c. 5; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 699; in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*.

⁽³⁾ L’individuazione e l’inquadramento giuridico della categoria delle prestazioni “superetiche” o “supererogatorie” si deve ad A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 11 ss. Il principio è altresì alla base della ragionevolezza dell’opzione legislativa in ordine alla esclusione della responsabilità da procreazione, prevista in via generale dall’art. 30 Cost., per il “donatore” di gameti, secondo quanto dispone l’art. 9, ult. comma, l. n. 40/2004: sul punto si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 361. Preziosi spunti di riflessione sul tema che ci occupa, si ricavano dalla lettura di S. MARCHI, *Mio, tuo, suo, loro. Donne che partoriscono per altri*, (Fandango) Roma, 2017, p. 31 ss., ove il caso in cui una giovane donna che, a seguito della perdita del feto a pochi giorni dalla nascita nella prima gravidanza, aveva subito l’asportazione dell’utero e di un’ovaia; e la madre (allora quarantascienne) si chiede perché non abbia potuto lei aiutare la figlia e il genero nella realizzazione del loro desiderio di genitorialità (oltre che del suo personale ad essere nonna), partorendo per questa un figlio geneticamente riconducibile alla coppia. Ed è certamente difficile trovare una seria argomentazione al diniego.

⁽⁴⁾ Per un ampio quadro, V. BARBA, *Note minime sull’ordine pubblico internazionale*, in *Articolo29.it*, ID., *L’ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss. Sul punto, con specifico riferimento alla filiazione, R. CLERICI, *La filiazione nel diritto internazionale privato*, in T. AULETTA (a cura di), *Filiazione. Adozione. Alimenti*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, IV, Torino, 2011, p. 663 ss. In relazione alla maternità surrogata, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, spec. p. 127 ss.

In punto, la Cassazione ha da ultimo ritenuto – riguardo all’efficacia di provvedimenti di autorità straniera – che la nozione di ordine pubblico è circoscritta e inerisce ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nella C.d.f.U.E. e non si spinge a ricomprendere principi su cui si fondano le norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa⁽⁵⁾.

Sebbene i risultati pratici cui detto orientamento perviene nelle fattispecie concrete, connotate dalla tutela di diritti fondamentali dell’individuo, siano pienamente condivisibili, la questione merita a nostro avviso un approccio lievemente più ampio sul piano dogmatico. Del resto, già le S.U. – come evidenziato nell’ordinanza di rimessione resa nella fattispecie che ci occupa⁽⁶⁾ – hanno propeso per una nozione più estesa di ordine pubblico nel caso di istituto non regolato dall’ordinamento italiano (*punitive damages*)⁽⁷⁾, nozione che a maggior ragione deve valere in un’ipotesi espressamente vietata, quale quella della maternità surrogata.

In generale, quindi, ogni qual volta che ci si trovi dinanzi ad un divieto avente rilevanza (anche) penale, appare più corretto ritenere che esso sia

⁽⁵⁾ Cfr., in particolare, Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329; 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 favore di una coppia same sex*; in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 297, con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*; 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*; su cui S. STEFANELLI, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 83 ss.; I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *Genius*, 1/2017, p. 70 ss.; Cass., 21 novembre 2013, n. 1302, in *leggiditalia.it.*; e, più di recente, Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2280, con nota di richiami di G. CASABURI; in *Guida dir.*, 28/2017, p. 54, con nota di M. FINOCCHIARO, *Quel "vizio" ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 5, con nota di F. LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*.

⁽⁶⁾ Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *Foro it.*, 2018, I, c. 782.

⁽⁷⁾ Cfr. Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613; in *Giur. it.*, 2017, p. 1787, con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Danno e resp.*, 2017, p. 419, con note di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*; di G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*; di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; di P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*.

ricompreso nella nozione di ordine pubblico, atteso che l'esercizio della discrezionalità legislativa si fonda su un interesse pubblico, che conduce alla previsione di una fattispecie criminosa. Tuttavia, la scelta legittimamente compiuta dal legislatore in ordine al divieto di porre in essere determinati comportamenti o pratiche, pur ragionevole in quanto posto a tutela di un interesse pubblico, non può essere messa sullo stesso piano dell'esigenza di protezione di diritti fondamentali della persona, contemplati da fonti di rango costituzionale nazionali e/o sovranazionali⁽⁸⁾.

Deriva che occorre stabilire quali siano le conseguenze dell'applicazione di norme inderogabili di ordine pubblico, derivanti da discrezionalità legislativa, nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti, se cioè da detta applicazione possano derivare lesione e/o limitazione di diritti fondamentali, soprattutto con riferimento a soggetti terzi. In questo caso, è evidente che un approccio ermeneutico che non tenga conto della gerarchia di valori porrebbe il principio di ordine pubblico in contrasto con i fondamenti del sistema, che, come tali, non tollerano alcuna limitazione o compressione.

Corretto, pertanto, appare l'indirizzo delle S.U. che, in presenza di diritti patrimoniali, accoglie una nozione di ordine pubblico più ampia, sì da ricomprendervi "Costituzioni e tradizioni giuridiche" (che «con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo»), con la conseguenza che l'atto straniero «deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti

⁽⁸⁾ In proposito, vengono alla mente le affermazioni della dottrina più autorevole, che, a proposito dell'influenza della Corte costituzionale sui rapporti civilistici nel decennio appena trascorso, osserva come l'inderogabilità delle norme vada letta alla luce di un rinnovato principio di ordine pubblico costituzionale fondato sulla tutela della persona umana e sui suoi diritti inviolabili: P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016 (Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2018, spec. p. 662; e, in precedenza, ID., *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, spec. p. 184 s., ove si afferma che «non è il formale contrasto con una o più norme interne a livello ordinario a costituire violazione dell'ordine pubblico, ma il contrasto con le esigenze di fondo di tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi dell'Unione Europea, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»⁽⁹⁾. Tuttavia, proprio questa stessa nozione di ordine pubblico, attraverso il riferimento primario ai principi costituzionali, implica che, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico sotteso (anche) alla sanzione penale passi necessariamente in secondo piano, atteso il bilanciamento ermeneutico tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nella C.d.f.U.E.⁽¹⁰⁾. Dall'applicazione del principio di ordine pubblico derivano dunque effetti differenziati a seconda della rilevanza degli interessi in giuoco.

L'impostazione proposta, del resto, si colloca nel solco tracciato dalla Corte costituzionale, soprattutto in un importante arresto concernente una fattispecie analoga, in cui il diritto allo stato del nato da incesto soccombeva a seguito del comportamento degli autori della procreazione (sanzionato anche penalmente): per il giudice delle leggi «non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto», non potendo il diritto del figlio essere limitato, a meno che «ricorrono costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse»; l'eventuale mancata costituzione del rapporto comporterebbe, vista nell'ottica filiale, una violazione del principio di responsabilità da procreazione sancito dall'art. 30, 1° comma, Cost.⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: § 6 della parte motiva.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.; Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.; Cass., 21 novembre 2013, n. 1302, cit.

⁽¹¹⁾ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Guida dir.*, 48/2002, p. 44, con nota di M. FINOCCHIARO, *Ammessa l'azione giudiziale di paternità anche per i casi di filiazione incestuosa. Superato l'ultimo pregiudizio ancestrale in contrasto con la sensibilità moderna*; in *Giur. cost.*, 2002, p. 4058, con nota di C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla paternità e maternità naturale di cui all'art. 278 comma 1 c.c. (ma i figli irricognoscibili rimangono)*; e *ivi*, 2003, p. 446 ss., la nota di G. DI LORENZO, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale dei figli nati da rapporto incestuoso*; in *Vita not.*, 2002, p. 1353, con nota di F. UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*; in *Giur. it.*, 2003, p. 868; in *Famiglia*, 2003, p. 845, con note di G. FERRANDO, *La condizione dei*

In definitiva, si può affermare che: la nozione di ordine pubblico inter-

figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo, e S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione del figlio incestuoso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 543, con nota di M. DI NARDO, *La filiazione incestuosa al vaglio della consulta. I limiti di accertamento giudiziale del rapporto*; in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 622; in *Fam. e dir.*, 2003, p. 119, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*; in *Foro it.*, 2004, I, c. 1053; e commentata da A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza 492/02 della Consulta*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 96 ss.; e da C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002)*, in *altalex.it*. Alcuni passi della sentenza, viste le analogie con il caso che ci occupa, meritano di essere riportati integralmente. Scrive la Corte: «Dalla disciplina testé indicata deriva, in danno della prole nata da genitori legati dai rapporti familiari indicati dall'art. 251 del codice civile, una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti; una discriminazione compendiata, anche nel lessico del legislatore, nell'espressione "figli incestuosi". La violazione del diritto a uno *status filiationis*, riconducibile all'art. 2 della Costituzione, e del principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali, è evidente e non richiede parole di spiegazione. Nessuna discrezionalità delle scelte legislative, con riferimento al quarto comma dell'art. 30 della Costituzione, che abilita la legge a dettare norme e limiti per la ricerca della paternità, può essere invocata in contrario: non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto». E ancora: «il figlio nato da un rapporto tra le persone indicate nell'art. 251, per ottenere l'adempimento dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione nei suoi confronti, si trova nella necessità di proclamare egli stesso la propria condizione di discriminato; a meno che, comprensibilmente, non preferisca invece rinunciare a ciò che a lui, come a ogni figlio, è dovuto, con la conseguenza paradossale, oltretutto, che i genitori – essi si "incestuosi" – andrebbero totalmente indenni da quella responsabilità alla quale, con la procreazione, sono soggetti, secondo ciò che è sancito come principio, valido rispetto a ogni genere di prole, dall'art. 30, primo comma, della Costituzione (v. sentenza n. 166 del 1998)». Infine, in prospettiva più ampia: «La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione. E proprio da tale ultima disposizione, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani». I principi enunciati dalla Consulta sono oggi viepiù attuali, laddove la legittimazione non deriva più dall'appartenenza alla famiglia, ma dall'accertamento di relazioni intersoggettive: v. *infra*, § 3.

nazionale comprende generalmente anche le norme inderogabili in cui al bene della vita da esse protetto viene attribuita una tutela rafforzata, anche di rilevanza penale, tutela che connota un interesse pubblico sotteso ed è espressione della tradizione giuridica domestica (*ordine pubblico discrezionale*); tuttavia, l'applicazione delle regole inderogabili di diritto interno non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione e nella C.d.f.U.E., che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (*ordine pubblico costituzionale*).

2. — *Principi di ordine pubblico e diritti fondamentali.*

Poste queste premesse di carattere generale, occorre analizzare le conseguenze del necessario bilanciamento tra principi di ordine pubblico nella fattispecie che ci occupa, caratterizzata dal ricorso alla pratica della g.p.a., vietata dall'ordinamento interno.

La distinzione sistematica operata nel paragrafo precedente tra ordine pubblico costituzionale e discrezionale impone, a nostro avviso, di scindere il piano dell'indagine concernente la pratica della gestazione da quella riguardante le situazioni giuridiche soggettive del nato e, in particolare, il suo diritto ad acquisire uno *status* di figlio che rispetti nella misura più ampia possibile il suo interesse alla genitorialità, all'identità, all'affettività.

Consegue che: a) in relazione alla pratica della g.p.a., a prescindere dall'applicabilità della sanzione penale (che la giurisprudenza ha comunque escluso per la coppia che vi ricorre, se praticata all'estero, sulla base dell'art. 7 c.p. o, quantomeno, in applicazione della disciplina dell'errore sulla legge penale⁽¹²⁾), si deve ritenere la piena operatività del divieto, con conseguente ina-

⁽¹²⁾ Cass., 10 marzo 2016, E.F. ed altri, in *Foro it.*, 2016, II, c. 286; in *Dir. pen. e processo*, 2016, p. 1085, con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità. Contra*, L. D'AVACK, *Maternità surrogata: un divieto «inefficace»?», in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 157, per il quale «le attività compiute in Italia possono ben essere qualificate come parte dell'azione, ex art. 6, comma 2, c.p.»; App. Messina, 18 luglio 2016, S. ed altro,*

zionabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, di qualsiasi provvedimento straniero che riconosca eventuali diritti ad essa connessa, quali, ad esempio, la richiesta del compenso pattuito o l'esecuzione di obblighi previsti dal relativo contratto⁽¹³⁾; *b*) viceversa, il riconoscimento verso il nato delle situazioni giuridiche soggettive connesse allo stato di figlio, trattandosi di diritto fondamentale espressamente riconosciuto dalla Costituzione italiana (artt. 30 e 31) e dalla C.d.f.U.E. (art. 24), va visto esclusivamente in ottica filiale⁽¹⁴⁾.

Se si ritenesse diversamente, confondendo i due profili, si arriverebbe alla assurda conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione. Ciò significherebbe considerare il nato come soggetto alle conseguenze giuridiche del reato o, più precisamente, come oggetto delle stesse: ragionando per assurdo, infatti, egli o, se si preferisce, la sua posizione giuridica (ma la sostanza non muta, vertendosi in tema diritti fondamentali, come tali personalissimi) verrebbero equiparati ad un "prodotto

letta in originale, che riforma la pronuncia di primo grado, ritenendo che «l'art. 12 nel suo complesso non abbia inteso sanzionare penalmente i genitori che pure abbiano avuto un ruolo nel compimento delle varie pratiche vietate dalla legge, anche perché la pena pecuniaria prevista (...) appare incongrua se rapportata ai privati». È interessante notare come, al contrario, pur nella vigenza del divieto di procreazione eterologa non fosse punibile il donatore e chi facesse ricorso alla donazione di gameti, a mente dell'8° comma dello stesso art. 12. Sul profilo, più ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 139 ss.

⁽¹³⁾ Sui profili negoziali, di recente, A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, p. 103 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 10; M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, in *Articolo29.it*, p. 7; Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*; Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cui espressamente rinvia Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., ribadendo che l'ordine pubblico «non può passare come una carta bianca per giustificare qualsiasi misura, poiché incombe sullo Stato l'obbligo di farsi carico dell'interesse superiore del bambino, indipendentemente dalla natura del legame parentale, genetico o di diverso titolo»; Corte EDU, G.C., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit., alla luce del precetto di cui all'art. 23, reg. n. 2201/2003, il quale «stabilisce espressamente che la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi tenendo conto del preminente interesse del minore».

del reato”, che costituisce il risultato, il frutto direttamente ottenuto dal colpevole a seguito dell’attività illecita, cioè la “cosa” proveniente dal reato stesso⁽¹⁵⁾, e che, nel nostro sistema, si riferisce soltanto ai beni materiali, inerendo essenzialmente alla confisca (art. 240 c.p.), cioè ad una misura di sicurezza a carattere patrimoniale.

Al di là dell’accostamento, sicuramente forte ma emblematico, è evidente che i diritti del nato riconducibili all’ordine pubblico costituzionale non possono essere condizionati dalla circostanza che la gestazione sia avvenuta con modalità contrarie all’ordine pubblico discrezionale. In termini più espliciti, la prima tipologia di ordine pubblico, prevalente su quella derivante da discrezionalità legislativa, impone di ritenere che un’eventuale limitazione dei contenuti dello stato di figlio (e quindi dei diritti fondamentali ad esso connessi) possa avvenire soltanto nell’interesse del minore, del resto in linea con il disposto dell’art. 24 C.d.f.U.E., secondo cui in tutti gli atti relativi al minore stesso, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, il suo interesse superiore deve essere considerato preminente.

Una diversa interpretazione, che non tenga conto di un ordine pubblico differenziato, si porrebbe in contrasto anche con l’art. 67, 1° comma, T.f.U.E. La norma, peraltro espressamente richiamata dalle S.U. a sostegno della nozione di ordine pubblico accolta⁽¹⁶⁾, costruendo lo spazio giuridico interno sul «rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri», pone al centro del sistema proprio i predetti diritti fondamentali dell’individuo (a cui si aggiungono gli ordinamenti giuridici e le tradizioni domestiche), con la conseguenza che l’ordine pubblico interno, in rapporto di autonomia ma anche

⁽¹⁵⁾ V. ad esempio, di recente, Cass., 16 dicembre 2014, Li.Ma., in *leggiditalia.it*; e Cass., 24 ottobre 2013, A.G., *ivi*, che altresì distinguono il prodotto dal profitto, rappresentato dal lucro, ossia dal vantaggio economico che si ricava dalla commissione del reato, e, infine, dal prezzo, riferito al compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a delinquere, riprendendo l’orientamento inaugurato da Cass., S.U., 3 luglio 1996, C., in *Foro it.*, 1997, II, c. 404, con nota di G. CANZIO, *Patteggiamento e confisca: ancora un intervento delle Sezioni Unite*.

⁽¹⁶⁾ Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: § 6 della parte motiva.

di coesistenza con quello dell'Unione⁽¹⁷⁾, dev'essere improntato al loro pieno rispetto. In altri termini, ci sembra che sull'applicazione delle situazioni giuridiche soggettive inerenti lo stato della persona non vi può essere alcuna differenziazione operata da una legge interna, che, inevitabilmente, creerebbe una discriminazione non giustificabile (cfr. Parte II, T.f.U.E.).

Ma l'approccio fondato sulla prospettiva del nato e del suo diritto fondamentale ad acquisire uno stato di figlio in grado di offrire una tutela più ampia possibile, si giustifica anche sotto altro profilo.

Nella prospettiva genitoriale, vi sono differenze rilevanti tra omoaffettività maschile e femminile: mentre nella prima il ricorso alla g.p.a. è – almeno oggi – necessario, in quella femminile è soltanto possibile, qualora entrambe le partecipanti al progetto procreativo non possano o non vogliano assumere il ruolo di gestante. Ma è evidente che nell'ottica filiale, almeno tendenzialmente, occorre assicurare una uniformità di trattamento tra soggetti: il nato non può essere discriminato sul piano giuridico, con particolare riferimento ai propri diritti fondamentali, dalla circostanza di essere parte di un diverso progetto procreativo, sulla base del sesso dei genitori e dell'orientamento sessuale di questi.

Il principio enunciato, del resto, è conforme anche al sistema riservato dall'ordinamento italiano all'attribuzione della genitorialità. Al contrario che in altri Paesi, in cui, riguardo alla maternità, si attribuisce una rilevanza decisiva alla gestazione e alla riferibilità del parto, il nostro legislatore ha correttamente compiuto scelte differenti, non esistendo una specifica disposizione in tal senso e, quindi, un principio di ordine pubblico correlato. Viceversa, da una lettura sistematica dell'art. 269 c.c., si ricava che – contrariamente a quanto affermato dai ricorrenti come tesi difensiva, riportata nella ricordata ordinanza di rimessione resa nella fattispecie che ci occupa⁽¹⁸⁾ – la riferibilità

⁽¹⁷⁾ Cfr., in maniera specifica, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, spec. p. 350 ss.; in giurisprudenza, Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.: § 6 della parte motiva.

⁽¹⁸⁾ Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, cit., § 2.5.8, che riporta la tesi del P.G. App. Trento e del Ministero degli Interni, secondo cui soltanto la nozione di padre rimarrebbe alla sola relazione costituita dalla discendenza genetica, sicché non sarebbe possibile la coesistenza di due.

del parto costituisce soltanto un mezzo di prova della maternità, sempre superabile dal controllo della discendenza genica (2° comma, a mente del quale la paternità, ma anche la maternità, si provano con ogni mezzo)⁽¹⁹⁾.

La stessa Corte costituzionale nell'ultimo rilevante arresto, proprio con riguardo alla maternità, ha in via ermeneutica ribadito l'importanza della verità biologica della generazione, che si esprimeva nella fattispecie concreta nell'impugnazione del riconoscimento operato dalla donna per difetto di discendenza ingenua⁽²⁰⁾. Infatti, qualora vi fosse stata corrispondenza genetica tra il nato

⁽¹⁹⁾ Il principio è chiaramente e correttamente esplicitato in Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. In dottrina, sia consentito rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 351 ss., spec. p. 391 ss.

⁽²⁰⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., ove si esclude, con riferimento alla contestata maternità e al rilevante interesse del minore allo stato di figlio, che l'accertamento della verità biologica e genetica 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. Il principio della rilevanza della verità biologica, del resto, ha di recente caratterizzato l'attività della Consulta, che ha riconosciuto la possibilità di accedere alla ricerca della predetta verità, con effetti acquisitivi o privativi dello stato, attraverso la rimozione di condizioni di ammissibilità dell'azione e di limiti alla ricerca della prova: per un quadro generale, A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 438 ss.; più specificamente, 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. it.*, 2006, p. 2242; in *Foro it.*, 2006, I, c. 966; in *Notariato*, 2006, p. 250; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore*; in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 403, con nota di G.F. BASINI, *La morte del Minotauro: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c.*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 497, con nota di V. CARBONE, *Paternità naturale: incostituzionale la fase preliminare del giudizio*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 503, con nota di A. D'ALESSIO, *Quali prospettive per il giudizio di riconoscimento della paternità e maternità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2006?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 172, con nota di A. ASTONE, *La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: solo l'interesse del minore può impedire la ricerca della paternità biologica*; riguardo alla prova della discendenza, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Guida dir.*, 30/2006, p. 30, con nota di M. FIORINI, *Disconoscimento di paternità: prove genetiche senza più dimostrare l'adulterio della moglie*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1367, con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del Dna e non più l'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Fam. e dir.*, 2006, p. 461, con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*; in *Giur. it.*, 2007, p. 1381; in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 628, con nota di M.D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e in-*

e la madre giuridica, l'impugnazione non avrebbe sicuramente avuto esito, essendo provata la discendenza a prescindere dalle circostanze della nascita⁽²¹⁾: come ricordato, 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.)⁽²²⁾.

3. — *L'accertamento di stato quale strumento di tutela della persona.*

Ciò detto, occorre verificare se l'inquadramento sistematico prospettato, teso a differenziare le aspettative del nato dalle modalità di procreazione

dagini ematogenetiche: la svolta della Consulta, che ha parzialmente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 235 c.c., poi abrogato dall'art. 106, d.lg. 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*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2° ed., Milano, 2013, p. 264 ss.; e, per i profili attuali, ID., *La riforma dello status di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 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 e M. LOIRA, *Gli status filiationis ed il favor veritatis*, in G. CHIAPPETTA (a cura di), *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli, 2011, spec. p. 355 ss.

⁽²¹⁾ In questo caso, diversamente da quanto sostenuto (G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, cit., p. 451, seguita da M.C. VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini*, cit., p. 5), discutendosi della veridicità della discendenza e della conseguente rimozione degli effetti dell'accertamento risultante dall'atto di nascita formato all'estero e trascritto in Italia, lo strumento dell'azione di stato appare essere stato correttamente impiegato, essendo l'unico in grado di fornire un accertamento poizore (suscettibile di giudicato) e, come tale, soggetto a regole peculiari, poste a presidio, non solo della verità biologica, ma anche dello stato acquisito e dell'affettività; viceversa, lo strumento della rettificazione (art. 95, d.P.R. n. 396/2000) soccorre relativamente al procedimento di registrazione, cioè, ad esempio, allorché occorre decidere se procedere a registrare o meno l'atto formato all'estero, ovvero se registrarlo solo parzialmente: cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 24 ss., 63 (nt. 136), 163 s., 232 ss., 370.

⁽²²⁾ 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, cit.; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

e/o di gestazione, si inserisce coerentemente nel sistema di accertamento della filiazione, come risultante dall'introduzione della l. n. 40/2004 e dalle modifiche di recente apportate dalla l. n. 219/2012 e dal d.lgs. n. 154/2013, disciplina su cui, per scelta del compilatore, non ha inciso l. n. 76/2016, dettata in materia di unioni civili.

L'indagine merita di essere svolta sotto tre profili strettamente interrelati: *a)* teleologico; *b)* sistematico; *c)* relativo al diritto fondamentale alla genitorialità.

Sub a), va evidenziata la funzione svolta nell'ordinamento attuale dall'accertamento della filiazione. Esso porta a compimento il sistema civile posto a protezione della persona umana, che trova attuazione secondo tre livelli, a seconda dell'attività giuridica compiuta in merito all'esistenza della persona stessa e ai suoi rapporti con altri soggetti cui è legata da discendenza biologica o affettiva.

Così, esiste: 1) una tutela di base derivante dalla nascita come fatto giuridico e, quindi, dal venire ad esistenza da parte del nuovo soggetto, che, in quanto tale, gode dello statuto della persona umana previsto dalle Convenzioni internazionali e dalle Costituzioni dei vari Stati, nonché dalle fonti primarie di quei sistemi che realizzano l'integrazione regionale, come quello dell'Unione Europea; 2) una tutela connessa all'accertamento della nascita e all'iscrizione del nato nei registri dello stato civile, di modo che l'evento nascita sia noto nell'ambito del sistema dato, così da 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; 3) una tutela 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⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Ci permettiamo di rinviare a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 7 ss. La tutela differenziata a seconda della posizione giuridica del nato non è certo cosa nuova e affonda le proprie radici nella cultura giuridica europea sin dal diritto attico, ove la personalità si acquisiva successivamente alla nascita con la partecipazione alla vita sociale, che principiava essenzialmente con l'attribuzione del nome: cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 510 ss.

Tale approdo muove da lontano, da quella dottrina che, a partire dalla metà degli anni sessanta del secolo scorso, assegnando una valenza particolare ai titoli costitutivi dello stato giuridico, attribuiva al concetto di *status* il significato e la funzione attuali di tutela della persona, contribuendo così in maniera determinante 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 della famiglia legittima⁽²⁴⁾. In sostanza, 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.

Sub b), la riforma del 2012-2013, attraverso la parificazione dello stato giuridico dei figli (art. 315 c.c.), ha definitivamente consacrato la costruzione dello *status* come non più fondato sull'appartenenza ad un gruppo familiare, ma derivante dal riconoscimento di una o più relazioni intersoggettive, da cui discende la relativa legittimazione (c.d. individualismo dello *status*)⁽²⁵⁾.

La richiamata 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 chichessia, 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. Il mutamento è avvenuto in almeno due direzioni fondamentali strettamente interrelate: 1) l'indebo-

⁽²⁴⁾ 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*, cit., spec. p. 251 ss.; e, dopo la riforma del 2012-2013, ID., *La riforma dello status di filiazione*, cit., 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.

⁽²⁵⁾ Sull'evoluzione del concetto di *status*, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 67 ss.

limento della eterosessualità come fondamento di una relazione; 2) la non necessità 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⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ 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, 3^a 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 J. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, trad. italiana di F. Cataldi Villari, 2^a 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, 5^a 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, 8^a 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 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

Da tutto ciò deriva l'irrelevanza dello stato giuridico del genitore e dei suoi orientamenti di vita privata e familiare sulla posizione del figlio, che è

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 iniziatio* (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 proles* (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 costituzionale italiana [Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361, con note di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, e *ivi*, c. 1701, con nota di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)*; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2010, p. 979; in *Fam. e dir.*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Giur. it.*, 2011, p. 537, con nota di P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*; in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179, con nota di F.R. FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*] e della Corte di giustizia dell'Unione [cfr., in particolare, Corte giust., 31 maggio 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.

tale sulla base di una relazione intersoggettiva che prescinde dall'esistenza di altri rapporti, ormai non più causa legittimante, ma mera conseguenza dell'accertamento dello stato (art. 74 c.c.).

Sub c), il diritto alla genitorialità è un diritto della personalità che trova fondamento diretto e tutela costituzionale negli artt. 2 e 30 Cost.⁽²⁷⁾. 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: 1) il diritto dell'adulto, che, a sua volta, si esplica in due modi contrapposti, positivo e negativo: 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; 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; 2) 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 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⁽²⁸⁾. Il limite alla bige-

⁽²⁷⁾ V. sul punto, ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 15 ss. e 46 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr., di recente, Cass., 9 giugno 2017, n. 14436, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2291: la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva omesso di considerare la capacità di recupero genitoriale del padre biologico anche quando le condizioni abitative ed economiche di questo erano migliorate e si erano avviate verso una condizione di stabilità, orientandosi in ogni caso verso la dichiarazione di adottabilità.

nititorialità è dato dall'interesse preminente del figlio⁽²⁹⁾.

Ciò posto, attualmente l'accertamento della filiazione prescinde dalla rigida dicotomia – che per decenni ha costituito il fondamento del sistema – tra filiazione biologica, basata sulla discendenza ingenita, e filiazione adottiva, incentrata sull'affettività e sulla necessità per il minore di crescere in un ambiente familiare sano. Oggi, infatti, la verità biologica, sebbene sia il preminente, non è più il criterio esclusivo per l'accertamento diretto della filiazione⁽³⁰⁾, alla luce del mutato quadro normativo e dei fondamentali arresti del giudice delle leggi e di quello di legittimità.

Sotto il profilo delle fonti, da un lato, l'introduzione della l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita (artt. 8 e 9) ha dato ingresso alla possibilità di costituire in via diretta lo stato di figlio a prescindere dalla tra-

⁽²⁹⁾ Ancora una volta è il diritto dell'Unione Europea a costituire il fondamento di questa situazione soggettiva patrimonialmente neutra. Il richiamato art. 24 C.d.f.U.E., al 3° comma, sancisce il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori e il reg. n. 2201/2003 si preoccupa di assicurare il rispetto di tale diritto nella crisi dei rapporti familiari. L'importanza di garantire il diritto alla bigenitorialità del figlio si rinviene soprattutto in quei casi, sempre più frequenti, in cui uno solo dei genitori possiede la cittadinanza dell'Unione (o altro stato giuridico che ne consenta la permanenza all'interno dei confini). In proposito, la Corte di giustizia, in applicazione della c.d. "clausola Zambrano" [su cui, ampiamente, R. CIPPITANI, *Libre circulación de los miembros de la familia en la interpretación del Tribunal de Justicia*, in *Urbe et ius*, 14 (2015), p. 81 ss. (consultabile anche in *urbeetius.org*)], ha anche di recente ribadito l'esigenza per il minore di accedere ad un rapporto affettivo con entrambi i genitori, anche qualora l'esercizio della responsabilità genitoriale venga comunque assicurata dal genitore cittadino: Corte giust., G.S., 10 maggio 2017, C-133/15, in *leggiditalia.it*. Sull'applicazione di questi principi nell'ordinamento italiano, anche alla luce del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (conv. in l. 13 aprile 2017, n. 46) per la protezione internazionale e il diritto all'unità familiare dei cittadini stranieri, nonché del reg. UE n. 603/2013 (c.d. regolamento di Dublino), M. ACIERNO, *Le novità introdotte dal d.l. n. 13 del 2017 convertito nella l. n. 46 del 2017 nei giudizi riguardanti la protezione internazionale e il diritto all'unità familiare dei cittadini stranieri*, in *Giudice donna*, 1/2017, consultabile in *giudicedonna.it*.

⁽³⁰⁾ La dottrina più autorevole già da tempo ha posto l'attenzione sulla "scelta" come strumento tecnico di attribuzione della genitorialità: 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.; ID., *Intento e procreazione*, in *dimt.it/2014*, ora in ID., *Lo spazio dei privati*, cit., p. 577 ss.

smissione di geni anche al di fuori delle ipotesi di adozione⁽³¹⁾, e, dall'altro, la "scelta" nella costituzione dello stato di filiazione è attribuita al genitore soltanto in prima battuta (e soprattutto alla madre, attraverso l'esercizio del diritto all'anonimato o, se coniugata, attraverso la possibilità di dichiarare il figlio come matrimoniale o meno, impedendo in quest'ultimo caso il funzionamento del sistema di matrimonialità di cui agli artt. 231 e 232 c.c.), mentre è soltanto il figlio che, a tutela della sua affettività e della propria identità, rimane l'unico legittimato senza limiti di tempo all'accertamento della verità biologica⁽³²⁾. Qualora lo stato giuridico non corrisponda per qualsivoglia ragione a quello biologico, soltanto quest'ultimo (se minore di età, rappresentato nelle forme previste dalla legge) è arbitro del proprio destino, compiendo un personale bilanciamento tra più interessi fondamentali tutelati dal sistema, quali quello alla verità biologica, ma anche l'altro a mantenere lo stato acquisito e, dunque, rapporti sociali e affettività consolidati. Le azioni di stato, siano esse volte all'accertamento diretto della filiazione o a quello indiretto, sono tutte imprescrittibili riguardo al figlio, che può decidere in qualsiasi momento di mutare il proprio stato giuridico verso l'adulto⁽³³⁾, o di

⁽³¹⁾ Come abbiamo avuto occasione di sottolineare (S. STEFANELLI, *Atto di nascita formato all'estero e genitorialità omosessuale*, in *Articolo29.it*), l'espreso consenso è titolo della filiazione ex artt. 8 e 9, l. n. 40/2004 anche rispetto alle coppie omosessuali, nonostante a queste difetti, come osservava Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit., la potenzialità procreativa, e, dunque, non potrebbe discutersi, per costoro, di sterilità o infertilità. La prospettiva determinante non è, infatti, quella dei diritti della coppia, ma quelli del nato «nei confronti di chi si sia liberamente determinato ad accoglierlo» (Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3042; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 53, con nota di E. PALMERINI, *Il disconoscimento di paternità del nato da fecondazione eterologa*), diritti che non tollerano disparità di trattamento in ragioni delle condizioni e dell'orientamento sessuale dei genitori, in quanto presidiati, come ha insegnato la stessa Consulta, non solo dall'art. 29, ma anche dall'art. 2 Cost.

⁽³²⁾ Sull'interesse del figlio a mantenere lo stato acquisito indipendentemente dalla rispondenza alla verità biologica, oltre alla recente Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., v. per la giurisprudenza di legittimità spec. 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.

⁽³³⁾ In questo caso lo stato inveridico verso il genitore affettivo dev'essere rimosso, salvo il reclamo nelle ipotesi di cui all'art. 239, 1° e 3° comma c.c., tramite le azioni di disco-

acquistarlo se questo manca (accertamento diretto), ma anche legittimamente di conservarlo, obbligando il genitore biologico soltanto al mantenimento (accertamento indiretto, *ex art. 279 c.c.*)⁽³⁴⁾.

Sul piano ermeneutico, 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 esplicazione 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 dalla effettiva capacità di generare e dall'instaurazione di legami giuridici con chi, eventualmente, ha scelto di condividerne il progetto procreativo⁽³⁵⁾.

Orientamento ribadito anche dal giudice di legittimità. Così, nell'adozione in casi particolari del figlio del partner *ex art. 44, lett. d)*, l'adozione nella coppia omoaffettiva (c.d. *stepchild adoption*) è il preminente interesse del minore alla costituzione dello stato nei confronti di un soggetto che lo accudisce e verso il quale si sono costituiti legami affettivi forti e duraturi ad aver guidato il giudice verso la corretta soluzione del caso⁽³⁶⁾; nell'ipotesi in cui

noscimento *ex art. 243 bis c.c.* o di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c., a seconda che la nascita sia avvenuta o meno in matrimonio.

⁽³⁴⁾ V., ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 15 ss. e 397 ss.

⁽³⁵⁾ V. ancora A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, cit., spec. p. 438 ss., ove si individuano 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 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.

⁽³⁶⁾ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2342; in *Giur. it.*, 2016, p.

due donne, condividendo il progetto genitoriale, abbiano fornito l'una il materiale genetico e l'altra l'utero portando a termine la gestazione, è proprio la trasmissione dei geni a consentire il riconoscimento della piena genitorialità della prima, con la costituzione dello *status* in aggiunta a quello già esistente in capo alla partoriente ed esclusione dell'inquadramento della fattispecie nella gestazione per altri sul presupposto del comune programma procreativo⁽³⁷⁾; 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⁽³⁸⁾; principio consacrato, a chiusura del processo ermeneutico disegnato dalla Cassazione, dalla stessa Corte costituzionale nell'ultima sentenza relativa alla

2573, con nota di A. SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità e rischi di eclissi della volontà legislativa*, e di I. RIVERA, *La sentenza della Corte di cassazione n. 21692/2016 e il superiore interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. ATTADEMO, *La "stepchild adoption" omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), L. n. 184/1983 e nella L. n. 218/1995*; in *Fam. e dir.*, 2016, p. 1025, con nota di S. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*.

⁽³⁷⁾ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit. Il provvedimento della S.C., come in precedenza ricordato (§ 2), supera definitivamente la tesi secondo cui è soltanto la partoriente la madre giuridica del nato, correttamente affermando che la riferibilità del parto (art. 269, 3° comma c.c.) costituisce soltanto uno dei mezzi di prova della maternità – che può essere data con ogni mezzo, al pari di quella della paternità (art. 269, 2° comma, c.c.) – e non un principio fondamentale dell'ordinamento; assunto ribadito in motivazione, più di recente, da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit..

⁽³⁸⁾ Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, cit.; quanto enunciato dalla sentenza rappresenta la sintesi della nostra concezione dell'accertamento dello stato di filiazione (seguendo A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. 251 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.

contestata maternità del nato da g.p.a., che chiaramente attribuisce al giudice, chiamato a decidere del singolo caso, la scelta dello strumento giuridico più idoneo a realizzare l'interesse del nato alla costituzione dello stato di figlio, con esclusione dell'applicazione automatica delle norme sull'adozione in casi particolari, che costituisce soltanto uno dei possibili strumenti, peraltro ad efficacia limitata⁽³⁹⁾.

In definitiva, attribuendosi rilevanza all'intersoggettività e alla volontà dei genitori e del figlio, 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 suoi bisogni primari, 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 giudice di più criteri di individuazione della genitorialità, che possono essere applicati 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 attribuito, anche se da altri ordinamenti. Questo interesse, tutelato dal sistema e inerente ai diritti fondamentali dell'individuo, permea il principio di ordine pubblico costituzionale nella materia che ci occupa e rappresenta la guida che l'interprete deve seguire nella soluzione del caso concreto posto alla sua attenzione.

4. — *La posizione del minore nella giurisprudenza costituzionale.*

Analizzato il quadro normativo attuale, occorre infine verificare se la soluzione prospettata a proposito di g.p.a. e ordine pubblico trovi conferma nell'attività del giudice delle leggi, con particolare riferimento al recente in-

⁽³⁹⁾ Come ha riconosciuto la stessa Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.: spec. § 4.3 della parte motiva. Sul punto, *infra*, § 4.

tervento originato proprio da un caso di impugnazione *ex art.* 263 c.c. del riconoscimento operato dalla madre affettiva in una vicenda che ha visto una coppia eterogenitoriale ricorrere alla g.p.a., realizzata in India attraverso ovodonazione⁽⁴⁰⁾.

Dalla lettura delle ragioni giuridiche su cui la Consulta fonda la propria decisione si ricavano due principi fondamentali: *a)* la centralità dell'interesse del minore in tutte le procedure che lo riguardano; *b)* la non automaticità dell'esclusione dello stato acquisito dal nato da g.p.a. per contrarietà all'ordine pubblico discrezionale, esclusione che dev'essere sempre valutata dal giudice nel caso concreto, tenendo conto del primo principio.

Sub a), è 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.

Sub b), il discorso è più complesso. 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 anche 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 abbiamo definito 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

⁽⁴⁰⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

questo, mantenendo, al contempo, i rapporti con la famiglia di origine o la possibilità di costituirli⁽⁴¹⁾.

Il giudice si trova quindi ad operare un bilanciamento nella singola fattispecie vagliata tra due situazioni: da un lato, l'attuazione dell'interesse del minore alla genitorialità e, quindi, ad uno stato giuridico di figlio che gli assicuri una tutela più ampia possibile e, dall'altro, la limitazione del ricorso alla gestazione per altri come strumento generativo, limitazione conseguente all'ordine pubblico discrezionale. La prima, tuttavia, risulta essere sempre preminente anche nell'ottica della Corte costituzionale, come si ricava, sia dalla struttura della motivazione della sentenza, come detto tutta imperniata sulla rilevanza del richiamato interesse, sia, più specificamente, dai suoi contenuti, che ne ribadiscono l'importanza, con specifico riferimento alle fonti, anche di rango costituzionale, di diritto interno e sovranazionale.

Ciò detto, occorre stabilire quali criteri osservare per operare nella fattispecie concreta un corretto bilanciamento, nel rispetto delle fonti nazionali e sovranazionali.

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, compiuta in un Paese estero, nel rispetto delle norme poste dal sistema ivi presente; *b)* altra, potenzialmente realizzabile anche in Italia, al di fuori delle regole giuridiche.

Sub a), in una interpretazione costituzionalmente orientata, non vi può essere dubbio sull'integrale recepimento della posizione vantata dal figlio in conseguenza della formazione del proprio atto di nascita secondo l'ordinamento estero⁽⁴²⁾, sulla base del preminente interesse del minore al riconosci-

⁽⁴¹⁾ A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 279 ss., spec. p. 343 ss.

⁽⁴²⁾ In questo senso, V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 10 s., il quale evidenzia (nt. 9) che, nel ragionamento della Consulta, la non meritevolezza riguarda il contratto di maternità surrogata onerosa, senza escludere il riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero, ove pure esso trovi il suo presupposto in un

mento o al mantenimento dello stato giuridico verso il genitore intenzionale. Con il ricorso all'adozione genitoriale, gli si imporrebbe la costituzione di uno stato giuridico deteriore, 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⁽⁴³⁾: di conseguenza, il suo diritto alla genitorialità può essere attuato soltanto verso il genitore intenzionale e il mancato riconoscimento o la rimozione dello stato verso questi può avvenire soltanto quando dalla sua esistenza possa derivare un pregiudizio al figlio.

tale contratto. Aspetto che viceversa non coglie S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, p. 95 s., sostenendo che l'interesse all'emersione alla verità della procreazione prevarrebbe sempre, impedendo la trascrizione dell'atto di nascita formato nei Paesi che consentono la g.p.a., in quanto mancherebbe «l'accertamento legale della genitorialità e non [sarebbe] stato ancora attribuito al minore alcuno stato». Cfr., nel senso opposto, l'orientamento della S.C., che, in sede penale, a conferma dei provvedimenti di merito, esclude il delitto di alterazione di stato nel caso di maternità surrogata, proprio con riferimento alla richiesta di trascrizione del titolo estero, perché la condotta si realizza quando lo stato è già costituito, appunto in forza dell'atto straniero: Cass., 10 marzo 2016, E.F. ed altri, cit., per la quale il ricorso all'estero alla g.p.a. non integra il reato di cui all'art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, e la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita non integra quello di alterazione di stato in quanto detta richiesta si realizza nel momento in cui si è perfezionata l'efficacia costitutiva della dichiarazione di nascita all'estero; di conseguenza riconosce che è possibile costituire al nato lo *status* di figlio della coppia, attraverso la trascrizione del titolo. Tra i giudici di merito, cfr. Trib. Milano, 15 ottobre 2013, A.C. e S.B., in *penalecontemporaneo.it*, 2014; G.i.p. Trib. Trieste, 4 ottobre 2013, A e B, in *De Jure*, G.i.p. Trib. Trieste, 6 giugno 2013, C e D, in *biodiritto.org*; G.i.p. Trib. Varese, 8 ottobre 2014, U.C. e S.C., in *penalecontemporaneo.it*, con nota di T. TRINCHERA, *Maternità surrogata all'estero e responsabilità penale: il dibattito prosegue con una sentenza del Tribunale di Varese che si adegua ai principi espressi dalla Corte EDU e assolve gli imputati*. In dottrina, M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persona*, Torino, 2014, p. 441. Per l'esclusione del delitto di alterazione di stato quando l'atto di nascita sia già formato, v. anche Cass., 24 ottobre 2002, P., in *Dir. pen. e processo*, 2003, p. 565, con nota di S. CORBETTA, *Successivo falso riconoscimento di figlio naturale: artt. 567 o 495 c.p.?*, in *Guida dir.*, 16/2003, p. 91. V. anche *retro*, § 1.

⁽⁴³⁾ Cfr. ancora A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 146 ss.

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 evidente 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 in varie occasioni stigmatizzato⁽⁴⁴⁾.

Del resto, come in precedenza rilevato, ciò che la dottrina più attenta (già prima dell'emanazione della l. n. 40/2004), con felice intuizione, ha definito "filiazione per scelta"⁽⁴⁵⁾, 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

⁽⁴⁴⁾ Cfr., in particolare, Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.; Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

⁽⁴⁵⁾ E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*, cit., p. 1035 ss.

diritto del figlio ad acquisire lo stato su di essa fondato⁽⁴⁶⁾.

In altri termini, il fatto che il sistema attuale, a tutela dell'interesse del minore, secondo il citato art. 9, l. n. 40/2004, attribuisca valenza all'affettività e all'intenzionalità anche al di fuori della filiazione adottiva, con possibilità di operare un accertamento diretto della filiazione verso il genitore intenzionale nella p.m.a., 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 ingenita l'unico criterio per l'attribuzione diretta dello stato di figlio, come si è appena ricordato, la rigida distinzione tra filiazione fondata sulla generazione e filiazione adottiva basata sull'affettività è venuta meno, con la conseguenza che lo stato di figlio matrimoniale o non matrimoniale può oggi prescindere dalla trasmissione dei geni.

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 e debbono trovare alternativamente impiego nelle fattispecie concrete esclusivamente in vista dell'attuazione del predetto interesse.

⁽⁴⁶⁾ Si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 359 ss. e 408 ss.

ROBERTO CIPPITANI (*)

IL TRATTAMENTO DEI DATI GENETICI A FINI DI RICERCA SCIENTIFICA

ABSTRACT: Among the novelties of the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (“GDPR”), one can find a more systematic discipline concerning the processing of personal data for the scientific aims, contained within the Article 89 and other dispositions of the GDPR. In addition, the GDPR explicitly considers the genetic information as personal data. The scope of this paper is to study the consequences in application of the European discipline of the protection of personal data in research activities concerning genetic information. This also taking into consideration other aspects, such as the rules applicable to the use, for scientific purposes, of the biological material form which the genetic information may arise.

SOMMARIO: 1. Libertà della ricerca e rispetto dei diritti fondamentali. – 2. Protezione dell’informazione genetica attraverso la disciplina della privacy. – 3. Finalità scientifiche. – 4. Finalità scientifiche ed eccezioni alla regola del consenso. – 5. Utilizzi successivi. – 6. Tenuta e conservazione dei dati. – 7. Specificità dell’informazione genetica. – 8. Principi etici e libertà di ricerca sull’informazione genetica. – 9. Consenso e equilibrio tra libertà di ricerca e diritti in materia di informazione genetica.

1. — *Libertà della ricerca e rispetto dei diritti fondamentali.*

Oggi una delle espressioni più potenti della tecno-scienza (e cioè della scienza che incide sul mondo attraverso la tecnologia) è rappresentata dalla ricerca genetica.

L’interesse per la genetica da parte degli studiosi e del pubblico è cresciuto da quando il potere manipolativo della tecno-scienza ha permesso non solo di acquisire importanti conoscenze dai dati genetici⁽¹⁾, ma anche di

(*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “Umbria Biobank: Start up per una Biobanca in Umbria”, Progetto PRJ-1506, Azione 2.3.1, POR-FESR 2014-2020, cofinanziato dall’Unione Europea e dalla Regione Umbria.

⁽¹⁾ Una tappa importante nella storia di questo settore è rappresentata dal Progetto

utilizzarle per intervenire nella struttura della vita attraverso tecniche come la clonazione e l'editing genetico⁽²⁾.

Questo potere delle biotecnologie ha assunto rilievo per il diritto, in base agli interessi specifici da tutelare⁽³⁾.

Con riferimento alle persone, l'art. 1 della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, n. R (97)5 (del 13 febbraio 1997) considera le informazioni genetiche come "dati medici", vale a dire «dati personali riguardanti la salute di una persona».

In quanto dati medici, le informazioni genetiche sono prese in considerazione dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina (approvata dal Consiglio d'Europa nel 1997 a Oviedo), in particolare dal suo capitolo IV sul genoma umano e da alcuni dei protocolli aggiuntivi⁽⁴⁾. Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, la Carta dei diritti fondamentali fa esplicito riferimento all'informazione genetica negli artt. 3 e 21.

Per quanto riguarda specifici paesi, solo alcune costituzioni recentemente modificate, come quelle della Svizzera (v. art. 24 *nomies*) e del Portogallo (art. 26.3, 2° comma), si riferiscono alla protezione dei dati genetici.

Generalmente le questioni giuridiche relative all'informazione genetica

Genoma Umano, avviato dal National Institutes of Health (NIH) degli Stati Uniti insieme ad un'impresa privata, *Celera Corporation*, fondata e gestita dal biochimico Craig Venter.

⁽²⁾ Si vedano ad esempio le recenti notizie relative al CRISPR, una tecnica che consente agli scienziati di apportare modifiche ai genomi per correggere le mutazioni che causano malattie negli embrioni umani, v. H. LEDFORD, *CRISPR fixes embryo error. Gene-editing experiment in human embryos pushes scientific and ethical boundaries*, in *Nature*, 3 August 2017, vol. 548, pp. 13-14.

⁽³⁾ V. J.H. GERARDS, *General Issues Concerning Genetic Information*, in J.H. GERARDS, A.W. HERINGA, H.L. JANSEEN, *Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective*, (Itersentia) Oxford, 2005, p. 5 ss.; v. V. COLCELLI, *Information on Access and Benefit Sharing regarding the Utilisation of Genetic Resources under the European Union Legal Regulation*, in R. ARNOLD, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (ed.), *Genetic Information and Individual Rights*, (Universitätsverlag) Regensburg, 2018, pp. 82-98.

⁽⁴⁾ Diversi protocolli aggiuntivi fanno riferimento alle informazioni genetiche: Divieto di clonazione di esseri umani (1998); Diritti umani e biomedicina: Trapianto di organi e tessuti di origine umana (2001); ricerca biomedica (2005); test genetici a fini sanitari (2008).

delle persone sono disciplinate dalla legislazione ordinaria, ad esempio negli ordinamenti giuridici di Francia e Austria⁽⁵⁾, e in altri paesi⁽⁶⁾.

Dal punto di vista giuridico vi sono almeno due interessi protetti nel caso dell'informazione genetica degli individui. In primo luogo, essa è considerata una componente particolarmente importante della personalità e pertanto il suo utilizzo deve rispettare la dignità delle persone⁽⁷⁾ e in generale i loro diritti fondamentali⁽⁸⁾. In particolare, la tutela della dignità è necessaria per prevenire o punire la discriminazione basata sulle caratteristiche genetiche (art. 11 della convenzione di Oviedo e art. 21 della Carta dell'UE).

Inoltre, la protezione dell'identità genetica è considerata un modo per salvaguardare l'identità delle persone⁽⁹⁾.

Un altro interesse preso in considerazione non riguarda il singolo individuo, ma l'umanità nel suo complesso: l'intangibilità del genoma umano, che è affermata di diversi punti di vista.

In particolare, è vietata qualsiasi alterazione del patrimonio genetico umano (cfr. artt. 16-4 del Codice civile francese), che possa essere trasmissibile alle successive generazioni (cfr. la Dichiarazione universale sul genoma

⁽⁵⁾ In particolare, la legge francese regola l'uso dei dati genetici attraverso il Capo III del Titolo I del Code Civil «*De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques*» che è stato introdotto dalle leggi riguardanti la bioetica, di cui l'ultima è la Loi 2011-267 del 14 marzo 2011. Sulla *loi de bioéthique*, v. R. CIPPITANI, *Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa alla bioetica*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, pp. 1836-1865; ID., *La nuova ley Francesa en tema de bioética en el contexto europeo*, in *Criminogenesis*, 2011, pp. 199-214.

⁽⁶⁾ Per quanto riguarda il diritto svizzero, cfr. la legge federale sui test genetici umani, approvata nel 2004 ed entrata in vigore il 1° aprile 2007. In Germania negli ultimi anni è stata approvata una legge sulla diagnostica genetica (Gendiagnostikgesetz - GenDG) entrata in vigore il 1° febbraio 2010. Vedi A. DIURNI, *Esperienze di regolamentazione della diagnostica genetica*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 660.

⁽⁷⁾ A. FALCONE, *La tutela del patrimonio genetico umano, fra Costituzione e diritti. Verso la Formazione di un Corpus Iuris sul genoma umano*, Catanzaro, 2012, p. 17.

⁽⁸⁾ A. RUGGERI, «Nuovi» *Diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Politica del dir.*, 2/1993, p. 183.

⁽⁹⁾ Corte giust., 18 ottobre 2011, C-34/10, Oliver Brüstle/Greenpeace eV, ECLI:EU:C:2011:669, par. 33.

umano e i diritti umani dell'UNESCO del 1997 e l'art. 13 della Convenzione di Oviedo). Tale divieto è formulato specialmente con riguardo alle pratiche scientifiche, oltre che a quelle terapeutiche (si veda l'art. 57 del nuovo Codice civile argentino).

Anche la clonazione riproduttiva di esseri umani è considerata illegale ai sensi dell'art. 3 della Carta dell'Unione europea e degli artt. 16-4 del Codice civile francese.

Inoltre, nelle fonti comunitarie si afferma che «si è concordi sul fatto che l'intervento genetico germinale sull'uomo e la clonazione di esseri umani costituiscono una violazione dell'ordine pubblico e del buon costume» e che, pertanto, è necessario «escludere inequivocabilmente dalla brevettabilità i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e i procedimenti di clonazione dell'essere umano» [cfr. “considerando” 40 della direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche; cfr. anche art. 6, par. 6, lett. a). 2. b della medesima direttiva].

2. — *Protezione dell'informazione genetica attraverso la disciplina della privacy.*

Come accennato nel paragrafo precedente, tra gli interessi tutelati dalla legge in materia di informazione genetica umana, si considera la salvaguardia della sfera personale.

In particolare, la tutela dell'informazione genetica, nella ricerca così come in altre attività, avviene attraverso la disciplina della protezione dei dati personali.

A livello europeo, le prime fonti giuridiche adottate in materia, come la Convenzione di Strasburgo n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati personali del 1981 del Consiglio d'Europa (di seguito “Convenzione n. 108”) e la Direttiva 95/46/CE dell'Unione Europea del 24 ottobre 1995, non consideravano esplicitamente l'informazione genetica.

Tuttavia, tali fonti contengono riferimenti a tipologie di dati che possono

anche riguardare il patrimonio genetico. L'art. 8, par. 1, della predetta direttiva, in particolare, prendeva in considerazione «i dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica (...) nonché il trattamento di dati relativi alla salute». Tali dati sono considerati “sensibili” perché rivelano aspetti particolarmente intimi della vita di una persona. Per questo motivo, il trattamento dei dati sensibili può essere vietato o sottoposto a speciale controllo da parte delle autorità, al fine di garantire la protezione rafforzata prevista dalla direttiva (cfr. anche l'art. 6 della Convenzione n. 108).

In ogni caso, la qualificazione dell'informazione genetica come dato personale è stata confermata dalla letteratura⁽¹⁰⁾ e dai documenti emessi da organismi sovranazionali.

L'“Explanatory Memorandum” della raccomandazione n. R (97)5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla protezione dei dati medici afferma che «*For the purposes of the recommendation, the drafters of the recommendation considered that most of the principles should apply to genetic data as well as to medical data*» (par. 41). L'appendice di tale raccomandazione fornisce una definizione dei dati genetici (tra cui quelli medici) e afferma che il testo «*refers to all data on the carrying of any genetic information (genes) in an individual or genetic line relating to any aspect of health or disease, whether present as identifiable characteristics or not*».

Anche il documento di lavoro sui dati genetici, adottato il 17 marzo 2004 dall'Article 29 Data Protection Working Party⁽¹¹⁾, afferma che l'informazione genetica deve essere considerata come dato personale (par. III, pag. 5).

Oggi, il nuovo regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), che sostituisce la direttiva del 1995, considera esplicitamente l'informazione genetica come “dato personale” (art. 4, par. 1), definendola come «i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano

⁽¹⁰⁾ M. D'AMICO, *Il trattamento pubblico dei dati sensibili: la disciplina italiana a confronto con il modello europeo*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, vol. 4, 2002, p. 817 ss.

⁽¹¹⁾ Su ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp91_en.pdf.

in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione» (art. 4, n. 13).

L'art. 9, par. 2, del regolamento 2016/679 conferma la qualifica di "sensibili" dei dati genetici, stabilendo il divieto del loro trattamento, almeno se alcune condizioni non sono soddisfatte.

In conseguenza del riferimento alla disciplina della privacy, è possibile applicare all'informazione genetica le norme relative alla raccolta, al trattamento e alla conservazione dei dati personali, in particolare di quelli che devono essere considerati sensibili.

Tuttavia, come spiegato nei paragrafi successivi, si può osservare che l'uso dei dati, ed in particolare dei dati genetici, nell'ambito della ricerca scientifica conduce a derogare alle regole generali in materia di protezione dei dati della persona.

3. — *Finalità scientifiche.*

Ai sensi dell'art. 5, par. 1 del regolamento n. 2016/679, i dati personali devono essere raccolti in modo lecito [lett. a)] e solo per realizzare specifici scopi; inoltre devono essere trattati in modo compatibile con tali scopi (cosiddetto "principio di finalità").

Non tutte le finalità sono accettabili⁽¹²⁾. Ai sensi dell'art. 5 della Dichiarazione internazionale dell'UNESCO sui dati genetici umani del 2003, gli ambiti di applicazione ammissibili per l'uso dei dati genetici sono quelli relativi alla salute e alle indagini penali, vale a dire la diagnosi e l'assistenza sanitaria, compresi lo *screening* e i test predittivi, e la medicina forense per quanto riguarda i procedimenti civili, penali e altri procedimenti giudiziari.

Inoltre, qualsiasi altra finalità coerente con le definizioni e gli obiettivi della legge è ammissibile se non viola i diritti fondamentali (cfr. ad esempio

⁽¹²⁾ Il trattamento di informazioni genetiche per finalità non legalmente riconosciute può essere punito penalmente, come avviene in Francia per coloro che richiedono test genetici su se stessi o su altri, al di fuori dei casi autorizzati dalla legge (cfr. art. 226-28-1 del codice penale).

l'art. 20 della raccomandazione CM/Rec (2015)5 del Comitato dei ministri agli Stati membri sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'occupazione).

Tra le altre finalità, le attività di ricerca possono rappresentare uno scopo legittimo per la raccolta e il trattamento di informazioni genetiche, come stabilito esplicitamente dalle fonti giuridiche, a diversi livelli. In particolare, l'art. 5, punto ii), della Dichiarazione dell'UNESCO del 2003 considera legittima la «ricerca medica e scientifica», vale a dire la ricerca medica e altre ricerche scientifiche, compresa la ricerca epidemiologica, in particolare gli studi genetici basati sulla popolazione, nonché gli studi antropologici o archeologici.

L'ammissibilità della ricerca sulle informazioni genetiche è accettata anche negli ordinamenti nazionali [v. artt. 16-10 e 16-11 del Codice Civile francese; v. anche il Garante per la protezione dei dati personali, Autorizzazione Generale n. 8/2012 del 15 dicembre 2016, par. 3, lett. a).3].

Più in generale, l'accettabilità degli scopi scientifici deriva dalla rilevanza assunta dalla scienza per la società e gli ordinamenti giuridici.

Oggi, le costituzioni nazionali e sovranazionali, così come il diritto internazionale, considerano l'attività accademica, e in particolare la ricerca, come una libertà fondamentale, necessaria per assicurare il bene collettivo⁽¹³⁾.

Come sancito dall'art. 12 della Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo dell'UNESCO del 1997, «Ognuno deve aver accesso ai progressi della biologia, della genetica e della medicina, concernenti il genoma umano, nel rispetto della propria dignità e dei propri diritti» [art. 2, lett. a)] e «La libertà della ricerca, necessaria al progresso della conoscenza deriva dalla libertà di pensiero. Le applicazioni della ricerca soprattutto quelle in biologia, genetica e medicina, concernenti il genoma umano, devono tendere ad alleviare la sofferenza ed a migliorare la salute dell'individuo e di tutta l'umanità» [v. lett. b)]. Ai sensi dell'art. 14 di tale Dichiarazione, gli Stati hanno l'obbligo di consentire l'esercizio di tale libertà.

⁽¹³⁾ Per un commento a detta disposizione, v. C. F. MOLINA DEL POZO, C. ARCHONTAKI, *Libertad de artes y de Investigación Científica, Libertad de Cátedra*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, pp. 361-367.

La rilevanza della ricerca è in particolare sottolineata dalle fonti comunitarie degli ultimi trent'anni, in quanto fulcro dell'integrazione europea.

Ciò è spiegato dai documenti istituzionali della strategia di Lisbona del 2000 e oggi in "Europa 2020"⁽¹⁴⁾.

In particolare, il regolamento generale sulla protezione dei dati (cfr. "considerando" 159 di cui sopra) sottolinea l'importanza della circolazione delle informazioni per la costruzione dello Spazio europeo della ricerca (di seguito "SER"), come previsto dall'art. 179, par. 2, lett. a).1, TFU, «nel quale i ricercatori, le conoscenze scientifiche e le tecnologie circolino liberamente».

Il SER non è solo una dimensione del mercato interno, ma anche l'espressione di un pilastro culturale su cui si dovrebbe costruire il processo di integrazione europea. In effetti, il regolamento stesso afferma che «Per finalità di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, è opportuno tener conto delle legittime aspettative della società nei confronti di un miglioramento delle conoscenze» ("considerando" 113) e sottolinea altresì che «Per rispondere alle specificità del trattamento dei dati personali per finalità di ricerca scientifica dovrebbero applicarsi condizioni specifiche, in particolare per quanto riguarda la pubblicazione o la diffusione in altra forma di dati personali nel contesto delle finalità di ricerca scientifica» (v. "considerando" n. 159).

Per i motivi suesposti, e soprattutto sulla base delle particolarità delle attività di ricerca, la disciplina europea in materia di protezione dei dati personali prevede deroghe o eccezioni specifiche nell'uso dei dati in caso di trattamento a fini scientifici.

4. — *Finalità scientifiche ed eccezioni alla regola del consenso.*

Sulla base della qualifica di "dato personale" [si veda art. 4, nn. 1 e 13, regolamento (UE) n. 2016/679], l'informazione genetica dovrebbe essere

⁽¹⁴⁾ Commissione Europea, Europe 2020, A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM(2010) 2020 final, 3 March 2010. Sugli aspetti legali di una "società della conoscenza", si permetta il rinvio a R. CIPPITANI (a cura di), *El Derecho en la Sociedad del Conocimiento*, ISEG, Roma-Perugia, 2012.

sotto il controllo della persona interessata, la quale ha il diritto di dare il proprio consenso libero e informato (Convenzione di Oviedo, cfr. in particolare l'art. 5) per il trattamento dei suoi dati [cfr. anche l'art. 6, lett. d), dichiarazione dell'UNESCO del 2003]⁽¹⁵⁾.

Secondo la definizione di cui all'art. 2, della dichiarazione dell'UNESCO del 2003, il consenso deve essere «specifico, informato ed esplicito che una persona concede liberamente affinché i suoi dati genetici siano raccolti, trattati, utilizzati e conservati» [cfr. anche l'art. 2, par. 2, n. 21, del regolamento (UE) n. 536/2014 concernente la sperimentazione clinica]⁽¹⁶⁾.

Considerata la qualificazione dell'informazione genetica come «dato personale riguardante salute» (v. art. 4, n. 11 del regolamento generale sulla protezione dei dati personali), il consenso dovrebbe essere fornito in modo chiaro ed esplicito⁽¹⁷⁾. Questo perché le fonti giuridiche stabiliscono che la forma di espressione del consenso deve dipendere dall'importanza degli interessi da tutelare⁽¹⁸⁾.

Il consenso esplicito e scritto è necessario nel caso in cui l'individuo partecipi alla ricerca scientifica biomedica (cfr. Convenzione di Oviedo, art. 16, v), soprattutto quando le attività di ricerca sono legate all'informazione genetica (cfr. Autorizzazione generale del Garante italiano n. 8/2012, par. 6; cfr. anche gli artt. 16-10 del *Code civil* e l'art. L. 1131-1 del *Code Santé Publique*, in appresso "CSP").

Inoltre, il consenso è necessario quando i dati genetici sono «conservati per finalità diagnostiche e di assistenza sanitaria e per finalità di ricerca scientifica e medica, a meno che non sia altrimenti disposto dal diritto interno

⁽¹⁵⁾ Sul consenso all'uso delle informazioni genetiche, v. R. CIPPITANI, *Consent to the Use of Genetic Information: Between Respect of Privacy and Protection of Other Fundamental Interests*, in questa *Rivista*, 2014, pp. 493-532.

⁽¹⁶⁾ Vedi A. SASSI, *Derechos patrimonialmente neutros*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., pp. 213-218.

⁽¹⁷⁾ Vedi WP131 - Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR).

⁽¹⁸⁾ Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 15/2011 on the definition of consent*, adottata il 13 luglio 2011, par. III.A.3; reperibile all'indirizzo: ec.europa.eu.

per ragioni imperative e in conformità con il diritto internazionale relativo ai diritti umani» (cfr. art. 22, dichiarazione UNESCO del 2003).

Occorre poi ricordare che l'art. 8, par. 2, secondo periodo, della Carta dell'UE afferma che «Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica».

La legislazione, nazionale o sovranazionale, può imporre limitazioni ed eccezioni alla tutela dei dati personali ed alla relativa richiesta di consenso informato, come nei casi di sicurezza nazionale, difesa, pubblica sicurezza, prevenzione, indagini, accertamento e perseguimento dei reati o delle violazioni di deontologia per le professioni regolamentate, interessi economici o finanziari rilevanti o la protezione degli interessati o dei diritti e delle libertà altrui.

Inoltre, le fonti legali forniscono una serie di eccezioni e limitazioni dei diritti della persona interessata, nel caso in cui le informazioni personali siano utilizzate nelle attività scientifiche⁽¹⁹⁾.

La necessità di eccezioni al diritto del consenso deriva dalle caratteristiche della ricerca, il cui sviluppo dipende dalla disponibilità dei dati. Infatti, le politiche pubbliche che limitano l'accesso ai dati⁽²⁰⁾ possono avere effetti negativi sulla ricerca scientifica, soprattutto nel caso di ricerca genetica⁽²¹⁾. Per questi motivi, la legislazione sulla protezione della privacy prevede alcuni limiti ai diritti delle persone interessate.

Già la direttiva 95/46/CE prevedeva che gli Stati membri potevano stabilire deroghe ai diritti della persona interessata, qualora i dati fossero stati utilizzati esclusivamente ai fini della ricerca scientifica (art. 13, par. 3).

⁽¹⁹⁾ V. Commissione Europea, *Open Innovation, Open Science, Open to the World - a vision for Europe*, Bruxelles, 2016.

⁽²⁰⁾ W.W. LOWRANCE, F.S. COLLINS, *Identifiability in Genomic Research*, in *Science*, 3 August 2007, vol. 317, pp. 600-602.

⁽²¹⁾ V. le conclusioni di M. GYMREK, A.L. MCGUIRE, D. GOLAN, E. HALPERIN, Y. ERILICH, *Identifying Personal Genomes by Surname Inference*, in *Science*, 18 Jan 2013, vol. 339, Issue 6117, pp. 321-324; v. anche l'editoriale di *Nature* intitolato "Genetic Privacy" («The ability to identify an individual from their anonymous genome sequence, using a clever algorithm and data from public databases, threatens the principle of subject confidentiality») in *Nature*, 24 gennaio 2013, vol. 493, p. 451.

Il nuovo regolamento sulla protezione dei dati personali sviluppa e precisa l'accento contenuto nella direttiva, prevedendo che quando «i dati personali sono trattati a fini di ricerca scientifica o storica o a fini statistici», le norme europee e nazionali possono prevedere deroghe ai diritti normalmente spettanti agli interessati, quali il diritto di accesso (art. 15), il diritto di rettifica (art. 16), il diritto di limitazione del trattamento (art. 18) e il diritto di opposizione (art. 21).

Le leggi possono anche stabilire una deroga al diritto di cancellazione (il c.d. "diritto all'oblio"), stabilito dall'art. 17, par. 1, del regolamento (UE) n. 2016/679⁽²²⁾.

Deroghe ai diritti normalmente riconosciuti agli interessati sono inoltre previste da documenti degli organi del Consiglio d'Europa.

Ad esempio, l'art. 8, par. 2.d) della raccomandazione R (97) stabilisce che l'accesso ai dati medici (compresi i dati genetici) e il diritto di rettifica possono essere negati quando «i dati sono utilizzati per fini statistici o ricerche scientifiche quando non esistano rischi manifesti di pericolo per la vita privata di persone interessate, in particolare per il fatto che i dati non sono utilizzati per decisioni o misure relative ad una persona determinata».

Pertanto, in base al diritto europeo, una volta che l'informazione genetica è trattata nell'ambito di attività scientifiche, la persona interessata perde i suoi poteri di controllo, come previsto al contrario in altri casi di trattamento di dati personali.

Tali limitazioni devono essere giustificate sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo: il personale addetto al trattamento del dato genetico deve essere professionalmente qualificato [cfr. ad esempio par. 14 della Dichiarazione di Helsinki; l'art. 28, par. 1, lett. j), regolamento (UE) n. 536/2014]⁽²³⁾

⁽²²⁾ La quale disposizione prevede che «L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali».

⁽²³⁾ La libertà di ricerca si distingue dalla libertà di espressione in quanto è riconosciuta solo a persone qualificate che operano all'interno di istituzioni o imprese accademiche e che dispongono delle competenze e degli strumenti necessari. V. R. CIPPITANI, *Academic Freedom*

e deve rispettare gli obblighi professionali e le norme di condotta (cfr. art. 4 della Convenzione di Oviedo); le attività svolte devono essere qualificate come “ricerca”.

Riguardo la qualificazione dell’attività come attività di ricerca, in ragione del contesto giuridico favorevole all’attività scientifica, la “ricerca” e le “finalità di ricerca” dovrebbero essere considerate in senso lato, conformemente al diritto dell’Unione europea, tale quindi da «includere ad esempio sviluppo tecnologico e dimostrazione, ricerca fondamentale, ricerca applicata e ricerca finanziata da privati» (v. il “considerando” 159, regolamento 2016/679)⁽²⁴⁾.

Le attività di ricerca devono essere formalizzate in un progetto (v. il par. 4, Autorizzazione n. 8 del Garante Italiano) che deve essere redatto in conformità alle norme del relativo settore disciplinare, al fine di fornire la prova che il trattamento dei dati e l’utilizzo di campioni biologici sono effettuati per scopi scientifici adeguati ed efficaci.

5. — *Utilizzi successivi.*

Generalmente, le fonti prevedono un “consenso specifico”, nel senso che la persona interessata ha il diritto di dare il proprio consenso per qualsiasi uso specifico dei dati personali, al fine di ottenere una più completa salvaguardia della propria autodeterminazione.

Oltre alle citate disposizioni della Convenzione di Oviedo e della Dichiarazione dell’UNESCO del 2003, la specificità del consenso è prevista dalla legislazione comunitaria, come stabilito dall’art. 8, par. 2, Carta dell’UE, per la quale i «dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro

as a Fundamental Right, in *1st International Conference on Higher Education Advances, HEAd’15, Universitat Politècnica de València*, Valencia, 24-26 June 2015, (Universitat Politècnica) València, pp. 552-558.

⁽²⁴⁾ Riguardo alla definizione delle varie tipologie di ricerca, v. Comunicazione della Commissione, Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, 2014/C 198/01, del 2014.

fondamento legittimo previsto dalla legge». Dello stesso tenore è l'art. 4, n. 11 del regolamento (UE) n. 2016/679.

Pertanto, la disciplina della protezione dei dati personali si basa sulla regola della “granularità”⁽²⁵⁾, cioè sulla necessità che il consenso sia concesso per finalità limitate e per situazioni specifiche⁽²⁶⁾. Quando le finalità del trattamento o la situazione del titolare cambiano, occorre chiedere alla persona interessata di esprimere un nuovo consenso.

È quanto emerge, ad esempio, dalla raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa Rec (2006)4 del 15 marzo 2006, concernente la ricerca sul materiale biologico di origine umana. L'art. 12, par. 1 disponeva che il materiale biologico raccolto per scopi diversi dalla ricerca scientifica (ovvero a fini terapeutici) non potesse essere utilizzato senza il consenso o l'autorizzazione. Pertanto, quando l'attività successiva è “sostanzialmente diversa” per quanto riguarda la persona autorizzata⁽²⁷⁾, dovrebbe essere concesso un nuovo consenso.

Il consenso non dovrebbe essere dato senza limiti di tempo. Le fonti comunitarie stabiliscono che i responsabili del trattamento dei dati personali devono chiedere nuovamente alla persona di confermare il consenso⁽²⁸⁾ qualora la situazione dell'interessato sia cambiata (ad esempio, perché un bambino diventa adolescente)⁽²⁹⁾.

La regola di granularità può tuttavia costituire un ostacolo per le attività di ricerca. Di fatti, la raccolta dei dati avviene normalmente nell'ambito di altre attività, ad esempio per l'analisi diagnostica, e viene poi elaborata a fini scientifici. Tali finalità non sono così chiare al momento della raccolta dei dati e possono cambiare nel tempo. Inoltre, la stessa base di dati può essere utile

⁽²⁵⁾ V. par. III.A.1 dell'Opinione n. 15/2011 *on the definition of consent*, cit.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*.

⁽²⁷⁾ CONSIGLIO D'EUROPA, *Explanatory report to the convention on human rights and biomedicine*, 1997, par. 214.

⁽²⁸⁾ V. anche Article 29 Working Party, *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*, adottata il 22 giugno 2010, su: *ec.europa*.

⁽²⁹⁾ Article 29 Working Party, *Working document 1/2008 on the protection of children's personal data*, 18 febbraio 2008, su *194.242.234.211/documents/10160/10704/1531889*.

per molti tipi di ricerca (i dati genetici possono essere elaborati ad esempio in campo medico, biologico, antropologico e sociologico). Di conseguenza, è difficile ottenere il consenso su specifici programmi di ricerca ed è problematico e costoso prevedere il consenso per ogni specifica attività scientifica.

Ciò vale, in particolare, per le attività delle biobanche, vale a dire le grandi raccolte di campioni biologici (soprattutto ma non soltanto di origine umana) e dei dati associati, come le informazioni genetiche⁽³⁰⁾.

Per questi motivi, la letteratura e la prassi suggeriscono approcci più flessibili rispetto alla stretta applicazione della regola della granularità.

Si possono infatti osservare soluzioni che facciano riferimento al consenso ampio (“broad consent” per una gamma di usi definiti in senso lato); al consenso presunto (le persone che non vogliono essere coinvolte in una determinata attività devono esprimere il loro dissenso); e, in alcuni casi, si propone di ricorrere addirittura al “consenso in bianco” (“blanket consent”), cioè il consenso a qualsiasi uso futuro⁽³¹⁾.

In ogni modo l’approccio più ampiamente utilizzato è quello del “consenso ampio”.

Infatti, la raccomandazione del 2016 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa ha sostituito l’obbligo di fornire informazioni su ciascuna attività di ricerca (come stabilito dall’art. 10, par. 2, della raccomandazione

⁽³⁰⁾ Per un panorama sulla legislazione internazionale, europea e nazionale sulle biobanche v. tra gli altri, I. VIVAS TESÓN, *Bioresearch, Biobanks and Informed Consent from Vulnerable Donors in Spanish Law*, in *Europa e Diritto privato*, 2013, p. 1069 ss.; L. SCAFFARDI, *Legal Protection and Ethical Management of Genetic Databases: Challenges of the European Process of Harmonization*, in *European Legal Integration: The New Italian Scholarship*, Jean Monnet Working Paper 19/08, New York University School of Law, New York, 2008; B. GODARD, J. SCHMIDTKE, J.-J. CASSIMAN, S. AYMÉ, *Data storage and DNA banking for biomedical research: informed consent, confidentiality, quality issues, ownership, return of benefits. A professional perspective*, in *European Journal of Human Genetics*, 2003, 11, Suppl. 2, S88-S122.

⁽³¹⁾ L’Organizzazione mondiale della sanità, in un documento del 1998, ritiene che quest’ultimo approccio potrebbe costituire l’approccio più “efficiente ed economico”, in quanto evita i costi derivanti dalla necessità di contattare più volte la stessa persona, al fine di ottenerne il consenso, per nuovo progetto di ricerca, v. World Health Organisation, *Proposed international guidelines on ethical issues in medical genetics and genetic services*, 1998, p. 13, in who.int/genomics/publications/en/ethicalguidelines1998.pdf.

del 2012) con l'obbligo di informare più in generale la persona interessata in merito alla natura di qualsiasi uso previsto per la ricerca (art. 10, par. 1, raccomandazione del 2016).

Sul punto si è pronunciato nel 2005 il Comitato per la bioetica (DH-BIO) del Consiglio d'Europa, che nella relazione al progetto di raccomandazione sulla ricerca riguardante i materiali biologici di origine umana ha evidenziato l'importanza di ottenere il consenso all'utilizzo dei dati anche per ricerche future anche bei casi in cui la ricerca specifica non è nota e conoscibile. Se la ricerca futura non può essere identificata, l'autorizzazione non dovrebbe essere incondizionata (ovvero un consenso in bianco) ma il più possibile specifica, tenuto conto delle conoscenze acquisite al momento in cui è richiesto il consenso⁽³²⁾.

A livello nazionale, ad esempio, l'*Ethics and Governance Framework* del Regno Unito prevede esplicitamente che, a causa dell'impossibilità di anticipare tutti gli usi futuri della ricerca, si possa richiedere all'interessato un consenso generale per le ricerche condotte nell'ambito delle biobanche, piuttosto che per ricerche specifiche. Un ulteriore consenso sarà richiesto per tutte le attività proposte che non rientrano in detto consenso.

Altro esempio dell'uso di un consenso ampio può essere reperito nel *Nationaler Ethikrat* tedesco del 2004⁽³³⁾, nonché nel *Code of Practice* della *UK Human Tissue Authority* del 2006 e nella legislazione svedese⁽³⁴⁾, islandese ed

⁽³²⁾ V. art. 12, par. 48 del «Draft Explanatory Memorandum to the Draft Recommendation on Research on Biological Materials of Human Origin of Steering Committee on Bioethic»: «When biological materials of human origin and personal data are collected it is best practice to ask the sources for their consent to future use, even in cases where the specifics of the future research projects are unknown. If future research use of biological materials of human origin and personal data cannot be specifically anticipated, the consent should not be framed too broadly in order to prevent unconditional, “blanket” consent. The request for consent should be as explicit as possible in regard to the future research uses of the biological material of human origin and personal data».

⁽³³⁾ Nationaler Ethikrat, *Biobanken für die Forschung*, Stellungnahme, 2004, Berlino, su ethikrat.org/_english/publications/Opinion_Biobanks-for-research.pdf.

⁽³⁴⁾ La Raccomandazione R(2006)4 del Consiglio d'Europa è stata ispirata dal Human Tissue Act del Regno Unito del 2004 e dal “Code of Practice” adottato dalla Human Tissue Authority nel gennaio 2006. In particolare, il punto 106 of the Code of Practice stabilisce

estone che consentono un'ampia descrizione degli scopi della ricerca. La legge spagnola sulla ricerca biomedica⁽³⁵⁾ prevede addirittura la possibilità di autorizzare progetti di ricerca specifici, anche se realizzati da altri soggetti⁽³⁶⁾.

Nella legislazione europea assume peculiare rilevanza l'ipotesi in cui non sia possibile identificare pienamente le finalità del trattamento dei dati personali ai fini della ricerca scientifica al momento della raccolta dei dati.

In tal caso, le persone interessate possono dare il loro consenso alla ricerca da condursi in «taluni settori scientifici», se comunque saranno rispettati gli standard etici riconosciuti [“considerando” 33 del regolamento (UE) n. 2016/679].

In ogni caso se è vero che il regolamento di cui in commento e le altre fonti europee estendono l'efficacia del consenso è altrettanto vero che il principio della limitazione delle finalità è uno dei principi cardine della normativa comunitaria la quale prescrive che «Il trattamento dei dati personali per finalità diverse da quelle per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti dovrebbe essere consentito solo se compatibile con le finalità per le quali i dati personali sono stati inizialmente raccolti».

Detti principi vanno indubbiamente letti alla luce del “considerando” n. 50 del regolamento generale che statuisce che «un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è considerato incompatibile con le finalità iniziali». Tanto che per quest'ultima tipologia di scopi, viene ammessa una sorta di consenso presunto⁽³⁷⁾.

che «consent can be general, i.e. if someone consents to the use of tissue for research, it need not be limited to a particular project». V. anche il par. 90 che stabilisce che «consent should be generic where appropriate».

⁽³⁵⁾ Ley n. 14/2007, de *Investigación biomédica*, del 3 luglio 2007.

⁽³⁶⁾ V. art. 60, par. 1: «*El consentimiento sobre la utilización de la muestra biológica se otorgará, bien en el acto de obtención de la muestra, bien con posterioridad, de forma específica para una investigación concreta. 2. El consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros. Si no fuera este el caso, se solicitará al sujeto fuente que otorgue, si lo estima procedente, un nuevo consentimiento*».

⁽³⁷⁾ In base alla legislazione europea e nazionale. Un esempio di tali disposizioni è rappresentato dalla legge austriaca sulla protezione dei dati personali (*Datenschutzgesetz*), sulla

Lo stesso approccio è stato scelto dal Consiglio d'Europa nel progetto di raccomandazione sulla protezione dei dati relativi alla salute, che sostituirà la summenzionata raccomandazione del 1997 [v. art. 4, par. 1, lett. b)]. In detto documento si rileva la difficoltà di fornire alla persona interessata informazioni dettagliate sull'uso dei dati relativi alla salute al momento della (cfr. art. 11, par. 2).

In applicazione del modello del consenso presunto, il Garante italiano della Privacy, nell'Autorizzazione generale n. 8/2014 relativa ai dati genetici, consente il trattamento per finalità scientifiche "direttamente collegate" a quella originaria. In caso contrario, il trattamento è autorizzato solo se i campioni sono resi anonimi o nel caso di un nuovo consenso, ma in assenza di quest'ultimo, può essere autorizzato dal comitato etico e dall'autorità competente. Tuttavia, l'espressione "direttamente collegate", risulta un concetto di dubbia comprensione e identificazione e, per di più, rende altrettanto difficoltoso capire a chi spetta il controllo della conformità.

Un'altra soluzione in materia di ricerca può essere trovata nella raccomandazione del 2016 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in caso di raccolta di materiale biologico. In tale ipotesi, il materiale deve essere utilizzato in un progetto di ricerca solo se quest'ultimo rientra nell'ambito dell'autorizzazione concessa dall'interessato (art. 21, par. 1). Tuttavia, se l'uso proposto non rientra nel campo di applicazione del consenso o dell'autorizzazione preventiva eventualmente concessa dalla persona interessata, l'utilizzo del materiale biologico è ammissibile se ricontattare la persona interessata comporterebbe sforzi non ragionevoli [par. 2, lett. a)], e se comunque il processo viene sottoposto a una valutazione indipendente [par. 2, lett. b)].

6. — *Tenuta e conservazione dei dati.*

Nell'ambito delle attività di ricerca la conservazione e la tenuta dei dati personali sono regolamentate in modo particolare.

Gazzetta legislative federale n. 165/1999, par. 46.

Sebbene la disciplina europea della protezione dei dati personali non stabilisca un termine fisso per la conservazione dei dati, essa prevede norme incompatibili con la conservazione di lungo periodo, come il diritto all'oblio e al ritiro del consenso, nonché il principio della "limitazione della conservazione", secondo cui i dati devono «conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati» [art. 5, par. 1, lett. e), regolamento (UE) n. 2016/679].

Anche in questo caso, le finalità scientifiche comportano deroghe alle regole generali.

Infatti, il regolamento n. 2016/679 tiene conto della necessità della scienza di raccogliere e conservare le informazioni per un tempo superiore alla norma e ciò in tutte le scienze, comprese quelle sociali (v. il "considerando" n. 157 del regolamento)⁽³⁸⁾.

L'interesse pubblico e l'uso a fini di ricerca sono considerati motivi legittimi per conservare dati personali, compresi i dati genetici, per un periodo più lungo di quello che accade per altri utilizzi [cfr. art. 4, par. 1, lett. f), del progetto di raccomandazione sulla protezione dei dati sanitari]⁽³⁹⁾.

A tale proposito, è auspicabile che la legislazione nazionale dovrebbe stabilire disposizioni più dettagliate, comprese le necessarie garanzie, per conciliare l'interesse per la ricerca scientifica con il diritto alla protezione dei dati⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ V. il "considerando" 158 del Regolamento che stabilisce che «gli Stati membri, hanno l'obbligo legale di acquisire, conservare, valutare, organizzare, descrivere, comunicare, promuovere, diffondere e fornire accesso a registri con un valore a lungo termine per l'interesse pubblico generale. Gli Stati membri dovrebbero inoltre essere autorizzati a prevedere il trattamento ulteriore dei dati personali per finalità di archiviazione, per esempio al fine di fornire specifiche informazioni connesse al comportamento politico sotto precedenti regimi statali totalitari, a genocidi, crimini contro l'umanità, in particolare l'Olocausto, o crimini di guerra».

⁽³⁹⁾ European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, *Handbook on European data protection law*, cit., p. 73.

⁽⁴⁰⁾ European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, *Handbook on European data protection law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, p. 31.

Per quanto riguarda il diritto alla cancellazione, come sopra menzionato, il regolamento 2016/679 prevede una deroga specifica in considerazione delle finalità di ricerca, annoverando la scienza tra uno i validi motivi di giustificazione per la conservazione di lungo periodo dei dati raccolti e trattati. In effetti, l'art. 17, par. 1, lett. 1.*b*) del regolamento generale prevede il diritto di cancellazione solo in assenza di altri motivi giuridici che giustifichino il trattamento. Le necessità della ricerca vanno considerate però un valido motivo per la conservazione di lungo periodo.

Con riferimento al diritto di recesso, di cui all'art. 7, par. 3, («l'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento») si prevede che «La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della sua revoca». Sembra pertanto che almeno le attività di ricerca in corso non dovrebbero essere influenzate dal ritiro del consenso.

Quando, oltre ai dati, viene raccolto anche materiale biologico, la raccomandazione CM/Rec (2016)6 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa prevede il diritto della persona di ritirare il consenso «secondo le modalità previste dalla legge» (cfr. in particolare l'art. 13), ma stabilisce anche che, per quanto riguarda l'informazione alla persona prima di rimuovere il materiale, che «tale informazione dovrebbe includere anche eventuali limitazioni alla revoca del consenso o dell'autorizzazione» (art. 10, par. 2).

Va sottolineato che la garanzia della revoca del consenso, a causa delle notevoli dimensioni raggiunte dalle biobanche e del continuo scambio di materiali e dati tra i ricercatori, è debole e difficile da concretizzare, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti informativi. A questo proposito, la legge spagnola n. 14/2007 sulla ricerca biomedica stabilisce che, in caso di revoca del consenso, i campioni biologici saranno distrutti, mantenendo tuttavia i dati ottenuti nelle fasi precedenti⁽⁴¹⁾.

⁽⁴¹⁾ V. l'art. 60.3: «El consentimiento podrá ser revocado (...) en cualquier momento. Cuando la revocación se refiera a cualquier uso de la muestra, se procederá a su inmediata destrucción, sin perjuicio de la conservación de los datos resultantes de las investigaciones que se hubiesen realizado con carácter previo».

7. — *Specificità dell'informazione genetica.*

Quando le attività di ricerca sono svolte utilizzando informazioni genetiche, è necessario prendere in considerazione altre questioni specifiche.

Sebbene l'informazione genetica sia protetta dalla legislazione in materia di dati personali, la dichiarazione dell'UNESCO e altre fonti (cfr. par. 2 del documento di lavoro sui dati genetici, dell'*Article 29 Data Protection Working Party* del 2004) riconoscono ad essa uno *status* particolare. Alcuni studiosi non concordano con la presunta particolarità dell'informazione genetica, in quanto ciò condurrebbe ad aumentare la resistenza dell'opinione pubblica nei confronti delle tecnologie genetiche⁽⁴²⁾.

Infatti, il cosiddetto "eccezionalismo genetico" è stato criticato a causa della visione esagerata del significato dell'informazione genetica nella vita delle persone, basata su un'inaccettabile determinismo genetico e riduzionismo genetico⁽⁴³⁾.

Tuttavia, lo stato particolare dei dati genetici può essere osservato in relazione a diversi casi.

Infatti, l'informazione genetica è diversa dalle altre tipologie di informazione, per il fatto che identifica in modo permanente un individuo specifico ("immutabilità") ed è predittiva della predisposizione alle malattie ("prevedibilità"). Inoltre, l'informazione genetica non appartiene solo alla persona interessata, ma anche a persone che condividono lo stesso patrimonio genetico ("familiarità")⁽⁴⁴⁾.

Ad esempio, per quanto riguarda l'uso di dati genetici nelle indagini penali, è stato sostenuto che i campioni o i profili di DNA sono intrinsecamente

⁽⁴²⁾ M.P.M. RICHARDS, *How distinctive is genetic information?*, in *Studies in the History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 2001, 32, pp. 663-687.

⁽⁴³⁾ T.H. MURRAY, *Genetic Exceptionalism and Future Diaries: Is genetic Information Different from Other Medical Information*, in M.A. ROTHSTEIN, *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, Yale University Press, New Haven, 1997, pp. 60-73, spec. p. 71.

⁽⁴⁴⁾ Sulla natura condivisa delle informazioni genetiche, v. M. J. TAYLOR, *Data Protection, Shared (Genetic) Data and Genetic Discrimination*, in *Medical Law International*, 8, 1, 2006, p. 51.

oggetti “più privati” e la loro raccolta comporta una maggiore violazione dell’integrità fisica rispetto, ad esempio, alle impronte digitali o alle fotografie.⁽⁴⁵⁾

Il DNA è una sorta di “diario futuro” delle persone (comprende informazioni sulle nostre attuali e future condizioni mediche), e il diritto alla protezione da “lettori” indesiderati deve essere imperativo per mantenere un controllo delle informazioni personali e sensibili⁽⁴⁶⁾.

Le summenzionate caratteristiche dell’informazione genetica dovrebbero condurre ad una regolamentazione specifica, tenendo conto anche dei grandi rischi di uso improprio e riutilizzo per vari scopi e dei rischi di discriminazione e stigmatizzazione che possono colpire l’individuo. Alcuni autori sottolineano inoltre che la disciplina della privacy può riguardare solo alcuni aspetti della protezione dell’informazione genetica e dei diritti connessi⁽⁴⁷⁾. L’uso dell’informazione genetica può sollevare almeno alcuni problemi, soprattutto nel contesto delle attività di ricerca: l’informazione da fornire alla persona interessata, la relatività dell’anonimizzazione e i diritti di altri soggetti.

A) Informazioni da fornire all’interessato.

Il particolare contenuto informativo dei dati genetici ha importanti conseguenze sul diritto della persona interessata di conoscere o meno le implicazioni di tali dati per la salute futura.

Un primo problema sorge dalla circostanza che i futuri sviluppi tecnico-scientifici potrebbero fornire maggiori informazioni rispetto al passato. Con riferimento alla ricerca biomedica, tale ipotesi sembra rientrare nell’art. 24 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Oviedo sulla ricerca biome-

⁽⁴⁵⁾ R. WILLIAMS, P. JOHNSON, P. MARTIN, *Genetic information and crime investigation: social, ethical and public policy aspects of the establishment, expansion and police use of the National DNA Database. Project Report, Durham University, (School of Applied Social Sciences) Durham, 2004, par. 6.2.2, p. 78*

⁽⁴⁶⁾ G.J. ANNAS, *Genetic Privacy*, in D. LAZER, *DNA and the Criminal Justice System: The Technology of Justice*, (MA: MIT Press) Cambridge, 2004.

⁽⁴⁷⁾ In particolare, v. M. TAYLOR, *Genetic Data and the Law: A Critical Perspective on Privacy Protection*, (Cambridge University Press) Cambridge, 2012, *passim*.

dica, che prevede il riesame di un progetto di ricerca alla «luce degli sviluppi o eventi scientifici che si verificano nel corso della ricerca» (par. 1), quando «i partecipanti alla ricerca, o eventualmente i loro rappresentanti, devono essere informati degli sviluppi o degli eventi» (par. 2. ii). Quando le informazioni non si riferiscono alla salute delle persone, non sembra obbligatorio informare la persona interessata.

Un altro aspetto problematico è rappresentato dai cosiddetti “*incidental findings*”, cioè le informazioni che non ci si aspettava di trovare durante la ricerca o le pratiche diagnostiche, come le informazioni su eventuali patologie in corso o la predisposizione alle malattie, o le informazioni sulla paternità biologica, e così via.

Ad esempio, l'autorizzazione generale n. 8/2012 del Garante italiano prevede che l'individuo, prima di qualsiasi test genetico, debba essere informato anche sui possibili risultati di tale test, in particolare «per quanto riguarda i risultati inaspettati» (par. 5.b). Questa cautela non dovrebbe essere necessaria nel trattamento di altri tipi di dati sensibili (come nel caso delle opinioni politiche).

Non è chiaro cosa succede se le informazioni sulla salute di una persona o altre informazioni (ad esempio sulla filiazione o sulla paternità) provengono da attività di ricerca. In tali casi sarebbe opportuno che il responsabile del trattamento comunichi all'interessato, in via preventiva, della possibilità di ottenere dall'attività di ricerca i cosiddetti “risultati imprevisti”. Tuttavia, se tale autorizzazione non è stata richiesta o non si poteva ottenere (a causa di alcune delle norme summenzionate), permane la questione se i ricercatori hanno l'obbligo di informare le persone interessate. La legislazione non sembra prevedere alcun obbligo al riguardo, anche se nel caso di *incidental findings* riguardanti la salute, data l'importanza di detto interesse, sarebbe sempre opportuno informare direttamente o indirettamente (attraverso un medico) la persona sulla patologia o sulla predisposizione e in particolare sulle opzioni terapeutiche.

B) Il problema dell'anonimizzazione.

Il “considerando” 26 del regolamento generale sulla protezione dei dati stabilisce che «il presente regolamento non riguarda (...) il trattamento di

tali informazioni anonime»⁽⁴⁸⁾, anche a fini statistici o di ricerca. Pertanto, se i dati non possono essere associati a una persona specifica, non rientrano nella protezione della legge e possono essere trattati senza il consenso dell'interessato.

I dati personali possono essere raccolti in forma non anonima e successivamente resi anonimi, ovvero privati di tutti gli elementi identificativi e caratterizzanti. Nessun elemento può essere lasciato nell'informazione che, con un ragionevole sforzo, potrebbe servire a reidentificare la persona o le persone interessate⁽⁴⁹⁾.

A riguardo nel 2016 il Comitato dei ministri sulla ricerca sui materiali biologici di origine umana ha affermato che i materiali biologici non identificabili possono essere utilizzati in un progetto di ricerca a condizione che tale uso non violi le restrizioni definite dall'interessato prima che i materiali siano stati resi non identificabili e soggetti all'autorizzazione prevista dalla legge, giusta raccomandazione CM/Rec (2016)6.

Peraltro sempre nella predetta raccomandazione il Comitato ha previsto che i materiali biologici precedentemente rimossi per un altro scopo e non più identificabili possono essere conservati per ricerche future⁽⁵⁰⁾ possono essere utilizzati in un progetto di ricerca a condizione che tale uso non violi le restrizioni definite dall'interessato prima che i materiali siano stati resi non identificabili e soggetti all'autorizzazione prevista dalla legge (v. art. 21, par. 4); inoltre i materiali biologici precedentemente rimossi per un altro scopo e

⁽⁴⁸⁾ I dati sono considerati anonimi tenendo conto di tutti i «mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente. Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici» [v. il «considerando» 26 del regolamento (UE) 2016/679].

⁽⁴⁹⁾ European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European data protection law*, Luxembourg, 2014, p. 44.

⁽⁵⁰⁾ Nell'originale si parla di «those biological materials which, alone or in combination with data, do not allow, with reasonable efforts, the identification of the persons from whom the materials have been removed».

non più identificabili possono essere conservati per ricerche future (art. 11, par. 3, raccomandazione).

Per quanto riguarda il caso specifico dell'informazione genetica, la dichiarazione dell'UNESCO del 2003 stabilisce che i dati genetici raccolti a fini di ricerca scientifica non dovrebbero normalmente essere collegati ad una persona identificabile. In ogni caso, quando tali dati o campioni biologici non sono legati ad una persona determinata, occorre prendere le precauzioni necessarie per garantire la sicurezza dei dati o dei campioni biologici (art. 14c).

Nel caso in cui il dato sensibile sia riconducibile o attribuibile ad una persona fisica determinata o determinabile il legislatore comunitario, a garanzia della protezione dell'individuo, ha introdotto la tecnica della pseudonimizzazione che consiste nella sostituzione degli identificatori con pseudonimi la cui decodifica può avvenire esclusivamente tramite una chiave di decodifica [v. art. 4, n. 5 del Regolamento (UE) n. 2106/679]⁽⁵¹⁾.

La direttiva n. 2004/23/CE riguardante il trattamento dei tessuti umani impone agli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie per garantire che tutti i dati, compresi i dati genetici, siano resi anonimi in modo che né i donatori né i riceventi siano identificabili (cfr. art. 14, par. 1).

Inoltre, l'appendice della raccomandazione R (97) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ritiene che ogniqualvolta possibile, i dati medici utilizzati a fini di ricerca scientifica dovrebbero essere anonimi e che le organizzazioni professionali e scientifiche, nonché le autorità pubbliche dovrebbero promuovere lo sviluppo di tecniche e procedure che garantiscano l'anonimato (cfr. par. 12.1).

Tuttavia, l'opzione dell'anonimizzazione, in alternativa al consenso, può incontrare alcuni problemi nel caso dell'informazione genetica.

In primo luogo, l'anonimizzazione non è mai la soluzione migliore dal punto di vista scientifico. Come anche affermato dalle fonti (cfr. ad esempio la dichiarazione dell'UNESCO sui dati genetici), il legame con una persona

⁽⁵¹⁾ V. Consiglio d'Europa, Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, art. 42.

identificabile può essere accettabile se necessario per svolgere la ricerca e a condizione che la vita privata dell'individuo e la riservatezza dei dati o dei campioni biologici interessati siano protetti in conformità del diritto nazionale [Raccomandazione del 1997, art. 14, lett. *d*) e per un periodo non superiore al tempo necessario per conseguire gli scopi per i quali sono stati raccolti o successivamente trattati: art. 14, lett. *e*]).

L'anonimizzazione completa comporta alcune gravi conseguenze: sia la persona interessata che il ricercatore perderanno informazioni importanti e non saranno in grado di produrre risultati⁽⁵²⁾ di follow-up, spesso fondamentali per l'esecuzione ottimale di un progetto di ricerca.

In secondo luogo, l'anonimizzazione è sempre relativa, per ragioni tecniche. I processi di anonimizzazione sono spesso reversibili e, in linea di principio, qualsiasi dato genetico può essere sempre collegato a una persona⁽⁵³⁾. *A fortiori*, la situazione potrebbe verificarsi anche in caso di pseudonimizzazione.

Come sottolineato all'interno della comunità scientifica, nessun scienziato responsabile può garantire l'assoluta privacy dei dati raccolti⁽⁵⁴⁾.

Secondo alcuni, il rischio di re-identificazione dei dati genetici sarebbe da considerarsi basso, come affermato dall'Article 29 of the Working Party, trattando della pseudonimizzazione⁽⁵⁵⁾.

Tuttavia, questa interpretazione si riferisce allo stato attuale della tecnica e comunque appare troppo ottimistica.

Come dimostrato da uno studio pubblicato su *Science*⁽⁵⁶⁾, è possibile, a

⁽⁵²⁾ M. MACIOTTI, U. IZZO, G. PASCUZZI, M. BARBARESCHI, *La disciplina giuridica delle biobanche (The Legal Aspect of Biobanks)*, in *Pathologica*, 2008, v. 100, pp. 86-108, spec. p. 87.

⁽⁵³⁾ Article 29, Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, 20 giugno 2007, p. 18, in cui si afferma che «*Retraceably pseudonymised data may be considered as information on individuals which are indirectly identifiable. Indeed, using a pseudonym means that it is possible to backtrack to the individual, so that the individual's identity can be discovered, but then only under predefined circumstances*».

⁽⁵⁴⁾ M. ANGRIST, *Genetic privacy needs a more nuanced approach*, in *Nature*, 7 febbraio 2013, vol. 494, p. 7.

⁽⁵⁵⁾ Article 29, Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, ref.

⁽⁵⁶⁾ Vedi M. GYMREK et al., *Identifying Personal Genomes by Surname Inference*, in *Science*, cit.

partire da dati genetici anonimi, in combinazione con informazioni reperibili sul *web*, identificare una persona⁽⁵⁷⁾.

Per attenuare questo tipo di problemi, è possibile, almeno, fornire suggerimenti pratici, come quelli di cui al par. 4.2 dell'autorizzazione n. 8 dell'Autorità Garante della Privacy, che stabilisce che, qualora l'informazione genetica derivi da campioni biologici e sia necessaria l'identificazione "temporanea" del soggetto, devono essere adottate misure specifiche per mantenere separati i dati di identificazione dai campioni biologici e dalle informazioni genetiche al momento della raccolta, a meno che ciò non sia impossibile a causa delle particolari caratteristiche del trattamento o della necessità di utilizzare mezzi manifestamente sproporzionati.

C) Diritti di altri soggetti.

Come accennato in precedenza, l'informazione genetica non appartiene solo a una persona specifica, ma è condivisa tra persone dello stesso gruppo genetico.

Ai sensi dell'art. 14 del regolamento (UE) n. 2016/679, il titolare ha anche il diritto di ricevere informazioni dal responsabile del trattamento (o dal suo rappresentante) quando i dati non sono stati ottenuti direttamente dalla persona interessata.

Di conseguenza, un medico o altro professionista sanitario, che individua un rischio di una malattia genetica durante l'esame del materiale biologico di una persona, potrebbe trovarsi di fronte al seguente dilemma: da un lato potrebbe essere vincolato dall'obbligo di segretezza; dall'altro lato, potrebbe essere obbligato, ai sensi dell'art. 14 del regolamento generale, a fornire informazioni ad altre persone interessate, compresi i parenti che condividono la stessa linea genetica.

Non vi è una soluzione chiara a questo eventuale dilemma, né nell'ambito

⁽⁵⁷⁾ Ciò è avvenuto attraverso il sequenziamento di dati genetici senza identificatori, recuperando i cognomi degli interessati attraverso il profiling di brevi ripetizioni tandem sul cromosoma Y e interrogando le banche dati genealogiche genetiche (come ad esempio www.ysearch.org e www.smgf.org). La persona specifica può essere individuata combinando il cognome con altri tipi di metadati, come l'età, facilmente e liberamente disponibili nelle risorse Internet.

della disciplina in materia di privacy, né nelle fonti giuridiche sovranazionali e internazionali. Ai sensi dell'art. 18 del protocollo addizionale alla convenzione di Oviedo sui test genetici, se i risultati di un test genetico effettuato su una persona possono essere rilevanti per la salute di altri membri della famiglia, la persona sottoposta a test deve essere informata.

Secondo il summenzionato documento di lavoro documento di lavoro sui dati genetici, dell'*Article 29 Data Protection Working Party* del 2004, tale diritto ad essere informati discende dalla disciplina sulla protezione dei dati personali, ma anche dalla necessità di proteggere il diritto alla salute.

Non sono però chiare le modalità con cui le persone debbono essere informate.

A livello nazionale, la legislazione si concentra sulla protezione della vita privata dell'interessato, richiedendo il suo consenso alla divulgazione delle informazioni ai parenti⁽⁵⁸⁾. In Europa, la legge francese offre una soluzione interessante, anche se non si riferisce direttamente alle attività scientifiche. Prima dell'ultima versione della legge in materia di bioetica (l. 814-2011), la legislazione allora in vigore prevedeva già una procedura per comunicare i risultati dei test genetici ai familiari (art. L. 1131-1 cpv. 5 CSP), senza prevedere alcuna conseguenza nel caso in cui l'interessato non avesse informato i propri congiunti⁽⁵⁹⁾.

Tale esclusione di responsabilità è apparsa in contrasto con i principi costituzionali⁽⁶⁰⁾. Il *Conseil d'Etat*, nel suo documento sulla revisione della legge in materia di bioetica, ha quindi proposto di esplicitare la responsabilità di informare i membri della famiglia sulle anomalie genetiche, nel rispetto del

⁽⁵⁸⁾ B. GODARD, T. HURLIMANN, M. LETENDRE, N. ÉGALITÉ, *INHERIT BRCA's, Guidelines for disclosing genetic information to family members: From development to use*, in *Familial Cancer*, 2006, 5, pp. 103-116.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. J.-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique: Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, (LexisNexis) Paris, 2005, p. 30 ss.

⁽⁶⁰⁾ V. la sentenza del *Conseil constitutionnel* n. 82-144 DC del 22 October 1982, in *conseil-constitutionnel.fr*: «le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime sous-trayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes».

segreto medico⁽⁶¹⁾. Pertanto, l'art.1 della nuova legge ha aggiunto l'art. L. 1131-1-1-1 al *Code de la santé publique*, che stabilisce un obbligo specifico del medico di informare la persona dei rischi per i familiari in caso di diagnosi di una malattia grave, se questi non sono stati adeguatamente informati (v. 1° comma).

Detta disposizione prevede inoltre il dovere dell'interessato di prevenire le conseguenze delle anomalie genetiche per i propri familiari, e, quando è possibile, adottare misure di prevenzione (3° comma). La persona può anche decidere di non essere informata sui risultati della diagnosi. In questo caso, se le persone interessate non si sentono in grado di effettuare la comunicazione, il medico è tenuto ad informare i parenti (4° comma). Tuttavia, il medico non rivelerà né il nome del paziente né l'anomalia genetica, né il rischio associato ad essa. Egli inviterà i membri della famiglia a sottoporsi a un test genetico, nel caso preveda l'esistenza di un rischio potenziale.

8. — *Principi etici e libertà di ricerca sull'informazione genetica.*

Secondo le fonti giuridiche citate nei precedenti paragrafi, il trattamento dei dati personali, in particolare delle informazioni genetiche, a fini scientifici comporta un insieme di eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali. Questa situazione è dovuta alle caratteristiche delle attività scientifiche e dipende dalla posizione della scienza all'interno degli ordinamenti giuridici.

Tuttavia, in quanto diritto fondamentale, anche la libertà di ricerca non può essere considerata assoluta, e quindi deve essere soggetta a limitazioni⁽⁶²⁾, al fine di tutelare altri diritti fondamentali.

⁽⁶¹⁾ CONSIGLIO DI STATO, *La révision des lois de bioéthique*, Paris, 2009, Cap. IV «*Examen des caractéristiques génétiques: respecter la volonté des personnes et renforcer leur information*». Secondo il Conseil, l'approccio svizzero – che consente al medico di essere autorizzato dalle autorità pubbliche a contattare i familiari se il paziente si rifiuta di informarli – potrebbe incidere sul rapporto di fiducia tra il professionista e il paziente.

⁽⁶²⁾ V. Corte cost., 4 giugno 1958, n. 36, in *ConsultaOnline*.

Tali limitazioni sono previste dalle costituzioni nazionali (normalmente quelle più recenti o modificate di recente, come l'art. 118 B della Costituzione svizzera; l'art. 29 della Costituzione della Bulgaria; l'art. 18 della Costituzione della Slovenia e l'art. 23 della Costituzione della Croazia) e da altre fonti.

La Dichiarazione dell'UNESCO del 1997 afferma la "responsabilità" dei ricercatori e il loro obbligo di rispettare principi di primaria importanza (come la meticolosità, la prudenza, l'onestà intellettuale e l'integrità nello svolgimento delle loro ricerche, nonché nella presentazione e nell'utilizzo dei loro risultati; v. l'art. 13), tenendo in particolare considerazione la ricerca sul genoma umano. D'altro canto, la Dichiarazione afferma che gli Stati «devono adottare le misure appropriate per determinare il quadro del libero esercizio delle attività di ricerca sul genoma umano nel rispetto dei principi previsti dalla presente Dichiarazione, al fine di garantire il rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e della dignità umana e la protezione della salute pubblica. Dovrebbero altresì assicurarsi che i risultati di tali ricerche non siano utilizzati i risultati di tali ricerche non siano utilizzati per fini non pacifici» (art. 15).

A livello continentale, la necessità di far fronte al potenziale conflitto tra libertà della ricerca e altri diritti fondamentali si ritrova nei preamboli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della Convenzione di Oviedo.

Inoltre, l'art. 26 della Convenzione di Oviedo consente restrizioni al diritto di consenso nella ricerca biomedica, se tali restrizioni sono previste dalla legge e se costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza pubblica, la prevenzione dei reati, la tutela della salute pubblica o dei diritti e delle libertà altrui⁽⁶³⁾. Tali limiti alla libertà di ricerca devono essere applicabili anche nel caso della ricerca sull'informazione genetica.

⁽⁶³⁾ R. ANDORNO, *The right not to know: an autonomy based approach*, in *Journal of Medical Ethics*, 30/2004, pp. 435-440, spec. p. 437. Sulle condizioni per limitare i diritti fondamentali, v. M. I. ÁLVAREZ LEDESMA, *La libertad de expresión en el sistema electoral mexicano desde una perspectiva jurídica*, in G. LÓPEZ MONTIEL, E. TAMÉS MUÑOZ (coord.), *Libertad de expresión en el proceso electoral 2012*, (PNDU/ONU) México, 2013.

Ai sensi dell'art. 89 del regolamento 2016/679, sia la legislazione comunitaria, sia quella nazionale prevedono "garanzie" per l'attuazione delle eccezioni dovute a «motivi di interesse pubblico, finalità di ricerca scientifica o storica o finalità statistiche» (cfr. anche il "considerando" 34 della direttiva 95/46/CE).

Inoltre, le deroghe apparentemente ampie alla normativa in materia di tutela della vita privata, giustificate da finalità scientifiche, devono essere attuate sulla base di "principi etici", vale a dire le norme volte a rendere la libertà della ricerca coerente con la tutela di altri interessi fondamentali della società, quali i principi di necessità, proporzionalità e precauzione.

In applicazione del principio di necessità, una deroga alla disciplina sulla tutela dei dati personali è accettabile solo quando l'esercizio dei relativi diritti può rendere impossibile o pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi del trattamento [cfr. art. 14, par. 5.b); 13, par. 3.d); 89, par. 2, regolamento (UE) 2016/679]. Più in generale, il trattamento dei dati genetici è consentito se si rispetta «l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato» [cfr. art. 9, par. 2, lett. j); "considerando" n. 52 del regolamento n. 2016/679].

L'art. 9 del regolamento cita implicitamente l'art. 52, par. 1 della Carta dell'Unione europea, in cui si prescrive che le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e devono essere necessarie. Per quanto riguarda la protezione dei dati personali, questo principio è affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, come nella sentenza *Tele2 Sverige AB* (cfr. in particolare il par. 100)⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁴⁾ Corte giust., 21 dicembre 2016, C-203/2015, *Tele2 Sverige AB contro Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department contro Tom Watson e al.*, ECLI:EU:C:2016:970. In detta sentenza la Corte sottolinea che (par. 103): «il terrorismo, può dipendere in larga misura dall'utilizzo delle moderne tecniche di indagine, un siffatto obiettivo di interesse generale, per quanto fondamentale esso sia, non vale di per sé solo a giustificare che una normativa nazionale che prevede la conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione venga considerata necessaria ai fini della lotta suddetta (v., per analogia, per quanto riguarda la direttiva 2006/24, sentenza *Digital Rights*, punto 51)».

Con specifico riferimento alla ricerca biomedica, la necessità implica che non vi siano alternative al coinvolgimento di persone (soprattutto nel caso di quelle vulnerabili) nelle attività di ricerca (cfr. art. 16 della Convenzione di Oviedo, punti iv e v). Inoltre, il principio in parola impone che siano evidenti i benefici di tale coinvolgimento, tenendo conto del fatto che «la natura stessa della ricerca biomedica significa che è incerto se un individuo beneficerà della partecipazione alla ricerca e qualsiasi beneficio per la persona non è lo scopo principale della ricerca»⁽⁶⁵⁾.

In ogni caso, le condizioni di assenza di alternative e la prova dei benefici dovrebbero essere applicabili solo nel caso di interventi medici⁽⁶⁶⁾, a causa della particolare posizione di vulnerabilità del paziente. In altri casi, dette condizioni non sono essenziali o il loro rispetto dovrebbe essere verificato con minor rigore.

Inoltre, l'art. 52, par. 2, della Carta dell'UE consente di limitare i diritti fondamentali nel rispetto della proporzionalità⁽⁶⁷⁾, che è un altro principio del sistema giuridico comunitario⁽⁶⁸⁾. Ciò vale in particolare quando è ne-

⁽⁶⁵⁾ Consiglio d'Europa, Steering Committee on Bioethics, Guide for Research Ethics Committee Members, January 2012.

⁽⁶⁶⁾ La ricerca biomedica è definita dal Protocollo Addizionale alla Convenzione di Oviedo del 2005 as «research activities in the health field involving interventions on human beings», ma anche la ricerca riguardante le informazioni genetiche. L'uso di informazioni genetiche per attività di ricerca non legate ad interventi medici dovrebbe essere vietato dalla disciplina della Convenzione di Oviedo e dai suoi protocolli addizionali [vedi art. 2, par. 2, lett. b)], del Protocollo addizionale concernente i test genetici a fini sanitari). Tuttavia, si può osservare la tendenza a mitigare il legame tra dati e intervento medico, considerando i dati sanitari tutti quelli riguardanti la salute fisica e mentale (art. 3 della bozza di Recommendation on the Protection of Health-Related Data).

⁽⁶⁷⁾ V. Corte giust., 15 febbraio 2016, *J.N./ Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, par. 50. In generale, sul principio di proporzionalità Corte giust., 9 novembre 2010, C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke y Eifert*, ECLI:EU:C:2010:662.

⁽⁶⁸⁾ Il principio di proporzionalità è anche usato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani. V., in particolare, Corte EDU, *Gillow vs. UK*, 24 novembre 1986, serie A n° 109, par. 55, e Corte giust. ECJ, sent. 20 maggio 2003, *Österreichischer Rundfunk et al.*, C-465/00, C-138/01 e C-139/01, EU:C:2003:294, par. 83.)

cessario proteggere la sfera personale, compresi i dati⁽⁶⁹⁾.

In particolare, il principio di proporzionalità impone di ridurre al minimo la quantità di dati raccolti e trattati (cfr. art. 89, par. 1, del regolamento 2016/679)⁽⁷⁰⁾. Tali dati devono essere pertinenti e limitati a quanto necessario alle finalità consentite dalla legge (vedi art. 5, par. 1, lett. c). Questo principio costituisce anche una limitazione nella durata di conservazione dei dati [cfr. art. 5, par. 1, lett. e)].

È inoltre necessaria una valutazione della proporzionalità e della legittimità, che tenga conto del principio di precauzione⁽⁷¹⁾, vale a dire dei rischi per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone e, in particolare, del fatto che lo scopo perseguito possa o meno essere conseguito in modo meno invasivo.

Nel campo specifico della ricerca, l'applicazione del principio di precauzione implica una valutazione dei rischi e un confronto con i benefici diretti o indiretti: «In effetti, sebbene i benefici complessivi previsti del progetto di ricerca debbano essere chiaramente superiori ai rischi potenziali, la ricerca non può essere considerata giustificata se esiste un rischio particolarmente elevato di danno grave»⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ V. Corte giust., sent. 16 dicembre 2008, Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, par. 56; Corte giust., 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke and Eifert, C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, par. 77; Corte giust., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland Ltd, joined Cases C-293/12 e C-594/1, ECLI:EU:C:2014:238, par. 52; Corte giust. 6 ottobre 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, par. 92.

⁽⁷⁰⁾ Secondo l'Autorizzazione n. 8 dell'Autorità per la Privacy (par. 4.1), la raccolta di dati genetici per l'esecuzione di test e screening genetici è limitata alle informazioni personali e familiari strettamente necessarie per l'esecuzione dell'analisi.

⁽⁷¹⁾ Sul principio di precauzione nelle scienza e nella tecnologia, v., per esempio, R. ANDORNO, *The Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age*, in *Journal of International Biotechnology Law*, vol. 1, I, 2004, pp. 11-19; V. COLCELLI, *Precautionary Principle Liability in the Food Industry: the search of a general regime in vertical and horizontal Liability*, in R. ARNOLD, V. COLCELLI (a cura di), *Europeanization through private law instruments*, (Universitätsverlag) Regensburg, 2016, pp. 249 ss.

⁽⁷²⁾ Guide for Research Ethics Committee Members, del Consiglio d'Europa del gennaio 2012.

9. — *Consenso e equilibrio tra libertà di ricerca e diritti in materia di informazione genetica.*

Come detto in precedenza, l'attività di ricerca è considerata un motivo legittimo per deviare dalla disciplina ordinaria di protezione dei dati personali, in particolare per quanto riguarda il consenso. Tali deviazioni devono essere attuate nel rispetto dei principi etici che operano per equilibrare la libertà di ricerca e gli altri interessi tutelati dall'ordinamento giuridico.

Tuttavia, per raggiungere un equilibrio tra gli interessi, l'idea che la tutela della privacy sia un valore assoluto dovrebbe essere oggetto di revisione.

La legislazione sulla protezione dei dati personali discende da una logica "proprietaria"⁽⁷³⁾. Di fatto, la proprietà, intesa come esclusione dei terzi dall'invasione della sfera individuale, è alla base del significato di "privacy", elaborato nella famosa opera di Samuel Warren e Louis Brandeis, "The Right to Privacy", pubblicata nella rivista *Harvard Law Review* nel 1890.

Anche dalla prospettiva del diritto europeo, si può osservare la tendenza a sovraproteggere la privacy rispetto ad altri interessi.

La Corte di giustizia si può considerare il custode di questa tendenza. Ad esempio, per quanto riguarda il "diritto all'oblio", nel *leading case* *Google Spain*⁽⁷⁴⁾, la Corte di Lussemburgo ha dichiarato che i diritti fondamentali riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta dell'UE «prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta» (par. 97 della sentenza).

Secondo la Corte di giustizia, l'interesse della collettività dovrebbe essere "preponderante" per superare i diritti individuali derivanti dalla protezione dei dati personali.

La tutela "proprietaria" dei dati personali è giustificata dal tentativo di

⁽⁷³⁾ V. per esempio J. DE WITTE, H. TEN HAVE, *Ownership of genetic material and information*, in *Social Science & Medicine*, 45(1), August 1997, pp. 51-60. V. anche R. CIPPITANI, «Property paradigm» and protection of rights concerning genetic information, in questa *Rivista*, 2016, pp. 261-288.

⁽⁷⁴⁾ Corte giust., sent. 13 maggio 2014, *Google Spain SL Google Inc.*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

proteggere le persone dagli enormi rischi derivanti dall'uso massiccio della tecno-scienza, in particolare delle tecnologie della comunicazione e dell'informazione o delle tecnologie biomediche.

Tuttavia, come si è affermato, l'approccio alla protezione dei dati personali sembrerebbe basato su una prospettiva esclusivamente individualistica (Working Party, Working Document on Genetic Data, p. 8), tale da ridurre «l'etica all'autonomia e l'autonomia alla proprietà dei dati»⁽⁷⁵⁾.

La tutela dei dati dovrebbe essere coordinata con altre libertà o diritti riconosciuti dalle norme costituzionali, come la libertà di ricerca⁽⁷⁶⁾.

La stessa Corte di giustizia, nella citata sentenza Google Spain, sembra ritenere che le finalità scientifiche siano di per sé sufficienti a limitare i diritti dell'interessato (cfr. paragrafi 72 e 92 della sentenza)⁽⁷⁷⁾.

Le caratteristiche dei dati genetici e la specificità della scienza dal punto di vista giuridico hanno come conseguenza che la ricerca sull'informazione genetica non può essere ridotta a una questione di protezione di dati personali. In particolare, come indicato in precedenza, l'obbligo di richiedere il consenso oppure l'anonimizzazione non sempre rappresentano soluzioni ai problemi derivanti dal trattamento e dalla conservazione dei dati genetici.

La rilevanza delle attività scientifiche per la società, in particolare, ma non esclusivamente, per motivi terapeutici, dovrebbe portare ad un approccio diverso. Sarebbe opportuno, anche per quanto riguarda l'equilibrio dei diversi interessi in un settore così complesso, mettere in atto varie strategie e nuovi strumenti⁽⁷⁸⁾.

Da un lato, si dovrebbe superare l'idea che il consenso serva solo come

⁽⁷⁵⁾ P. TAYLOR, *When consent gets in the way*, in *Nature*, 6 November 2008, vol. 456, pp. 32-33.

⁽⁷⁶⁾ V. sul punto C. F. MOLINA DEL POZO, C. ARCHONTAKI, *Libertad de artes y de Investigación Científica, Libertad de Cátedra*, cit.

⁽⁷⁷⁾ Del resto, la legislazione ora vigente appare essere meno esigente quando una deviazione dal diritto della persona interessata, come quello all'oblio, è richiesto dall'esistenza di un «interesse pubblico» [cfr. regolamento (UE) n. 2016/679, “considerando” n. 65].

⁽⁷⁸⁾ L. VILLANI, *Biobanche e test rivelatori di informazioni genetiche: spunti di riflessione per un nuovo consenso informato*, in *Responsabilità civile*, 2010, 2, pp. 140 ss.

strumento per prevenire le invasioni dall'esterno⁽⁷⁹⁾, senza prendere in considerazione le ragioni o gli interessi alla base di un tale intervento.

Il consenso potrebbe essere concepito come una tecnica per tutelare non solo l'interesse del "proprietario" dei dati, ma anche quelli di terzi e della società.

Esso non dovrebbe essere considerato come un atto istantaneo ma, piuttosto un processo continuo, che stabilisca un legame di fiducia tra i titolari, il ricercatore e le istituzioni coinvolte (gli ospedali, le università, gli enti di ricerca, ecc.)⁽⁸⁰⁾.

Il consenso dovrebbe includere la decisione di condividere volontariamente le informazioni come bene comune⁽⁸¹⁾.

Come detto in precedenza, le attività scientifiche richiedono un modello di consenso diverso da quello specifico, in particolare il "broad consent". Tuttavia, anche quest'ultimo è più coerente con una logica unilaterale e asimmetrica.

Si dovrebbero invece elaborare soluzioni di natura "bilaterale", in base alle quali, ad esempio, le persone coinvolte nella ricerca siano costantemente informate sul follow-up delle indagini, in modo da poter partecipare ad altri progetti, ad eventi e ad altre attività.

D'altro canto, la centralità del consenso non deve essere portata alle estreme conseguenze. Al fine di raggiungere un equilibrio tra i diversi tipi di interessi, compresi quelli relativi alla persona interessata, il consenso in molti casi non va considerato una condizione sufficiente o necessaria del trattamento dei dati personali.

Sotto il profilo della necessità, non tutti i dati personali hanno lo stesso valore o la stessa importanza per l'individuo⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁹⁾ B. ACKERMAN, *Liberating Abstraction*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 59, 1992, pp. 317-348, spec. p. 347.

⁽⁸⁰⁾ S. AZZINI, *Biobanche, consenso e fonti del diritto: un caso di eccezionale disordine?*, 2010, in www.biodiritto.eu.

⁽⁸¹⁾ V. il documento *Ethical, legal and social aspects of genetic testing: research, development and clinical applications*, cit., p. 41 ss., spec. p. 42.

⁽⁸²⁾ E. M. BUNNIK, A. CECILE, J.W. JANSSENS, M.H.N. SCHERMER, *Informed Consent in*

Ad esempio, il Comitato internazionale di bioetica dell'UNESCO, nel suo documento "Human Genetic Data: Preliminary Study by the IBC on its Collection, Processing, Storage and Use" del 15 maggio 2002 (par. 59, p. 15), afferma che molte analisi rivelano informazioni genetiche che non hanno molta importanza per la persona testata. Altri test, al contrario, avranno implicazioni importanti, sia per l'individuo che per altre persone come i parenti. Sarebbe non proporzionale richiedere il consenso per ogni utilizzo, indipendentemente dal rilievo delle informazioni e degli interessi sottostanti⁽⁸³⁾.

Inoltre, il consenso, considerato da solo, potrebbe non essere sufficiente alla tutela degli interessi della persona.

Quando i problemi derivanti dalla ricerca raggiungono una dimensione generale, sarebbe opportuno definire il consenso dei membri di un gruppo e le tecniche per coinvolgere le comunità e stabilire una sorta di "consenso collettivo" invece che individuale. Questo è il caso del programma "deCODE Genetics", approvato dall'Islanda, per raccogliere il profilo genetico di tutti i cittadini islandesi⁽⁸⁴⁾.

Inoltre, il consenso potrebbe non essere sufficiente a causa della vul-

Direct-to-Consumer Personal Genome Testing: The Outline of a Model Between Specific and Generic Consent, in *Bioethics*, 2012, pp. 1-9. L'articolo propone un «combined tiered-layered-staged model for informed consent». Tale combinazione «is tiered to provide consumers with options, so as to enable them to choose what types of information on what (categories of) diseases they wish to receive, and especially to opt out of receiving information they do not wish to receive. Layering of information will help limit the otherwise overwhelming quantity of information offered to all consumers in the first layer of the consent process, while it also strives for an 'individual consumer-based' consent, as it offers additional information for those who need that information in order to consent. Finally, a staged set-up of the pre-test information provision process can serve educational purposes and improve the quality of consent. Moreover, subsequent renewal of consent will be required as new test outcomes become available as a result of ongoing genomics research. A combined tiered-layered-staged model for informed consent in PGT would allow for relevant information provision that is both sufficiently complete and sufficiently understandable».

⁽⁸³⁾ Come affermato dalla Human Genetics Commission del Regno Unito «*the difficulties involved in tracing and securing re-consent for different forms of medical research may make obtaining fresh consent impractical and would seriously limit the usefulness of large-scale population databases*» (Human Genetics Commission Inside Information, May 2002).

⁽⁸⁴⁾ V. ÁRNASON, G. ÁRNASON, *Informed Democratic Consent? The Case of the Icelandic Database*, in *Trames*, 2004, vol. 8/12.

nerabilità dell'individuo rispetto a soggetti professionali o a organismi che svolgono attività di ricerca o altre attività riguardanti dati personali⁽⁸⁵⁾.

In questi casi è opportuno che il consenso sia integrato dal controllo di comitati etici, autorità indipendenti o altri soggetti terzi.

L'esempio più conosciuto è ovviamente quello della normativa sulla sperimentazione clinica, per cui l'espressione del consenso deve essere soggetto al controllo dei comitati etici, agenzie o altri organismi che consentano la valutazione dell'attività (cfr. art. 4, 2° comma, regolamento 536/2014).

Il ruolo del comitato etico è confermato da molti documenti del Consiglio d'Europa che si occupano di situazioni critiche, come ad esempio quando i dati sanitari non possono essere resi anonimi per motivi tecnici [cfr. par. 12.2, Appendice alla raccomandazione (97), citata], come di norma avviene per i dati genetici; o se non è possibile, con uno sforzo ragionevole, contattare la persona che non ha dato il proprio consenso a svolgere attività di ricerca sul materiale biologico [cfr. art. 21.2, Raccomandazione (CM/Rec (2016)6]. In tali casi, le finalità scientifiche e una valutazione esterna e indipendente effettuata da un comitato etico consentono all'istituto di ricerca di superare la mancanza di consenso.

A questo proposito, il progetto di raccomandazione sulla protezione dei dati relativi alla salute del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa stabilisce che le condizioni di trattamento dei dati relativi alla salute per la ricerca scientifica devono essere valutate, se necessario, dall'organismo o dagli organismi designati dal diritto nazionale (art. 16, par. 6)⁽⁸⁶⁾. Ad esempio, la legge italiana prevede situazioni in cui il consenso non sia necessario se l'attività di ricerca è espressamente prevista dalla legge o se il trattamento è previsto in un programma di ricerca biomedica approvato ai sensi dell'art. 12-bis del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e sottoposto all'autorizzazione del

⁽⁸⁵⁾ M. OTLOWSKI, *Developing an appropriate Consent Model for Biobanks. In defence of 'Broad' Consent*, in J. KAYE, M. STRANGER (a cura di), *Principles and Practice in Biobank Governance*, Surrey, Ashgate Publishing Limited, 2009, Chapter 5, pp 79-92.

⁽⁸⁶⁾ Con riguardo alla posizione delle autorità indipendenti v. nella citata sentenza *Tele2 Sverige AB*, l'eccezione relativa alla lotta al crimine è ammissibile se sottoposta allo scrutinio di una autorità indipendente

Garante per protezione dei dati personali (cfr. art. 110, 1° comma, d.lgs. n. 196/2006).

Ma il coinvolgimento di soggetti terzi indipendenti, ad integrazione del consenso è previsto in altre ipotesi come lo screening genetico per l'assunzione dei dipendenti, per cui le fonti raccomandano il controllo da parte di organizzazioni sindacali e di comitati indipendenti⁽⁸⁷⁾.

Inoltre, nella prassi dei finanziamenti comunitari per la ricerca, la Commissione europea caldeggia la supervisione etica del progetto da parte di "ethics advisor" indipendenti, anche e soprattutto quando le questioni etiche riguardano la raccolta e il trattamento dei dati personali⁽⁸⁸⁾.

Un'altra possibile soluzione per raggiungere un equilibrio degli interessi in gioco potrebbe essere l'elaborazione di un codice di condotta, come evidenziato dal regolamento generale sulla protezione dei dati personali [cfr. art. 40 del regolamento (UE) n. 2016/679⁽⁸⁹⁾], secondo il quale è necessario «calibrare gli obblighi dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento, tenuto conto del potenziale rischio del trattamento per i diritti e le libertà delle persone fisiche» (cfr. "considerando" 98).

La disciplina dell'Unione Europea incoraggia l'adozione di altri strumenti derivanti dall'autonomia privata, anche se assoggettati al controllo delle autorità, come le clausole contrattuali tipo, le norme tecniche e i meccanismi di certificazione (cfr. "considerando" 167).

⁽⁸⁷⁾ V. lo *European Group on Ethics in Science and New Technology* nella sua Opinione n. 18, riguardante "Ethical Aspects of Genetic Testing in the Workplace" del 2003, par. 2; v. anche il documento "Ethical, legal and social aspects of genetic testing: research, development and clinical applications" del 2004, elaborato da un Gruppo di esperti per la DG Ricerca della Commissione Europea.

⁽⁸⁸⁾ V. tra gli altri documenti di prassi della Commissione, "Roles and functions of ethics advisors/ethics advisory boards in EC-funded projects", dicembre 2012 e "Guidance – How to complete your ethics self-assessment", versione 5.2 del 12 luglio 2016. V. anche R. CIPPITANI, *Ethics Advisor on Research Projects*, in A. BARTOLINI, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (a cura di), *Dictionary of Statutes within EU Law (The Individual Statutes as Pillar of European Union Integration)*, Cham (Switzerland), pp. 193-200.

⁽⁸⁹⁾ V. per esempio United Kingdom Information Commissioner's Office (2012), *Anonymisation: managing data protection risk. Code of practice*, in ico.org.uk/for_organisations/data_protection/topic_guides/anonymisation.

Occorre perfezionare e sviluppare altri strumenti per garantire la responsabilità e la qualità delle istituzioni e dei professionisti che si occupano di informazione genetica⁽⁹⁰⁾.

Più in generale, è necessario che il processo di approvazione faccia parte di un quadro di *governance* basato su «fiducia, responsabilità e valutazione»⁽⁹¹⁾.

⁽⁹⁰⁾ V. l'art. 5 del Protocollo Addizionale alla Convenzione di Oviedo riguardante i test genetici «a) *genetic tests meet generally accepted criteria of scientific validity and clinical validity; b) a quality assurance programme is implemented in each laboratory and that laboratories are subject to regular monitoring; c) persons providing genetic services have appropriate qualifications to enable them to perform their role in accordance with professional obligations and standards*».

⁽⁹¹⁾ T. CAULFIELD, R.E.G. UPSHUR, A. DAAR, *DNA databanks and consent: A suggested policy option involving an authorization model*, in *BMC Medical Ethics*, 2003, 4:1.

AURORA VESTO^(*)

LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO TRA NORMATIVA COGENTE ED APPLICAZIONI ETICHE

ABSTRACT: The essay is aimed at providing an analysis of the anticipated treatment provisions. The Italian law n. 219/2017 regulates the patient's informed consent and forestalled directives: in fact, patients can refuse life-saving treatments. Today, the anticipated treatment provisions are normally binding and are placed in accordance with the principle established by art. 32 of the Italian Constitution. In this perspective, a fundamental role is played by religious freedom, where the manifestation of one's own religious beliefs intersects with other medical activities affecting directly a patient's physical integrity and his/her common feeling of direct dependence on them (it is taken into consideration the hypotheses of genital mutilation, of blood transfusion, of mandatory vaccination and, logically, death).

SOMMARIO: 1. La prima legge italiana sul “fine vita”: considerazioni di ordine sistematico. – 2. Il ruolo del consenso espresso nelle DAT e il suo diverso atteggiarsi in funzione del differente “approccio etico” del paziente e del medico. – 3. Le disposizioni anticipate di trattamento di fronte allo specchio della libertà religiosa.

1. — *La prima legge italiana sul “fine vita”: considerazioni di ordine sistematico.*

La legge 22 dicembre 2017, n. 219, “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”⁽¹⁾, nel rispetto dei principi

^(*) Università per Stranieri “Dante Alighieri”, Reggio Calabria.

⁽¹⁾ La legge è stata pubblicata in G.U. 16 gennaio 2018, n. 12. Per i primi commenti si rimanda a: S. STEFANELLI, *Status di paziente e disciplina del fine vita*, in questa *Rivista*, 2017, pp. 113-135; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 247-252; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, V, cc. 137-143; G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2018, 2, pp. 97-151; S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una «buona legge buona»*, in *Corr. giur.*, 2018, pp. 301-305; D. CARUSI, *La legge «sul biotestamento»: una luce e molte ombre*, *ivi*,

di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, stabilendo che, attraverso le disposizioni anticipate di trattamento, ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere possa esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari.

Si considerano trattamenti sanitari, ai fini dell'applicazione della legge, la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici, ossia con strumenti invasivi dell'integrità fisica del paziente.

La legge, che si compone di otto articoli, all'art. 4 disciplina le "disposizioni anticipate di trattamento" (c.d. DAT), che consentono alla persona di manifestare la propria volontà anche per mezzo di una persona di sua fiducia (c.d. "fiduciario"⁽²⁾), «che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie» (1° comma).

2018, pp. 293-300; F. FELIS, *Gli atti di disposizione del proprio corpo e D.A.T. Testamento biologico. Limiti e condizioni*, in *Vita not.*, 2018, pp. 145-172.

⁽²⁾ Il termine fiduciario ricorre sia nella disciplina primaria del consenso, sia nella pianificazione di cura, sia nelle DAT. Pur essendo il nome lo stesso, le funzioni non sono identiche. Nella disciplina primaria del consenso (art. 1) il fiduciario è la persona indicata per sostituire il paziente nel ricevere le informazioni e nel dare (o non dare) il consenso: con questo incarico il fiduciario diventa «interprete "autentico" e garante della volontà espressa dal paziente nel momento in cui questa si deve attuare, a confronto con situazioni concrete che possono anche non essere state previste dal paziente. È un "alter ego", un *avatar* giuridico che ripristina la relazione di "cura e fiducia" con il medico e l'équipe sanitaria in vista delle decisioni da prendere, ma sulla base di una investitura che ha una base di scelte fatte dal paziente-disponente»; in altri termini «è una persona che se vogliamo usare il linguaggio tradizionale del diritto – riceve un mandato con potere di rappresentanza che può non avere limiti, se così vuole il paziente» (P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., p. 248). Nel contesto della pianificazione di cure, la legge collega il *fiduciario* alla figura prevista per le disposizioni anticipate; ciò non esclude che lo stesso fiduciario, finché non si pone un problema di applicazione delle disposizioni anticipate, assuma il compito di cui all'art. 1 (p. 249). Infine, nelle DAT, «il fiduciario è la persona a cui il disponente affida il ruolo di collaborare con il medico nella attuazione di quanto disposto, per il tempo in cui la persona stessa non sarà in grado di determinarsi, non *post mortem*, ma oltre la soglia dello stato di vita cosciente (un "oltre" temporaneo o definitivo)» (p. 248).

Le DAT devono essere redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, oppure per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del suo Comune di residenza, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora la Regione abbia adottato modalità telematiche e informatiche di gestione dei dati.

Se le condizioni fisiche del paziente non consentano la redazione delle DAT nelle formalità suindicate, le disposizioni anticipate di trattamento potranno essere espresse attraverso video registrazioni o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare la sua volontà.

In entrambi i casi, le DAT sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento.

Le DAT, dunque, rappresentano delle “direttive” che possono essere strutturate o nella forma di un c.d. “testamento biologico” (*living will*), in cui predominano le ultime volontà del *de cuius*, inclusa la scelta relativa alla donazione di organi e tessuti, o nella forma di un atto di ultima volontà che contenga una espressa “vocazione”, con la quale si indichi la persona del c.d. “fiduciario”⁽³⁾ deputata ad adottare le scelte cliniche nell'interesse e nel rispetto delle convinzioni dell'autore della dichiarazione anticipata di trattamento.

Proprio il tema della donazione di organi⁽⁴⁾ è, poi, particolarmente complesso in quanto, nel nostro ordinamento, il principio del silenzio-assenso sancito dalla legge n. 91 del 1999 (cfr. art. 4, 1° comma, secondo il quale: «entro i termini, nelle forme e nei modi stabiliti dalla presente legge e dal de-

⁽³⁾ In argomento si rinvia a A. ARFANI, *Sulla possibilità, per l'amministratore di sostegno, di manifestare l'autorizzazione all'espianto degli organi, in luogo del beneficiario*, in *Fam. e dir.*, 2017, pp. 350-354.

⁽⁴⁾ Da ultimo, la Direttiva 2010/53/UE, recepita dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228 (art. 1, 340° comma della legge di stabilità per il 2013, recante modifiche alla legge n. 91/1999) e il decreto ministeriale di attuazione del 19 novembre 2015, hanno ridefinito i contorni della rete nazionale dei trapianti, sulla base di una metodologia comune incentrata sull'integrazione strutturale, metodologica e funzionale dei diversi livelli di *governance* del sistema che vede, nelle dichiarazioni di assenso alla donazione, il suo principale fondamento. Più opportuni riferimenti in M.C. VENUTI, *Novità e prospettive nella normativa in materia di trapianti d'organo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 6, pp. 305-318.

creto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, 1° comma, i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione, secondo quanto stabilito dai commi 4 e 5 del presente articolo») non ha ad oggi trovato completa attuazione per l'inerzia nell'emanazione della disciplina regolamentare⁽⁵⁾; in ragione di ciò «è consentito procedere al prelievo di organi e di tessuti da soggetto di cui sia stata accertata la morte (...) salvo che il soggetto abbia esplicitamente negato il proprio assenso» (art. 23, 1° comma, l. n. 91/1999).

Per di più, in tale ultimo caso, «il coniuge non separato o il convivente more uxorio o, in mancanza, i figli maggiori di età o, in mancanza di questi ultimi, i genitori ovvero il rappresentante legale possono presentare opposizione scritta entro il termine corrispondente al periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte» (art. 23, 2° comma, l. n. 91/1999).

In un simile contesto, la formalizzazione di una DAT si presta a dirimere situazioni particolarmente delicate: e infatti, essa può servire tanto a formalizzare un dissenso espresso quanto a fornire utili indicazioni, anche di natura accessoria, circa la personale adesione all'espianto dei propri organi⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Per una disamina dell'argomento, con particolare riferimento all'analisi dell'*iter* legislativo della legge citata, cfr. D. FARACE, *Regole di validità, regole di comportamento e donazione di organi*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 196-204.

⁽⁶⁾ La scelta di consentire o di rifiutare il prelievo può essere sempre modificata in senso opposto con un'espressa dichiarazione di segno uguale e contrario: in questo senso l'art. 3 del D.M. 8 aprile 2000, in attuazione del disposto dell'art. 5 della l. n. 91/1999, fa salva la facoltà dei cittadini interessati di modificare in ogni momento la manifestazione di volontà precedentemente resa, con «altra attestazione debitamente datata e sottoscritta» (nel nostro caso una DAT). Diversamente dalla disciplina sui prelievi da essere vivente emerge qui una particolare attenzione del legislatore al rifiuto espresso dall'interessato di essere sottoposto ad espianto una volta deceduto. La sottolineatura trova la propria ragion d'essere nel meccanismo di «silenzio-assenso con informazione del valore attribuito al silenzio a seguito di invito ad esprimersi» che fa scattare l'automatismo al prelievo, nei termini sopra descritti. Automatismo bilanciato in senso opposto nella speculare ipotesi che potremmo definire di «silenzio-non sollecitato», ossia senza previa richiesta (M.C. VENUTI, *Novità e prospettive nella normativa in materia di trapianti d'organo*, cit., p. 307).

Geograficamente parlando, le DAT sono regolamentate, già da diverso tempo, oltre che in area angloamericana, in diversi Paesi europei, come la Francia, la Germania, il Regno Unito e la Spagna.

In Italia, invece, prima della legge in commento, sussisteva un atteggiamento di chiusura nei confronti delle disposizioni anticipate di trattamento⁽⁷⁾: questa posizione era in parte ancorata al dogma dell'assoluta indisponibilità della vita, che determinerebbe, in capo al medico, in ragione della posizione di garanzia da lui assunta nel nostro ordinamento, un obbligo di intervento c.d. di sostegno vitale anche nei confronti del paziente che rifiuta le cure; ma soprattutto rinvenibile dall'assenza di alcuni fondamentali requi-

⁽⁷⁾ Con riferimento al persistente rifiuto alle cure da parte del paziente in stato d'incoscienza il problema di fondo attiene alla validità del rifiuto alle cure, espresso dall'interessato, quando sopravviene uno stato di incoscienza che non consente più al paziente di confermare il consenso precedentemente espresso. Prima della legge n. 219/2017, si sono susseguite diverse posizioni giurisprudenziali: secondo un orientamento, l'intervento del medico sarebbe doveroso, in ragione della sua posizione di garanzia, a tutela del diritto alla salute del paziente; per un altro orientamento, invece, sarebbe necessario ricostruire il vero interesse del paziente, il c.d. consenso presunto; secondo l'orientamento (considerato preferibile) che prende le mosse dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo, verranno presi in considerazione i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di manifestare la propria volontà. Si pensi alla perdurante operatività del rifiuto non confermabile dal paziente testimone di Geova, ormai in coma, alla trasfusione sanguigna (Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2007, 6, cc. 1711-1716). Successivamente si ricorda la pronuncia della Corte di Cassazione (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Corr. giur.*, 2007, pp. 1676-1686) nel caso di Eluana Englaro, in stato vegetativo permanente dal 1992 a seguito di un incidente stradale e mantenuta in vita nonostante le continue richieste del padre, avanzate in sede civile, di sospendere il sostentamento artificiale, in ottemperanza ad una volontà manifestata da Eluana in epoca precedente al determinarsi della sua condizione. In questa fattispecie, infatti, la Corte di Cassazione, escludendo che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono in sé una forma di accanimento terapeutico, ha negato l'autorizzazione per procedere al rifiuto delle cure, sul presupposto della incondizionata prevalenza del diritto alla vita, indipendentemente dalla percezione, che altri possono avere, della qualità della vita stessa; la disattivazione del presidio sanitario potrà essere attivata solo allorché il soggetto versi in stato vegetativo irreversibile, senza che sussista una minima possibilità di recupero della coscienza, e quando l'istanza di interruzione sia realmente espressiva della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti.

siti che il consenso non poteva presentare in caso di testamento biologico.

Innanzitutto, è bene precisare che il consenso del paziente, che si sottopone ad un trattamento, non funge di per sé da causa di giustificazione *ex art. 50 c.p.*, ma è espressione della libertà di autodeterminazione della persona, la quale, a norma dell'art. 32 Cost., ha diritto di rifiutare le cure, salvo casi, tassativamente previsti dalla legge, di trattamenti sanitari obbligatori.

Così ricostruito, dunque, il consenso, che rinviene il suo fondamento nell'art. 32 Cost. e nell'art. 3 della “Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo”, è un atto di volontà, espressione della libertà personale di cui all'art. 13 Cost.

Affinché il consenso sia frutto di una consapevole e ponderata manifestazione della libertà individuale occorre che esso sia “personale”, “esplicito”, “specifico”, “informato”, “libero”, “reale ed effettivo”, “attuale e sempre revocabile”.

La ricostruzione che ostacolava la nascita di una legge sul testamento biologico, poggiava le basi sull'assenza, in casi siffatti, della “attualità”, “specificità” e “revocabilità” del consenso prestato dal disponente. In particolare, mancherebbe sia “l'attualità”, poiché il consenso verrebbe manifestato “ora per allora”, sia la sua “specificità”, poiché il consenso sarà generico, non potendo il soggetto prevedere la specificità dell'intervento professionale che gli verrà offerto e somministrato; infine, difetterebbe il requisito della “revocabilità” del consenso, perché quest'ultimo può agire solo quando la persona, a causa della sopravvenuta incapacità, non sarà più in grado di revocarlo.

Il cambiamento di prospettiva, in aderenza ad uno Stato pluralistico che rispetta le istanze sociali anche di chi desidera non sopravvivere in una condizione di vita priva di coscienza, ha determinato il varo della legge n. 219/2017 espressiva di una volontà interrutiva del paziente (considerata moralmente accettabile dall'autorità normativa) che conduce all'accelerazione dell'evento morte, a dimostrazione che è sovrana la volontà dell'individuo di consentire che il naturale evento della morte si attui con una modalità coerente all'autocoscienza della propria dignità personale e, così, finendo per legittimare l'eutanasia passiva.

Come ha avuto modo di sottolineare il Comitato Nazionale per la Bioetica nel parere *Informazione e consenso all'atto medico*, «in caso di malattie importanti e di procedimenti terapeutici e diagnostici prolungati, il rapporto curante-paziente non può essere limitato ad un unico, fugace incontro. (...) Il curante deve possedere sufficienti doti di psicologia tali da consentirgli di comprendere la personalità del paziente e la sua situazione ambientale»⁽⁸⁾.

L'esigenza che ha condotto alla previsione normativa delle DAT, infatti, risiede nel consentire alla persona di far valere i propri *desiderata* in caso di sopravvenuta incapacità, così predisponendo *ex ante* una tutela per tutte quelle persone a cui sopraggiungono condizioni di vulnerabilità. Si ha, dunque, una clessidra temporale tra il momento in cui sorgono le dichiarazioni di volontà, redatte dal soggetto in una condizione di piena capacità, e il momento in cui queste dichiarazioni dispiegano i loro effetti, salvaguardando nelle scelte cliniche l'interesse e il rispetto delle convinzioni che l'autore ha manifestato nelle direttive anticipate di trattamento, anche se finalizzate nella scelta "di non curarsi", poiché questa è una volontà interruttiva che l'uomo può esercitare per diversi motivi, come le sue personali convinzioni etiche, religiose, culturali e sociali. Pur tutelando il diritto alla salute, l'art. 32 Cost. non deve alimentare un accanimento terapeutico contrastante con l'autodeterminazione della persona coinvolta, la quale può anche desiderare di accettare il naturale evento della morte. La legge conferisce, perciò, rilevanza all'autodeterminazione individuale nel campo dei trattamenti sanitari, in aderenza al principio di sussidiarietà orizzontale.

In questa logica, dunque, si comprende il 6° comma dell'art. 1, l. 219/2017, il quale prevede che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale».

A fronte della richiesta avanzata dal paziente, di procedere all'eutanasia passiva, il medico deve adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente, non potendo violare la sua volontà adducendo motivazioni personali,

⁽⁸⁾ Cfr. Parere del CNB del 20 giugno 1992, *Informazione e consenso all'atto medico* (in <http://www.governo.it/bioetica/pareri.html>).

imposte dal proprio credo religioso per la sacralità della vita. La legge n. 219/2017, infatti, diversamente da quanto previsto in tema di aborto, dall'art. 9 della l. 22 maggio 1978, n. 194, non prevede l'operatività della obiezione di coscienza come motivo di esclusione del medico obiettore all'esecuzione di comportamenti che accelerano l'evento morte.

2. — *Il ruolo del consenso espresso nelle DAT e il suo diverso atteggiarsi in funzione del differente "approccio etico" del paziente e del medico.*

Le disposizioni anticipate di trattamento sono il risultato di un procedimento, che ha inizio con l'acquisizione di tutte le informazioni utili per la persona in previsione di una sua eventuale futura incapacità di autodeterminarsi.

La volontà del paziente si manifesta con l'esercizio del consenso (o dissenso) informato⁽⁹⁾ al trattamento sanitario. Specificatamente, se il paziente è una persona interdetta il consenso informato viene espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto, ove ciò sia possibile; se, invece, il paziente è una persona inabilitata, il consenso viene espresso dalla medesima persona inabilitata; infine, qualora sia stato nominato un amministratore di sostegno, a seconda che la nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva dell'amministratore, il consenso informato è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno, ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario.

⁽⁹⁾ Il diritto al consenso informato del paziente è, infatti, un diritto irretrattabile della persona e, al fine di escluderlo, non assume alcuna rilevanza il fatto che l'intervento sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale deficit di informazione, il paziente non è stato posto in condizione di assentire al trattamento, di talché si è consumata, nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza umana nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica (cfr. Cass., 31 gennaio 2013, n. 2253, in *DeJure.it*). D'altra parte, proprio grazie al costante riferimento al consenso informato come condizione imprescindibile per qualunque intervento sull'uomo, il principio di volontarietà si conferma come il criterio cardine che connota il diritto alla salute sancito dall'art. 32 Cost.

La situazione è ancora più delicata quando il paziente è un minore di età: infatti, in questi casi il consenso viene espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore⁽¹⁰⁾, tenendo conto della volontà della persona minore di età, facendo riferimento al suo grado di maturità e «avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità» (art. 3, punto 2, l. 219/2017)⁽¹¹⁾.

La fattispecie, complessivamente intesa, non coinvolge solo questioni di natura giuridica, ma anche importanti aspetti di tipo etico e, soprattutto, religioso, giacché la religione cattolica non giustifica il gesto, in qualunque modo espresso, di chi decide di togliersi la vita.

Il conflitto tra l'ordinamento civile e quello canonico si manifesta in tutti quei casi in cui il "consenso" dell'uno non dispiega effetti anche nell'altro settore. In tal senso, infatti, si giustifica l'annullamento del matrimonio concordatario in caso di divergenza tra la volontà e la dichiarazione, allorché sussista una riserva mentale relativa al "*bonum sacramenti*" o al "*bonum prolis*"⁽¹²⁾.

Il matrimonio concordatario, del resto, costituisce una fattispecie complessa che, a seguito della trascrizione, produce effetti anche nell'ordinamento civile; difatti, esso è la sintesi di determinati comportamenti rappresentativi di una volontà programmatica che si riflette sulla produzione degli effetti civili: la richiesta delle pubblicazioni, che viene presentata sia al Ministro del culto cattolico che alla casa comunale; la lettura delle disposizioni codicistiche, effettuata dal ministro del culto cattolico; la sottoscrizione in doppio originale dell'atto matrimoniale, con la conseguente trascrizione di un atto nei registri dello Stato civile e dell'altro presso la casa parrocchiale.

⁽¹⁰⁾ Per l'analisi dei principali orientamenti sul tema cfr. E. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005.

⁽¹¹⁾ In argomento vengono altresì in rilievo la Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 1989), la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo (Strasburgo, 1996) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza-Strasburgo, 2000-2007).

⁽¹²⁾ L'analisi di entrambi i profili è svolta in maniera approfondita da A. D'AURIA, *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, Roma, 2007, spec. pp. 563-574 e 525-531.

Già questo riferimento risulta sufficiente per confermare la tesi della diversa rilevanza del consenso nei due ordinamenti; atteso che in quello confessionale viene sempre richiesto un più completo coinvolgimento della persona che tenga conto di quelle che sono sensazioni ed emozioni normalmente celate *in interiore homine* dove, secondo Sant'Agostino, alberga sempre la verità⁽¹³⁾.

Orbene, proprio il consenso che l'individuo effettua con riferimento a trattamenti sanitari di "fine vita", coinvolgendo un'intensa libertà di espressione, è suscettibile di entrare in conflitto con le regole della religione cattolica allorquando, ad esempio, serva ad agevolare indiscriminatamente l'interruzione delle terapie salva-vita.

La legge sul testamento biologico non si esprime al riguardo, essendo essa estrinsecazione di un punto di vista laico che valuta prevalente la volontà dell'uomo di evitare forme di accanimento terapeutico.

Proprio per tale ragione, la normativa in commento attribuisce al consenso informato la valenza di elemento fondante nel contesto della relazione terapeutica (art. 1, 2° comma, l. 219/2017) quale punto di equilibrio degli interessi di due soggetti (il paziente e il medico) meritevoli entrambi di essere tutelati nella loro sfera decisionale.

Ciò fa comprendere come non vi sia piena coincidenza né tantomeno sovrapposibilità dei rispettivi ambiti di autonomia: se ai medici, infatti, compete una certa libertà nell'assunzione delle scelte di cura che si giustifica sulla base della specifica competenza professionale (il *quomodo*), ai pazienti spetta, invece, una più robusta "autonomia decisionale" sulla scelta di sottoporsi o meno al trattamento (*l'an*), sia che si tratti di una terapia ancora da attuare ovvero di una già posta in essere e destinata a protrarsi nel tempo⁽¹⁴⁾.

Alla luce delle disposizioni in tema di consenso emerge che esso è tutt'altro che un formale adempimento burocratico. Il consenso informato, non si risolve, infatti, nella sottoscrizione di un modulo, bensì va inteso come il

(13) Cfr. SANT'AGOSTINO, *De vera religione*, 389, cp. 39, v. 72.

(14) Il tema è stato affrontato di recente da P. BORSELLINO, «Biotestamento»: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura, in *Fam. e dir.*, 2018, pp. 789-802.

momento di sintesi di un percorso nel quale il paziente deve essere accompagnato dal medico, atteso che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1, 8° comma, l. 219/2017). Al centro dell'intera vicenda vi è proprio tale relazione comunicativa grazie alla quale il paziente dovrà ottenere tutte le informazioni (relative alle condizioni di salute attuali, alla diagnosi, alla prognosi, ai vantaggi attesi ed ai rischi ipotizzati ed alle eventuali alternative terapeutiche), che del consenso rappresentano il necessario presupposto ⁽¹⁵⁾.

All'interno della relazione di cura tra il medico e il paziente la legge colloca altresì le volontà anticipate sui trattamenti che possono essere contestualizzate ad una specifica patologia ancora in evoluzione; in tal caso, la legge prospetta (art. 5, l. 219/2017), la raccolta delle sue volontà per dar vita ad un percorso di “pianificazione condivisa delle cure”, valorizzando un processo deliberativo nel quale l'espressione da parte del paziente del consenso a trattamenti da attuare, tanto nell'immediato che per il futuro, ha luogo sul presupposto di un'adeguata e veritiera informazione relativamente alla (prevedibile) evoluzione della patogenesi, il che postula una ancor più completa adesione al principio di autodeterminazione⁽¹⁶⁾.

Tuttavia, come si avrà modo di precisare nelle pagine che seguono, proprio questa capacità di autodeterminazione, latamente intesa, può andare incontro a delle limitazioni di ordine normativo e cogente.

Di recente, un limite, giustificato per assicurare la tutela della salute pubblica, ai sensi dell'art. 32 Cost., è stato rintracciato nella coercitiva profilassi vaccinale imposta dal legislatore italiano, con la legge 31 luglio 2017, n. 119⁽¹⁷⁾. Questa legge, infatti, subordina l'ammissione scolastica dei minori

⁽¹⁵⁾ Cfr. P. BORSSELLINO, «Biotestamento»: *i confini della relazione terapeutica*, cit., p. 790 ss.

⁽¹⁶⁾ In tale contesto si inserisce il tema del rifiuto alle cure che, com'è noto, la cui mancata attuazione produce inaccettabili discriminazioni tra malati sulla base della tipologia di malattia che li affligge, dello stato di avanzamento della patologia e del tipo di terapia attuata. Per ulteriori approfondimenti cfr. S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una «buona legge buona»*, cit., p. 301 ss.

⁽¹⁷⁾ Per un approfondimento della legge si rinvia, da ultimo, a A. MARCHESI, A. VESTO, *Vaccinazioni obbligatorie e diritto alla salute: la «profilassi imposta» fra tensioni etiche e giuridiche – Mandatory vaccinations and right to health: the “imposed profilaxis” between ethical and legal*

di età, compresa tra zero e sedici anni, e dei minori stranieri non accompagnati, all'aver i genitori esercenti la responsabilità genitoriale depositato la documentazione⁽¹⁸⁾ comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni ovvero (anche con autocertificazione) l'esonero, l'omissione o il differimento delle stesse⁽¹⁹⁾.

La volontà espressa dal paziente nelle DAT non costituisce un dogma, come tale immodificabile: infatti queste dichiarazioni di volontà sono soggette alla clausola "*rebus sic stantibus*"⁽²⁰⁾, poiché tanto più esse sono risalenti nel tempo tanto maggiore è il rischio della loro inattualità⁽²¹⁾, sia allorquando «appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente» sia qualora «sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4, 5° comma, l. n. 219/2017).

tensions, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, pp. 1333-1348; M. MONTANARI, L. VENTALORO, *La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità*, in *Fam. e dir.*, 2018, pp. 177-202.

⁽¹⁸⁾ Per i minori da 6 a 16 anni: quando non si tratta di prima iscrizione resta valida la documentazione già presentata per l'anno scolastico 2017-2018, se il minore non deve effettuare nuove vaccinazioni o richiami. Per i minori da 0 a 6 anni e per la prima iscrizione alle scuole (minori 6-16 anni) può essere presentata una dichiarazione sostitutiva di avvenuta vaccinazione.

⁽¹⁹⁾ Si tratta di ambiti decisionali di particolare delicatezza, riguardo ai quali si è da tempo manifestata l'esigenza di definire strategie che sappiano controbilanciare la tutela degli individui con uno standard più o meno elevato di vulnerabilità; garantendo la tutela della persona quale soggetto e non solo come oggetto della relazione di cura. Sullo sfondo vi è il riconoscimento del valore della persona umana che le Carte internazionali e la nostra Costituzione pongono giustamente al vertice del sistema.

⁽²⁰⁾ È nota la «dialettica tra la clausola *rebus sic stantibus* e la presupposizione» [sul punto, cfr. A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, *Presupposizione e causa in concreto*, in F. ALCARO (a cura di), *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016, pp. 270-272], ossia il principio della rilevanza delle sopravvenienze. Sull'argomento, senza pretesa di esaustività, si rinvia *ex multis*: L. BARBERA, *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali*, in R. TOMMASINI (a cura di), *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, pp. 277-433; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 363 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, pp. 689-694.

Specularmente alle scelte del paziente vi sono, poi, come segnalato, quelle del medico che – cronologicamente anteposte alle prime – sono anch'esse in certa misura dipendenti da valutazioni di carattere etico e morale.

Il medico, nel consigliare la terapia, si assume cioè una doppia responsabilità: professionale, da un lato, in quanto legata alle proprie conoscenze scientifiche ed alla perizia del suo operare ed etica, dall'altro lato, perché comunque rispondente alla propria personale “visione della vita”.

Entra così in gioco la variabile della obiezione di coscienza e i limiti a questa collegati con riferimento alla corretta esecuzione dell'atto medico. In senso abbastanza lato, l'obiezione di coscienza può essere considerata come la pretesa del singolo medico di essere esonerato da un obbligo giuridico, in quanto egli ritiene che tale obbligo sia in contrasto con un comando proveniente dalla propria coscienza e sia inoltre lesivo di un diritto fondamentale rilevante nell'ambito bioetico e del c.d. biodiritto.

Difatti, l'obiezione di coscienza concerne il rifiuto di una prestazione sanitaria allorquando essa sia pienamente corrispondente alle c.d. “*leges artis*” e sia comunque in grado di beneficiare la salute del paziente ma comporta, tuttavia, un risultato inaccettabile per le convinzioni etiche ovvero morali del medico⁽²²⁾. Dal punto di vista del diritto costituzionale, l'obiezione di coscienza si giustifica alla luce degli artt. 2 (diritti inviolabili), 3 (uguaglianza formale e sostanziale), 19 (libertà di professare una confessione religiosa) e 21, 1° comma, (libertà di manifestazione del pensiero) della Carta fondamentale. Il punto cruciale è che a fronte di una scelta di astensione determinata dall'esercizio dell'obiezione di coscienza vi è sempre il sacrificio (potenziale) del diritto alla salute (art. 32 Cost.) del paziente.

Secondo una prima ricostruzione, la possibilità che il medico possa disattendere le indicazioni contenute nelle DAT, operando in tal modo una sorta

⁽²²⁾ Una compiuta formalizzazione del concetto di obiezione di coscienza si è avuta, nel nostro ordinamento, con la legge 22 maggio 1978 n. 194, segnatamente con l'art. 9 sull'interruzione volontaria di gravidanza, secondo cui è consentito al «personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie» non prendere parte alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza quando ciò sollevi un problema di coscienza, salvo che ci sia una preventiva dichiarazione del sanitario in tal senso.

di obiezione di coscienza, si ricaverebbe dalla lettura dell'art. 4, 5° comma, della legge 219/2017, a mente del quale le DAT possono essere disattese «in tutto o in parte» in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o, comunque, non corrispondenti alla condizione clinica del paziente, valutata *ex post*, oppure nel caso in cui non siano disponibili o prevedibili, all'atto della sottoscrizione delle DAT, terapie che possano offrire concrete aspettative di miglioramento per il paziente⁽²³⁾.

In chiave critica, tuttavia, la portata della disposizione, a ben riflettere, non consente l'individuazione di criteri ai quali riferire la valutazione del carattere «palesemente incongruo o non corrispondente alla condizione attuale del paziente» delle DAT; sicché, in definitiva, non si avrebbe in tal caso l'effetto tipico dell'obiezione di coscienza quanto piuttosto “un giudizio oggettivo di corrispondenza” della terapia alla condizione clinica attuale del paziente che inevitabilmente rientra nella sfera di discrezionalità del medico, soprattutto con riferimento alle “terapie non prevedibili” ed alla continua evoluzione scientifica del settore.

Tutto ciò rimanda poi, sotto il profilo del diritto civile, ai limiti posti dall'ordinamento alla responsabilità del medico – e del sanitario in generale⁽²⁴⁾ – sia allorché egli, con la sua azione, produca un danno biologico⁽²⁵⁾ al paziente sia allorché ometta - anche per proprie convinzioni etico-religiose - di intraprendere un percorso terapeutico suscettibile di maggiori e apprezzabili risultati per la salute di quest'ultimo. Entrambi i profili si legano, com'è ovvio, al tema del consenso: un consenso pienamente informato presuppone, infatti, l'instaurazione di un'idonea relazione di fiducia tra il paziente e il medico, al fine di realizzare un equilibrio tra l'autonomia decisionale del paziente (che ha diritto di conoscere le proprie condizioni di salute in modo

⁽²³⁾ Cfr. B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Riv. dir. comp.*, 2017, pp. 270-284.

⁽²⁴⁾ In chiave ricostruttiva si rinvia a E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. e pren.*, 2017, pp. 27-46.

⁽²⁵⁾ Cfr. D. POLETTI, *Il danno risarcibile* in N. LIPARI, P. RESCIGNO, *Trattato di Diritto Civile*, 4, *Attuazione e tutela dei diritti*, 3, *La Responsabilità e il danno*, Milano, 2009.

completo, aggiornato e pienamente comprensibile) e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del terapeuta⁽²⁶⁾.

3. – *Le disposizioni anticipate di trattamento di fronte allo specchio della libertà religiosa.*

Con riferimento all'utilizzabilità delle DAT da parte di pazienti affetti da malattie degenerative, croniche e irreversibili, viene in rilievo il tema del bilanciamento tra diritto all'integrità psico-fisica del soggetto e libertà religiosa, soprattutto in considerazione del fatto che la normativa si porge al rischio di una deriva individualista, di tipo laicista. Il problema è già di per sé complesso allorché si faccia riferimento ad individui pienamente capaci di intendere e volere ma diventa assolutamente drammatico quando ci si re-laziona con soggetti incapaci (in ragione della loro patologia o della minore età).

L'autodeterminazione individuale si collega infatti con la libertà religiosa in quanto, storicamente, quest'ultima si è andata evolvendo nel costante dialogo tra comunità di sudditi e comunità di credenti.

È un dato storicamente acquisito quello per cui l'unità sociale fondata sul

⁽²⁶⁾ Del resto, la scelta del paziente è anche condizionata al quadro informativo ricevuto dal medico. Ecco perché a lungo si è discusso sulla natura della relazione intercorrente tra medico e paziente, tutte le volte in cui questa relazione si costituisce all'interno di una struttura sanitaria. Con riferimento alla responsabilità medica, l'orientamento tradizionale (dalla storica sentenza della Cassazione n. 589 del 1999 in avanti) aveva ricostruito la responsabilità del medico in termini "contrattuali" (ex art. 1218 c.c.), poiché il danno cagionato al paziente è provocato per effetto dell'inadempimento di obblighi di protezione nascenti da un "contatto sociale": in altri termini, il "contatto" tra paziente e medico genera l'affidamento da parte del paziente in capo a colui (il medico) che esercita una professione e quindi riveste una "posizione di garanzia" avente ad oggetto beni costituzionalmente tutelati (*in primis*, la salute). Recentemente, a seguito della legge 8 marzo 2017, n. 24, di riforma della responsabilità medica, vi è stata una netta inversione di prospettiva che ha condotto all'inquadramento della responsabilità del medico operante in una struttura sanitaria in termini "extracontrattuali" o "aquiliani" ex art. 2043 c.c. In argomento cfr. A. DE SANTIS, *La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco*, in *Studium Iuris*, 2017, pp. 790-804.

credo religioso contribuisce a dar vita ad una comunità sociale particolarmente coesa proprio perché basata su una comune consapevolezza collettiva. Non a caso la coesione religiosa e l'identità culturale sono veri e propri prerequisiti dell'unità sociale.

Ciò a maggior ragione in una società come quella contemporanea nella quale il multiculturalismo e la frammentazione delle esperienze religiose assumono sempre maggiore rilievo. L'estrema parcellizzazione tra le diverse fedi e i diversi credi fa sì che le rivendicazioni di coloro che professano convintamente un determinato orientamento religioso creino peculiari aspettative di tutela proprio con riferimento al tema del consenso informato e del fine vita.

Relativamente al primo aspetto è la questione su chi abbia giuridicamente il potere di sospendere le cure ai pazienti incapaci (minori o maggiorenni impossibilitati a causa della loro patologia); mentre, con riguardo al secondo aspetto, è salda la convinzione che i confini della vita siano indisponibili alla volontà umana e che non si possa arbitrariamente interrompere una terapia salva-vita.

Pertanto, assumono particolare rilevanza tutte quelle fattispecie ove la manifestazione delle proprie credenze religiose si intersechi con altre attività a carattere medico direttamente incidenti sull'integrità fisica del soggetto e che abbiano nel sentire comune una diretta dipendenza da esse. Si pensi alle ipotesi delle mutilazioni genitali, delle emotrasfusioni, dell'obbligatorietà vaccinale e, logicamente, del fine vita.

Proprio in relazione a tali ambiti di indagine la legge n. 219/2017 consente a ciascun paziente di esprimersi con la manifestazione del c.d. consenso informato (art. 1, l. 219/2017), ovvero con la redazione di una pianificazione condivisa delle cure (art. 5, l. 219/2017), ovvero ancora con la redazione delle direttive anticipate di trattamento (art. 4, l. 219/2017).

Per tutte le prime ipotesi, ossia mutilazioni genitali, emotrasfusioni e vaccini, viene in rilievo innanzitutto proprio la citata disposizione dell'art. 5 della l. 219/2017 secondo cui la pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico riguarda "l'evolversi delle conseguenze" di una patologia rispettivamente: *a)* o "cronica e invalidante"; *b)* o "caratterizzata da

inarrestabile evoluzione con prognosi infausta”. Orbene, se si propende per una interpretazione estensiva, che contempra cioè la possibilità di redigere la pianificazione condivisa delle cure anche nel caso di patologie croniche modestamente invalidanti o di patologie caratterizzate da prognosi infausta circa la qualità della vita, secondo quanto prevedibile in un arco di tempo non definito, ci si avvede che la pianificazione condivisa delle cure possa essere attuata per ogni ipotesi di patologia: basti pensare che anche la più banale delle patologie può essere considerata dal paziente a prognosi infausta sotto il profilo della qualità della vita. Per di più ciò avvalorava la tesi secondo cui la prognosi possa riguardare un arco di tempo anche relativamente lungo atteso che il 4° comma dell’art. 5 della l. 219/2017 prevede comunque che: «La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico».

Nel caso delle mutilazioni genitali (circoncisioni e infibulazioni), attesa la loro spiccata valenza religiosa⁽²⁷⁾, il problema consiste nel definire se esistono dei limiti a tutela dell’integrità fisica e della libertà religiosa del minore rispetto alla volontà dei genitori di imporre sul figlio pratiche rituali. In linea di principio, il diritto all’integrità fisica di ciascun soggetto, quindi anche del minore, deve poter prevalere sull’opzione fideistica dei genitori di trasmettere al figlio la propria religione, anche se ciò rientra nel diritto alla libertà di educazione. In un concreto bilanciamento di valori tra i due diritti evocati la preminenza va accordata al diritto del minore a veder tutelata la propria integrità fisica (essendo la circoncisione o l’infibulazione atti potenzialmente idonei a causare comunque una lesione). Pertanto, la responsabilità genitoriale⁽²⁸⁾, a fronte di questo limite, dovrà essere esercitata in maniera compatibile con la tutela della salute e del benessere del minore. Nel nostro ordinamento, per di più, tali pratiche risultano vietate, sebbene con un differente

⁽²⁷⁾ Su questo peculiare profilo, cfr. G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in L. RISICATO, E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009, spec. p. 63 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al «diritto vivente». Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, pp. 625-657.

grado di intensità, in quanto potenzialmente suscettibili di provocare delle lesioni fisiche penalmente rilevanti⁽²⁹⁾. Alla luce di tale considerazione non sarebbe in astratto pensabile che per siffatte pratiche possa venire utilizzato lo strumento della pianificazione terapeutica, attesa l'intrinseca illiceità delle condotte sottostanti.

Sotto differente profilo, il tema del consenso al trattamento medico in rapporto all'autodeterminazione del soggetto con riferimento alla propria libertà religiosa è sorto da tempo riguardo al rifiuto dei Testimoni di Geova di accettare emotrasfusioni. Il Testimone di Geova ha, dunque, il diritto di rifiutare le trasfusioni di sangue anche nel caso in cui esse siano indispensabili per la sua stessa sopravvivenza. Pertanto, il rifiuto della trasfusione può ben costituire l'oggetto di una DAT, nella quale il dichiarante potrà richiedere la nomina di un amministratore di sostegno che abbia potere di garantire il rispetto della volontà di rifiutare la trasfusione. Per quanto concerne la modalità di espressione del rifiuto all'emotrasfusione, la stessa Cassazione⁽³⁰⁾ ha precisato, ben prima dell'emanazione delle normativa in commento,

⁽²⁹⁾ Per quanto concerne la circoncisione si oscilla tra l'orientamento particolarmente rigoroso della giurisprudenza di merito, che considera la mutilazione conseguente ad un intervento di circoncisione rituale maschile causa di una alterazione anatomica e funzionale in grado di integrare il concetto di "malattia", ai sensi della disciplina relativa al delitto di lesioni personali (cfr. Trib. Como, 13 dicembre 2012, in *Corr. merito*, 2013, p. 644), a quello più moderato della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale a date condizioni la circoncisione maschile cd. rituale non integra - se eseguita per motivi culturali che determinano l'ignoranza inevitabile della legge penale - il reato di esercizio abusivo della professione medica e quello di lesioni colpose a carico dei genitori (cfr. Cass. pen., 24 novembre 2011, n. 43646, in *Dirittoegustizia.it*). Con riferimento, invece, alla pratica dell'infibulazione le mutilazioni genitali femminili sono punite dalla legge italiana come reato dall'art. 583-bis c.p. (*Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*). Tali mutilazioni, classificate dall'Organizzazione mondiale della sanità in quattro gradi differenti di invasività, non hanno infatti alcuno scopo terapeutico e possono, in taluni casi, anche provocare serie conseguenze sulla salute e sul benessere delle giovani donne costrette a subirle. Per ulteriori approfondimenti, cfr. F. BASILE, *Il reato di «pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili» alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *www.statoechiese.it*, 2013, 24, pp. 1-23; A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giur. merito*, 2001, pp. 854-870.

⁽³⁰⁾ Cfr. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Giur. it.*, 2009, 5, p. 1124.

come tale rifiuto debba essere espresso con modalità formalmente certe ed appropriate. Il punto di partenza è che si tratti di un paziente capace di intendere e volere, il quale, dunque, nell'esprimere il proprio rifiuto sia pienamente cosciente delle conseguenze negative cui va incontro. In ogni caso, il dissenso alla prestazione terapeutica, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso ed inequivoco esattamente come ora previsto dalle disposizioni della legge n. 219/2017⁽³¹⁾. Ma la situazione si complica allorché il rifiuto alla trasfusione dipenda da una scelta assunta, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, a carico di soggetti minori.

Nel conflitto emergente tra convinzioni etico-religiose dei genitori e tutela della vita del minore non potrà che prevalere, sempre e comunque, la seconda. Pur nel pieno rispetto della dottrina professata dai Testimoni di Geova, non è accettabile che la salute di un soggetto incapace (qual è il minore) possa essere fatalmente pregiudicata; ne consegue che, nei casi di estrema urgenza, i medici potranno intervenire sul minore, oltre che in forza del principio dell'adempimento del dovere sulla base dello stato di necessità; in tutti gli altri casi, invece, dovrà essere richiesta all'autorità giudiziaria l'autorizzazione a praticare le cure necessarie, con la conseguenza che il rifiuto di sottoporre il minore a trasfusione potrà anche portare alla pronuncia di sospensione temporanea della responsabilità genitoriale ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c.⁽³²⁾.

Di recente, uno degli ambiti dove il rapporto tra conoscenza specialistica - nel nostro caso medico-scientifica - e opinione pubblica, divisa tra convinzioni culturali, etiche e religiose, si è fortemente incrinato è quello

⁽³¹⁾ Infatti la stessa Suprema Corte nel recente passato aveva ritenuto che non ricorressero le condizioni per un valido dissenso all'emotrasfusione nel caso in cui tale dissenso sarebbe stato desunto da un cartellino, rinvenuto addosso al paziente, testimone di Geova, al momento del ricovero, recante l'indicazione "niente sangue", appunto perché la manifestazione di volontà non risultava essere stata raccolta in modo inequivoco (cfr. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, cit., p. 1124).

⁽³²⁾ Cfr., anche se riferita alla disciplina *ante* riforma, Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2007, 6, cc. 1711-1716.

relativo alla polemica, tuttora in corso, sulla somministrazione dei vaccini con particolare riferimento alla previsione di subordinare, all'espletamento di una corretta profilassi vaccinale, l'iscrizione scolastica⁽³³⁾. La scelta legislativa ha prodotto una risposta fortemente antagonista da parte dei c.d. gruppi "NO VAX", che l'hanno considerata un'indebita interferenza statale nello svolgimento della loro libertà di autodeterminazione con riferimento all'educazione dei figli.

Su un piano parallelo e speculare, in quanto accomunato al problema delle vaccinazioni da un identico retroterra filosofico e culturale, si ha, poi, il tema dell'interferenza statale nella protezione della salute dei minori, come dimostra in maniera eloquente il drammatico caso, verificatosi in Inghilterra, del piccolo Charlie Gard. La questione coinvolge il ruolo dei medici, il margine di scelta dei giovani genitori e la posizione della magistratura sull'adozione di decisioni di natura sanitaria. La prognosi infausta sulla salute del piccolo Charlie, affetto da incurabile malattia mitocondriale degenerativa, porta i suoi genitori a rivolgersi ad uno specialista americano e ad altri genetisti che avevano dato la loro disponibilità per l'elaborazione di un protocollo terapeutico sperimentale, al fine di migliorare le sue condizioni di salute e di prolungare l'aspettativa e la qualità della vita. Tuttavia, l'ospedale inglese nel quale era ricoverato Charlie, considerando la terapia sperimentale americana solo un inutile prolungamento delle sofferenze già patite dal neonato, adisce l'autorità giudiziaria che in tutti e tre i gradi di giudizio perviene allo stesso risultato: si accolgono le ragioni dei medici inglesi sul presupposto che non fosse nel "*best interest of the child*" sottoporre il bambino al trattamento sperimentale proposto dai genitori e, infine, si giunge alla decisione di interrompere la prosecuzione della ventilazione artificiale ritenuta un mero accanimento terapeutico.

Come anticipato, la vicenda si contrappone in maniera speculare a quella delle vaccinazioni imposte *ex lege*: in un caso, viene compressa l'autodeterminazione delle famiglie che si trovano costrette a sottoporre i loro figli

⁽³³⁾ In argomento, da ultimo, M. MONTANARI, L. VENTALORO, *La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità*, in *Fam. e dir.*, 2018, pp. 177-202.

a trattamenti sanitari che reputano non necessari e anche rischiosi, poiché potenzialmente idonei a cagionare danni all'integrità psico-fisica del minore; nell'altro caso, i genitori del piccolo Charlie, invece, reclamavano un intervento sanitario che è stato loro negato perché ritenuto pregiudizievole per il bambino che avrebbe solamente continuato a soffrire.

Quanto fin qui considerato porta a riflettere sulla concezione della autodeterminazione intesa non tanto come "libertà fine a sé stessa" ma ricostruita sulla base di una vera e propria "logica di protezione" delle formazioni sociali, come tale capace di comprimere l'autonomia individuale o per privilegiare una concezione di salute collettiva (vedi i vaccini obbligatori) o per evitare il protrarsi di una speranza, così evitando ulteriori sofferenze ad una povera e sfortunata famiglia (come nel caso di Charlie Gard). Alla luce della normativa sulle DAT, proprio in simili circostanze il ricorso ad una pianificazione programmata del percorso terapeutico potrebbe rivelarsi utile sia per esprimere il proprio dissenso con riferimento alle vaccinazioni non obbligatorie sia per orientare (anche qui entro i limiti segnalati) le scelte mediche con riferimento all'adozione di terapie salva-vita su soggetti minori⁽³⁴⁾.

Da ultimo, le numerose vertenze giurisprudenziali di fronte alla Corte europea dei diritti umani dimostrano come, nonostante la presenza in molti Paesi di una normativa assai specifica, il contenzioso in materia di fine vita sia ancora molto elevato, in quanto inscindibilmente collegato con la convinzione individuale della indisponibilità della vita della persona incapace da parte dei suoi familiari.

I numerosi casi in materia di distacco dei sostegni vitali forniscono significativi esempi su come, nonostante la vigenza di una specifica disciplina, vi siano ancora numerose perplessità collegate alle proprie credenze etiche e, segnatamente, religiose⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Per un approfondimento del tema, cfr. R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *Consulta OnLine*, 2018, 1, pp. 221-264.

⁽³⁵⁾ Per una disamina articolata si rinvia a S. CANESTRARI, *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte di paziente competente*, in *Trattato di Biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, 2, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 1901 ss.

Tra i cristiani, i cattolici e i valdesi hanno, in più occasioni, manifestato il loro apprezzamento per la normativa italiana, considerata un punto di mediazione sufficientemente equilibrato da poter essere generalmente condiviso anche alla luce del forte pluralismo morale che caratterizza la nostra attuale società. Lo stesso può dirsi per i rappresentanti del mondo ebraico i quali tuttavia hanno puntualizzato che il fiduciario, al di là che interloquire esclusivamente con il personale sanitario, dovrebbe confrontarsi anche con il locale rabbinato cui spetterebbe una valutazione caso per caso rispetto all'interruzione di una terapia di "mantenimento in vita".

Più articolata si presenta la posizione all'interno del panorama islamico⁽³⁶⁾, dove la profonda frattura tra la componente sunnita e sciita si ripercuote anche con riferimento al tema in questione. In linea generale, i musulmani sono avversi all'accanimento terapeutico e il suicidio, per l'Islam, viene ritenuto un atto riprovevole che genera, nei riguardi di colui che lo compie, la privazione delle preghiere e anche dei riti funebri. Il Codice Islamico di Etica Medica, stabilito dalla Prima Conferenza Internazionale di Medicina Islamica tenutasi in Kuwait nel 1981 dall'*Islamic Organization for Medical Sciences* (IOMS), afferma che nella sua difesa della vita il medico dovrà capire quali sono i propri limiti e non superarli e se è scientificamente accertato che le funzioni vitali non possono essere ripristinate allora (e solo in quel caso) sarà consentito porre termine allo stato vegetativo del paziente. Al di fuori di tale ipotesi, nessun medico musulmano potrà ricorrere a misure che interrompano volontariamente la vita di un suo paziente.

Tuttavia, a prescindere da una normativa come quella sulle DAT, nella tradizione islamica, nel caso di una grave malattia i pareri del medico e dei familiari sono pariteticamente rilevanti, senza per questo rappresentare una prevaricazione nei confronti della persona del malato, quanto piuttosto una naturale assunzione di responsabilità da parte di chi si trova a dover decidere per lui. L'eutanasia cosciente è in ogni caso vietata e pertanto nessun musulmano praticante potrebbe mai rilasciare una DAT ove sia contenuta una esplicita volontà di porre fine ad un trattamento salva vita così come, vice-

⁽³⁶⁾ Cfr. A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2008.

versa, nella medesima dichiarazione egli potrebbe invece prevedere che nei momenti più tragici del suo decorso ospedaliero egli venga appositamente assistito da alcuni familiari appositamente individuati. Infatti, nella tradizione sunnita tutte le prescrizioni coraniche relative all'agonia sono orientate a che gli ultimi momenti di vita del musulmano siano vissuti in modo tale da prepararlo nel miglior modo possibile all'incontro con Allah⁽³⁷⁾.

La condizione di colui che è prossimo alla morte viene indicata con il termine specifico *al-muhtadar* (“colui che si trova in punto di morte”); questa fase è molto delicata per la tradizione islamica, che reputa il “transito” del musulmano morente come un momento che l'uomo deve poter condividere insieme alle persone a lui care, anche all'interno delle strutture ospedaliere.

Come si è avuto modo di vedere, in ciascuno degli ambiti di indagine, il ruolo delle DAT può assumere una differente valenza e un altrettanto differente portata applicativa; esse tuttavia si dimostrano, allo stato, come uno strumento imprescindibile per assicurare – nei limiti di ciò che può essere normativamente previsto – quel livello minimo di certezza che funge da estremo presidio per la difesa della dignità umana che, come ci ha insegnato Stefano Rodotà, non è altro che il «rispetto dei desideri e delle libertà» di ciascuno di noi⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Cfr. nel testo sacro dei musulmani «coloro che quando li coglie una disgrazia dicono: “Siamo di Allah e a Lui ritorniamo”» (Corano: II, 156).

⁽³⁸⁾ In questi termini la riflessione di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 277.

FRANCESCO SCAGLIONE (*)

DANNO NON PATRIMONIALE
ED ILLECITO ENDOFAMILIARE
NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

ABSTRACT: The essay investigates the new forms of child protection within the system of civil liability. In particular, it is a matter of establishing if the violation of parental obligations determines contractual responsibility for non-fulfillment.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Natura relazionale dei diritti del minore nel rapporto di filiazione. – 3. Genesi giurisprudenziale della responsabilità civile da illecito genitoriale: il difficile rapporto tra gli artt. 2043 e 2059 c.c. – 4. Natura contrattuale della responsabilità del genitore per violazione dei suoi obblighi. – 5. Danno aquiliano da lesione del diritto del minore alla genitorialità.

1. — *Introduzione.*

Tra le forme di tutela della persona nell'ambito del sistema della responsabilità civile, particolare rilievo presenta quella del figlio minore di età nei confronti di condotte genitoriali lesive dei suoi diritti fondamentali.

Si tratta di condotte che la giurisprudenza ascrive alla categoria, di recente emersione, del c.d. illecito endofamiliare, contraddistinto dall'appartenenza tanto dell'autore quanto della vittima di esso alla stessa compagine familiare, nonché dal fatto di essere commesso nello svolgimento di un rapporto familiare, *sub specie* di violazione di specifici doveri familiari, coniugali o genitoriali.

Limitando il campo della nostra analisi agli illeciti genitoriali, gli è che il laboratorio giurisprudenziale, ormai da quasi un ventennio, configura queste fattispecie come illeciti aquiliani, in base alla considerazione che i diritti dei

(*) Università degli Studi di Perugia.

figli minori rientrano nel novero dei diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti e tutelati dall'art. 2 Cost.

Si tratta, all'evidenza, di una giustificazione debole sotto il profilo strettamente dogmatico, giacché, come si vedrà, non tiene conto della peculiare natura giuridica dei diritti del minore – certamente annoverabili tra quelli di rango costituzionale – all'interno del rapporto di filiazione; questa particolare natura porta, viceversa, a ricondurre la loro tutela nell'alveo dell'art. 1218 c.c.

L'ambito di operatività dell'art. 2043 c.c. si estende, pertanto, ad altre e diverse ipotesi, impropriamente sussunte negli illeciti endofamiliari, in cui la lesione ai diritti del minore proviene da chi non ha ancora assunto la responsabilità genitoriale, come nel caso, assai frequente, di danno al minore da privazione della figura paterna derivante dal mancato riconoscimento del figlio⁽¹⁾.

La ricerca deve prendere le mosse, pertanto, dall'analisi della natura dei diritti del minore che abbia già assunto lo *status* di figlio.

2. — *Natura relazionale dei diritti del minore nel rapporto di filiazione.*

La l. n. 219/2012, di riforma della filiazione, ha inserito nel titolo IX del libro primo del codice civile l'art. 315 *bis*, che prevede espressamente, per la prima volta nel nostro ordinamento, subito dopo la proclamazione nell'art. 315 dell'unicità dello stato giuridico dei figli, ciò che può definirsi un vero e proprio statuto dei diritti del minore.

La norma *de qua*, intitolata “diritti e doveri del figlio”, enuncia i diritti del figlio al mantenimento, all'educazione e all'istruzione, il diritto all'assistenza morale (1° comma), il diritto a crescere in famiglia nonché a mantenere rapporti significativi con i parenti (2° comma) e il diritto all'ascolto (3° comma). Sul versante dei doveri del figlio, è specificato che questi «deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie

⁽¹⁾ V. *infra*, § 4.

sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa» (art. 315 *bis*, 4° comma, c.c.).

I diritti del figlio rientrano nel novero dei diritti *fondamentali*⁽²⁾ della persona, riconosciuti al minore dall'art. 30 Cost. e dall'art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁽³⁾. Essi possono inoltre definirsi diritti *inviolabili* ai sensi dell'art. 2 Cost., nel senso che, esprimendo il meta-valore della dignità umana, da un lato non possono trovare alcuna limitazione ad opera dei pubblici poteri, e, dall'altro – nei rapporti orizzontali tra privati e nel quadro di un necessario giudizio di bilanciamento di interessi – sono dotati di una tutela rafforzata attraverso il risarcimento del danno (anche) non patrimoniale⁽⁴⁾.

La concreta attuazione dei suddetti diritti è però subordinata all'accertamento dello *status filiationis*, che costituisce il necessario presupposto per l'insorgenza del rapporto giuridico di filiazione e delle connesse situazioni giuridiche soggettive in capo al minore stesso. In tale ambito, la titolarità dei

⁽²⁾ Cfr. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, p. 521 ss.; G. PALOMBELLA, *Dai diritti umani ai diritti fondamentali: sulle conseguenze di una distinzione concettuale*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 76, secondo il quale si tratta di diritti connotati da effettività, che «non dipende solo dall'esistenza di rimedi giudiziali, bensì più profondamente dalla possibilità che essi svolgano una funzione di meta-norme fondamentali di tipo sostantivo (ossia non meramente procedurale)».

⁽³⁾ V. anche la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in tutti i Paesi firmatari (in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176), nonché la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 (ratificata in Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77). Cfr. altresì la l. 12 luglio 2011, n. 112, che, al fine di «assicurare la piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età, in conformità a quanto previsto dalle convenzioni internazionali (...) nonché dal diritto dell'Unione Europea e dalle norme costituzionali e legislative nazionali vigenti» (art. 1), ha istituito, sulla falsariga di altre esperienze giuridiche europee (ad esempio, Francia, Spagna, Regno Unito), l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, le cui ampie competenze sono però sottoposte al rispetto del principio di sussidiarietà (art. 3, 2° comma), che opera nei riguardi, innanzitutto, dell'azione della magistratura.

⁽⁴⁾ Sul connotato della *inviolabilità*, v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 143 ss.; P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, p. 158 ss.; ID., *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 712 ss.

diritti del minore non è ipotizzabile prima dell'accertamento della filiazione, in via principale oppure in via incidentale (nel caso previsto dall'art. 279 c.c.), perché si tratterebbe di situazioni non azionabili in giudizio e, quindi, prive di rilevanza giuridica⁽⁵⁾.

I diritti del figlio, quindi, presupponendo l'attribuzione dello *status*, si distinguono dai diritti del minore non riconosciuto; costui, infatti, è, come ogni persona, a prescindere dalla sua età, titolare, per il fatto stesso della nascita, dei diritti della personalità, appartenenti al *genus* dei diritti soggettivi assoluti (diritto all'integrità fisica, diritto al nome, etc.). Si tratta di diritti tutelabili *erga omnes*, cui corrisponde un dovere generico di astensione dal turbarne o impedirne il godimento a carico dei consociati.

Il minore non ancora riconosciuto, è, inoltre, titolare del diritto al conseguimento dello stato di figlio, vale a dire del diritto alla genitorialità, derivante dall'art. 30 Cost.⁽⁶⁾.

Viceversa, i diritti del figlio possono definirsi diritti *relazionali*, non po-

⁽⁵⁾ Cfr., *amplius*, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, p. 3 ss. *Contra*, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5^a ed., Milano, 2014, pp. 326 e 359, secondo il quale mentre «da *titolarità sostanziale* della posizione di figlio deriva dal fatto naturale della procreazione», la *titolarità formale*, cioè «quella posizione formalmente e pubblicamente accertata che è lo *status di figlio* (...) è il presupposto per l'esercizio dei diritti connessi alla posizione di figlio». Secondo questa impostazione, gli effetti della sentenza di accertamento della paternità e maternità risalgono al momento della nascita, confermandosi «in tal modo l'idea che il rapporto di filiazione scaturisce dal fatto stesso della procreazione e che il riconoscimento e la dichiarazione giudiziale costituiscono accertamenti dello stato di figlio, attributivi della titolarità formale del rapporto di filiazione» (*ivi*, p. 391). Nello stesso senso, v. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 6^a ed., Padova, 2015, pp. 234, 370 e 468. La giurisprudenza di legittimità sembra accogliere quest'ultimo orientamento: cfr., *ex multis*, Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Danno e resp.*, 2012, p. 868, (con nota di D. AMRAM, *La responsabilità civile nelle relazioni familiari. A.D. 2012*), secondo cui «l'obbligo dei genitori di mantenere i figli sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda, sicché nell'ipotesi in cui, al momento della nascita, il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro per il periodo anteriore alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, essendo sorto sin dalla nascita il diritto del figlio naturale (ora: non matrimoniale, n.d.r.) ad essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi i genitori».

⁽⁶⁾ V. *infra*, § 5.

tendo esistere e trovare attuazione al di fuori del rapporto di filiazione: l'individuazione certa dei poli di questo rapporto – genitore e figlio – è condizione necessaria per la nascita di questi diritti, e, quindi, *precede* il momento genetico del rapporto. In altri termini, può dirsi che il rapporto di filiazione nasce in quanto è stato preventivamente accertato lo *status* di figlio. Sotto questo profilo, i diritti del figlio non sono in alcun modo assimilabili ai diritti relativi, pur avendo in comune con essi il requisito della *intersoggettività*; questi ultimi, infatti, si caratterizzano per essere diritti soggettivi patrimoniali ove l'individuazione del creditore e del debitore è *coeva* alla nascita del rapporto obbligatorio.

Nei diritti relativi di fonte pattizia, il fatto costitutivo dell'obbligazione determina i soggetti del rapporto giuridico, i quali manifestano la loro volontà negoziale. Il rapporto contrattuale, ad esempio, nasce tra soggetti che divengono parti (in senso formale e in senso sostanziale) in virtù della stipula del contratto.

Il rapporto di filiazione, invece, riguarda soggetti il cui *status* genitoriale e filiale è stato accertato in precedenza, ed è la naturale conseguenza di questo accertamento.

Pertanto, la differenza tra il rapporto di filiazione e il rapporto obbligatorio non riguarda soltanto la natura di essi, essendo patrimonialmente neutro e indisponibile il primo, puramente patrimoniale il secondo, ma anche la genesi delle situazioni giuridiche soggettive in cui essi si articolano.

Ma v'è di più: i rapporti *de quibus* si distinguono nettamente sotto il profilo strutturale e funzionale. Infatti, mentre il rapporto obbligatorio si presenta come una relazione a struttura *fissa*, caratterizzata da una pretesa ad una prestazione determinata (cfr. art. 1346 c.c.), che soddisfi un interesse (anche non patrimoniale: art. 1174 c.c.), parimenti determinato, del creditore, il rapporto di filiazione si configura, all'opposto, come una relazione a struttura *variabile*, ove il contenuto concreto dei diritti del minore e degli obblighi genitoriali è essenzialmente *mutevole* ed indeterminabile *a priori*.

Ciò dipende dal fatto che i diritti del minore sono preordinati al soddisfacimento delle sue esigenze costantemente in evoluzione, perché intimamente legate al suo sviluppo psico-fisico, alla sua vita affettiva ed al contesto

sociale, culturale, e di maturazione epocale in cui egli vive. Queste esigenze o bisogni, che sono espressione delle *capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni* del minore (v. artt. 147 e 315 *bis*, 1° comma, c.c.), costituiscono il suo *interesse*, alla cui realizzazione è interamente funzionalizzato lo svolgimento del rapporto di filiazione⁽⁷⁾. Dell'interesse del minore si fanno portatori innanzitutto i genitori che hanno la rappresentanza legale del figlio (e la responsabilità genitoriale), ed in secondo luogo il giudice, chiamato ad intervenire tutte le volte in cui tale interesse sia leso o pretermesso.

In questa prospettiva, il contenuto dei diritti fondamentali del minore-figlio può definirsi *elastico*, atteso che esso mira a soddisfare un interesse essenzialmente mutevole.

Al riguardo, giova rimarcare una circostanza di fondamentale rilievo, vale a dire che la pretesa del figlio verso il genitore dipende sempre, in misura più o meno ampia, dalla relazione affettiva che intercorre tra essi. Così, ad esempio, il diritto all'educazione, di cui l'istruzione costituisce un aspetto, trova attuazione attraverso un continuo e ininterrotto *feedback* o processo di retroazione tra genitore e figlio, in virtù del quale le azioni e le decisioni

⁽⁷⁾ Cfr. G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 72 ss., secondo cui «è possibile individuare almeno tre nozioni di interesse del minore: ciò che il minore ritenga costituire il proprio interesse, ovvero “la sua domanda di vita”; ciò che il genitore valuti di interesse del figlio; ciò che un soggetto esterno al rapporto di famiglia, dunque il giudice, il consulente tecnico, l'assistente sociale, considerino di interesse del minore». Il concetto di interesse del minore è sotto questo profilo, indeterminabile *a priori*: v. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86, il quale evoca, in proposito, le parole dedicate alla “fede delle femmine” da Don Alfonso nel *Così fan tutte* di Mozart e Da Ponte: l'interesse *de quo* è «come l'araba fenice, che ci sia ciascun lo dice, ove sia nessun lo sa»; ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 148 ss., spec. p. 150, ove l'A. ricorda che, secondo la giurisprudenza della CEDU, quando i figli minori hanno raggiunto un grado sufficiente di capacità di discernimento, «le ragioni della protezione poi eventualmente accordata sono [invece] espresse in modo concreto e individualizzato, attento alla specificità della loro condizione personale. È allora frequente che la Corte ritenga siano i minori stessi a essere i migliori interpreti del proprio interesse: attribuisce un ruolo spesso decisivo alle loro scelte e non mette comunque in dubbio che non siano eseguibili in via forzata le decisioni dell'autorità che se ne discostano». In argomento, v. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.

del primo, *sub specie* di scelte educative, devono essere sempre orientate dagli effetti concreti che esse provocano nella vita del secondo, intensificandoli (*feedback* positivo) o attenuandoli (*feedback* negativo)⁽⁸⁾.

Il suddetto processo, peraltro, costituisce il logico corollario della prope-deuticità dell'ascolto del minore da parte del genitore in ordine al corretto esercizio della funzione educativa, che forma oggetto della responsabilità genitoriale⁽⁹⁾, consentendo la realizzazione del “migliore” interesse del mi-

⁽⁸⁾ Cfr. N. SAMMARTANO, *Genitori del sì, genitori del no. Educare in famiglia*, (Effatà editrice) Cantalupa, 2010, p. 10: «L'educazione comincia quando ha inizio l'interscambio comunicativo fra i genitori e il figlio». Sul meccanismo d'azione del *feedback*, cfr. soprattutto le interessanti pagine di D.P. AUSUBEL, *Educazione e processi cognitivi. Guida psicologica per gli insegnanti*, 8ª ed., a cura di D. Costamagna, Milano (1988), rist. 2004, p. 423 ss. V. anche F. CAMBI, *Analisi della famiglia d'oggi: linee di interpretazione e di intervento*, in *Riv. it. educ. familiare*, 2/2006, p. 22 ss., spec. pp. 25-26, il quale elenca cinque massime da seguire per l'educazione ottimale del figlio: «1. gestire il rapporto genitori-figli secondo il principio dello stare-vicino, senza né trascurare né soffocare, dando la certezza sensibile ai figli che si è sempre pronti a ..., ma se sollecitati o da una situazione grave o da una richiesta: posizione difficile, da interiorizzare con cura, da gestire con riflessività rispetto al proprio stile di essere-genitori; 2. non irrigidire mai i conflitti, i contrasti, le tensioni, che sempre ci sono e sono fisiologici in un rapporto tanto basilare e tanto irrinunciabile, ma anche tanto complesso, carico di oscillazioni, sottoposto a revisioni, blocchi, rifiuti, anch'essi fisiologici per l'essere-figli; ciò è possibile mediante l'ascolto, la conversazione, il dialogo, riconoscendo proprio – con – la potenza della parola; 3. rispettare sempre l'alterità dei figli; la loro autonomia, la loro libertà, pur integrandola con interventi autorevoli di consiglio, di richiamo, di riflessione-insieme ecc., dove autorevole è tutt'altro dall'autoritario: reclama fiducia, condivisione, accordo; 4. riconoscere che il rapporto genitori-figli si gioca contemporaneamente intorno a più dispositivi, e che tale gioco è aperto e creativo, da gestire con intuizione/scelta/responsabilità connessa al caso-per-caso; e i dispositivi da miscelare sono quelli già detti: la cura, la prossemica, il sostegno, il dialogo, soprattutto, che poi reclama anche una *forma mentis* genitoriale che sia capace di pensare ironicamente (ovvero con vicinanza e distacco, secondo un libero processo interpretativo ecc.) e ludicamente (stare nel gioco complesso della crescita/autonomia con vigilanza, ma anche con “spirito di avventura”), per così dire; 5. ricordare che il rapporto genitori-figli è sempre in costruzione, sempre realizzato e sempre revocato in dubbio, sempre incompiuto e aperto; per tutte le fasi della crescita e, poi, della vita; ciò significa che va sentito e vissuto come un rapporto-problema, il che lo rende difficile, complesso, ma anche appassionante: un rapporto di e per la “costruzione umana”, e di entrambi: dei genitori e dei figli». In argomento, v. lo studio fondamentale di B. BETTELHEIM, *Un genitore quasi perfetto*, Milano, 1987.

⁽⁹⁾ Cfr., per tutti, M.G. RUO, *Il curatore del minore*, Rimini, 2014, p. 124.

nore (*the best interest of the child*, secondo la locuzione di cui all'art. 3, 1° comma, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989), vale a dire del suo *effettivo* interesse.

In altri termini, i doveri dei genitori, così come i diritti dei figli, sono conformati essenzialmente dalla qualità e dalla intensità della relazione affettiva che si instaura tra costoro all'interno del rapporto di filiazione, nonché dal contesto socio-culturale in cui si svolge la vita familiare. Se, infatti, l'affetto è la dimensione più radicale dell'essere umano, non può indagarsi l'interesse del minore senza tener conto della sua dimensione affettiva. Quest'ultima affermazione risulta confermata proprio dal tentativo del legislatore del 2012 di giuridicizzare i fatti di sentimento riguardanti il minore *sub specie* di diritto alla continuità affettiva e di diritto all'assistenza morale da parte del genitore⁽¹⁰⁾.

In ordine al diritto alla continuità affettiva, l'art. 337 *ter*, 1° comma, c.c., sancisce che «Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale». Si tratta di una norma che, a dispetto della sua collocazione sistematica⁽¹¹⁾, va intesa quale espressione di un principio generale del diritto di famiglia, quello secondo cui le relazioni familiari ove è coinvolto un minore devono essere improntate al rispetto ed al consolidamento della sua personalità *in fieri*.

⁽¹⁰⁾ Sul problema della ammissibilità di una valutazione degli atti della vita spirituale o psichica da parte del potere statale, v. A. PALAZZO, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015, p. 13 ss. V., in argomento, lo studio fondamentale di A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 437-530, spec. p. 461 ss. (saggio composto per gli *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, VI, p. 315 ss.); F. GAZZONI, *Amore e diritto, ovvero sia i diritti dell'amore*, Napoli, 1994; S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2016.

⁽¹¹⁾ L'articolo è stato infatti inserito, ad opera dell'art. 55, comma 1, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014, nell'ambito delle disposizioni dedicate all'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio (libro I, titolo IX, capo II c.c.).

Il diritto *de quo* è concettualmente inscindibile da quello alla c.d. “assistenza morale” (art. 315 *bis*, 1° comma, c.c.), del quale costituisce un presupposto che, al tempo stesso, ne vivifica il contenuto. L’assistenza morale da parte dei genitori nei riguardi del figlio minore, infatti, non può prescindere dall’esistenza di un legame empatico tra costoro.

Il diritto di famiglia, mai più che in questo campo, è debitore delle ricerche appartenenti alle neuroscienze; la moderna psichiatria infantile, infatti, ha ampiamente dimostrato che il bambino “deprivato” della cura e dell’affettività genitoriale manifesta addirittura una tendenza antisociale⁽¹²⁾.

Sotto questo profilo, può dirsi che il diritto alla continuità affettiva, così come il diritto all’assistenza morale, testimoniano anche sul piano giuridico la necessità di un rapporto di filiazione fondato sull’empatia tra genitore e figlio.

Tuttavia, trattandosi di diritti per definizione non coercibili, la loro rilevanza è soltanto negativa, nel senso che la mancanza di un rapporto empatico tra genitore e figlio comporta la violazione degli altri diritti del minore (ascolto, mantenimento, educazione e istruzione), i quali manifestano concretamente lo stato di affettività che anima il suddetto rapporto.

⁽¹²⁾ Cfr. D.W. WINNICOTT, *Sviluppo affettivo ed ambiente. Studi sulla teoria dello sviluppo affettivo*, Roma, 2013, p. 131; ID., *Il bambino deprivato. Le origini della tendenza antisociale*, Milano, 1986. In argomento, v. anche L. MURRAY, *Le prime relazioni del bambino. Dalla nascita ai due anni, i legami fondamentali per lo sviluppo*, Milano, 2015. Più in generale, gli studi di pedagogia e psicologia mostrano chiaramente l’importanza fondamentale dell’affettività nella vita e nella formazione della personalità di ciascun individuo: cfr., per tutti, F. CAMBI, *Affettività*, in *Enc. Treccani*, consultabile in *treccani.it*. «In psicologia, con il termine affettività – che deriva dal latino *affectus*, a sua volta da *afficere* “impressionare, influenzare” – si intende l’insieme dei fenomeni affettivi (sentimenti, emozioni, passioni ecc.) che caratterizzano le reazioni psichiche di un individuo. L’affettività è alla base della comunicazione umana e il suo sviluppo è una discriminante essenziale del benessere oppure del disadattamento psicologico. All’interno della tradizionale visione intellettualistica, caratterizzata dal dualismo corpo/mente, l’affettività è stata a lungo percepita come un’attività subordinata e contrapposta al pensiero cosciente. Gli studi di neurofisiologia, di psicologia e psicoanalisi hanno aperto nuove prospettive attraverso una serie di indagini volte a individuare la circolarità dinamica che connette la dimensione dell’affettività a quella della conoscenza e della coscienza». Cfr. F. SCAPARRO, *Quella guerra da evitare tra i clan delle famiglie*, in *Corriere della sera*, 12 ottobre 2012, p. 24, secondo il quale l’interesse dei figli «è la pace, cioè affetti e legami stabili e sicuri».

In questa prospettiva, il diritto del minore all'affettività (o all'amore) da parte del genitore non può considerarsi un'autonoma situazione giuridica azionabile in via principale per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale (esistenziale) da carenza di affetto genitoriale. Quando la giurisprudenza di merito accorda questa tutela risarcitoria⁽¹³⁾, in realtà, essa riconosce implicitamente che anche gli altri diritti del figlio sono rimasti inadempiti, ed *in primis* il diritto al mantenimento, i cui legami con la dimensione affettiva del rapporto genitore-figlio sono non meno indissolubili di quello all'educazione, all'istruzione e all'ascolto. Il contenuto personale e quello patrimoniale degli obblighi genitoriali e dei diritti del figlio sono, infatti, da ritenere sempre intimamente connessi. Ciò è confermato dall'art. 8, 1° comma, l. 184/1983, che prevede la dichiarazione di stato di adottabilità dei minori «di cui sia accertata la situazione di abbandono *perché privi di assistenza morale e materiale* da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio».

Del resto, come è possibile “amare” un figlio senza un dialogo costante con lui, che sorregga e rafforzi le scelte educative del genitore? Ed in che modo queste scelte, dettate da un rapporto affettivo equilibrato e maturo, possono trovare concreta attuazione, se non attraverso un mantenimento che ne esprima anche le ricadute di ordine patrimoniale? Ne consegue che è proprio il concetto di mantenimento in senso lato – non già e non solo inteso quale entità economica misurabile in via quantitativa, bensì anche e soprattutto visto come espressione della qualità della sottostante relazione affettiva col genitore – a costituire la sintesi, esteriormente percepibile, della “cura” del minore.

⁽¹³⁾ Cfr., ad esempio, Trib. Roma, 11 gennaio 2012, in *Studium iuris*, 2014, p. 877 ss., ove la madre, in proprio e nella qualità di genitore del minore, si era rivolta al Tribunale chiedendo il risarcimento del danno non patrimoniale cagionato al figlio dal padre, noto calciatore, per mancanza dell'affetto genitoriale e per inosservanza degli obblighi di assistenza educativa e psicologica. Il Tribunale di Roma, accogliendo la domanda, ha condannato il padre ad un risarcimento del danno non patrimoniale liquidato in via equitativa nella misura di 80.000 euro.

Pertanto, può dirsi che i diritti relazionali del minore rappresentano un *unicum* nel panorama delle situazioni giuridiche soggettive, trattandosi di diritti *a substrato affettivo*.

Questa prospettiva è stata, peraltro, ben presente già alla migliore dottrina del diritto di famiglia statunitense: è stata, infatti, Martha Minow, della Harvard Law School, a teorizzare per prima la categoria dei diritti relazionali dei minori al fine di sottolineare l'esistenza tra genitore e figlio di uno stretto legame di interdipendenza affettiva, contraddistinto dalla cura (*care*) e dal sostegno del primo nei confronti del secondo. Deriva l'abbandono della tradizionale concezione individualistica ed egoistica dei diritti soggettivi del minore, intesi semplicemente quali pretese giuridicamente tutelate nei confronti del genitore, a favore di un *social relational approach*, che valorizzi la suddetta peculiarità del rapporto di filiazione⁽¹⁴⁾.

In tal senso, può dirsi che l'eventuale aspetto patrimoniale dell'interesse del minore è sempre in posizione servente o strumentale rispetto alla realizzazione della personalità del figlio, che avviene innanzitutto tramite la cura dell'affettività di quest'ultimo. Questa subordinazione del contenuto patrimoniale dei diritti del figlio a quello personale è la necessaria conseguenza del carattere fondamentale di essi, e li qualifica come patrimonialmente neutri⁽¹⁵⁾. Ciò significa che i diritti relazionali del figlio, pur avendo carattere personale, possono dare luogo a pretese creditorie tutte le volte in cui venga

⁽¹⁴⁾ M. MINOW, *Rights for the Next Generation: A Feminist Approach to Children's Rights*, in *Harvard Women's Law Journal*, 19, 1986, p. 1860 ss.; ID., *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, London (Cornell University Press), 1990, p. 286. In argomento, v. anche R. ZAFRAN, *Children's Rights as Relational Rights: the Case of Relocation*, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 18, 2010, p. 163 ss.; P. LAUFER-UKULES, *The Relational Rights of Children*, in *Connecticut Law Review*, 48, 2016, p. 741 ss. In Italia, v., per tutti, P. RONFANI, *I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 107 ss.

⁽¹⁵⁾ Sui diritti patrimonialmente neutri, v. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia (2006), rist. 2011, spec. pp. 17 s. e 93 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, pp. 39 ss. e 377 ss. In materia successoria, con riferimento all'autonomia dispositiva del testatore, può osservarsi una analoga prevalenza dello stato di affettività sulle situazioni patrimoniali, nel senso che queste ultime dipendono sempre dal primo: cfr. F. SCAGLIONE, *Trust e posizione contingente dei legittimari*, in *Trusts*, 2018, p. 377 ss.

meno lo stato di affettività che li sorregge, vale a dire nell'ipotesi in cui non vengano spontaneamente attuati.

Dunque, la tipizzazione normativa dei diritti del figlio *ex art. 315 bis c.c.* costituisce una semplice indicazione dell'oggetto della responsabilità genitoriale, vale a dire della direzione che l'attività di cura del figlio deve seguire *in linea di principio*, alla luce dei valori costituzionali, per tutelare l'interesse del minore ad un equilibrato sviluppo psico-fisico. E così, il figlio deve essere mantenuto, istruito, educato, ascoltato e, soprattutto, assistito moralmente, vale a dire amato⁽¹⁶⁾.

Il legislatore però nulla stabilisce, né comunque potrebbe stabilire, in ordine al contenuto concreto dei doveri genitoriali e, quindi, dei diritti azionabili dal figlio.

Questo contenuto, infatti, è legato ad una prospettiva diacronica, restando di volta in volta condizionato dallo stato di affettività e di relazionalità che il minore manifesta nel corso della sua esistenza nei riguardi dei genitori, e che questi ultimi, reciprocamente, manifestano nei confronti del primo.

Né è da trascurare, al riguardo, l'importanza dell'ambiente in cui la relazione filiale si sviluppa naturalmente. Così, se è vero che i genitori devono mantenere il figlio, garantendogli al tempo stesso un'istruzione e un'educazione che tenga conto delle sue naturali inclinazioni e aspirazioni, è altret-

⁽¹⁶⁾ La connessione inscindibile tra capacità genitoriale di amare il figlio ed adempimento degli obblighi genitoriali è confermata espressamente dalla S.C.; cfr. Cass., 14 febbraio 2018, n. 3594, in *Foro it.*, 2018, I, c. 804: «È correttamente motivata, e pertanto incensurabile in Cassazione, la sentenza di merito che, in sede di giudizio di rinvio, ha confermato l'adottabilità di una minore, ancora in tenera età, a fronte della accertata e non emendabile inidoneità di entrambi i genitori di comprenderne i bisogni emotivi affettivi e pratici, nonostante il loro comportamento collaborativo, e pur non presentando essi caratteristiche di emarginazione sociale, culturale ed economica, inidoneità desunta, anche alla stregua di due univoche c.t.u., da precisi, plurimi e convergenti elementi di fatto (tra questi, la forte differenza di età con la minore ed anche un isolato episodio di abbandono, pur non penalmente rilevante, né fonte di pericolo per la figlia, ma valutabile, nella sua attualità, quale indice sintomatico dell'inadeguatezza genitoriale)». In tal senso, l'idoneità affettiva del genitore è un presupposto indispensabile affinché costui possa prendersi cura del minore, atteso che essa è richiesta espressamente dalla legge ai fini dell'adozione (art. 6, 2° comma, l. n. 184/1983).

tanto vero che le *modalità* di attuazione di questi obblighi variano inevitabilmente in funzione dei mezzi economici a disposizione dei genitori, del tempo che essi dedicano all'ascolto del figlio e, più in generale, del contesto sociale e culturale che influenza l'intera vita familiare; tutti fattori, questi, che certamente determinano l'ampiezza e la qualità della cura dell'interesse del minore.

Logico corollario della elasticità del contenuto dei diritti del figlio e della loro natura patrimonialmente neutra è poi, come si vedrà, la duplice configurazione dell'area del danno risarcibile al minore, patrimoniale e non patrimoniale, per violazione degli obblighi genitoriali nei suoi confronti.

Alla luce di quanto si è detto, la *relazionalità* dei diritti del figlio indica la peculiarità del rapporto di filiazione sotto il profilo della genesi, della struttura e della funzione.

In conclusione, può dirsi che i diritti del figlio sono diritti soggettivi *relazionali*, vale a dire: *a) fondamentali*, in quanto riconosciuti a livello costituzionale, interno ed europeo, oltre che a livello internazionale, per la tutela del minore e della sua personalità *in fieri*; *b) inviolabili*, non potendo subire alcuna limitazione ad opera dei pubblici poteri ed essendo, inoltre, dotati di una tutela civilistica rafforzata attraverso il risarcimento del danno (anche non patrimoniale); *c) a substrato affettivo*; *d) normativamente tipizzati, ma a contenuto concreto elastico*; *e) patrimonialmente neutri*.

3 — *Genesi giurisprudenziale della responsabilità civile da illecito genitoriale: il difficile rapporto tra gli artt. 2043 e 2059 c.c.*

Proprio all'inizio di questo secolo, la Suprema Corte, in una storica sentenza, affermò – per la prima volta – che «la condotta del genitore, tale riconosciuto a seguito di dichiarazione giudiziale, che per anni aveva ostinatamente rifiutato di corrispondere al figlio i mezzi di sussistenza, dà luogo ad una “lesione in sé” di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore, e conseguentemente può costituire il presupposto per una condanna al risarcimento del danno, indipendentemente dall'esistenza

di perdite patrimoniali del danneggiato».⁽¹⁷⁾

Si trattò di una svolta epocale, per due ordini di ragioni: *a) in primis*, si sancì ufficialmente la fine della tradizionale “immunità” dei rapporti familiari dalle comuni regole sulla responsabilità civile⁽¹⁸⁾; *b) in secondo luogo*, si diede ingresso nella giurisprudenza di legittimità al risarcimento del danno c.d. esistenziale⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Cass., 7-6-2000, n. 7713, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 159, con nota di M. DOGLIOTTI, *La famiglia e «l'altro diritto»: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*; in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 923, con nota di P. ZIVIZ, *Continua il cammino del danno esistenziale*; in *Danno e resp.*, 2000, p. 835, con note di P.G. MONATERI, “*Alle soglie*”: *la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, e di G. PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*; in *Foro it.*, 2001, I, 188, con nota di A. D'ADDA, *Il c.d. danno esistenziale e la prova del pregiudizio*.

⁽¹⁸⁾ Cfr., *amplius*, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 587 ss.

⁽¹⁹⁾ V., per tutti, sulle origini ed i confini di questa categoria concettuale, P. CENDON, P. ZIVIZ, *Che cos'è il danno esistenziale, in personaedanno.it* (8/1/2003). Come è noto, con le quattro sentenze di San Martino dell'11 novembre 2008 (nn. 26972 e 26973, 26974, 26975, tutte in *leggiditalia.it*) le Sezioni unite della Suprema Corte avevano dichiarato l'unicità del danno non patrimoniale (nelle sue declinazioni: biologico, morale ed esistenziale), pronunciandosi, in particolare, contro il danno esistenziale quale voce autonoma di danno risarcibile. In realtà, ad oggi, le più recenti sentenze della Cassazione si sono discostate da quell'orientamento, tornando alla vecchia articolazione delle voci del danno non patrimoniale: v. Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, in *Danno e resp.*, 2018, p. 453: «In tema di risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi costituzionalmente protetti, il giudice di merito, dopo aver identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale, deve rigorosamente valutare, sul piano della prova, tanto l'aspetto interiore del danno (c.d. danno morale), quanto il suo impatto modificativo “in pejus” con la vita quotidiana (il danno c.d. esistenziale, o danno alla vita di relazione, da intendersi quale danno dinamico-relazionale), atteso che oggetto dell'accertamento e della quantificazione del danno risarcibile – alla luce dell'insegnamento della Corte costituzionale (sent. n. 235 del 2014) e del recente intervento del legislatore (artt. 138 e 139 C.d.A., come modificati dalla legge annuale per il Mercato e la Concorrenza del 4 agosto 2017 n. 124) – è la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto, la quale, nella sua realtà naturalistica, si può connotare in concreto di entrambi tali aspetti essenziali, costituenti danni diversi e, perciò, autonomamente risarcibili, ma solo se provati caso per caso con tutti i mezzi di prova normativamente previsti»; Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, *ivi*, p. 456; Cass., 31 maggio 2018, n. 13770, *ivi*, tutte con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di san Martino*. Cfr. anche i commenti di G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla terza sezione e dal legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1349 ss.; ID., *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza*

In questa prospettiva, l'illecito endofamiliare fu considerato esclusivamente quale lesione di diritti inviolabili della persona (a seconda dei casi, coniuge, convivente o figlio), non aventi rilevanza economica, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c., alla luce dell'art. 2 Cost.⁽²⁰⁾.

La S.C. ha, quindi, esteso tale lettura anche all'art. 2059 c.c., fissando il principio secondo cui la tutela risarcitoria contro il danno non patrimoniale è data, oltre che «nei casi determinati dalla legge», solo nell'ipotesi di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata⁽²¹⁾. È stato introdotto, pertanto, una sorta di “doppio binario”, secondo cui, ad un vaglio di ingiustizia del danno “generica” ex art. 2043 c.c., se ne affiancherebbe un altro, di ingiustizia “qualificata”, tutte le volte in cui venga in considerazione la lesione di un diritto della persona di rango costituzionale⁽²²⁾.

Si è trattato, però, di una inutile duplicazione di attività ermeneutica, giac-

sezione, ivi, p. 836 ss.; R. PARDOLESI, *Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e terza, ivi*, p. 1344 ss.; M. FRANZONI, *Danno evento, ultimo atto?, ivi*, p. 1337 ss.; P. CENDON, *Gemütlichkeit: dieci fragranze esistenziali in Cass. n. 7513/2018, ivi*, p. 1333 ss.; G. ALPA, *Osservazioni sull'ordinanza n. 7513 del 2018 della Corte di Cassazione in materia di danno biologico, relazionale, morale, ivi*, p. 1330 ss. V. anche Cass., 12 giugno 2018, n. 15213, in *leggiditalia.it*; Cass., 13 ottobre 2017, n. 24075, *ivi*; Cass., 19 ottobre 2016, n. 21059, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 46, con nota di G. PONZANELLI, *Danno morale, danno esistenziale e Corte di Cassazione (ivi*, p. 40 ss.); Cass., 9 giugno 2015, n. 11851, in *leggiditalia.it*; Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Danno e resp.*, 2014, p. 363, con nota di richiami di G. PONZANELLI, R. FOFFA, e *Postilla* di R. PARDOLESI, R. SIMONE; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 396, con nota di A. GORGONI, *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della Cassazione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 492, con nota di P. ZIVIZ, *Grandi speranze (per il danno non patrimoniale), ivi*, p. 380 ss.

⁽²⁰⁾ Sulla scorta di quanto affermato da Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 392, con nota di A. PULVIRENTI, *Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale*.

⁽²¹⁾ Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2271, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, v. anche Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.*, 2003, p. 1777, con nota di P. CENDON, P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)*, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. in relazione agli artt. 2 e 3 Cost.

⁽²²⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Torino, 2013, p. 65 ss.

ché, in realtà, l'art. 2059 c.c., nonostante la diversa opinione della Consulta⁽²³⁾, si rivela oggi una norma sostanzialmente inutile, che forse meriterebbe di essere abrogata⁽²⁴⁾.

La valutazione dell'ingiustizia del danno, infatti, passa necessariamente attraverso l'art. 2043 c.c., unica norma di fattispecie che configura la lesione risarcibile⁽²⁵⁾, con buona pace di quella inveterata concezione "bipolare" della responsabilità civile⁽²⁶⁾, secondo cui l'art. 2043 c.c. sarebbe applicabile solo in vista del risarcimento dei danni patrimoniali, mentre l'art. 2059 c.c. si occuperebbe di quelli non patrimoniali⁽²⁷⁾.

Ciò è la conseguenza del fatto che la originaria ragion d'essere della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. – evitare il proliferare indiscriminato di

⁽²³⁾ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, cit., che si appiattisce sulle posizioni di Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, citt.

⁽²⁴⁾ Per l'abolizione della norma, v. già G. SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute; un ripensamento della Corte costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1986, p. 534.

⁽²⁵⁾ Cfr. le riflessioni sull'art. 2059 c.c. di P. CENDON, P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)*, cit., p. 1778, i quali osservano: «Sciolta ormai nell'universo a 360° della Costituzione, la norma in esame appare oggi ben altra cosa rispetto a ieri»; e, più avanti (1780), concludono: «Se, come ha sottolineato la sentenza n. 8828/2003, è l'art. 2043 che "comanda" essenzialmente rispetto all'art. 2059, non è sensato che la clausola dell'ingiustizia vada ripresa e additata quanto prima, anche sul terreno del danno morale, quale stella cometa (necessaria e sufficiente) di riferimento?». V. anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Morte e risurrezione di una teoria generale e monocentrica della responsabilità civile*, in *Rin. crit. dir. priv.*, 2003, p. 615 ss., spec. p. 621, secondo il quale la verifica della ingiustizia del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 c.c. dovrebbe riguardare tutte le ipotesi estranee alla materia penale, ossia non coperte dal riferimento all'art. 185 c.p. Sul punto, v. già la efficace sintesi della questione di G. BONILINI, *Danno morale*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1989, p. 85.

⁽²⁶⁾ Per questa concezione, v., per tutti, C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2005, p. 51 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 84-85, secondo cui «è irragionevole, perché non coerente con la gerarchia delle fonti e dei valori costituzionalmente tutelati, la prospettiva che riferisce il risarcimento ex art. 2043 c.c. al solo danno patrimoniale». L'A. osserva assai efficacemente, inoltre, che «il danno, in sé, è sempre patrimoniale; piuttosto, è l'interesse leso a essere patrimoniale o no». Deriva, in questa prospettiva, che l'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c. andrebbe ristretto, al più, al risarcimento del danno morale soggettivo con funzione sanzionatoria.

danni (non patrimoniali) alla persona liquidabili esclusivamente in via equitativa⁽²⁸⁾ – si mostra ormai piuttosto fragile e inconsistente. Se, infatti, è vero che il danno non patrimoniale non è mai, a rigore, integralmente risarcibile, ma, al più, riparabile⁽²⁹⁾ oppure ristorabile⁽³⁰⁾, si può, tuttavia, affermare che il freno alla discrezionalità giudiziale, nella fase della liquidazione secondo equità, non può provenire *ab externo* dalla tipicità delle ipotesi di risarcibilità (in senso lato) di esso⁽³¹⁾. Viceversa, è la stessa clausola di ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.* a scongiurare il rischio di maldestre condanne risarcitorie, nella misura in cui si è ammesso, in modo esplicito, che l'interpretazione giudiziale non solo debba essere orientata dai valori costituzionali, ma anche filtrata dalla verifica in concreto della gravità della lesione e della serietà del danno.

L'accertamento della sussistenza o meno di questi ultimi requisiti, che

⁽²⁸⁾ Questa è la vera ragione che giustificò nel 1942 la limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale alle ipotesi di reato *ex art. 185 c.p.* Cfr. la *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, Roma, 1943, p. 182, n. 803: «Circa il risarcimento dei danni cosiddetti morali, ossia la riparazione o compensazione indiretta di quegli effetti dell'illecito che non hanno natura patrimoniale, si è ritenuto di non estendere a tutti la risarcibilità o la compensabilità, che l'art. 185 del codice penale pone soltanto per i reati. La resistenza della giurisprudenza a tale estensione può considerarsi limpida espressione della nostra coscienza giuridica. Questa avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo. Il nuovo codice si è pertanto limitato a dichiarare che il danno non patrimoniale deve essere risarcito (in senso largo) solo nei casi determinati dalla legge, presente o futura, e nelle forme, eventualmente diverse da una indennità pecuniaria, da essa stabilite (art. 2059)». Nelle parole del Guardasigilli, il riferimento all'intensità dell'offesa all'ordine giuridico derivante dal reato sembra richiamare una funzione nettamente sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale. Cfr. G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3^a ed., Padova, 2005, p. 652.

⁽²⁹⁾ Sulla distinzione tra risarcimento e riparazione, cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 85 ss.; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, p. 133 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, p. 9 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. G. GRISI, *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 1172.

⁽³¹⁾ In argomento, v. lo studio fondamentale di A. BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven, 1989; trad. it., *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, 13 ss.

va condotto secondo il parametro costituito dalla «coscienza sociale in un determinato momento storico», permette al giudice di attuare un delicato «bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza»⁽³²⁾.

Ma allora, se il giudice è chiamato ad interpretare la “coscienza sociale” – in continua evoluzione – tutte le volte in cui decide se un certo evento dannoso può considerarsi risarcibile ai sensi dell’art. 2043 c.c., che spazio residua per il principio di tipicità del danno non patrimoniale? Forse che l’ancoraggio ai valori costituzionali non valga per la risarcibilità di qualsiasi tipo di danno, patrimoniale oppure non patrimoniale (e, per quest’ultimo, nelle sue varie declinazioni, che danno conto del suo concreto atteggiarsi: biologico, morale, esistenziale)? In altri termini: l’interesse “costituzionalmente protetto” non è – sempre e comunque – anche un interesse “giuridicamente rilevante”?⁽³³⁾.

In questa diversa prospettiva, va puntualizzata l’affermazione secondo cui «danno ingiusto, per l’art. 2043, è ogni danno avente per oggetto un interesse (diverso da quello del creditore) giuridicamente tutelato, e non già un qualsiasi interesse meritevole di tutela giuridica»⁽³⁴⁾. La giuridicità della tutela è, infatti, sempre espressiva della meritevolezza dell’interesse, che si desume

⁽³²⁾ Così Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 3.11, secondo cui «pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.)». Sulla nozione di “coscienza sociale”, v. G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, 2^a ed., Milano, 2006, pp. 405-413.

⁽³³⁾ Cfr. G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *personaemercato.it/2008*: «La distinzione fra “bene costituzionalmente protetto” e “bene giuridicamente rilevante” serve a contenere le ipotesi di danno risarcibile, ma suscita perplessità quando ripropone l’idea che il danno patrimoniale può essere risarcito ai sensi dell’art. 2043 in presenza della lesione di un solo interesse giuridicamente rilevante, mentre il danno non patrimoniale è ammesso in sole ipotesi tipiche delineate da una soglia costituzionale dell’interesse protetto. Con ciò si propone una lettura della Costituzione che limita anziché ampliare le prerogative soggettive. La rilevanza ordinaria di un interesse ne giustifica il risarcimento, mentre per la tutela di un interesse non patrimoniale si dovrebbe isolare un carattere inviolabile di una situazione personale».

⁽³⁴⁾ A. DE CUPIS, *Danno (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 631.

in via interpretativa dalle norme ordinarie e dai principi generali dell'ordinamento, di rango costituzionale, in base ad un giudizio costantemente orientato dal riferimento alle circostanze del caso concreto.

D'altro canto, le norme ordinarie sono pur sempre valide ed efficaci nei limiti in cui non violino la Costituzione: deriva che qualsiasi interesse protetto da una norma civile è sempre un interesse conforme al dettato costituzionale.

Del resto, come si è bene osservato in dottrina, «dire che l'infedeltà lede la dignità del coniuge, piuttosto che il dovere sancito dall'art. 143 c.c., o che il ritardo nel sostentamento della prole lede il diritto costituzionale alla qualità di figlio, piuttosto che l'art. 147, equivale a sostenere che l'inadempimento di un contratto lede il diritto costituzionale all'iniziativa economica privata – perché, certo, priva l'altro contraente dei mezzi con cui esercitarla – o che la distruzione di un bene altrui lede la garanzia costituzionale della proprietà privata»⁽³⁵⁾.

Questa immanenza del dettato costituzionale alle norme civili è, però, il risultato di una *Drittwirkung* mediata, essendo i principi costituzionali applicati nei rapporti orizzontali tra privati attraverso la mediazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata del codice civile e delle leggi collegate⁽³⁶⁾.

Su un piano più generale, può osservarsi come la rilevanza costituzionale di un interesse deriva dal riconoscimento, in sede di interpretazione giudiziale, che esso è espressione di valori condivisi dalla collettività e così importanti da essere stati posti a fondamento del vivere sociale, essendo recepiti nella Costituzione⁽³⁷⁾.

Ciò postula e, al tempo stesso, giustifica, una tutela civile rafforzata di questo interesse, mediante il risarcimento del danno (anche) non patrimoniale,

⁽³⁵⁾ M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2012, pp. 52-53.

⁽³⁶⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 37 ss. Sulla teoria della *Drittwirkung*, v. E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 878 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. C. MORTATI, *Costituzione (dottr. generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 140 ss.

che mira al ristoro di pregiudizi attinenti alla sfera personale del soggetto.

L'interesse della persona, in quanto dotato di questa particolare tutela, è qualificabile come interesse *primario* dell'ordinamento.

Questa speciale rilevanza è suggellata dall'art. 2 Cost., che dà vita ad una fattispecie aperta, dal momento che il riconoscimento dell'inviolabilità dei diritti della persona si traduce in una clausola generale, la cui concretizzazione avviene in via prevalentemente interpretativa⁽³⁸⁾.

L'ambito ermeneutico è estremamente ridotto nel caso delle norme penali a tutela dell'integrità fisica e morale della persona, dove l'individuazione del reato nella fattispecie concreta è condizione necessaria e sufficiente per ritenere leso un interesse di rilevanza costituzionale. In questa ipotesi, infatti, il risarcimento del danno non patrimoniale (nelle sue varie declinazioni) è previsto già dall'art. 185, 2° comma, c.p. Si tratta di una conseguenza della natura pubblica dell'interesse protetto dalla norma, testimoniata dall'obbligatorietà dell'azione penale.

Il risarcimento del danno non patrimoniale per violazione di norme civili, viceversa, implica innanzitutto la selezione degli interessi e valori rilevanti nel caso concreto, indi il loro bilanciamento attraverso le clausole generali di ingiustizia e di correttezza, nonché alla luce del principio di ragionevolezza⁽³⁹⁾.

Selezione e bilanciamento costituiscono, pertanto, le fasi dell'interpretazione costituzionalmente orientata della norma civile, che è l'attività fondamentale del giudice. Può dirsi, allora, che l'interesse della persona può divenire – a seguito dell'interpretazione giudiziale – un interesse meritevole di una tutela civile rafforzata, che comprenda il risarcimento sia del danno patrimoniale che di quello non patrimoniale⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, 2ª ed., Torino, 2015, p. 10 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.

⁽⁴⁰⁾ Secondo queste indicazioni va perciò riletta la motivazione di Cass., 28 febbraio 2013, n. 5096, in *leggiditalia.it*, secondo cui «il danno non patrimoniale, derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile – sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. – anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge

4. — *Natura contrattuale della responsabilità del genitore per violazione dei suoi obblighi.*

L'equivoco dogmatico di fondo che è sorto in giurisprudenza, nella materia di cui ci occupiamo, è stato quello di concepire l'illecito endofamiliare quale *species* di illecito extracontrattuale, ritenuto, almeno inizialmente, produttivo di un danno *in re ipsa* (c.d. danno evento)⁽⁴¹⁾. Il percorso interpre-

consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni: *a*) che l'interesse leso – e non il pregiudizio sofferto – abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si porrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 c.c., poiché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); *b*) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); *c*) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita ed alla felicità». La S.C. così conclude: «Non è risarcibile il danno non patrimoniale subito dall'utente in conseguenza dell'interruzione della somministrazione di energia elettrica addebitabile al gestore della rete di distribuzione, ove la parte non indichi, né provi, quale sia lo specifico diritto inviolabile costituzionalmente garantito, leso in modo serio dal fatto illecito».

⁽⁴¹⁾ La distinzione tra danni-evento di natura non patrimoniale (lesione dei diritti inviolabili della persona) e danni-conseguenza cadde a partire dalle citate sentenze gemelle della Cassazione nn. 8827 e 8828 del 2003, sulla scorta di Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3297. Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit. (che si può leggere anche in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520 ss. con commento di P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 e la "tipicità" del danno alla persona*), secondo cui «Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato». In particolare, v. il par. 4.10 della motivazione, ove, tra l'altro si afferma che «va disattesa, infatti, la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di "danno evento". La tesi, enunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 184/1986, è stata infatti superata dalla successiva sentenza n. 372/1994, seguita da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003. E del pari da respingere è la variante costituita dall'affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe *in re ipsa*, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo».

tativo che ha condotto i giudici di legittimità a questa conclusione⁽⁴²⁾ è ben evidenziato dall'affermazione secondo cui «la responsabilità (tra coniugi o) del genitore nei confronti del figlio, non si fonda sulla mera violazione dei doveri (matrimoniali o di quelli) derivanti dal rapporto di genitorialità, ma sulla lesione, a seguito dell'avvenuta violazione di tali doveri, di beni inerenti la persona umana, come la salute, la privacy, ecc.»⁽⁴³⁾.

In contrario, può osservarsi come la responsabilità da illecito endofamiliare non può che essere di natura contrattuale⁽⁴⁴⁾, sulla base del decisivo rilievo che la violazione dei diritti relazionali del figlio può avvenire soltanto ad opera del genitore, il quale è l'unico soggetto obbligato a darvi concreta attuazione (artt. 30 Cost. e 316 c.c.)⁽⁴⁵⁾.

In altri termini, il diritto del figlio non può essere considerato alla stessa stregua di una situazione giuridica soggettiva assoluta, talché la lesione di esso possa provenire da chiunque, al contrario di quanto avviene per il diritto alla genitorialità (acquisizione dello *status*), potenzialmente azionabile

⁽⁴²⁾ Così, ad esempio, in tema di violazione di obblighi coniugali, v. Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 365, con note di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione arriva in Cassazione*, e di G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, secondo cui: «È fonte di responsabilità extracontrattuale la condotta dolosa del coniuge che, prima delle nozze, non informi il congiunto della sua incapacità *coeundi*»; Cass., 1° giugno 2012, n. 8862, *ivi*, 2013, p. 123, con nota di G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S.C.*: «La violazione di obblighi nascenti dal matrimonio (di fedeltà, n.d.r.) può non solo giustificare la pronuncia di addebito ma – allorché vi sia lesione di beni essenziali della vita – determinare un danno ingiusto, con conseguente risarcimento dei danni, secondo lo schema generale della responsabilità civile». In argomento, cfr. R. MARINI, *Infedeltà coniugale e danno*, in *Dir. fam.*, 2018, p. 1021 ss.

⁽⁴³⁾ Cass., 1° giugno 2012, n. 8862, cit.

⁽⁴⁴⁾ Tra i sostenitori della responsabilità contrattuale, v. A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1226 ss.; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 22; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 942 ss., spec. p. 959 ss.; G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 200. Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 63 e p. 352; e ID., *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, rist. 1991, p. 82, la disciplina della responsabilità contrattuale è applicabile in via analogica.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 55 ss.

verso chicchessia in qualità di autore della procreazione⁽⁴⁶⁾. D'altro canto, la giurisprudenza e la dottrina che continuano a sostenere la natura aquiliana della responsabilità del genitore⁽⁴⁷⁾ sono, più o meno consapevolmente, influenzate dalla difficoltà dogmatica di concepire un diritto *fondamentale e inviolabile* della persona – quello del figlio – come un diritto *unidirezionale* in quanto *relazionale*, cioè che può farsi valere soltanto nei confronti di un soggetto ed essere attuato unicamente grazie alla corretta condotta di questo⁽⁴⁸⁾.

Ma v'è di più: i diritti del figlio al mantenimento, all'istruzione, all'educazione, all'ascolto, all'assistenza morale, ecc., sono, come si è visto, non solo diritti necessariamente *interrelati*, ma anche *conformati* essenzialmente dalla condotta di entrambi i poli del rapporto, genitore e figlio, in ragione del loro comune e coesenziale *substrato affettivo*. Deriva che non è necessario andare alla ricerca dell'*ubi consistam* dell'ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.*, appigliandosi alle vecchie categorie dogmatiche riconducibili alla dicotomia diritto assoluto / diritto relativo, oppure al riscoperto e generalizzante concetto jheringhiano di interesse giuridicamente rilevante⁽⁴⁹⁾: i diritti del figlio hanno una natura ben precisa e del tutto peculiare, che trova spazio esclusivamente all'interno del diritto di famiglia, ma che si inserisce perfettamente nel sistema del diritto privato generale, sfruttandone tutte le potenzialità in punto di effettività della loro tutela giuridica.

Infatti, i diritti del figlio non sono diritti patrimoniali relativi, ma diritti relazionali patrimonialmente neutri. Ciò è sufficiente per considerare come l'inadempimento dell'obbligo, personale e patrimoniale al tempo stesso, dei genitori, possa dar vita a responsabilità risarcitoria sia dei danni patrimoniali

⁽⁴⁶⁾ V. *infra*, § 5.

⁽⁴⁷⁾ In dottrina, v., per tutti, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 464 ss.

⁽⁴⁸⁾ Ma anche i diritti fondamentali possono avere natura relativa: v. sul punto, assai chiaramente, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 10, il quale porta l'esempio dei diritti sociali, che, in quanto diritti a prestazione, sono esigibili solo verso determinati soggetti tenuti ad erogare la prestazione.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. la storica sentenza della Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1367, con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi «non più solo legittimi»*, sulla quale v. *amplius*, F. SCAGLIONE, *Ingiustizia del danno e risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, in *Nuove autonomie*, 1999, p. 519 ss.

che di quelli non patrimoniali⁽⁵⁰⁾, senza necessità, per questi ultimi, di richiamare l'inutile feticcio dell'art. 2059 c.c.⁽⁵¹⁾.

Quest'ultima disposizione, in ogni caso, non può essere applicata al di fuori dell'ipotesi di responsabilità "del passante"⁽⁵²⁾, connessa alla lesione di una situazione giuridica soggettiva da parte di chi non intrattiene alcun rapporto giuridico individualizzato con il danneggiato. Ed è, forse, proprio la "riferibilità" dell'illecito a segnare tra responsabilità contrattuale ed aquiliana un confine, che, seppur mantiene ancora dei tratti ben visibili sul piano della differenza di disciplina (capacità dell'autore dell'illecito, onere probatorio, termine di prescrizione dell'azione giudiziale, specificità dei rimedi all'inadempimento)⁽⁵³⁾, sfuma inesorabilmente allorché ci si soffermi sull'individuazione della lesione risarcibile, che invero fonda la concreta tutela accordata dall'ordinamento alla vittima dell'illecito stesso.

⁽⁵⁰⁾ Questa essenziale duplice natura, personale e patrimoniale, dell'obbligo genitoriale (e dei diritti del figlio) non è presa in considerazione da chi esclude la natura contrattuale della responsabilità *de qua*: cfr., ad esempio, E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p.168, secondo il quale «è proprio la non patrimonialità di determinati comportamenti *dovuti* in ambito familiare a renderne netta la alterità rispetto allo schema della obbligazione e la irriducibilità al modello di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.». In contrario, si può osservare che l'ordinamento offre anche altre ipotesi di diritti ed obblighi a contenuto misto, personale e patrimoniale, come il diritto e l'obbligo alimentare (art. 433 c.c.).

⁽⁵¹⁾ Soprattutto, se si dà spazio alla teorica degli obblighi di protezione, quali obbligazioni senza prestazione a presidio di interessi a rilevanza personale: cfr. A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 960; G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno contrattuale*, in *Contratti*, 2010, p. 710. La costruzione della violazione degli obblighi genitoriali quale inadempimento di obblighi di protezione appare però, in questa peculiare fattispecie, una superfetazione dogmatica del tutto superflua: gli obblighi genitoriali hanno un contenuto misto, personale e patrimoniale, il cui inadempimento genera anche un danno non patrimoniale, la cui risarcibilità non è legata all'applicazione dell'art. 2059 c.c., ma unicamente a quella degli artt. 1218 e 1223 c.c.

⁽⁵²⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 523. Nella dottrina tedesca, si parla, in proposito, di *Jedermann Haftung* (responsabilità del chiunque): C.W. CANARIS, *Täterschaft und Teilnahme bei culpa in contrahendo*, in AA.VV., *Freiheit und Zwang: Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte. Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger*, Bern, 1989, p. 95.

⁽⁵³⁾ Cfr. G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, 2^a ed., Milano, 2018, p. 30 ss.

In questa prospettiva, l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c., a vantaggio del danneggiato (creditore), trova la sua ragion d'essere nel particolare rapporto giuridico in forza del quale egli si aspetta legittimamente dal danneggiante (debitore) l'adempimento dell'obbligo.

Del resto, su un piano più generale, lo stesso art. 1174 c.c., ricordando che la prestazione può rispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, apre la via al risarcimento del danno non patrimoniale per inadempimento del contratto⁽⁵⁴⁾.

Al riguardo, l'inutilità dell'art. 2059 c.c. è ancora più evidente, confermandosi l'idea che la risarcibilità del danno non patrimoniale può ricollegarsi semplicemente all'art. 1218 c.c., senza, peraltro, aggrapparsi all'inutile *escamotage* del concorso di responsabilità contrattuale ed aquiliana, frutto degli sforzi dogmatici dettati dalla impossibilità di trovare adeguata collocazione, nel sistema del danno da inadempimento, ad una norma sul danno non patrimoniale extracontrattuale.

Infatti, l'art. 2056 c.c., secondo cui al risarcimento del danno da atto illecito si applicano le norme sul risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligazione, non detta una regola di reciprocità in tema di responsabilità contrattuale (art. 1223 c.c.). Se ne è dedotta l'inapplicabilità dell'art. 2059 c.c. al danno contrattuale, con la conseguente esclusione della risarcibilità del danno morale⁽⁵⁵⁾.

Scegliendo la strada della responsabilità aquiliana, peraltro, come si è vi-

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 4.2. In argomento, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2ª ed., Milano, 2012, p. 203 ss.; C. AMATO, *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Digesto civ., Agg.*, Torino, 2011, 302 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008; M. RABITTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 663 ss.; M. GAZZARA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 230 ss. In argomento, v., per tutti, M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, 2ª ed. Milano, 2010, p. 555 ss.; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, p. 125 ss. Nel sistema francese, il cumulo delle azioni non è ammesso, atteso che è ampiamente riconosciuta la risarcibilità del danno morale come conseguenza diretta dell'inadempimento: cfr. R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 155 ss.

sto⁽⁵⁶⁾, la giurisprudenza è costretta ad affermare che «non è la violazione di per sé del dovere genitoriale» ad integrare il danno ingiusto, «ma è la lesione (...) consequenziale a quella violazione, di diritti fondamentali della persona».⁽⁵⁷⁾

Viceversa, è necessario ammettere che l'art. 2059 c.c. non deve (necessariamente) applicarsi alle ipotesi di violazioni di obblighi, come quelli familiari, in cui siano coinvolti rilevanti interessi della persona. In buona sostanza, il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento può ricollegarsi direttamente all'art. 1223 c.c., che non distingue tra i tipi di danno risarcibile⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, cit.

⁽⁵⁷⁾ In tal senso, nella giurisprudenza di merito, v. almeno, quale esempio emblematico, Trib. Lecce, Sez. Maglie, 3 settembre 2008, in G. CASSANO, *Responsabilità e danno nella famiglia dopo la nuova filiazione*, Rimini, 2014, pp. 207-213. Nella fattispecie, il padre, a seguito del suicidio della moglie, aveva affidato le sue due figlie gemelle, ancora in tenera età, alle cure dei parenti, in tal modo separandole e manifestando il suo completo disinteresse verso di loro. Una volta divenute maggiorenni, le figlie avevano convenuto in giudizio il padre per sentirlo condannare a risarcire loro, ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c., i danni derivanti da tutti «i disagi, le privazioni e i pregiudizi morali ed esistenziali subiti nei diciotto anni precorsi a causa dell'inadempimento del padre agli obblighi di assistenza, nella misura ritenuta di giustizia». Il Tribunale, dopo avere accertato la mancanza totale del mantenimento nonché dell'educazione e istruzione delle figlie da parte del genitore, pone l'accento sulla assenza di qualsiasi assistenza morale di esse (mancata considerazione di ogni loro bisogno affettivo) e sulla negazione del loro diritto di crescere nella famiglia di origine e di goderne del relativo calore, «che è dato non tanto e non solo dall'indispensabile assistenza materiale ed economica, ma soprattutto dalla possibilità di godere dell'apporto spirituale e morale reciproco di ciascun componente della famiglia, dalla certezza di potere trovare conforto, appoggio, suggerimenti, consigli in qualunque momento se ne presenti la necessità, dalla forza e il coraggio che provengono dalla rassicurante sensazione di non essere soli al mondo». Analogamente si è espresso, in precedenza, Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 1630, con nota di P. PORRECA, *La lesione endofamiliare del rapporto parentale come fonte di danno*. In questo caso, gli obblighi genitoriali rimasti totalmente inadempiti derivavano dall'accertamento giudiziale della paternità ex art. 269 c.c., ma la soluzione è stata sempre quella della responsabilità extracontrattuale del padre per mancata assistenza morale e materiale della figlia, in aggiunta al danno non patrimoniale derivante dal reato di cui all'art. 570 c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare).

⁽⁵⁸⁾ Lo afferma chiaramente la stessa Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 4.7: «L'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al

Queste indicazioni sono rafforzate dall'esame della casistica giurisprudenziale, dalla quale emerge che la risarcibilità del danno non patrimoniale è rinvenibile in tutti i casi in cui il concreto atteggiarsi dell'inadempimento conduce ad una lesione di interessi – seri e rilevanti – della persona.

E così, a proposito dell'inadempimento del contratto di lavoro subordinato, le S.U. della Cassazione hanno affermato che «l'ampia locuzione usata dall'art. 2087 c.c. (tutela della integrità fisica e della personalità morale del lavoratore)⁽⁵⁹⁾ assicura il diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali, e quindi non è necessario, per superare le limitazioni imposte dall'art. 2059 c.c., verificare se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale, perché la protezione è già chiaramente accordata da una disposizione del codice civile»⁽⁶⁰⁾.

In altre fattispecie, è l'indagine sulla causa concreta del contratto a svelare l'interesse non patrimoniale leso dall'inadempimento di esso: si pensi, ad esempio, alla responsabilità medica in ambito ospedaliero (nonché della struttura sanitaria) nei confronti del paziente oppure dell'istituto scolastico nei confronti dell'allievo, fattispecie già ricondotte (per quanto riguarda la responsabilità del medico, anteriormente alla l. n. 24/2017) dalla giurisprudenza alla figura del “contatto sociale qualificato”⁽⁶¹⁾ ovvero dei “con-

solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona. Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità *anche i pregiudizi non patrimoniali* determinati dalla lesione dei menzionati diritti». Queste importanti indicazioni delle S.U., dettate in tema di inadempimento contrattuale, vanno in realtà applicate anche all'ipotesi di inadempimento degli obblighi genitoriali, per la quale, invece, la giurisprudenza continua a sostenere la tesi della responsabilità aquiliana, secondo lo schema, già ricordato (e criticabile), dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata.

⁽⁵⁹⁾ Ai sensi dell'art. 2087 c.c.: «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

⁽⁶⁰⁾ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Danno e resp.*, 2006, p. 852, ss.

⁽⁶¹⁾ Il termine “contatto sociale”, com'è noto, deriva dall'esperienza giuridica tedesca

tratti di protezione” (*rectius*, con effetti protettivi)⁽⁶²⁾.

ove, all'interno della categoria dei rapporti contrattuali di fatto o *faktische Vertragsverhältnisse*, individuata da Günter Haupt in un importante studio pubblicato nel 1941, sulla scia delle tesi già formulate da Wolfgang Siebert in tema di rapporto di lavoro e di società di fatto, i c.d. rapporti derivanti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*) si contraddistinguono per l'assegnamento che una delle parti fa sulla cooperazione dell'altra per il raggiungimento del risultato previsto, in virtù dell'univoco significato che socialmente si connette al comportamento di questa. Cfr. G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 9. Si tratta della celebre prolusione tenuta presso l'Università di Lipsia il 29 gennaio 1941; l'edizione più nota è però quella del 1943: G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, II, Leipzig, 1943, p. 5 ss. (v. ora l'ed. taliana a cura di G. Varanese, G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino, 2012). V. anche W. SIEBERT, *BGB-System und völkische Ordnung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, 204 ss.; ID., *Die faktische Gesellschaft*, in *Festschrift für Hedemann*, Jena, 1938, 266 ss.; ID., *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1953; P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, Tübingen, 1994. Seguendo le linee fondamentali di questa teoria, si è detto, assai efficacemente, che il concetto di “contatto sociale” opera tutte le volte in cui si sia instaurata una relazione sociale «per uno scopo non disapprovato dall'ordinamento»: Cfr. H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1942, p. 72 ss. Nella dottrina italiana, v. soprattutto Cfr. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 355 ss.; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984, spec. p. 290 ss.; ID., *Rapporto di fatto*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 272 ss.; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 6. In buona sostanza, il c.d. contatto sociale viene configurato quale relazione giuridicamente rilevante idonea a generare in capo ai soggetti di essa degli affidamenti meritevoli di tutela.

⁽⁶²⁾ Si tratta della ben nota dottrina dei doveri di protezione (*Schutzpflichten*), nascenti reciprocamente a carico dei soggetti che entrano in relazione e diretti al soddisfacimento dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose da eventi lesivi (*Schutzinteresse*): cfr. Hei. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *Archiv civ. Praxis*, 136 (1932), p. 257 ss., spec. pp. 298-299, ove si sottolinea la pertinenza degli *Schutzpflichten* sia alla persona che al patrimonio: «Beide werden schon durch die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen privatrechtlich geschützt, die allgemeine Rechtspflichten enthalten, die allen Rechtsgenossen im Interesse des Zusammenlebens auferlegt sind. Darüber hinaus erwachsen durch die Eingehung des Schuldverhältnisses beiden Parteien besondere Rechtspflichten gegenüber der Person und dem Vermögen des Gegners. Die Pflichten ergeben sich aus der durch die Sonderbeziehung erst eröffneten besonderen Einwirkungsmöglichkeit in den fremden Rechtskreis und des durch die begründeten Vertrauensverhältnisses zur Gegenpartei. Man muss sich jedoch vor der Übertreibung hüten, als ob alle allgemeinen Rechtspflichten durch die Begründung eines Rechtsverhältnisses zu besonderen Rechtspflichten würden. Vielmehr, erscheint die negative Schutzpflicht als die Kehrseite oder Ergänzung des positive Zieles der Obligation; letzten En-

E, se nel caso del contratto tra il paziente e la struttura ospedaliera, «gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali»⁽⁶³⁾, può dirsi che, nell'ipotesi di responsabilità dell'istituto scolastico, ad essere leso è l'interesse esistenziale del minore a fruire di un modello di istruzione conforme alle scelte educative che i genitori hanno effettuato (sulla base delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni da lui manifestate), nel rispetto della sua sicurezza ed incolumità⁽⁶⁴⁾.

des kann nur die freie Würdigung des Einzelfalles nach Treu und Glauben ausschlaggebend sein und es wird nicht immer leicht fallen, festzustellen, ob es sich um Verletzung bloss des Schutzinteresses oder auch des Leistungsinteresses handelt, ob ein besonderes Schutzinteresse anzuerkennen ist oder nur die allgemeinen Rechtspflichten in Betracht kommen». V. anche Hans STOLL, *Il contratto e i terzi*, in S. PATTI (a cura di), *Annuario del diritto tedesco*, Milano 2000, p. 17. In particolare, la teoria tradizionale fa coincidere l'obbligazione con «l'idea di un rapporto complesso, all'interno del quale l'obbligo di prestazione è solo il nucleo fondamentale di una struttura integrata da una serie di situazioni soggettive ad esso funzionalmente connesse» (C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.); tra questi obblighi accessori emergono i doveri di protezione e gli obblighi di conservazione imposti alle parti del rapporto contrattuale per la tutela della persona e del patrimonio. Tali doveri di protezione sarebbero il risultato di una integrazione del rapporto contrattuale operata in base al principio di correttezza: cfr. M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in L. VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto a favore di terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1999, p. 151 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss., spec. p. 1354 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1994, p. 225 ss.; S. CICCARELLO, *Doveri di protezione e valore della persona*, Milano, 1988; A. SOMMA, *L'esperienza tedesca*, in G. ALPA, A. FUSARO, M. DASSIO, A. SOMMA e F. TORIELLO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000, p. 107 ss., spec. p. 116 ss.; M. MAGGIOLIO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 248 ss.; G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 120 ss.

⁽⁶³⁾ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 4.3. In argomento, v. M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 325 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1287, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*: «Nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che – quanto all'istituto scolastico – l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla

Ma si pensi anche al contratto di trasporto, ove la tutela dell'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore, il quale risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio (art. 1681 c.c.)⁽⁶⁵⁾.

scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che – quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico – tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante». V. anche Cass., 17 febbraio 2014, n. 3612, in *Danno e resp.*, 2014, p. 900, con nota di C. DAINI, *Danno da autolesione dell'allievo (minore) di una scuola di sci*: «Nel caso di danno alla persona subito dall'allievo di una scuola di sci a seguito di caduta, la responsabilità della scuola ha natura contrattuale e pertanto, ai sensi dell'art. 1218 c.c., al creditore danneggiato spetta solo allegare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre grava sulla controparte provare l'esatto adempimento della propria obbligazione, ossia l'aver vigilato sulla sicurezza ed incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruiva della prestazione scolastica, dimostrando che le lesioni subite siano state conseguenza di circostanze autonome e non imputabili alla scuola. Tale prova può essere data anche a mezzo di presunzioni e solo se la causa resta ignota il sistema impone che le conseguenze patrimoniali negative restino a carico di chi ha oggettivamente assunto la posizione di inadempiente». Nel ribadire il principio, la S.C. ha negato la responsabilità della scuola di sci perché, tenendo conto della peculiarità dell'insegnamento impartito e del comune dato d'esperienza che non è possibile imparare a sciare senza cadere, era stato accertato che la causa della lesione subita dal minore era dovuta alla circostanza che l'allievo aveva perso l'equilibrio, cadendo indietro e sedendosi sulle code degli sci, senza che gli attacchi di sicurezza potessero aprirsi. Nello stesso senso, v. Cass., 10 maggio 2013, n. 11143, *ivi*, 2014, p. 605, con nota di A. PARZIALE, *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato dall'allievo tra «contatto sociale» e causa ignota*.

⁽⁶⁵⁾ Secondo Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 4.6: «Il vettore è quindi obbligato a risarcire a titolo di responsabilità contrattuale il danno biologico riportato nel sinistro dal viaggiatore. Ove ricorra ipotesi di inadempimento-reato (lesioni colpose), varranno i principi enunciati con riferimento all'ipotesi del danno non patrimoniale da reato, anche in relazione all'ipotesi dell'illecito plurioffensivo, e sarà dato il risarcimento del danno non patrimoniale nella sua ampia accezione».

Last, but not least, va qui ricordato il danno da vacanza rovinata di cui all'art. 46 del codice del turismo (nel nuovo testo introdotto dal d.lgs. n. 62/2018)⁽⁶⁶⁾: l'inadempimento del contratto di vendita del pacchetto turistico, non consentendo l'attuazione della finalità turistica che ne qualifica la causa, genera un danno anche non patrimoniale, consistente nel disagio psichico patito dal turista, che va risarcito⁽⁶⁷⁾.

Pur con i dovuti distinguo, essendo i diritti del figlio non già relativi, ma relazionali, si può trarre dagli esempi (non esaustivi, ma di certo paradigmatici) sopra ricordati un'importante conclusione: la lesione risarcibile, nell'ipotesi di violazione degli obblighi genitoriali nei confronti dei figli non è da ascrivere alla violazione di un interesse – seppure di rilevanza costituzionale – diverso o “altro” da quello desumibile dallo stesso rapporto di filiazione.

L'interesse esistenziale del figlio viene leso, infatti, tutte le volte in cui l'obbligo di mantenerlo, istruirlo, educarlo, assisterlo moralmente, ascoltarlo,

Per risarcire il danno alla persona derivante dalla condotta del vettore, quindi, non è necessario ricorrere all'illecito aquiliano, ipotizzando un concorso di responsabilità *ex artt.* 1218 e 2043 c.c.: cfr. in tal senso, Cass., 14 luglio 2015, n. 14667, in *leggiditalia.it.*; A. FLAMINI, *Osservazioni critiche sulla responsabilità contrattuale e extracontrattuale del vettore*, in *Dir. trasporti*, 2002, p. 815 ss., spec. p. 823: «il vettore quando stipula il contratto di trasporto non si impegna soltanto a trasferire il passeggero al luogo di destinazione, ma assume l'obbligo di trasferirlo incolume e, nell'ipotesi in cui il passeggero subisca una lesione alla sua integrità fisica, il vettore è responsabile perché ha violato tale obbligo e non quello generale del *neminem laederos*»; ciò in quanto «all'inadempimento di una preesistente obbligazione non si possono applicare le norme previste per l'inadempimento del generico dovere di non ledere, quando questo si sia concretato in una precisa obbligazione contrattuale o legale».

⁽⁶⁶⁾ Art. 46 d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (così come sostituito dall'art. 1, 1° comma, d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62): «1. Nel caso in cui l'inadempimento delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto non è di scarsa importanza ai sensi dell'articolo 1455 del codice civile, il viaggiatore può chiedere all'organizzatore o al venditore, secondo la responsabilità derivante dalla violazione dei rispettivi obblighi assunti con i rispettivi contratti, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta. / 2. Il diritto al risarcimento si prescrive in tre anni, ovvero nel più lungo periodo per il risarcimento del danno alla persona previsto dalle disposizioni che regolano i servizi compresi nel pacchetto, a decorrere dalla data del rientro del viaggiatore nel luogo di partenza.»

⁽⁶⁷⁾ Cfr. già Cass., 11 maggio 2012, n. 7256, in *Vita not.*, 2012, p. 1400 ss.

etc. è disatteso dal genitore, vale a dire per il fatto stesso dell'inadempimento. In altri termini, l'approdo cui pervengono le S.U. della Cassazione – la risarcibilità del danno non patrimoniale – si fonda comunque sulla rilevanza costituzionale del diritto fondamentale del figlio, anche se riconosciuto da una fonte gerarchicamente subordinata come il codice civile.

La spiegazione è semplice: i diritti inviolabili del figlio *ex art. 315 bis c.c.*, infatti, hanno rilevanza costituzionale, da accertarsi però nel caso concreto, basata sulla lettura unitaria degli artt. 2 e 30 della Costituzione, e ciò a prescindere dalla natura della fonte che li prevede.

In sintesi, ciò equivale a dire che l'applicazione al rapporto di filiazione degli artt. 2 e 30 Cost. avviene attraverso la mediazione dell'art. 315 *bis c.c.*, con la conseguenza che l'inadempimento (imputabile) degli obblighi codicistici costituisce violazione di diritti fondamentali e inviolabili della persona di rango costituzionale.

L'applicazione delle norme costituzionali è, in questo caso, mediata, proprio perché i diritti del figlio riconosciuti dall'art. 315 *bis c.c.* sono conseguenti all'avvenuto accertamento dello *status filiationis*.

Si rivela ultronea, pertanto, la ricostruzione della responsabilità dei genitori nei confronti del figlio come avente natura aquiliana, vieppiù ove si osservi che il danno da violazione degli obblighi genitoriali deriva sempre da una condotta dolosa, e non semplicemente colposa, dei genitori stessi⁽⁶⁸⁾.

Tuttavia, a differenza dell'illecito aquiliano, il dolo del genitore inadempiente è presunto, proprio in ragione della tutela rafforzata che l'ordinamento offre al minore, essendo il rapporto di filiazione interamente preordinato alla soddisfazione del suo reale interesse. Sotto questo profilo, la dimostrazione della correttezza del proprio comportamento da parte del genitore, convenuto

⁽⁶⁸⁾ Cfr., sul punto, A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 936: «Una diretta applicazione dell'art. 2043 c.c. si rivelerebbe infatti paradossale: da un lato la violazione del dovere familiare renderebbe superflua la ricerca del profilo di ingiustizia del danno, dall'altro il criterio della colpa sostituirebbe la mera negligenza alle violazioni degli obblighi coniugali. Ed è per evitare ciò che anche chi avalla la responsabilità extracontrattuale tende a ridurre l'ammissibilità ai casi più gravi. Ma la responsabilità extracontrattuale spogliata dei suoi requisiti, danno ingiusto e colpa, diventa un simulacro: vale solo come un nome per indicare un'azione di danni derivanti dalla violazione degli obblighi familiari».

in giudizio *ex art.* 1218 c.c., vale ad escludere in radice la sua responsabilità⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Sebbene gli obblighi genitoriali siano naturalmente preordinati alla tutela dei diritti fondamentali del figlio, ciò non implica, sempre e comunque, che l'interesse del minore debba prevalere su quello dei genitori o degli altri membri della famiglia. L'interesse del minore, infatti, essendo una clausola generale, prevale soltanto se sia serio e apprezzabile nella fattispecie concreta, e, dunque, se possa rinvenirsi una effettiva lesione di esso. Invero, quando si parla di violazione di obblighi genitoriali, è necessario porre l'accento sulla circostanza che il "bilanciamento" giudiziale in sede interpretativa è soprattutto tra concreti interessi, di pari dignità costituzionale, che vengono tutti necessariamente coinvolti nel giudizio volto ad individuare la responsabilità del genitore. Ed è proprio attraverso la valutazione comparativa di interessi della persona, ugualmente riconosciuti dalla Costituzione, che il giudice realizza la protezione concreta di quell'interesse ritenuto, nella situazione data, prevalente sugli altri. In questa prospettiva, il filtro interpretativo giudiziale della coscienza sociale per stabilire la gravità dell'offesa, e il conseguente bilanciamento degli interessi del danneggiato e dell'autore del danno, orientato dai principi costituzionali, non è per nulla estraneo alla responsabilità contrattuale, facendovi ingresso, innanzitutto, attraverso l'applicazione del principio di correttezza (cfr. artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c.) nonché della regola dell'importanza o gravità dell'inadempimento per la risoluzione del contratto (v. art. 1455 c.c.).

In altri termini, il giudizio di correttezza della condotta genitoriale, compiuto in via ermeneutica *a posteriori*, si risolve in una valutazione comparativa degli interessi fondamentali del genitore e del figlio.

Pertanto, se, ad esempio, il padre – disoccupato – si reca, sia pur temporaneamente, all'estero in cerca di un lavoro che garantisca al figlio un mantenimento adeguato alle inclinazioni naturali e alle aspirazioni di quest'ultimo, in tal modo sovvenendo alle necessità della famiglia, di certo non potrà essere chiamato a rispondere di inadempimento dell'obbligo di assistenza morale della prole, perché "assente" dal luogo in cui risiede il figlio minore sotto la costante cura della madre. Allo stesso modo, il genitore che non svolga più un'attività lavorativa, a causa di una sfavorevole congiuntura economica oppure di problemi di salute, non potrà considerarsi "inadempiente" all'obbligo di mantenimento del figlio, il quale lamenti la insufficienza delle risorse finanziarie atte a garantirgli il precedente tenore di vita. La correttezza della condotta genitoriale, così come quella del figlio, valutata dal giudice sempre alla luce delle circostanze del caso concreto, è, dunque, un elemento imprescindibile del giudizio di responsabilità risarcitoria. Deriva che l'assenza di un interesse del genitore serio e riconosciuto dal sistema è un indice sicuro dell'imputabilità dell'inadempimento.

Va però subito chiarito che l'inadempimento del genitore può derivare soltanto da una condotta dolosa dello stesso. Si tratta allora di verificare se, nel caso concreto, al sacrificio della posizione e delle esigenze del figlio corrisponda o meno un apprezzabile interesse del genitore, che, nella specie, potrebbe anche prevalere su quello del figlio. In altri termini, l'inviolabilità dei diritti del minore, che trova espressione nella "preminenza" del suo interesse "superiore", deve essere in ogni caso valutata in concreto, sulla base della comparazione

Viceversa, ove ciò non avvenga, l'interesse del figlio troverà completo riconoscimento, non applicandosi la limitazione di cui all'art. 1225 c.c.⁽⁷⁰⁾.

con l'interesse del genitore o, più in generale, del gruppo familiare, e, quindi, anche di eventuali altri figli, di cui il genitore si prende parimenti cura.

Secondo questo criterio interpretativo andranno ben ponderate alcune ipotesi esemplificative: il genitore deve accettare una promozione sul lavoro che allontani la famiglia dal luogo di residenza e comporti il mutamento delle condizioni di vita del figlio (cambiamento della scuola, etc.)? E se la scelta dei genitori atta a garantire ad uno dei figli un'educazione costosa, ma conforme alle sue reali inclinazioni, dovesse sacrificare – anche solo in parte – l'interesse di un altro figlio?

È evidente, in proposito, la rilevanza costituzionale degli interessi sottesi a queste fattispecie: il diritto al lavoro, nonché alla libertà di circolazione, del genitore (artt. 4 e 16 Cost.), non può cedere innanzi al mero capriccio del figlio, tutte le volte in cui il cambiamento di residenza (e della scuola) non comporti per quest'ultimo gravi disagi o turbamenti psichici, tali da pregiudicare un "sano" sviluppo della sua personalità. Allo stesso modo, non è possibile impedire che alcune scelte educative del genitore per un figlio influiscano su quelle relative ad un altro figlio, purché tale influenza non sia del tutto negativa e priva di apprezzabili giustificazioni. Ed in tal modo, secondo un criterio interpretativo di correttezza degli atti di esercizio della responsabilità genitoriale, andranno, più in generale, valutati anche i c.d. "no" del genitore alle più varie richieste del figlio, che risultano ampiamente giustificati tutte le volte in cui "aiutano a crescere" (cfr. A. PHILLIPS, *Saying no. Why it's important for you and your child*, London, 1999, trad. it., *I no che aiutano a crescere*, Milano, 2001).

Pertanto, mantenimento, educazione e istruzione, assistenza morale, ecc., non sono diritti del figlio inviolabili *in astratto* da parte del genitore, essendo la responsabilità di quest'ultimo subordinata all'accertamento, *in concreto*, dell'assenza di un'apprezzabile ragione che ha condotto ad effettuare una scelta rivelatasi dannosa per il minore. Il diritto fondamentale del figlio è inviolabile nel senso che esso postula, in forza del peculiare "spessore assiologico" dell'interesse del minore, una tutela rafforzata con la risarcibilità del danno non patrimoniale tutte le volte in cui questo diritto venga leso da una condotta genitoriale espressiva di un interesse giudicato, a seconda dei casi, non prevalente su quello del minore.

Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., pp. 430-431: «(...) Sebbene il superiore interesse del minore sia certamente da ascrivere al novero dei diritti fondamentali primari, questo non esclude che lo stesso debba in ogni caso restare soggetto a necessario bilanciamento, proprio allo scopo di scongiurare ogni possibile scivolamento verso un uso *tirannico* dello stesso (...) Per sua stessa natura ed essenza il diritto è sempre temperamento di interessi. È qui la *ratio* dello stesso principio di eguaglianza anche sostanziale, il quale non ammette che la tutela dell'interesse di un determinato soggetto possa comportare il sacrificio sistematico e incondizionato del contrapposto e meritevole interesse di altri soggetti. Non può essere che qualcuno sia, aprioristicamente, più uguale degli altri».

⁽⁷⁰⁾ Cfr. D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 344.

Questa ricostruzione, in realtà, non contrasta con i risultati pratici cui perviene la giurisprudenza della Cassazione, la quale, pur confermando l'accoglimento dell'azione aquiliana *ex artt.* 2043 e 2059 c.c., applica poi, di fatto, la disciplina della responsabilità contrattuale. Ciò avviene attraverso l'utilizzo della prova indiretta per presunzioni, facendo il giudice ricorso alle nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115, 2° comma, c.p.c.), tutte le volte in cui si tratta di provare il danno non patrimoniale subito dal minore⁽⁷¹⁾.

In altri termini, fermo restando l'onere del danneggiato di allegare e provare gli elementi di fatto da cui desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio, una volta offerta la prova del fatto che viene posto alla base della presunzione, spetterà alla controparte fornire la prova contraria, in assenza della quale dovrà ritenersi dimostrata l'esistenza del danno facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali il giudice si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove⁽⁷²⁾.

La prova presuntiva del danno, infatti, implica l'esistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito, che, invece, la Cassazione ritiene sempre sussistente, anche in mancanza di prova specifica. Si tratta però di decisioni rese all'esito di giudizi sulla responsabilità aquiliana del genitore per mancato riconoscimento del figlio, atteso che, come si è visto, secondo l'opinione prevalente, i diritti del figlio e i conseguenti obblighi genitoriali sorgono già a seguito del fatto della procreazione, attribuendo efficacia retroattiva al riconoscimento⁽⁷³⁾. Le fattispecie, allora, andrebbero più correttamente inquadrare

⁽⁷¹⁾ Cfr. almeno Cass., 22 luglio 2014, n. 16557, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2149, con nota di C. BONA, *Rimborsi e risarcimenti per l'assenza paterna: tra equità e tabelle*, secondo cui il danno non patrimoniale da violazione dei doveri di mantenimento, istruzione e educazione dei genitori verso la prole può essere provato per presunzioni e facendo ricorso alle nozioni di comune esperienza.

⁽⁷²⁾ Cfr. Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Danno e resp.*, 2006, p. 843, con nota di G. PONZANELLI, *Il danno esistenziale e la Corte di cassazione*; v. anche Trib. Roma, 27 ottobre 2011, in *leggiditalia.it*.

⁽⁷³⁾ Cfr., ad esempio, Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, cit.; e Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giur. it.*, 2014, p. 1593, con nota di B. TASSONE, *Mancato riconoscimento del*

nel danno aquiliano da lesione del diritto del minore al conseguimento dello *status*, che, come si vedrà⁽⁷⁴⁾, è fonte di responsabilità oggettiva a carico del genitore.

Sul piano risarcitorio, bisogna infine ricordare che il danno subito dal minore a causa dell'inadempimento degli obblighi genitoriali, può essere anche di natura patrimoniale, come nell'ipotesi paradigmatica di spese sostenute per il mantenimento del figlio esclusivamente o prevalentemente con i beni appartenenti al patrimonio personale del minore, di cui i genitori hanno l'usufrutto legale *ex art. 324 c.c.*

In questa fattispecie, si tratta di provare innanzi al giudice che la misura della contribuzione del figlio, attraverso l'usufrutto legale dei genitori, ai bisogni familiari (art. 315 *bis*, 4° comma, c.c.), è sproporzionata rispetto all'onere contributivo sopportato dai genitori⁽⁷⁵⁾, i quali devono concorrere al mantenimento del figlio in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo (art. 316 *bis*, 1° comma, c.c.). La prova del danno al patrimonio del minore è, quindi, nell'abuso dell'usufrutto legale sui beni del figlio da parte dei genitori, abuso da valutare sempre in relazione alle circostanze del caso concreto e che diviene fonte di responsabilità risarcitoria⁽⁷⁶⁾.

figlio naturale e danno non patrimoniale, le quali confermano le soluzioni dei giudici di merito, secondo cui il presupposto della responsabilità del padre e del conseguente diritto del figlio al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, è individuato «nella consapevolezza del concepimento». La consapevolezza «non s'identifica con la certezza assoluta derivante esclusivamente dalla prova ematologica, ma si compone di una serie d'indizi univoci, generati dall'indiscussa consumazione di rapporti sessuali non protetti all'epoca del concepimento». In realtà, secondo l'impostazione qui accolta, questa soluzione giurisprudenziale svela una responsabilità extracontrattuale oggettiva del genitore per mancato riconoscimento, vale a dire per violazione del diritto del minore al conseguimento dello *status* (*infra*, § 5).

⁽⁷⁴⁾ V. *infra*, § 5.

⁽⁷⁵⁾ In argomento, v. specialmente G. LISELLA, *Usufrutto legale e contribuzione filiale al mantenimento della famiglia*, Napoli, 2003, p. 83 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Usufrutto legale*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 153, il quale esattamente osserva che «l'usufrutto legale segue, in linea di principio, le vicende della potestà: si estingue o si sospende in corrispondenza alle cause

Del pari, saranno risarcibili i danni patrimoniali subiti dal minore in conseguenza di utilizzo di beni a lui appartenenti per fini diversi dal suo mantenimento, e viceversa riconducibili ad un interesse esclusivamente personale del genitore, fatte salve le sanzioni tipiche previste dal codice civile a carico di quest'ultimo (rimozione dall'amministrazione e privazione dell'usufrutto legale *ex art. 334 c.c.*).

5. — *Danno aquiliano da lesione del diritto del minore alla genitorialità.*

Si è già osservato⁽⁷⁷⁾ che il minore può qualificarsi come figlio solo rispetto al genitore che lo ha già riconosciuto o nei cui confronti è stata già accertata giudizialmente la filiazione. Viceversa, nei confronti del genitore che non lo ha riconosciuto, il minore non ha (ancora) lo *status* di figlio e, quindi, non è titolare dei diritti fondamentali che il codice civile gli riconosce, mentre è titolare di diritto al conseguimento del predetto stato. Deriva che il genitore non ha, prima dell'accertamento dello *status filiationis*, alcun obbligo in senso tecnico di mantenere, istruire, educare ed assistere moralmente il minore. Egli ha, invece, in forza dell'art. 30 Cost., il dovere giuridico, ed anche il diritto, di riconoscere il figlio, al fine di assumere la conseguente responsabilità genitoriale. L'art. 30 Cost., infatti, si riferisce al diritto-dovere *dei genitori*, e non ai diritti *dei figli*. Esso garantisce il diritto dei genitori di prendersi cura della prole, ma sancisce anche e innanzitutto il dovere giuridico di esercitare sui figli la responsabilità genitoriale, attraverso il loro riconoscimento, che è un atto di autoresponsabilità.

Pertanto, la domanda di mantenimento esperita dal figlio minore, rap-

che l'ordinamento individua quali presupposti per l'estinzione o per la sospensione della potestà, determinando anche la concentrazione della situazione in capo a uno soltanto dei genitori usufruttuari se la causa estintiva o sospensiva della potestà colpisca uno soltanto di essi». Pertanto, come detto nel testo, l'abuso dell'usufrutto legale da parte dei genitori è fonte di responsabilità per inadempimento dell'obbligo di mantenimento, non già causa di estinzione dell'usufrutto (art. 1015 c.c.).

⁽⁷⁷⁾ *Supra*, § 2.

presentato da uno dei genitori o da un curatore speciale *ex art.* 78 c.p.c.⁽⁷⁸⁾, oppure esperita dal figlio ormai divenuto maggiorenne, nei confronti del genitore che non lo ha riconosciuto spontaneamente, potrà riguardare, tecnicamente, soltanto le somme dovute dal momento dell'accertamento della filiazione.

Autonoma e diversa, invece, per *causa petendi e petitum*, rispetto alla domanda di mantenimento, è la domanda di risarcimento dei danni subiti dal figlio in conseguenza della condotta omissiva illecita del genitore che non lo ha riconosciuto⁽⁷⁹⁾, condotta che ha causato un danno non patrimoniale (e, in alcuni casi, anche patrimoniale), consistente nella lesione del diritto del figlio alla genitorialità, cioè al conseguimento dello *status*. Il diritto alla genitorialità è il diritto del minore all'acquisizione dello *status* di figlio. Si tratta di un diritto inviolabile del minore emergente dalla lettura unitaria degli artt. 2 e 30 Cost., che deriva in capo al minore dal fatto della nascita e si configura quale diritto al conseguimento dello stato di figlio e del relativo rapporto filiale con il genitore. Questa situazione giuridica è prodromica all'accertamento diretto dello *status filiationis*, originato da un atto di auto-responsabilità dei genitori o di uno di essi oppure dal provvedimento del

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Trib. Varese, 12 febbraio 2013, in *leggiditalia.it*: «Il giudice, nel suo prudente apprezzamento e previa adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, può sempre procedere alla nomina di un curatore speciale in favore del fanciullo, avvalendosi della disposizione dettata dall'art. 78 c.p.c., che non ha carattere eccezionale, ma costituisce piuttosto un istituto che è espressione di un principio generale, destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace. La nomina *de qua* prescinde da una istanza di parte, posto che l'art. 9 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77, stabilisce che, nei procedimenti riguardanti un minore, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti *motu proprio*. Nemmeno può dubitarsi circa l'opportunità di adottare scelte giudiziali meglio modellate sull'esigenza di tutela del minore (secondo il dizionario internazionale: cd. accomodamenti procedurali). Come è noto, la Corte EDU ha proprio condannato l'Italia, nella gestione dei conflitti genitoriali aventi ad oggetto minori, per la natura delle misure adottate, giudicate "stereotipate ed automatiche" (C. EDU, 29-1-2013, *Lombardo c. Italia*; Id., 2-11-2010, *P. c. Italia*)».

⁽⁷⁹⁾ Cfr., in tal senso, Cass., 3 settembre 2013, n. 20137, in *leggiditalia.it*.

giudice, da cui discende l'acquisto dei diritti fondamentali del figlio previsti dall'art. 315 *bis* c.c. Sotto questo profilo, nascita e accertamento dello *status* costituiscono i due elementi di una fattispecie a formazione progressiva, il cui completamento comporta l'acquisto dei diritti fondamentali da parte del minore, ormai divenuto a pieno titolo figlio. Deriva che il dovere dei genitori di prendersi cura della prole, sancito dagli artt. 147 e 316 *bis* c.c., nasce solo a seguito dell'accertamento della filiazione. Nella fase anteriore all'accertamento dello *status*, invero, esiste soltanto, come si è detto, un dovere giuridico di riconoscere il figlio, come prescrive l'art. 30, 1° comma, Cost., secondo cui: «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio»⁽⁸⁰⁾. In questa fase, pertanto, il genitore che non ha riconosciuto il figlio o nei cui confronti non è stata ancora dichiarata giudizialmente la paternità o la maternità, può spontaneamente adempiere ad un'obbligazione naturale nei confronti del minore *ex art.* 2034 c.c, ferma restando però la responsabilità a suo carico derivante dalla violazione del dovere di riconoscere il figlio.

Orbene, essendo l'accertamento della filiazione necessariamente preliminare alla titolarità dei diritti del minore verso il genitore, è indispensabile tutelare l'interesse del primo all'attribuzione dello *status*. L'esistenza nel nostro

⁽⁸⁰⁾ *Contra*, v. M. PALADINI, *L'illecito dei genitori nei confronti dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 489, secondo il quale «se fosse vera la tesi della obbligatorietà del riconoscimento del figlio naturale, non si vede perché il Codice non l'abbia sancita espressamente e, anzi, abbia preferito un'espressione letterale chiaramente attributiva al genitore della mera *facoltà* di riconoscimento»; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 182 ss.: «Il mancato riconoscimento non è dunque un comportamento in sé antiggiuridico, ma può configurarsi quale coelemento della fattispecie dell'illecito aquiliano, a condizione però che nella concreta situazione costituisca un comportamento omissivo produttivo di un danno ingiusto in capo al figlio; danno che potrà essere patrimoniale (consistente, ad esempio, nel più basso tenore di vita e nelle opportunità correlate andate perdute a causa del mancato contributo del convenuto al mantenimento del figlio) ma anche non patrimoniale perché riferibile alla lesione del diritto alle relazioni familiari ed in particolare all'affettività genitoriale». Ma la formulazione dell'art. 30 Cost. non lascia spazio a diverse interpretazioni: per essere tenuti, in forza di un dovere giuridico di rilievo costituzionale, a mantenere, istruire ed educare i figli, i genitori devono prima riconoscerli, al fine di esercitare la responsabilità genitoriale su di essi.

ordinamento del diritto alla genitorialità è, peraltro, un corollario che si trae dalla statuizione dei doveri genitoriali di mantenere, istruire ed educare i figli non solo ad opera dell'art. 30, 1° comma, Cost., ma anche dell'art. 316 *bis*, 1° comma, c.c. Infatti, il dovere dei genitori di prendersi cura dei figli comporta il diritto del minore ad ottenere il riconoscimento della filiazione.

Il genitore che non riconosce il figlio, pertanto, è responsabile di un illecito extracontrattuale omissivo⁽⁸¹⁾; si tratta di un illecito che, a rigore, si colloca al di fuori della categoria degli illeciti endofamiliari, la quale, come si è visto, comprende quegli illeciti commessi dai membri di un nucleo familiare nei confronti di altri soggetti facenti parte della stessa comunità. Infatti, sino all'accertamento della filiazione, il genitore biologico non è legato da alcun rapporto di parentela col minore.

Ma l'illecito danneggia anche il genitore che, invece, ha già riconosciuto il figlio, perché lede il suo diritto a prendersi cura del minore, con il sostegno – morale e materiale – dell'altro genitore (diritto alla genitorialità condivisa)⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ Cfr., ad esempio, *ex multis*, nella giurisprudenza di merito, Trib. Matera, 7 dicembre 2017, n. 1370, in *Foro it.*, 2018, 1, I, c. 305; Trib. Milano, 13 marzo 2017, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 397, con nota di A. SCALERA, *Il danno da deprivazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*; Trib. Sulmona, 26 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 689. Nella giurisprudenza di legittimità, v., ad esempio, Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, cit.; Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, cit.

⁽⁸²⁾ Questa lesione del diritto alla genitorialità condivisa può essere cagionata anche da una condotta assunta da uno dei genitori posteriormente all'accertamento della filiazione, come nel caso in cui, a seguito della separazione tra coniugi, il genitore affidatario neghi all'altro il diritto di visita del minore: cfr. Trib. Roma, 3 settembre 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 1327, con nota di C. DINI, *Tutela risarcitoria della posizione genitoriale e danno endofamiliare*: «La gravissima compromissione dei rapporti affettivi del genitore verso il figlio minore, cagionata dall'altro genitore attraverso l'interruzione di ogni apprezzabile relazione per un lungo periodo, integra la lesione del diritto personale alla genitorialità, diritto costituzionalmente garantito a norma degli artt. 2 e 29 Cost. È risarcibile il conseguente danno non patrimoniale, da intendersi nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica e da individuarsi nella forte sofferenza del genitore per non avere potuto assolvere ai doveri verso il figlio e per non aver potuto godere della presenza e dell'affetto del piccolo». In realtà, la fonte del diritto di un genitore di prendersi cura del minore insieme all'altro deriva primariamente dall'art. 30, 1° comma, Cost., pur rientrando certamente nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. nelle formazioni sociali ove si svolge la

La lesione del diritto del minore alla genitorialità può essere cagionata anche da chi (medico, ostetrica o altra persona che ha assistito al parto), pur essendovi tenuto, ha omesso di rendere la dichiarazione di nascita *ex art.* 30, d.p.r. n. 396/2000 sull'ordinamento di stato civile, nell'inerzia consapevole dei genitori (*rectius*, certamente con il tacito accordo della madre). Si pensi, ad esempio, alla volontà della madre di celare una relazione adulterina, ma senza avvalersi della possibilità di partorire in anonimato.

In questo caso, l'illecito è sempre plurisoggettivo e dà luogo a responsabilità solidale *ex art.* 2055 c.c.⁽⁸³⁾, concorrendo con l'omissione della madre o anche del padre quella del soggetto che deve rendere la dichiarazione di nascita in loro vece, salvi i profili di responsabilità penale, derivanti dal concorso nel reato di soppressione di stato (art. 566, 2° comma, c.p.)⁽⁸⁴⁾.

sua personalità. Lo stretto collegamento tra gli artt. 2 e 30 Cost. deve essere evidenziato al fine di chiarire che il concreto esercizio del diritto (inviolabile) del genitore trova un limite intrinseco nell'interesse del minore a vivere in un contesto familiare sereno, come nel caso in cui il giudice disponga l'affidamento esclusivo del figlio (art. 337 *quater*, 1° comma, c.c.) o quello temporaneo *ex art.* 2, 1° comma, l. adozione.

⁽⁸³⁾ Cfr. Cass., 25 settembre 2014, n. 20192, in *leggiditalia.it*: «L'unicità del fatto dannoso richiesta dall'art. 2055 c.c. ai fini della configurabilità della responsabilità solidale degli autori dell'illecito va intesa in senso non assoluto, ma relativo, in coerenza con la funzione propria di tale istituto di rafforzare la garanzia del danneggiato, sicché ricorre tale responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, e anche diversi, sempre che le singole azioni o omissioni, legate da un vincolo di interdipendenza, abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione dell'intero danno. Il giudice, quindi, qualora il fatto illecito fonte di danno si articoli in una pluralità di azioni od omissioni poste in essere da più soggetti, è tenuto a verificare, dandone conto in motivazione, se, alla luce del criterio predetto, ricorra un unico fatto dannoso, ovvero non si tratti, anche in parte, di episodi autonomi e scindibili, che abbiano a loro volta prodotto danni distinti, dei quali – sebbene tutti collocati all'interno di una serie causale unitaria – solo il partecipante a ciascun episodio può essere ritenuto responsabile, in forza del principio secondo cui ognuno risponde del solo evento di danno rispetto al quale la sua condotta, attiva o omissiva, opera come causa efficiente, ponendosi come antecedente causale necessario».

⁽⁸⁴⁾ Cass., 18 ottobre 1978, D.L., in *leggiditalia.it*: «Il reato di soppressione di stato (art. 566, comma secondo, c.p.) consiste nell'impedire al neonato l'acquisto dello stato civile spettantegli senza attribuirgliene uno diverso e si consuma facendo in modo che egli non risulti nato, e si trovi in vita senza che sia dato conoscere a quale famiglia appar-

Viceversa, se la madre ha esercitato il diritto al parto anonimo (art. 30, 1° comma, ordinamento di stato civile), l'illecito è escluso dalla causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. (esercizio di un diritto), anche nel caso in cui il minore abbia agito (tramite il suo rappresentante legale) per l'accertamento dello *status* ai sensi degli artt. 239 c.c. o 269 c.c.

La responsabilità aquiliana del genitore per mancato riconoscimento del figlio è, come si è visto nel paragrafo precedente, affermata dalla giurisprudenza quale violazione di obblighi genitoriali: pertanto non esistono precedenti giudiziali che si riferiscano alla lesione del diritto del minore al conseguimento dello *status filiationis*.

Tuttavia, non è condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il danno non patrimoniale del minore per "privazione della figura genitoriale", da liquidare in via equitativa *ex art. 1226 c.c.*, sia rapportato al danno da "perdita definitiva" (morte) del genitore, dal momento che il rapporto di filiazione non è mai sorto⁽⁸⁵⁾.

tenga». Nella specie, era stata occultata la nascita di un bambino al fine di sottrarsi alle conseguenze di una relazione adulterina. V. anche Cass., 21 maggio 2013, F. e C., *invi*: «Nel reato di soppressione di stato, la condotta di occultamento consiste nel nascondere per un apprezzabile periodo di tempo il neonato a tutti i soggetti legittimati a denunciarne la nascita all'ufficiale dello stato civile e si protrae fino alla dichiarazione "tardiva" o alla formazione di ufficio dell'atto di nascita». Nella specie, la S.C. ha ritenuto integrato il reato in un caso in cui, dopo una gravidanza ed un parto clandestini, e dopo l'elusione degli obblighi connessi a visite pediatriche, vaccinazioni ed iscrizioni a nidi di infanzia, il fanciullo era stato dichiarato dai genitori, entrambi coniugati con altre persone, a distanza di oltre quattro anni dalla nascita.

⁽⁸⁵⁾ Cfr., ad esempio, Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 43, con nota di S. VERONESI, *Sulla determinazione tabellare del danno endofamiliare*: «Subisce un danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c. la figlia minore che, privata della figura genitoriale paterna, a causa del comportamento consapevolmente insensibile del padre, è costretta a condurre una vita carente delle molteplici attività realizzatrici della persona e dunque "qualitativamente" inferiore a quella che le sarebbe spettata in presenza di entrambe le figure genitoriali. Il pregiudizio subito dalle lesioni della situazione giuridica soggettiva costituzionalmente tutelata, nel caso di specie considerata "seria" e "grave", sfugge a precise quantificazioni in moneta e deve essere liquidato in via equitativa *ex art. 1226 c.c.* mediante il ricorso alle tabelle elaborate dall'Osservatorio sulla Giustizia civile, ed in particolare alla voce riguardante la "perdita definitiva" del genitore. L'importo corrispondente a tale voce di danno deve tuttavia essere adeguatamente rideterminato, in assenza del decesso della

La responsabilità è oggettiva, atteso che la tutela del diritto fondamentale del minore ad essere riconosciuto non può essere subordinata alla dimostrazione della colpevolezza del genitore. Trattandosi di illecito permanente la relativa azione risarcitoria deve inoltre ritenersi imprescrittibile.

figura genitoriale, nella misura pari ad un quarto dell'importo minimo stabilito». Sul punto, v. F. GALLETTI, *Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione*, in *Resp. civ. e pren.*, 2015, 562 ss. Sul ricorso alle tabelle elaborate dai giudici per valutare *ex ante* il danno non patrimoniale (sia pure personalizzate, cioè adeguate dal giudice alla specificità del caso concreto), v. G. PONZANELLI, *Tabelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 246 ss. Osserva, in proposito, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 609, che: «La quantificazione mediante una tabella può apparire un criterio primitivo, che sembra riportare al tempo dell'editto di Rotari e al guidrigildo. In realtà, essa costituisce un modo per assicurare l'oggettiva controllabilità delle decisioni; inoltre realizza una tendenziale coerenza delle decisioni stesse, con ciò rispondendo a un'ovvia esigenza».

DANIELE CHIAPPINI^(*)

PROFILI DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEI RICERCATORI NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO

ABSTRACT: This essay analyses the civil liability issues related to scientific research. In particular, the paper describes how specific topics, such as the technological unknown, converging technologies and border research can be addressed from the Italian juridical system. In conclusion, the evolution of the aforementioned legal paradigms is evaluated in terms of their applicability to the potential damages caused by research activity. The latter aspect is pivotal to guarantee a healthy evolution of scientific research.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ignoto tecnologico, tecnologie convergenti e ricerca scientifica. – 3. La responsabilità aquiliana. – 4. Attività pericolose e problemi tecnici di speciale difficoltà. – 5. Il danno da prodotto e la responsabilità del produttore. – 6. L'oggettivizzazione della colpa. – 7. La responsabilità da atto lecito dannoso. – 8. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

Il rapporto tra il diritto e le applicazioni delle nuove tecnologie si è evoluto secondo uno schema per il quale allo sviluppo scientifico-tecnologico è seguito un parallelo progresso del diritto⁽¹⁾. Questo è avvenuto perché il progresso necessita ovviamente di una regolamentazione, stante il fatto che, in quella che è stata definita società del rischio⁽²⁾, una parte consistente dei

^(*) Consiglio Nazionale delle Ricerche - ISAFoM-CNR, Sezione distaccata di Perugia.

⁽¹⁾ Ad esempio l'utilizzo della riproduzione fotografica da parte dei giornali ha condotto Warren e Brandeis a focalizzarne le conseguenze dal punto di vista della privacy in un importante articolo scientifico (S. WARREN, L. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, IV, 5, Harvard, 1890). Da quel momento il diritto ha continuato ad interessarsi delle evoluzioni in questo ambito, culminato nel territorio dell'Unione Europea con l'emanazione del *General Data Protection Regulation* UE 2016/679 (GDPR).

⁽²⁾ C. PERROW, *Normal Accidents, Living with high-risk technologies*, (Princeton University Press) Princeton, 2011.

pericoli deriva appunto dalla modernizzazione e dagli avanzamenti scientifici i quali, partendo da basi certe, possono portare a conseguenze incerte, imprevedute o pericolose.

Il progresso della società contemporanea avviene, infatti, con una rapidità ed una complessità tale da rendere ineliminabili i rischi di incidenti anche laddove non sovengano errori umani o situazioni di negligenza o dolo. Charles Perrow spiega nella sua nota *Normal Accidents*⁽³⁾ come «la maggior parte dei sistemi ad alto rischio ha (...) alcune speciali caratteristiche che rendono gli incidenti inevitabili, persino normali. Ciò dipende dal modo in cui gli elementi difettosi possono interagire e dal modo in cui i sistemi sono collegati»⁽⁴⁾. Tale complessità è quindi fonte di pericoli per la vita di tutti i giorni, ed è quindi necessario acquisire una migliore conoscenza delle ragioni per cui gli incidenti si verificano in modo da ridurre tali rischi.

Questa situazione porta ad interrogarsi sul modo in cui la responsabilità civile può rapportarsi alla mutata società del rischio e in che modo si possa quindi tutelare un soggetto leso non solo da fattispecie che considerino il soggetto produttore, il proprietario o le altre figure riconosciute dagli ordinamenti, ma anche l'ambito della ricerca scientifica, prendendo in considerazione aspetti quali l'ignoto tecnologico e le tecnologie convergenti, senza però intralciare il progresso tecnologico e la libertà della ricerca.

2. — *Ignoto tecnologico, tecnologie convergenti e ricerca scientifica.*

Quando si parla di rischio derivante da “ignoto tecnologico”⁽⁵⁾ si intendono quelle situazioni potenzialmente in grado di danneggiare beni o soggetti che hanno a che fare con la ricerca nei campi delle nanotecnologie, biotecnologie, tecnologie dell'informazione, neuroscienze, robotica ed altri campi affini, sia presi singolarmente che in relazione tra loro. Già dal 2002 il

⁽³⁾ C. PERROW, *Normal Accidents*, cit.

⁽⁴⁾ AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2012.

⁽⁵⁾ A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2012.

Roco Report della *National Science Foundation* (NSF)⁽⁶⁾ sottolineava come, nelle decadi a venire, la convergenza tra queste branche della ricerca avrebbe reso possibile incrementare significativamente il nostro livello di comprensione, trasformare le capacità sensoriali e fisiche degli umani⁽⁷⁾ e migliorare le interazioni tra la mente e gli strumenti, tra individuo e gruppo⁽⁸⁾. L'importanza della materia è confermata anche dalla costituzione dell'*European Group on Ethics in Science and New Technologies*⁽⁹⁾, istituito dalla Commissione Europea con il compito di esaminare le questioni derivanti dallo sviluppo della scienza e delle nuove tecnologie al fine di fornire pareri alla Commissione stessa.

Sia in ambito scientifico che in quello giuridico si è poi affermato un nuovo concetto, quello di “tecnologie convergenti” (*Converging Technology – CT*)⁽¹⁰⁾, riguardante quelle situazioni in cui varie branche della scienza interagiscono, favorendo uno sviluppo comune del quale beneficiano tutti i campi coinvolti.

Anche in questo caso la Commissione Europea ha dimostrato di saper cogliere il mutamento, istituendo nel 2004 un gruppo di lavoro incaricato

⁽⁶⁾ M.C. ROCO, W. SIMS BAINBRIDGE, *Converging Technologies for Improving Human Performance, Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science*, 2002, Arlington, Virginia.

⁽⁷⁾ Ad esempio, nel 2019 una mano robotica è stata impiantata sul braccio amputato di una donna per essere utilizzata quotidianamente. L'intervento è stato eseguito in Svezia su una donna di 45 anni che avrà il controllo della protesi in modo più efficace rispetto al passato ed si ritiene che possa anche essere possibile ripristinare il senso del tatto. L'impianto è stato sviluppato in Svezia dall'azienda Integrum, in collaborazione con la Chalmers University of Technology. La mano robotica è stata realizzata dalla Scuola Superiore Sant'Anna e dall'azienda Prensilia nell'ambito del progetto DeTOP (*Dexterous Transradial Osseointegrated with neural control and sensory feedback*), finanziato all'interno del programma Horizon 2020; <http://www.ansa.it>.

⁽⁸⁾ A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, cit., p. 249.

⁽⁹⁾ L'EGE è stato creato nel 1991, conseguentemente ad una comunicazione della Commissione UE al Parlamento Europeo ed al Consiglio intitolata “*Promoting the competitive environment for industrial activities based on biotechnology within the Community*”. Con questa la Commissione ha enfatizzato la necessità di una discussione sui temi etici nello sviluppo delle biotecnologie; <https://rio.jrc.ec.europa.eu/en>

⁽¹⁰⁾ M.C. ROCO, W. SIMS BAINBRIDGE, *Converging Technologies for Improving Human Performance*, cit.

di studiare potenzialità e rischi di tali tecnologie⁽¹¹⁾ con l'obiettivo di elaborare una relazione e quindi aiutare la Commissione e gli Stati membri a valutarne pericoli e opportunità. Tale relazione⁽¹²⁾, che non ha valenza giuridica, definisce le tecnologie convergenti come tecnologie abilitanti e sistemi di conoscenze che si supportano reciprocamente nel raggiungimento di un obiettivo comune. Spingendosi oltre la mera attività definitoria, viene affermato inoltre che «un enorme potenziale di trasformazione è sempre accompagnato da enormi timori. Tali timori devono essere presi in considerazione. (...) Nella misura in cui le preoccupazioni dell'opinione pubblica vengono incluse nel processo stesso, i ricercatori e gli investitori possono avanzare senza timore di trovarsi troppo vincolati o rifiutati nel proprio lavoro»⁽¹³⁾.

Quanto così esposto, insieme alle problematiche emerse con le conseguenze della sperimentazione di alcuni nuovi prodotti⁽¹⁴⁾ dimostra come, sia per la ricerca in generale che nel campo delle tecnologie convergenti, sia necessaria un'adeguata valutazione delle conseguenze in tema di responsabilità civile della ricerca. Tale valutazione può rappresentare un input in grado di condurre ad una regolamentazione del sistema che da un lato salvaguardi la libertà di ricerca, bene fondamentale e costituzionalmente garantito⁽¹⁵⁾, e dall'altro tenga indenni da eventuali danni i soggetti che possono subire nocumento dall'attività in questione, siano essi ricercatori, soggetti che lavorano nell'ambito della ricerca, senza essere ricercatori, e terzi.

⁽¹¹⁾ CORDIS, *Opportunità e sfide delle tecnologie convergenti*; cordis.europa.eu.

⁽¹²⁾ *High Level Expert Group "Foresighting the New Technology Wave", Converging Technologies – Shaping the Future of European Societies*, Alfred Nordmann, Rapporteur, 2004; philosophie.tu.

⁽¹³⁾ CORDIS, *Opportunità e sfide delle tecnologie convergenti*, cit.

⁽¹⁴⁾ Ad esempio la sperimentazione su strada delle auto senza pilota ha sollevato problematiche dal punto di vista della responsabilità civile in caso di incidenti.

⁽¹⁵⁾ L'art. 33 Cost. sancisce la libertà della scienza. Dai lavori preparatori emerge come la libertà della scienza e della ricerca scientifica si sia imposta nel dibattito (art. 27 del progetto) per evitare che si ripetesse l'asservimento della ricerca scientifica, ed in generale della cultura, alla politica (c.d. scienza ufficiale) inserendo quindi una specifica previsione a garanzia di tali libertà in quanto strumentali alla crescita culturale e spirituale dell'umanità.

3. — *La responsabilità aquiliana.*

Nell'ordinamento interno italiano la responsabilità extracontrattuale è originata da qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto e obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (art. 2043 c.c.), individuando in tal modo gli elementi fondamentali della responsabilità nel fatto illecito, nel danno ingiusto, nella colpevolezza e nel nesso di causalità.

Per quanto riguarda l'oggetto della presente dissertazione, non sussistono particolari difficoltà interpretative relative a fatto illecito e danno ingiusto, in relazione ai quali si rimanda a quanto ormai pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza, mentre è invece necessario approfondire gli aspetti propri dell'elemento volontaristico e del nesso di causalità.

Stante il fatto che in caso di dolo non si sollevano particolari problematiche interpretative, l'elemento su cui intendiamo incentrare la valutazione è quello della colpa. La colpevolezza costituisce il nesso psicologico che collega la condotta all'agente, ma la situazione illustrata presenta alcune difficoltà per ciò che concerne la questione della responsabilità civile nell'ambito della ricerca scientifica. Infatti, secondo autorevole dottrina⁽¹⁶⁾, «la valutazione della rilevanza giuridica del rischio incerto esige che si proceda ad un ripensamento di alcune categorie fondanti la responsabilità civile, quali la colpa (...). Questo perché la teoria generale ci fornisce un concetto di colpa che pare inconciliabile con quello di incertezza scientifica. Infatti nella concezione classica la diligenza del buon padre di famiglia coincide con la diligenza media, consistente nell'osservanza degli usi sociali, i quali non appaiono idonei a prevenire i rischi incerti di danno, la cui probabilità di verifica non è quantificabile, e quindi si offre una risposta inadeguata alle esigenze di tutela dei beni giuridici minacciati da questa tipologia di rischi».

Si tratta quindi di comprendere che tipo di elemento volontaristico debba essere richiesto per un caso di responsabilità extracontrattuale in presenza di

⁽¹⁶⁾ R. MONTINARO, *Dubbio scientifico, precauzione e danno da prodotto*, in *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano, 2012.

incertezza scientifica. Nell'ambito della responsabilità per danno da prodotto la Cassazione ha puntualizzato come «la collocazione teorica della colpa oggi non possa esaurirsi nell'ambito della colpevolezza ma attenga direttamente anche alla tipicità del fatto»⁽¹⁷⁾, stabilendo quindi che nel valutare la colpa debbano essere tenute in considerazione le conoscenze esistenti, ma il giudizio di prevedibilità *ex ante* deve essere compiuto sulle conoscenze esistenti al momento in cui si è posta in essere la condotta, non dovendosi considerare i successivi progressi. Al riguardo una parte della dottrina⁽¹⁸⁾ ha puntualizzato come «le conoscenze rilevanti non sono quelle diffuse solo nella cerchia degli specialisti, e tantomeno le conoscenze avanzate di taluni centri di ricerca, bensì solo le conoscenze che costituiscono un patrimonio diffuso a partire da una certa data», portando a ritenere utilizzabili, nella valutazione della colpa, solamente le conoscenze acquisibili da un soggetto adottando la normale diligenza ed escludendo conoscenze superiori o specialistiche.

Quanto osservato non è però pacifico né in dottrina né in giurisprudenza, né è condivisibile, poiché negli ambiti in cui non esistano conoscenze certe o diffuse si potrebbe ritenere sufficiente la prevedibilità della conseguenza dannosa. In tal modo l'evoluzione scientifica non costituirebbe una scusa e contemporaneamente si porterebbe il giudice a tenere conto dell'esistenza di conoscenze specialistiche più avanzate. Alcune sentenze più risalenti⁽¹⁹⁾ hanno infatti qualificato come prevedibile un rischio di danno privo di un elevato grado di certezza, rilevando come possa sussistere la responsabilità colposa dell'impresa ogniqualvolta le cognizioni scientifiche del momento non abbiano positivamente escluso il rischio di danno. In questo modo il produttore è tenuto a rispettare l'obbligo giuridico di *neminem laedere* anche qualora sussista anche solo il minimo dubbio scientifico, evitando quindi l'impiego di tecniche potenzialmente perico-

⁽¹⁷⁾ Cass., 17 maggio 2007, n. 885, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 647 ss.

⁽¹⁸⁾ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche, costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29 ss.

⁽¹⁹⁾ App. Trieste, 16 giugno 1987, in *Resp. civ.*, 1989, p. 335 ss.

lose, come confermato anche più di recente dalla Corte di Cassazione⁽²⁰⁾. Sulla stessa linea di pensiero si sono schierati quanti, in dottrina, ritengono che qualora «l'evoluzione del sapere scientifico consente di affermare correlazioni causali non note in precedenza, nel giudizio può e deve essere affermata la causalità rispetto a dati eventi lesivi di condotte e situazioni che, al momento in cui si sono realizzate, il sapere scientifico non poneva in relazione causale con eventi di quel tipo»⁽²¹⁾. In questo modo «la soglia insita nei concetti di diligenza e prudenza, oltre la quale l'agente può prevedere le conseguenze lesive della sua condotta, non è costituita dalla certezza scientifica, ma dalla probabilità o anche dalla sola possibilità (purché fondata su elementi concreti e non solo congetturali) che queste conseguenze si producano»⁽²²⁾.

La Corte di Cassazione ha stabilito che «fino a che il rischio per la salute umana (...) è escluso o è limitato a patologie di modesta gravità, la prevedibilità non può che riguardare queste conseguenze o alte di analoga gravità e quindi una patologia più grave è correttamente ritenuta non prevedibile»⁽²³⁾, affermando però che possono esistere delle regole cautelari ad ampio spettro volte alla prevenzione di una pluralità di eventi anche di diversa gravità, come nel caso dei danni da amianto⁽²⁴⁾. La base di tale ragionamento, che può essere applicato anche all'ambito di cui discutiamo, è fornita dal fatto che la conoscenza di determinati effetti nocivi possa far supporre l'esistenza di ulteriori effetti dannosi che le conoscenze del tempo non erano in grado di determinare con certezza.

⁽²⁰⁾ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453, con osservazioni di A. PALMIERI; in *Danno e resp.*, 2008, p. 1011, con nota di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*; in *Resp. civ.*, 2008, p. 984, con nota di C. ROMEO, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusione di sangue infetto*.

⁽²¹⁾ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, loc. cit.

⁽²²⁾ D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, loc. cit.

⁽²³⁾ Cass., 6 febbraio 2007, B., in *Cass. pen.*, 2009, p. 2887, con nota di E. DI SALVO, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso «Porto Marghera»*.

⁽²⁴⁾ Cass., 11 luglio 2002, M. e altri, in *Foro it.*, 2003, II, c. 324, con nota di R. GUARINIELLO, *Tumori professionali e responsabilità penale*; in *Riv. pen.*, 2003, p. 203.

Da quanto esposto possiamo quindi sintetizzare che la colpa non possa essere ritenuta esistente solo nei casi di certezza scientifica, come dimostrato dal fatto che la dottrina prima e la giurisprudenza poi, hanno aumentato l'ampiezza della tutela accordata. L'elemento psicologico dovrà quindi essere valutato in relazione alle conoscenze del momento in cui il soggetto pone in essere la condotta lesiva, ma alla luce delle potenzialità nocive che questa può avere, valutando anche se, pur in assenza di leggi scientifiche certe, fosse plausibile attendersi conseguenze dannose ulteriori, se non peggiori. Tale valutazione dovrebbe essere compiuta caso per caso sulla base delle conoscenze possedute dal soggetto e non in considerazione di un generico rispetto della diligenza del buon padre di famiglia.

Dal punto di vista dell'esercizio di attività pericolose, invece, appare ovvio che non si possa ritenere la ricerca scientifica pericolosa in sé, ma alcune attività di ricerca possono essere ricondotte a questa categoria, e in questi sarà al giudice che spetterà la valutazione della pericolosità⁽²⁵⁾.

Il secondo elemento della disquisizione è poi rappresentato dal nesso causale, ovvero la relazione che lega il fatto all'evento che ne consegue sia dal punto di vista della causalità materiale⁽²⁶⁾ che della causalità giuridica⁽²⁷⁾. In relazione a quest'ultima il codice civile specifica che i danni risarcibili sono solo quelli che conseguono direttamente all'atto illecito, mentre non è presente nel codice una disciplina della causalità materiale, che è stata quindi mutuata dalle teorie sviluppatesi nell'ambito della disciplina degli articoli 40 e 41 del codice penale. L'assenza di qualsiasi disciplina civilistica ha infatti portato ad affermare che «i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli articoli 40 e 41 del codice penale e dalla regolarità causale (...) ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza»⁽²⁸⁾. In questo modo la giurispru-

⁽²⁵⁾ V. *infra*, § 4.

⁽²⁶⁾ Ovvero il collegamento tra il fatto illecito e l'evento dannoso.

⁽²⁷⁾ Ovvero il rapporto tra la condotta antiggiuridica e i danni risarcibili.

⁽²⁸⁾ Cass., Sez. un., 1° settembre 2002, F., in *Foro it.*, 2002, II, c. 601, con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 195, con nota di S. CACACE, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione di*

denza civile è rimasta per lungo tempo ancorata all'idea che l'accertamento del nesso di causalità debba essere compiuto sulla base dei criteri posti dal diritto penale.

La netta differenza esistente tra le funzioni della giustizia civile e di quella penale ha però correttamente portato la dottrina a sviluppare un dibattito volto ad affermare l'indipendenza dell'accertamento causale civile rispetto a quello penale. Conseguentemente tale dibattito ha portato a valutare diversamente il criterio della responsabilità relativa su base statistica⁽²⁹⁾ in ambito civile, poiché non è stato ritenuto corretto applicare allo stesso modo il concetto di causalità, visto che quella civile può basarsi su regole di responsabilità aventi criteri più elastici rispetto a quella penale⁽³⁰⁾. Viene infatti affermato che «l'insufficienza del tradizionale recepimento in sede civile dell'elaborazione penalistica in tema di nesso causale è emersa con chiarezza nelle concezioni moderne della responsabilità civile, che costruiscono la struttura della responsabilità aquiliana intorno al danno ingiusto, anziché al fatto. In effetti, mentre ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato, ai fini della responsabilità civile ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale. E tuttavia un fatto è pur sempre necessario perché la responsabilità sorga, giacché l'imputazione del danno presuppone l'esistenza di una delle fattispecie normative di cui agli articoli 2043 e seguenti del codice civile, le quali tutte si risolvono nella descrizione di un nesso, che colleghi un evento ad un soggetto chiamato a risponderne»⁽³¹⁾.

Con tali pronunce la Cassazione sembra quindi sostenere l'autonomia

innocenza nell'accertamento del nesso causale; in *Corr. giur.*, 2003, p. 348, con nota di B. DI VITO, *Le Sezioni Unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità del medico*.

⁽²⁹⁾ Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, p. 257, con nota di F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la cassazione alla ricerca di un modello unitario*; Cass., 19 maggio 2006, n. 11755, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1238, con nota di L. ROCCO, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la cassazione civile fa retromarcia*.

⁽³⁰⁾ Cass., Sez. un., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, p. 35, con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della cassazione a due «dimensioni di analisi»*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 43, con nota di R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*; Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Il civilista*, 2/2010, p. 87.

⁽³¹⁾ Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Foro it.*, 2006, I, c. 793.

della causalità civile rispetto a quella penale, comportando la necessità di riconsiderare anche i criteri con i quali si accerta in sede civile la sussistenza del rapporto causale. Significativa da questo punto di vista è l'affermazione della Suprema Corte per la quale «è lo stesso principio della coincidenza tra concetto di causalità in sede penale e di causalità in sede civile (...) che non può dirsi condivisibile. Come già da tempo una attenta dottrina ha ritenuto di sottolineare, invero, le esigenze decostruttive e ricostruttive dell'istituto del nesso di causa sottese al sottosistema penalistico non sono in alcun modo riprodotte (né riproducibili) nella diversa e più ampia dimensione dell'illecito aquiliano, tanto sotto il profilo morfologico della fattispecie, quanto sotto l'aspetto funzionale»⁽³²⁾.

Tali considerazioni si inseriscono nell'ambito del nostro studio per ciò che riguarda la valutazione del nesso causale nell'ambito delle situazioni di ignoto tecnologico, che, in quanto tali, sono difficilmente prevedibili e potrebbero non rispondere a criteri statistici. Infatti, «ancorare il giudizio di causalità ai risultati conseguiti dalle scienze naturali risponde all'esigenza di offrire al giudice un criterio oggettivo di valutazione, suscettibile di verifica. Tuttavia, in taluni casi, siffatta esigenza viene frustrata dall'assenza o dall'incompletezza delle conoscenze scientifiche disponibili. Ed infatti, allorché si voglia modellare la causalità giuridica sulla falsa riga della causalità materiale, si impiega per lo più la teoria condizionalistica, la quale, però, non è, di per sé, in grado di spiegare quando un dato antecedente sia causa di un certo evento: tale teoria, (...) richiede l'individuazione di un criterio oggettivo alla cui stregua accertare l'esistenza della relazione causale»⁽³³⁾. Questo criterio però nell'ambito della ricerca non è di facile individuazione vista la mancanza di certezza scientifica. La problematica può quindi essere riassunta nella difficoltà di individuazione delle soglie di probabilità oltre le quali possa considerarsi esistente il nesso di causalità. Al riguardo la giurisprudenza ha concluso che «non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente

⁽³²⁾ Cass., Sez. un., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

⁽³³⁾ R. MONTINARO, *Dubbio scientifico, precauzione e danno da prodotto*, in *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, cit., p. 725 ss.

di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta (...) è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica»⁽³⁴⁾, recependo, in tal modo, il risultato degli studi che hanno affermato come «l'accertamento basato su una legge scientifica probabilistica non sia, per definizione, oggettivo (perché il calcolo probabilistico nulla sa dire in ordine al caso, singolo ed irripetibile, che il giudice si trova dinanzi) e non possa che fondarsi sul grado di convincimento conseguibile alla luce di tutti gli elementi empirici presenti nel caso concreto. Si tratta piuttosto di un giudizio soggettivo o valutativo, nel compiere il quale il giudice cerca ed individua una verità legale. Tuttavia, una volta caduto il mito dell'oggettività dell'accertamento del nesso causale (riscontrabile, tutt'al più, nei rari casi in cui sia disponibile una legge scientifica universale), emerge, in tutta la sua gravità ed urgenza, il problema dei limiti della discrezionalità del giudice e della sindacabilità delle sue valutazioni, soprattutto quando il grado di incertezza è particolarmente elevato e più grande appare, di conseguenza, il rischio che esse si fondino su una scelta di valori arbitraria»⁽³⁵⁾.

Quindi «a fronte di fenomeni nuovi, mai prima rilevati, ovvero di fenomeni complessi in cui sia in gioco una molteplicità di fattori tutti potenzialmente causali il giurista deve approfondire con l'aiuto dell'esperto gli accadimenti avvenuti allo scopo di acquisire una certezza di carattere logico/giuridico in ordine alla natura causale di un certo antecedente posto in essere dall'uomo. Ma la legge scientifica, che eventualmente interviene in soccorso del giudice (...) non costituisce mai il criterio della certezza del giudizio [e] dovendo fornire il fondamento del giudizio di ciò che è per definizione

⁽³⁴⁾ Cass., Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, I, c. 598.

⁽³⁵⁾ R. MONTINARO, *Dubbio scientifico, precauzione e danno da prodotto*, in *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, loc. cit.

incerto si avvale o di percezioni (...) ovvero di indizi (...) oppure nelle massime di esperienza. Queste sono utilizzate nel ragionamento giudiziale come criterio di collegamento tra un fatto certo ed uno incerto»⁽³⁶⁾.

Sulla base di questo ragionamento, nella responsabilità civile, il grado della probabilità deve essere determinato tenendo conto dell'esigenza di non lasciare senza tutela un interesse protetto dell'ordinamento.

Per quello che riguarda gli aspetti relativi alle cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, in grado di incidere sullo stesso, definiti genericamente concause, il codice penale prevede che queste escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. Tale questione, trasposta nel campo della responsabilità civile, viene risolta analogamente, come stabilito dalla stessa Cassazione quando affronta il caso delle malattie ad eziologia multifattoriale⁽³⁷⁾.

In conclusione l'evoluzione della fattispecie inerente il nesso causale in ambito civile vede ancora utilizzato il criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche, ma con la consapevolezza del fatto che questo non è da solo sufficiente a determinare da un lato la certezza giuridica, e dall'altro il convincimento del giudice, che dovrà comunque sempre ricostruire la situazione caso per caso. Tale situazione crea un'ampissima discrezionalità del giudice che però potrebbe non disporre delle competenze necessarie a compiere una scelta oculata nei casi di nuove tecnologie e ignoti tecnologici. Questo

⁽³⁶⁾ M. RONCO, *Aporie scientiste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 247 ss.

⁽³⁷⁾ Cass., Sez. lav., 15 novembre 2012, n. 20023, in *Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro*, Olympus working paper 32/2014, p. 6; Cass., Sez. lav., 13 luglio 2011, n. 15400, in *Mass.*, 2011, p. 593. Risulterà indennizzabile come malattia professionale la patologia polmonare che, con rilevante grado di probabilità, sia riconducibile ad esposizione al fumo passivo in ambiente di lavoro (Cass., Sez. lav., 10 febbraio 2011, n. 3227, in *Riv. it. lav.*, 2012, p. 205 con nota di M. CUNATI, *Fumo passivo e rendita INAIL: il punto della Cassazione*). Il nesso di causalità relativo all'origine professionale di una malattia ad eziologia multifattoriale necessita di una concreta e specifica dimostrazione, che può essere data anche in via di probabilità ove si tratti di "probabilità qualificata", da verificare attraverso ulteriori elementi idonei a tradurre in certezza giuridica le conclusioni in termini probabilistici del consulente tecnico (Cass., Sez. lav., 5 agosto 2010, n. 18270, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1564).

problema non si può risolvere nemmeno attraverso l'ausilio di periti e consulenti, dato che potrebbe essere necessaria una competenza specialistica che la maggior parte dei consulenti potrebbero non avere.

Quello del nesso causale nell'ambito di situazioni di incertezza scientifica rimane dunque un problema spinoso, che deve essere valutato seguendo la linea che ha visto affrancarsi il diritto civile da quello penale, con la possibilità di un ripensamento della categoria al fine raggiungere l'obiettivo proprio della responsabilità civile.

4. — *Attività pericolose e problemi tecnici di speciale difficoltà.*

La norma contenuta nell'articolo 2050 del codice civile dispone che chiunque cagioni un danno nello svolgimento di un'attività pericolosa è tenuto al risarcimento del danno a meno che non provi di aver adottato tutte le misure idonee per evitarlo. In questo modo si stabilisce una presunzione di responsabilità che viene meno dimostrando non solo di non aver commesso alcuna violazione di norme di legge e di aver agito con diligenza, ma fornendo la prova positiva di aver impiegato ogni mezzo per evitare attivamente il prodursi dell'evento dannoso.

Per quello che riguarda il tipo di attività ricomprese nella norma, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente⁽³⁸⁾ devono essere ritenute pericolose non solo quelle qualificate come tali dal Testo Unico di pubblica sicurezza⁽³⁹⁾ e dalle leggi speciali, ma anche quelle che, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, comportino, in ragione della loro spiccata potenzialità offensiva, una rilevante possibilità del verificarsi di un danno⁽⁴⁰⁾. Conseguentemente possono essere ricomprese nel gruppo

⁽³⁸⁾ Cass., 29 luglio 2015, n. 16052, in *Danno e resp.*, 2016, p. 155 ss.

⁽³⁹⁾ R.d. n. 773/1931, approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e successive modificazioni.

⁽⁴⁰⁾ A tal proposito cfr. Cass., 6 aprile 2006, n. 8095, in *Resp. civ.*, 2006, p. 662; Cass., 27 gennaio 2006, 1755, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20359, *ivi*, 2005; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20357, *cit.*; Cass., 27 maggio 2005, n. 11275, *ivi*, 2005; Cass., 15

in oggetto tutte quelle attività aventi un'elevata probabilità di verifica del danno, sia attraverso un comportamento attivo che omissivo⁽⁴¹⁾, dove in quest'ultimo caso si intende l'omissione di cautele.

Sulla base di tale orientamento possiamo quindi distinguere la responsabilità da danno da ricerca⁽⁴²⁾ tra la ricerca che sia al contempo un'attività pericolosa, e a tale gruppo possono afferire alcune delle ricerche scientifiche attinenti alle nuove tecnologie e ai campi di ignoto tecnologico, per la quale può essere applicata la presunzione di responsabilità secondo quanto previsto dalla legislazione, e la ricerca non pericolosa, che vedrà applicata la normativa comune *ex art.* 2043 del codice civile, spettando al giudice la decisione circa l'appartenenza all'una o all'altra fattispecie.

Nei casi di ricerca di frontiera poi s'inserisce la norma prevista dall'articolo 2236 del codice civile, in base alla quale, se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave. Questa, pur essendo una norma che esplica la sua funzione nel campo della responsabi-

ottobre 2004, n. 20334, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1794; Cass., 26 aprile 2004, n. 7916, cit.; Cass., 27 maggio 2003, Z. e altri, in *Riv. pen.*, 2003, p. 959; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1954, in *Giur. bollett. legisl. tecnica*, 2003, p. 203; Cass., 19 luglio 2002, n. 10551, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1214; Cass., 5 giugno 2002, n. 8148, in *Arch. civ.*, 2003, p. 455; Cass., 29 maggio 1998, n. 5341, in *Giur. it.*, 1999, p. 707; Cass., 2 dicembre 1997, n. 12193, in *Danno e resp.*, 1998, p. 567; Cass., 9 dicembre 1996, n. 10951, *ivi*, 1997, p. 386; Cass., 8 novembre 1996, n. 9743, in *Mass. Giur. it.*, 1996; Cass., 16 febbraio 1996, n. 1192, in *Dir. trasporti*, 1998, p. 465; Cass., 1° aprile 1995, 3829, in *Mass. Giur. it.*, 1995; Cass., 21 dicembre 1992, n. 13530, *ivi*, 1992; Cass., 17 dicembre 1991, n. 13564, *ivi*, 1991; Cass., 27 luglio 1990, n. 7571, *ivi*, 1990; Cass., 29 maggio 1989, n. 2584, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 234; Cass., 12 dicembre 1988, n. 6739, in *Mass. Giur. it.*, 1988; Cass., 11 dicembre 1987, n. 8304, in *Guida dir.*, 19/2004, p. 35; Cass., 15 luglio 1987, n. 6241, in *Foro it.*, 1988, I, p. 144; Cass., 1° luglio 1987, n. 5764, in *Mass. Giur. it.*, 1987; Cass., 27 febbraio 1985, n. 1733, in *Arch. civ.*, 1985, p. 956; Cass., 27 febbraio 1984, n. 1393, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 31; Cass., 23 febbraio 1983, n. 1394, in *Mass. Giur. it.*, 1983; Cass., 2 febbraio 1983, n. 908, *ibidem*; Cass., 27 gennaio 1982, n. 542, *ivi*, 1982.

⁽⁴¹⁾ Cass., 27 luglio 1990, n.7571, in *Resp. civ.*, 1991, p. 458.

⁽⁴²⁾ Danno provocato dalle conseguenze, anche non previste o prevedibili secondo le conoscenze del momento, da attività di ricerca scientifica o da esperimenti scientifici. D. CHIAPPINI, *The Xylella Fastidiosa case, a way for thinking on research damage*, in questa *Rivista*, 2016, p. 345 ss.

lità contrattuale, è ormai pacifico che sia applicabile anche nell'ambito della responsabilità aquiliana⁽⁴³⁾.

La funzione dell'articolo rispondeva inizialmente alla necessità di temperare due opposte esigenze. La prima era quella di non mortificare l'iniziativa del professionista, conseguente al timore di subire ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso. La seconda era quella di non indulgere nei confronti di decisioni non adeguatamente ponderate o di inerzie non giustificate da parte del professionista⁽⁴⁴⁾. Risalente dottrina⁽⁴⁵⁾ ritiene però che tale articolo, pur costituendo una limitazione della responsabilità che trova la sua giustificazione nell'esigenza di garantire al professionista un margine di libertà, ha di fatto creato molti problemi. Si potrebbe infatti sostenere che la norma consenta al professionista l'esercizio di un impegno minore del dovuto in concomitanza con le situazioni più complesse, proprio laddove invece è necessario una maggiore attenzione, ponendosi quindi in totale contrasto con l'intero sistema di responsabilità civile.

Per evitare tale approdo, autorevole dottrina⁽⁴⁶⁾ ritiene che la norma debba essere interpretata come una specificazione dell'art. 1176 del codice civile. In questo modo la regola generale dettata da quest'ultimo specifica l'obbligo di diligenza qualificata per il professionista, che risponderà anche nei casi di colpa lieve, ma che sarà attenuata nei casi previsti dall'art. 2236. Tale interpretazione rappresenta una limitazione dell'area di irresponsabilità che amplia la portata di una risalente sentenza della Corte Costituzionale⁽⁴⁷⁾, interpretando in modo ulteriormente restrittivo la portata dell'articolo in oggetto, ritenendolo applicabile solo ai casi di imperizia e non anche in quelli in cui dovesse essere accertato un comportamento negligente o imprudente.

⁽⁴³⁾ Cass., 17 marzo 1981, n. 1544, in *Mass. Giust. civ.*, 1981.

⁽⁴⁴⁾ Relazione del Guardasigilli al codice civile del 1942.

⁽⁴⁵⁾ M. ZANA, *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.

⁽⁴⁶⁾ STUDIO LEGALE RIVA, *I limiti della responsabilità civile del professionista intellettuale*, in studiolegaleriva.it/public/responsabilita-professionista-intellettuale.

⁽⁴⁷⁾ Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in L. D'APOLLO, *La Responsabilità del medico*, Torino, 2012, p. 150 ss.

In tali casi quindi non rilevarebbe la speciale difficoltà della prestazione, poiché il venir meno della diligenza comporterebbe l'inadempimento.

Questa ulteriore interpretazione restrittiva si espone a critiche in quanto «eccessiva, perché finisce col rendere quasi inapplicabile l'art. 2236 c.c. (...) È vero che assistiamo ad una progressiva riduzione dell'ambito di operatività della colpa grave nell'ambito della responsabilità da esercizio di attività professionali dovuta proprio all'innalzamento del grado di perizia richiesto nell'espletamento della professione; è vero che la facilità di divulgazione dei risultati scientifici (...) comporta che ci si possa esprimere oggi in termini di imperizia per situazioni nelle quali in passato si poteva essere chiamati a rispondere solo per dolo o colpa grave; è vero, insomma, che lo standard valutativo del comportamento del professionista è in costante innalzamento. È altrettanto vero, però, che l'interpretazione dell'art. 2236 c.c. che la giurisprudenza fornisce rappresenta piuttosto il tentativo di permettere una sorta di valutazione caso per caso, senza dettare regole generali troppo rigide che condurrebbero a risultati spesso incoerenti; è l'adattamento duttile e pragmatico dei principi teorici al caso concreto, che consente di volta in volta di pervenire o meno all'affermazione di responsabilità professionale in base agli elementi di fatto accertati dal giudice di merito, al quale ancora una volta è affidato un compito di grande delicatezza ed importanza. Ed in questo modo si perviene anche ad un obiettivo di giustizia sostanziale, per cui a mano a mano che aumenta il grado di difficoltà della prestazione professionale diminuisce la sfera della colpa civile rilevante ai fini di un giudizio di responsabilità»⁽⁴⁸⁾.

Il quadro così fornito sull'evoluzione dell'articolo 2236 del codice civile ci consegna uno spunto di riflessione rappresentato dalla progressiva erosione del campo di applicazione della norma in oggetto, e del principio ad essa sotteso, che parte dalle decisioni giurisprudenziali e coinvolge il dibattito dottrinale, ma che ha anche un ulteriore importante punto di aggancio con la disciplina comunitaria. Infatti la direttiva 85/374/CEE disciplina, all'art. 15, lettera b), la possibilità per gli stati, in deroga all'art. 7, lettera e), di man-

⁽⁴⁸⁾ F. CIRILLO, *I limiti della responsabilità civile del professionista intellettuale*, in *Giust. civ.*, 2005, p. 231.

tenere o, fatta salva la procedura di cui al paragrafo 2 dello stesso articolo, prevedere nella propria legislazione che il produttore sia responsabile anche qualora possa provare che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di conoscere l'esistenza del difetto.

Coerentemente con quanto così esposto pare possibile ipotizzare una tutela in ordine ai diritti lesi da danno da ricerca in presenza di situazioni di particolare difficoltà tecnica. Infatti, secondo quanto fin qui dimostrato, il campo di applicazione dell'art. 2236 del codice civile è già stato ristretto dalla giurisprudenza, rendendo conseguentemente applicabili le regole sulla responsabilità poste dall'ordinamento. Tale evoluzione permette quindi al giudice di vagliare la sussistenza di una responsabilità extracontrattuale del ricercatore nei casi in cui, nello svolgimento di un'attività di ricerca implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, questo danneggi un terzo.

5. — *Il danno da prodotto e la responsabilità del produttore.*

Prendendo spunto da quanto emerso pare opportuno compiere una valutazione sulla normativa relativa al danno da prodotto, vista la stretta attenzione che la ricerca, in particolare quella applicata, può avere con tale ambito. In particolare sono due le questioni interessanti, la prima riguarda la c.d. oggettivizzazione della colpa, e la seconda concerne lo stato della scienza e della tecnica.

Dal primo punto di vista inizialmente la tutela relativa al danno da prodotto è stata ricondotta alla disciplina presente nel Codice Civile. Tale applicazione è apparsa però scarsamente efficace a causa delle difficoltà, per i danneggiati, di provare l'elemento soggettivo e il difetto del prodotto come causa del danno e si è quindi passati a una fase in cui si presumeva dell'esistenza della colpa⁽⁴⁹⁾. Solamente con la direttiva 85/374/CEE, si è però

⁽⁴⁹⁾ Cass., 25 maggio 1964, n. 1270, in D. CERINI, V. GORLA, *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011, p. 27.

avuta una vera modifica dell'impianto esistente. Tale direttiva è stata recepita nel nostro Paese con il d.lgs. n. 206/2005 che ha fondato la responsabilità del produttore sul fatto che il produttore è responsabile per i danni causati dai difetti del suo prodotto (art. 114 c.cons.). In tal modo il danneggiato deve provare il danno, il difetto del prodotto e il rapporto causale, ma non la colpa del produttore, il quale può dimostrare l'assenza di responsabilità fornendo la prova della conformità del prodotto o della mancanza del nesso causale. Lo stesso decreto poi prevede un dovere generico di sicurezza nella produzione e distribuzione dei prodotti (art. 102 c.cons.) e dei doveri specifici riguardanti regole procedurali aventi ad oggetto la conoscenza, la valutazione e la gestione dei rischi connessi al prodotto, compresi i rischi incerti. La violazione di tali regole consente l'esercizio dell'azione inibitoria ai sensi degli artt. 139 e 140 c.cons. Tale passaggio verso un'oggettivizzazione della colpa è stata palesata in una pronuncia della Corte di Cassazione⁽⁵⁰⁾, che ha sentenziato come «la tutela prevista a favore del consumatore in materia di danno da prodotti difettosi (...) configura in capo al produttore o all'importatore del prodotto nella Comunità europea, una responsabilità di natura oggettiva, fondata non sulla colpa, ma sulla riconducibilità causale del danno alla presenza di un difetto nel prodotto. In particolare, con siffatta tutela si è inteso accordare una tutela più ampia al consumatore, superando i rigorosi limiti che, in precedenza, essa incontrava sia nell'ambito del rapporto con il venditore, in considerazione della contenuta azionabilità nel tempo dei diritti di garanzia riconosciuti dalla disciplina ordinaria della vendita, sia al di fuori del rapporto negoziale, in quanto ancorata agli oneri probatori imposti dalle regole in tema di responsabilità aquiliana *ex* articolo 2043 del codice civile». Nella stessa sentenza la Suprema Corte⁽⁵¹⁾ aveva già stabilito che «qualora la persona danneggiata da un prodotto difettoso ignori l'identità del produttore, il fornitore è esonerato da responsabilità soltanto se renda note informazioni idonee a consentire l'effettiva individuazione del costruttore, sì che non è all'uopo sufficiente la mera comunicazione dei dati relativi a

⁽⁵⁰⁾ Cass., 1° giugno 2010, n. 13432, in *Resp. civ.*, 2010, p. 630.

⁽⁵¹⁾ Cass., 1° giugno 2010, n. 13432, cit.

un soggetto, indicato come produttore, occorrendo invece la dimostrazione della sussistenza di tale qualità», dimostrando in concreto la capacità espansiva di tale responsabilità oggettiva.

Il secondo aspetto da valutare riguarda la produzione di beni riconducibili a situazioni di ignoto tecnologico o di incertezza del sapere scientifico. In Italia tali fattispecie possono essere ricondotte, come visto in precedenza, alla previsione dell'articolo 2236 c.c. Il richiamo è dovuto poiché l'articolo 118 del Codice del consumo alla lettera e) stabilisce che se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso la responsabilità del produttore è esclusa, mentre se questo dovesse avere una conoscenza sopravvenuta del rischio dovrà adoperarsi per evitare danni.

Quanto così esposto può far pervenire alla conclusione che il rischio di danno incerto che non è tecnicamente evitabile può essere prevenuto fornendo adeguate informazioni e avvertenze ai potenziali clienti o ritirando il prodotto dal commercio, ritenendo quindi esistente un obbligo di informazione al pubblico nei casi di dubbio scientifico. La questione della conoscibilità del rischio da parte del produttore è interessante perché l'art. 118 del codice del consumo, valutato anche alla luce dell'art. 2236 del codice civile, porterebbe a escludere qualsiasi tipo di responsabilità nei casi di ignoti tecnologici la cui pericolosità non era desumibile al momento della messa in commercio. Giungere a tale conclusione sarebbe però estremamente miope. Va infatti precisato come la scelta del legislatore italiano relativa alla responsabilità per danno non prevedibile non fosse vincolata dal legislatore comunitario, il quale, come abbiamo visto, nella direttiva 85/374/CEE sancisce⁽⁵²⁾ che il legislatore nazionale può mantenere o prevedere nella propria legislazione la responsabilità del produttore anche se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di conoscere l'esistenza del difetto. Quindi in realtà esiste già nell'ordinamento comunitario una concezione avanzata e

⁽⁵²⁾ Direttiva 85/347/CEE, art. 15, 1° comma, lett. b).

differente rispetto a quella scelta dal legislatore nazionale, che ha preferito rimanere ancorato al dato del 1942.

Altri ordinamenti, come quello statunitense, ma anche quello finlandese, lussemburghese, e in determinate fattispecie quello spagnolo, tedesco e francese⁽⁵³⁾, hanno invece avvertito la necessità di tutelare i diritti dei terzi nelle fattispecie di cui ci stiamo occupando, applicando la deroga in questione. Questa discussione, proprio riguardante il ruolo della responsabilità civile in questo ambito, è ben presente anche in Europa, come emerge anche dalla proposta dottrinale di utilizzare tale tipo di responsabilità con un fine di regolazione del progresso scientifico⁽⁵⁴⁾. Per tali motivi nel valutare la sussistenza della responsabilità nelle vicende in oggetto diviene importante contemplare anche le evoluzioni che sono state poste in essere in ambito comunitario ed intraprendere una strada che conduca alla tutela più ampia possibile per i soggetti danneggiati, sempre nel rispetto delle statuizioni normative ma, laddove possibile, applicando un'interpretazione di tipo estensivo.

6. — *L'oggettivizzazione della colpa.*

In tema di responsabilità da danno da prodotto abbiamo visto un primo accenno di quella che è stata definita oggettivizzazione della colpa, ovvero la maggiore applicazione dell'istituto della responsabilità oggettiva. Un esempio di tale progressione lo si può notare in materia di danno ambientale, che in alcuni casi può derivare anche dalle fattispecie che stiamo trattando⁽⁵⁵⁾. Questo è possibile in quanto la ricerca scientifica è potenzialmente in grado

⁽⁵³⁾ Cfr. la Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 85/374 relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, Bruxelles, 2001.

⁽⁵⁴⁾ C. MICALIEF-BORG, G. VAN CALSTER, *Non-Contractual Liability as an Instrument for Regulating Nano and New Technologies - A Thorough Review Using National and European Union Tort Law*, 2011.

⁽⁵⁵⁾ Ad esempio nel 2002 nei laboratori del Gran Sasso dell'INFN si è verificato lo sversamento di Olio Pseudocumene Borexino disperso attraverso la rete fognaria del laboratorio fino alla falda freatica.

di danneggiare anche l'ambiente, oltre che beni e soggetti, risultando quindi in tal caso applicabile la normativa sul danno ambientale rispetto a quella comune.

Il Libro bianco sulla responsabilità ambientale, presentato dalla Commissione Europea nel 2000⁽⁵⁶⁾ poi tradottosi nella Direttiva 2004/35/CE⁽⁵⁷⁾, prevede un regime di responsabilità oggettiva per danno causato da attività intrinsecamente pericolose, che sono tassativamente elencate, e un regime di responsabilità per colpa nei casi di danno causato alla biodiversità per attività non pericolose.

I diversi stati componenti l'unione hanno recepito la direttiva orientandosi, perlopiù, verso la prima forma di responsabilità, di tipo oggettivo, ritenuta più utile a tutelare i potenziali danneggiati che potrebbero trovarsi in condizione di non poter adottare alcuna misura preventiva volta a ridurre o eliminare l'evento dannoso, attuabile solo da parte dei potenziali danneggianti. Nonostante tale indirizzo maggioritario, nell'ordinamento italiano si è registrata una tendenza differente, che ha visto l'introduzione da parte del legislatore nazionale di un regime generalizzato di responsabilità per colpa e mantenendo la stessa impostazione che è stata utilizzata nell'ambito del danno da prodotto.

Nel d.lgs. n. 152/2006, infatti, manca la differenziazione di imputazione della responsabilità basata sulla tipologia di operatore, prevedendo quindi una tutela risarcitoria di tipo civilistico⁽⁵⁸⁾ integrata da un sistema di misure a carattere preventivo e ripristinatorio⁽⁵⁹⁾.

È quindi possibile rilevare che, mentre in ambito europeo assistiamo alla volontà di precedere verso la costituzione di un sistema incentrato sulla responsabilità oggettiva al fine di aiutare l'individuazione del soggetto responsabile e di incidere sulle attività dei potenziali danneggianti, lo stesso non sta avvenendo in Italia. Il sistema proposto dal legislatore europeo infatti non è

⁽⁵⁶⁾ Libro bianco sulla responsabilità ambientale, in <http://ec.europa.eu/environment>.

⁽⁵⁷⁾ Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

⁽⁵⁸⁾ D.lgs. n. 152/2006, artt. 311-318.

⁽⁵⁹⁾ D.lgs. n. 152/2006, artt. 304-310.

stato applicato nel nostro Paese che ancora una volta ha preferito rimanere ancorato ad un'ottica rivolta al passato. L'indirizzo preso dalla maggior parte degli stati comunitari appare però maggiormente idoneo a coprire la fattispecie di danno ambientale. Inoltre la previsione del principio "chi inquina paga"⁽⁶⁰⁾ e la realizzazione di un sistema di responsabilità oggettiva può essere preso in considerazione nel nostro campo, come nel caso della normativa del danno da prodotto, permettendo di compiere un passo avanti verso la valutazione del danno da ignoto tecnologico e dipendente dallo sviluppo che deriva dalla ricerca scientifica.

Anche in questa fattispecie non possiamo quindi che rilevare come il nostro ordinamento rimanga poco sensibile alle istanze innovative proposte in ambito europeo, mantenendo un sistema sì coerente, ma in grado di fornire una tutela diversa, e probabilmente inferiore, rispetto a quelli dei paesi dell'Unione che hanno osato spingersi di più verso una maggiore oggettivizzazione della colpa.

7. — *La responsabilità da atto lecito dannoso.*

Esaurita la trattazione dell'ambito della responsabilità extracontrattuale residua una fattispecie che è interessante valutare in relazione alla responsabilità da danno da ricerca, quella da atto lecito dannoso.

Tale categoria ricomprende tutti quegli atti che, pur determinando una lesione della sfera giuridica di uno o più soggetti, ricevono una regolamentazione differente rispetto a quella prevista per la generalità degli atti illeciti⁽⁶¹⁾, determinata dal fatto che sono atti e comportamenti espressamente autorizzati a che fanno scaturire il diritto ad un indennizzo. La *ratio* di tale fattispecie risponde alla necessità di non lasciare privo di tutela il terzo danneggiato da un fatto non qualificabile come illecito.

⁽⁶⁰⁾ Eur-Lex, Il principio "chi inquina paga" e la responsabilità ambientale, Direttiva 2004/35/CE, in *eur-lex.europa.eu*.

⁽⁶¹⁾ G. GIACOBBE, *Gli atti leciti dannosi nella teoria della responsabilità civile*, in AA.VV., *Atto illecito e responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. Bessone*, Torino, 2005, p. 100 ss.

L'esistenza di tale categoria è però tutt'altro che pacifica. Al riguardo si confrontano tre diverse correnti di pensiero, la prima delle quali nega completamente l'esistenza della responsabilità civile da atto lecito ponendo alla base dell'asserzione il fatto che il pagamento di un indennizzo non ha nulla a che vedere con il risarcimento del danno previsto dalla responsabilità civile⁽⁶²⁾. Un secondo punto di vista invece ammette l'esistenza degli atti leciti dannosi, ma non ritiene che questi possano essere ricondotti alla fattispecie della responsabilità da fatto illecito, mancando l'ingiustizia del danno richiesta dall'art. 2043 del codice civile⁽⁶³⁾.

Una terza parte della dottrina ritiene invece di poter ricondurre la figura in esame all'illecito aquiliano, sostenendo che la presenza di un comportamento lecito non esclude l'insorgenza di un danno ingiusto⁽⁶⁴⁾. Tra le tesi prospettate l'ultima appare quella maggiormente condivisibile, come sostenuto da quanti affermano che «solo in base alla concezione sanzionatoria della responsabilità civile, l'esercizio del diritto può acquistare una funzione di causa, d'esonero del risarcimento, sanzione simile a quella che esplica in sede penalistica con l'articolo 51 del codice penale. Avendo accertato, invece, che con il risarcimento non si sanziona una condotta, questo ben può essere l'effetto giuridico di un atto lecito, poiché rappresenta soltanto un mezzo di protezione della sfera giuridica soggettiva»⁽⁶⁵⁾. Concorde con tale teoria è De Cupis, il quale riteneva che «anche il danno non antiggiuridico può avere, sia pure eccezionalmente, rilevanza giuridica (...) può avvenire che il diritto consideri un determinato interesse degno di prevalere, preoccupandosi, d'altra parte di stabilire conseguenze atte a compensare il soggetto dell'interesse sacrificato»⁽⁶⁶⁾.

Sulla base di tali asserzioni possiamo concordare con l'affermazione per la quale i casi riconducibili ad atti o fatti leciti il cui esercizio provoca un

⁽⁶²⁾ C. MAIORCA, *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1003 ss.

⁽⁶³⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 567 ss.

⁽⁶⁴⁾ G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 229.

⁽⁶⁵⁾ M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, p. 158.

⁽⁶⁶⁾ G. CASSANO, *Proprietà e diritti reali*, Padova, 2011, p. 800.

danno ad un terzo, possono essere ricondotti alla categoria degli illeciti aquiliani, con la differenza data dal fatto che invece di prevedere un risarcimento integrale, questi accordano un indennizzo. Si potrebbe ritenere che la portata della fattispecie di cui stiamo parlando possa essere limitata ai soli casi espressamente previsti dalla legge, ma autorevole dottrina⁽⁶⁷⁾ la ritiene una categoria generale e suscettibile quindi di applicazione analogica. Ciò che rileva, dunque, è la verifica del danno e il pregiudizio derivante da questa, e in base a ciò è possibile individuare la ratio della risarcibilità dei danni conseguenti ad attività lecite nell'esigenza di salvaguardare situazioni meritevoli di tutela. Spetterà al giudice, in sede di bilanciamento degli opposti interessi, la valutazione della posizione giuridica meritevole di tutela, dato che appare impossibile individuare criteri precisi atti a stabilire ogni situazione.

Appurata quindi la possibilità di applicare analogicamente le previsioni normative appartenenti alla categoria degli atti leciti dannosi, possiamo valutare il loro utilizzo anche nell'ambito della responsabilità da danno da ricerca. Spostando l'attenzione dall'illiceità della condotta al danno, l'eventuale fattispecie dannosa conseguente a un atto o comportamento appartenente al campo della ricerca scientifica, e quindi lecito, può trovare il temperamento necessario nel ristoro offerto dall'indennizzo a seguito di un giudizio di bilanciamento che valuti la condotta lecita ma dannosa e il danno che è stato cagionato. La conferma di questa impostazione può essere trovata nella disciplina per l'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie e trasfusioni⁽⁶⁸⁾, la cui genesi è riconducibile agli interventi della Corte Costituzionale in materia di indennità a favore dei soggetti che avessero subito gravi compromissioni della salute a causa della vaccinazione obbligatoria⁽⁶⁹⁾ o raccomandata⁽⁷⁰⁾.

Sulla base di quanto esposto possiamo quindi giungere alla conclusione

⁽⁶⁷⁾ G. GIACOBBE, *Gli atti leciti dannosi nella teoria della responsabilità civile in Atto illecito e responsabilità civile*, Torino, 2005.

⁽⁶⁸⁾ L. 25 febbraio 1992, n. 210.

⁽⁶⁹⁾ Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1992, I, c. 277 ss.

⁽⁷⁰⁾ Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107, in *G.U. 1ª s.s.*, 2012, n. 18.

che, al di fuori degli aspetti tutelabili tramite la responsabilità extracontrattuale, si possa giungere ad un'applicazione della disciplina della responsabilità da atto lecito in ogni caso in cui, a seguito della verifica di un danno da parte di una ricerca, il contemperamento dei diritti operato dal giudice lo possa portare a ritenere necessario l'indennizzo.

8. — *Conclusioni.*

Ciò che emerge dallo studio così svolto è una situazione in divenire e oggetto di disquisizioni dottrinali a livello comunitario. Tra queste emerge il pensiero di Cees Van Dam, il quale propone l'applicazione di *strict strict liability rules*⁽⁷¹⁾, ritenendo necessario l'utilizzo di un criterio di responsabilità oggettiva nei casi in cui esista un rischio elevato nonché in quelli di attività intrinsecamente pericolose, come ad esempio nelle situazioni relative ad esposizione da nano materiali. Questo comunque, sempre secondo Van Dam, non dovrebbe comportare uno stravolgimento della responsabilità extracontrattuale⁽⁷²⁾.

Oltre a questa proposta va poi valutato, in ambito più generale, come la responsabilità civile possa trovarsi a regolare l'intero campo delle nuove tecnologie. Al riguardo è interessante riprendere un articolo del professor Guido Calabresi del 1985⁽⁷³⁾, che ha compiuto un'analisi delle regole di *negligence* e *strict liability* ipotizzando l'esistenza di una responsabilità del soggetto produttore/sperimentatore nel caso in cui il suo comportamento, inizialmente ragionevole, risulti irragionevole nel momento in cui emergono nuovi dati, inizialmente sconosciuti. Questo punto di vista è stato recentemente rivalutato anche nel nostro paese, dove infatti è stato affermato che «rispetto

⁽⁷¹⁾ C. VAN DAM, *European Tort Law*, (Oxford University Press) Oxford, 2006.

⁽⁷²⁾ C. MICALLEF-BORG, G. VAN CALSTER, *Non-Contractual Liability as an Instrument for Regulating Nano and New Technologies - A Thorough Review Using National and European Union Tort Law*, 2011, disponibile presso: [dx.doi.org/10.2139/ssrn.1934730](https://doi.org/10.2139/ssrn.1934730).

⁽⁷³⁾ G. CALABRESI, A.K. KLEVRICK, *Four Tests for Liability in torts*, (Yale Law School faculty scholarship series) Yale, 1985.

ad un soggetto la cui condotta viene giudicata solo sulle basi di ciò che era conosciuto o conoscibile al momento dell'azione, un soggetto che sa che il proprio comportamento sarà esaminato in base ad un test *ex post* avrà maggiori incentivi ad anticipare gli sviluppi futuri, ad acquisire più informazioni prima di agire rispetto che a dover fronteggiare novità *ex post* col rischio di pesanti conseguenze finanziarie»⁽⁷⁴⁾.

Stante questa situazione dobbiamo domandarci allora quale può essere l'impatto della responsabilità civile nell'ambito dell'innovazione tecnologica. L'evoluzione degli ultimi anni ha condotto ad alcune situazioni in cui si è preferito bloccare alcuni tipi di ricerca piuttosto che accettare che il progresso scientifico possa avere un costo. Ma, come scriveva Beck, non esiste un «rischio zero»⁽⁷⁵⁾ e quindi si deve puntare a un livello di insicurezza tollerabile. In tale situazione la via meno rischiosa possiede comunque dei rischi, che sono ineliminabili, e che presenteranno dei costi, che però potrebbero essere inferiori rispetto a quelli dell'inerzia scientifica.

In tal modo, se la ricerca scientifica comporterà danni connessi a questi rischi, sarà di fondamentale importanza la funzione di tutela che può essere svolta dagli istituti della responsabilità civile. E quindi tornano valide tanto le valutazioni del professor Calabresi, quanto quelle del professor Van Dam.

La responsabilità civile può quindi rappresentare uno strumento adeguato alla gestione delle problematiche che emergono *ex post* in caso di danni da ricerca relativi ad ignoti tecnologici. Già oggi, con le regole esistenti, è possibile applicare a questi casi una tutela, fornita dalle fattispecie di responsabilità civile esistenti. Infatti l'evoluzione di cui abbiamo dato atto può ricondurre l'ambito del danno cagionato dalla ricerca nel campo delle nuove tecnologie all'interno della responsabilità extracontrattuale.

È opportuno aggiungere come la preoccupazione che il ricercatore potrebbe trovarsi in una situazione tale da non poter risarcire il danno perché troppo oneroso non è condivisibile. In questi casi, infatti, da un lato la previsione dell'art. 2050 del codice civile, applicabile anche agli enti pubblici,

⁽⁷⁴⁾ J. LINCESSO, *Nanotecnologie e principio di precauzione*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 1093 ss.

⁽⁷⁵⁾ U. BECK, *La società mondiale del rischio*, in *Repubblica.it*, 2002.

permette al ricercatore di contare sulla protezione offerta dall'organismo di ricerca o dall'azienda, e dall'altro esiste già un regime assicurativo relativo a questo tipo di danni⁽⁷⁶⁾. Tale situazione porterà a tutelare ulteriormente sia i terzi che i ricercatori stessi nonché i soggetti che gravitano nell'ambito della ricerca.

Abbiamo quindi visto come meriti di essere valutata la questione relativa alla responsabilità da atto lecito. Infatti, se si volesse accettare l'opinione, da noi sostenuta, che vede questa esistente ed estendibile per analogia, una serie di comportamenti leciti, posti in essere nel campo della ricerca, e produttivi di danno, potranno trovare una categorizzazione adeguata e portare ad un indennizzo a favore del soggetto leso.

In conclusione l'applicazione di quanto già previsto dalla legislazione attuale già permette una tutela contro i danni da ricerca anche nel campo dell'ignoto tecnologico e dell'incertezza scientifica, ma una valutazione legislativa delle fattispecie che richiedono un'apertura all'oggettivizzazione della colpa è decisamente auspicabile. Questa valutazione è poi necessaria nel campo della robotica e dell'intelligenza artificiale⁽⁷⁷⁾, in cui i progressi che si stanno compiendo rischiano di entrare in un campo vergine e non regolamentato, come dimostrato dalle problematiche create dallo sviluppo delle auto senza pilota⁽⁷⁸⁾.

In conclusione preme sottolineare come l'applicazione del regime di responsabilità civile nell'ambito della ricerca scientifica potrebbe incidere anche in quelle fattispecie in cui fino ad ora si è preferito bloccare completamente lo sviluppo. Questa previsione non si pone infatti in antitesi con altri

⁽⁷⁶⁾ Al riguardo le Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica [2015/2103(INL)], prende in considerazione l'aspetto assicurativo come tutela dei singoli nei confronti dei danni da circolazione stradale di mezzi senza pilota.

⁽⁷⁷⁾ D. CHIAPPINI, *Aspetti comparativi nella regolamentazione dell'Intelligenza Artificiale: responsabilità, etica ed occupazione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, p. 201 ss.

⁽⁷⁸⁾ Alcuni recenti incidenti avvenuti durante il collaudo di diverse auto senza pilota hanno posto in evidenza la necessità di una valutazione circa l'evoluzione della responsabilità civile in questo campo.

istituti tuttora vigenti, quale il principio di precauzione⁽⁷⁹⁾, ed anzi si connette a questi perché, nel caso in cui le valutazioni compiute dovessero portare alla conclusione che il rischio è inaccettabilmente elevato, si applicherà comunque il principio in oggetto che vedrà, quindi, solo un restringimento del suo ambito di applicazione in favore di una maggiore libertà di ricerca scientifica, libertà che però avrà da contraltare una più forte tutela dei soggetti eventualmente lesi.

⁽⁷⁹⁾ Eur-Lex, *Comunicazione della commissione sul principio di precauzione*, 2000, *eur-lex.europa.eu/legal-content*.

LIVIA MERCATI (*)

L'EQUILIBRIO DI BILANCIO TRA DEMOCRAZIA ED EFFICIENZA

ABSTRACT: The essay investigates the Budgetary equilibrium, as required by the new art. 81 of the Italian Constitution, and the possibility of political and regulatory choices in respect of the physiological dialectic between Government and Parliament. Furthermore, considering the new art. 97, Const., the essay investigates the current relationship between the balanced budgets imposed on all the public administrations and the principle of efficiency.

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni preliminari. – 2. Quale equilibrio di bilancio? – 3. L'equilibrio e la “democrazia di bilancio”. – 4. L'equilibrio dei bilanci pubblici e l'efficienza della pubblica amministrazione.

1. — *Alcune considerazioni preliminari.*

Qualunque discorso che coinvolga l'*equilibrio di bilancio* deve tenere anzitutto in considerazione che, dal 2012 ad oggi – cioè dalla sua introduzione in Costituzione in virtù della l. cost. n. 1/2012 – la letteratura giuridica ed economica se ne sono occupate molto, in modo autorevole e spesso assai critico.

Molteplici le chiavi di lettura proposte e gli aspetti analizzati: il particolare sistema delle fonti, i possibili *vulnera* alla democrazia derivanti dall'etero-introduzione delle disposizioni; l'alterazione del fisiologico rapporto tra Governo e Parlamento sulla politica di bilancio; la compressione dell'autonomia locale; il rischio di eccessiva contrazione della spesa per i diritti sociali; la difficile giustiziabilità delle regole⁽¹⁾; la necessità del coordinamento fra la l.

(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr., *ex multis*, C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015; C. CARUSO, *La giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio tra mito e realtà*, in A. MORRONE

24 dicembre 2012, n. 243 – emanata in attuazione del nuovo art. 81 Cost. – e l’assetto normativo vigente in materia di contabilità pubblica⁽²⁾.

Indubbiamente, più che il rispetto dei parametri europei, la contingenza economica e politica della seconda parte del 2011 ha veicolato in Costituzione l’equilibrio di bilancio in modo sorprendentemente rapido.

C’è però da dire – ed è questa la seconda considerazione preliminare – che la locuzione “equilibrio di bilancio”, profondamente radicata nel tessuto connettivo delle regole europee in materia di finanza pubblica “sana”⁽³⁾, era già presente nell’ordinamento, nel quale, seppure diversamente declinata, aveva fatto ingresso da tempo attraverso molteplici canali: la giurisprudenza costituzionale⁽⁴⁾, le regole contenute nelle norme in materia di contabilità degli enti locali⁽⁵⁾, i principi contabili introdotti con la c.d. armonizzazione dei bilanci pubblici⁽⁶⁾, l’attività di controllo svolta dalla Corte dei conti e i suoi giudizi di parificazione, estesi anche al rendiconto delle Regioni⁽⁷⁾.

(a cura di), *La Costituzione finanziaria. La decisione finanziaria dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015, p. 263 ss.; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2013; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *rivistaaic.it*.

⁽²⁾ Coordinamento poi avvenuto con le ll. 4 agosto 2016, n. 163 e n. 164, che hanno (per il momento) completato la riforma della legge di contabilità pubblica. Cfr., sul punto, C. BERGONZINI, *La riforma della legge di contabilità pubblica (l. n. 163/2016): le principali novità (e alcuni profili critici)*, in *federalismi.it*, 3 maggio 2017.

⁽³⁾ A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 174 ss.

⁽⁴⁾ Cfr., fra le tante, Corte cost., n. 243/1993. Tutte le sentenze della Corte costituzionale, citate nelle note e nel testo, si leggono in *cortecostituzionale.it*.

⁽⁵⁾ Si veda, ad esempio, l’art. 193, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali), in base al quale gli enti locali sono tenuti a verificare annualmente gli “equilibri di bilancio”; cfr., in materia, L. MERCATI, *Gli effetti sull’ente del «disequilibrio economico finanziario», del dissesto dell’ente locale e delle procedure di esecuzione forzata*, in A. CARULLO, F. MASTRAGOSTINO, D. SENZANI (a cura di), *La dimensione finanziaria nel diritto amministrativo: risorse, controlli, responsabilità*, Bologna, 2018, pp. 65-78.

⁽⁶⁾ Sia consentito, sul punto, il rinvio a L. MERCATI, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in *federalismi.it*, n. 1/2014.

⁽⁷⁾ Cfr., Corte dei conti, Sez. autonomie, Del. n. 3/SEZAUT/2019/INPR, *Programmazione dei controlli della sezione autonomie per l’anno 2019*, in *corteconti.it*. Per quanto riguarda la vigente definizione di *equilibrio di bilancio* delle Regioni e degli enti locali, cfr., da ultimo, la l. 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, cc. da 819 a 826. A differenza di quanto previsto nella nor-

In terzo luogo, occorre anche ricordare che la riforma dell'art. 81 Cost. è stata proposta più volte nel corso dei decenni, con l'intento più o meno manifestato di costituzionalizzare il pareggio/equilibrio di bilancio.

Nel 1985, la Commissione Bozzi propose di introdurre il pareggio di parte corrente, affermando che «nei bilanci dello Stato e degli enti pubblici le spese correnti non possono superare il gettito delle entrate tributarie ed extratributarie».

Nel 1993, la Commissione Parlamentare per le riforme istituzionali (De Mita-Iotti) confermò l'introduzione del principio dell'equilibrio finanziario del bilancio di parte corrente, cui si aggiungeva l'ammissibilità degli emendamenti della manovra nell'ambito dei saldi previamente fissati e l'obbligo di copertura finanziaria per l'intero periodo di efficacia delle leggi di spesa, nel rispetto dei limiti al ricorso all'indebitamento fissati in bilancio.

Nel 1997, la bicamerale D'Alema, pur non introducendo espressamente il principio del pareggio di bilancio, approvò un testo in cui si ammetteva il ricorso all'indebitamento «solo per spese di investimento o in caso di eventi straordinari con conseguenze finanziarie eccezionali»⁽⁸⁾.

Sebbene nessuna di queste proposte sia mai arrivata a conclusione, la loro reiterazione fa presupporre una avvertita necessità rispetto alla costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, necessità che probabilmente nel 1985 non era ancora neanche così condizionata, come oggi, dalle regole europee.

L'ultima di queste considerazioni preliminari è relativa al fatto che la novità costituzionale ha “impattato” su un assetto normativo, stratificatosi a partire dalla l. n. 468/1978, che può essere considerato un vero e proprio “sistema” per il governo della finanza pubblica e che – a livello di processo di formazione del bilancio, a livello di struttura dei singoli documenti che lo compongono e a livello di regole gestionali – era ormai già molto lontano da quello sul quale si era idealmente innestato l'art. 81, Cost. nel suo testo originale.

mativa in vigore dal 2016 (l. 11 dicembre 2016, n. 232), gli enti «si considerano in equilibrio in presenza di un risultato di competenza dell'esercizio non negativo» (cfr., l. n. 145/2018, art. 1, c. 821).

⁽⁸⁾ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La riforma dell'articolo 81 della Costituzione ed il principio del pareggio di bilancio*, Roma, 11 agosto 2011, in *parlamento.it*, 29.

Dall'insieme di queste considerazioni – e comunque tenendo conto, da un lato, della ancora breve esperienza applicativa della riforma e, dall'altro, delle analisi che la dottrina ne ha già ampiamente compiuto – emergono alcuni spunti per ulteriori riflessioni.

Il primo riguarda il significato che la locuzione “equilibrio” possiede, riferita alle entrate e alle spese del bilancio dello Stato, nel contesto normativo vigente; il secondo tende a capire, posto il conseguimento e il mantenimento dell'equilibrio, se e in che misura esso possa impedire o comprimere la possibilità di effettuare scelte politiche e normative, espressione di un definito indirizzo politico-economico, nel rispetto della fisiologica dialettica tra Governo e Parlamento.

Il terzo, infine, considerando l'«equilibrio dei bilanci» imposto alle «pubbliche amministrazioni» dal nuovo art. 97, primo comma, Cost., suggerisce di riflettere sull'attuale fisionomia del suo rapporto con il principio del buon andamento, nella accezione, ormai pacificamente acquisita, di principio di efficienza.

2. — *Quale equilibrio di bilancio?*

È comune in dottrina, e non discutibile, la constatazione del fatto che sia stato introdotto l'obbligo costituzionale di assicurare l'«equilibrio» di bilancio e non il pareggio.

Mentre con il termine “pareggio” si suole indicare la posizione contabile di uguaglianza tra entrate e uscite indicate nel bilancio, la scelta di avvalersi della parola “equilibrio” esprime (al di là dell'intitolazione della legge: “Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”) la volontà della riforma di riferirsi al “bilancio strutturale”, vale a dire al bilancio al netto del ciclo economico, in sintonia con i patti europei⁽⁹⁾. L'equilibrio, infatti, deve sussistere tra le entrate e le spese del

⁽⁹⁾ Un'accurata ricostruzione della evoluzione in materia si può leggere in R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Bologna, 2016, pp. 351-383.

bilancio «tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico»⁽¹⁰⁾.

L'equilibrio di bilancio è, in definitiva, un *numero*, determinato secondo criteri dettati dall'Unione europea, numero che coincide con l'*Obiettivo di Medio Termine* (OMT; art. 1, l. n. 243/2012); l'equilibrio si considera conseguito se il saldo strutturale è pari all'OMT, o non se ne discosta troppo, o dimostra un'evoluzione che tende ad avvicinarsi ad esso (art. 3, l. n. 243/2012).

Il “saldo strutturale” si ricava applicando alle entrate e alle uscite effettive una correzione, definita secondo criteri stabiliti dall'Unione europea, che tiene conto di quanto abbiano influito sulla situazione economica contingente le fasi favorevoli e le fasi avverse del ciclo economico⁽¹¹⁾.

Ciascuno di questi “elementi” – e ciascuna delle sue componenti – viene calcolato in base ad una procedura che si compone di ipotesi macroeconomiche e di formule matematiche.

Le formule, però, non sono oggettive, ma sono trasposizioni di teorie e le teorie possono essere contraddette; ne risultano, dunque, modelli previsionali del tutto convenzionali che incorporano grossi margini di incertezza nella valutazione dei relativi pesi⁽¹²⁾.

Ad esempio: uno degli elementi del Pil strutturale è il tasso di disoccupazione strutturale, con cui si indica quel tasso di disoccupazione al di sotto del quale si generano tensioni sui salari e sull'inflazione. Siamo cioè nel campo di applicazione di una teoria economica, che si esprime in una formula. Quella utilizzata dalla Commissione europea conduceva, per il nostro Paese, ad un risultato del 10,4% nel 2013 e del 10,8% nel 2014.

Se però, come hanno di recente rilevato alcuni ricercatori del CER, si attribuisce a quel dato un valore dell'8,6% – la cui entità è plausibile se si parte dalla teoria economica della piena occupazione – il nostro Paese sarebbe

⁽¹⁰⁾ Art. 81, 1° comma, Cost., come modificato dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1.

⁽¹¹⁾ P. BIRASCHI, L. GIAMBONI, F. GIAMMUSSO, *Il saldo di bilancio strutturale secondo la metodologia dell'Unione europea*, in Mef, Dipartimento del Tesoro, Note tematiche, n. 6, agosto 2009.

⁽¹²⁾ M. DEGNI, P. DE IOANNA, *Metodologia di calcolo e criticità del saldo strutturale*, in *editorialexpress.com*.

stato già in equilibrio dal 2013. Se si dà poi come obiettivo il concetto della piena occupazione, anche il 6,5% sarebbe una percentuale più che plausibile e produrrebbe un risultato ancora migliore⁽¹³⁾.

Il problema è che la scienza economica che sta alla base di queste definizioni non è più quella che tende all'obiettivo della piena occupazione ma è quella che invece massimamente si preoccupa dell'efficienza economica⁽¹⁴⁾ e i valori che «vengono attribuiti alle variabili cruciali (investimenti, fisco, consumi, invecchiamento della popolazione)» dipendono «da valutazioni esplicative incorporate nel lavoro dei tecnici che operano al servizio degli indirizzi politici dell'Ecofin e della Commissione europea»⁽¹⁵⁾.

I parametri numerici (basati, come si diceva poc'anzi, su ipotesi macroeconomiche e formule matematiche che, a loro volta, sono espressioni di teorie) entrano nel documento di economia e finanza, diventando obiettivi da raggiungere, declinati nel Piano di stabilità e nel Programma nazionale di riforme, a loro volta sottoposti al vaglio della Commissione UE nel corso del semestre europeo. Transitano dunque nella legge di bilancio e definiscono i limiti quantitativi all'interno dei quali si possono muovere le scelte politiche dell'annuale manovra di finanza pubblica.

3. — *L'equilibrio e la "democrazia di bilancio"*⁽¹⁶⁾.

La dottrina più attenta già nel 1996 rilevava che «il Trattato istitutivo dell'Unione europea ha circoscritto l'area entro la quale gli Stati membri

⁽¹³⁾ Cfr. Rapporto CER, *Aggiornamenti*, Pacta servata sunt, 25 marzo 2014. Si veda anche DIPARTIMENTO DEL TESORO, *Il calcolo del PIL potenziale e del saldo di bilancio corretto per il ciclo, aprile 2013*, i cui contenuti sono stati ripresi nel DEF 2014. Sui criteri di calcolo, V. GIACCHÈ, *Costituzione italiana contro Trattati europei. Il conflitto inevitabile*, Reggio Emilia, 2015.

⁽¹⁴⁾ C. CLERICETTI, *Pareggio di bilancio? Siamo già in attivo*, in *repubblica.it/economia/rubriche/il-commento*, 19 aprile 2016.

⁽¹⁵⁾ P. DE IOANNA, *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma*, in *Cultura giuridica e diritto vivente, Special Issue*, 2015, p. 82 ss., spec. p. 86.

⁽¹⁶⁾ L'espressione è di P. DE IOANNA, *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma*, loc. cit.

possono isolatamente determinare la disciplina dei fenomeni finanziari» e che si accentra nell'Unione «buona parte delle funzioni ordinate alla stabilizzazione e all'allocatione lasciando agli Stati membri la responsabilità primaria per le funzioni redistributive»⁽¹⁷⁾.

Più di recente è stato rilevato che, se gli organi della decisione collettiva (il *plenum* delle Assemblee legislative e le commissioni “specializzate” preposte all'esame dei documenti di bilancio), non determinano e non controllano le decisioni fiscali, la decisione che innova l'ordinamento è “altrove”: risponde, cioè, a criteri e limiti che sono fuori dalla disponibilità e dalla stessa piena conoscibilità di questi organi⁽¹⁸⁾.

Da questi rilievi emergono due ordini di considerazioni.

Il primo è quello relativo al rapporto tra l'equilibrio di bilancio e il livello di discrezionalità della politica di bilancio interna: la disciplina europea presenta infatti un carattere molto articolato, in quanto proprio, a causa della spiccata politicità che assume la scelta relativa al saldo di bilancio, i vincoli di carattere contenutistico vengono collocati all'interno di una rete di relazioni istituzionali idonee a consentirne un'applicazione flessibile, calibrata sulle specifiche situazioni nazionali e in grado di consentire eventuali deroghe o livelli di tolleranza ritenuti più opportuni.

Tuttavia, per quanto articolata, “procedimentalizzata” e “flessibilizzata”, l'equilibrio di bilancio rimane una regola di natura *quantitativa*.

⁽¹⁷⁾ Il riferimento è a G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, Bologna, 1996, pp. 9-10, 14, 34. Tocqueville sosteneva che la democrazia inizia con la pubblicazione del bilancio sulla casa comunale (si sottolinea l'aspetto della *accountability*, cioè della resa del conto ai propri elettori). Max Weber, nel descrivere la relazione tra il Parlamento e il Governo nel *Reich* tedesco notava che «la deliberazione sul modo di finanziamento dello Stato – il diritto al bilancio» costitutiva «il mezzo di potenza decisivo» per «manovrare l'amministrazione nella vita quotidiana». Nel Rapporto conclusivo sulla Finanza della Commissione economica istituita presso il Ministero per la Costituente (Roma, IPZS, 1946, vol. V, p. 29) si legge che «la storia del diritto al bilancio è la storia vera delle Costituzioni». La discussione dei bilanci in ambito parlamentare è divenuta, nella prassi, la sede principale di elaborazione e di determinazione di ciò che oggi diremmo l'indirizzo politico generale (ma già, in tal senso, V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, p. 165).

⁽¹⁸⁾ In questo senso M. DEGNI, P. DE IOANNA, *Metodologia di calcolo e criticità del saldo strutturale*, cit., p. 10.

Inoltre, gli stessi margini di flessibilità sono sottratti alla disponibilità esclusiva degli Stati. Tanto nella fase di fissazione degli obiettivi di contenimento dell'indebitamento, quanto in quella di verifica dei risultati ed in quella, ancor più delicata, di applicazione delle sanzioni in caso di disavanzi eccessivi, si svolge una complessa trama di rapporti fra Stati ed Unione europea, e tra i diversi organi dell'Unione, che contiene forti elementi di etero-determinazione e non può dunque in nessun modo essere ricondotta ai canoni della finanza pubblica discrezionale, ancorché razionalizzata⁽¹⁹⁾.

Senza porre in dubbio tutto ciò, a parere di chi scrive margini per scelte politiche (anche) in peggioramento dei saldi tendenziali continuano comunque a sussistere, sebbene al verificarsi di determinate condizioni⁽²⁰⁾.

Il quadro normativo nazionale di riferimento, infatti, prevede che eventuali scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo di medio termine siano consentiti in caso di eventi eccezionali e previa autorizzazione approvata dal Parlamento a maggioranza assoluta; il piano di rientro modificato, peraltro, può essere aggiornato al verificarsi di ulteriori eventi eccezionali ovvero qualora, in relazione all'andamento del ciclo economico, il Governo intenda apportarvi modifiche (art. 6, 5° comma, l. 24 dicembre 2012, n. 243).

A tal fine, sentita la Commissione europea, il Governo sottopone all'autorizzazione parlamentare una relazione, da approvare sempre a maggioranza assoluta, con cui aggiorna – modificando il piano di rientro – gli obiettivi programmatici di finanza pubblica, la durata e la misura dello scostamento, le finalità alle quali destinare le risorse disponibili in conseguenza dello scostamento e il relativo nuovo piano di rientro verso l'obiettivo programmatico, da attuare a partire dall'esercizio successivo a quelli per i quali è autorizzato lo scostamento, tenendo conto del ciclo economico⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ R. PERNA, *Le procedure di bilancio, fra Governo e Parlamento, in una democrazia maggioritaria*, Il Filangieri, Quaderno 2007, Napoli, p. 149 ss.; R. PEREZ, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio*, in AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio*, Atti del LVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2012, Milano, 2013, p. 354.

⁽²⁰⁾ Cfr. art 6, 2° comma, l. n. 243/12; in sintonia con la disposizione, Corte dei conti, audizione del 26 maggio 2016 presso le Commissioni di bilancio riunite, in *corteconti.it*, p. 14.

⁽²¹⁾ Ne è esempio quanto recentemente accaduto nel nostro Paese, come si legge nella

Dunque, è la maggioranza parlamentare che può autorizzare lo scostamento dall'obbiettivo europeo, così assumendosene la responsabilità politica.

Per conseguenza, accanto alla vincolatività degli obbiettivi europei e alla loro negativa incidenza sulla "sovranità" del Paese, emerge il tema del rapporto tra Governo e Parlamento in materia di finanza pubblica.

Indubbiamente i poteri del Parlamento in materia finanziaria sono, nel corso dei decenni, profondamente mutati. La legislazione ordinaria è intervenuta sul sistema politico-istituzionale italiano, modificando molto la dimensione verticale ed orizzontale dei rapporti tra i soggetti che definiscono la *governance* economica del Paese.

Anche le istituzioni di bilancio ne risultano modificate; il ruolo del Parlamento nella decisione finanziaria esce nel suo complesso indebolito, pur in assenza di esplicite riforme che gerarchizzano e centralizzano in modo esplicito il processo di bilancio⁽²²⁾.

Ma ciò è accaduto ben prima della riforma costituzionale del 2012, spostando gradualmente una quota significativa della responsabilità politica nei procedimenti legislativi di spesa in favore dell'esecutivo⁽²³⁾.

Relazione al Parlamento 2018, relativa alla manovra di bilancio 2019-2021 (l. n. 30 dicembre 2018, n. 145). Ma la presenza dei margini è dimostrabile anche con altri meno recenti esempi: 1) pur sottoposti ai medesimi vincoli, gli Stati membri nel periodo 2010-2014 hanno fatto scelte molto diverse in relazione, ad esempio, ai fondi pubblici destinati all'Università e alla Ricerca: la Francia li ha aumentati del 3,6%, la Germania del 20%, l'Italia li ha ridotti del 9, 9% (se estendiamo il calcolo a partire dal 2008, la riduzione del finanziamento pubblico italiano per l'Università sale al 18,7%), per non parlare della decurtazione dei fondi di sostegno agli studenti e per il diritto allo studio; 2) il Def presentato nel 2016 mostra una precisa volontà politica di rallentamento del percorso per il conseguimento dell'OMT; 3) con riguardo all'equilibrio di bilancio delle Regioni e degli enti locali, è stata introdotta la regola del saldo non negativo di competenza finale, molto più leggera del precedente patto di stabilità interno, non fosse altro perché non obbliga al conseguimento di *surplus* come invece faceva il vincolo precedente. Ed è anche molto più leggera dell'equilibrio di competenza e cassa previsto dalla n. 243/2012.

⁽²²⁾ Cfr. M. DEGNI, P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico. Potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato*, Roma, 2017, *passim*, ma spec. pp. 42-86.

⁽²³⁾ Significative, sul punto, le considerazioni di F. MERUSI, *La legalità «usurpata» dal legislatore*, in *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 23, il quale sottolinea che «con le finanziarie il Parlamento governa tanto di più, cioè emana provvedimenti, proprio perché

Si pensi, anche senza considerare le vere e proprie leggi di riforma della contabilità pubblica, al d.l. n. 194/2002 (l. n. 246/2002) che ha conferito al Governo il potere di intervenire, in corso di esercizio, sull'andamento della spesa come autorizzata in bilancio, sospendendo impegni e pagamenti a carico del bilancio statale, nel caso di un rilevante scostamento dagli obiettivi degli andamenti di finanza pubblica.

Inoltre, sul piano procedurale, lo stesso principio della piena emendabilità parlamentare dei documenti di bilancio, oggetto di accese discussioni in dottrina ma comunque ritenuto intangibile, è ormai in crisi per il reiterato utilizzo dei maxi-emendamenti sui quali viene posta la questione di fiducia durante la sessione di bilancio. Viene meno, cioè, non solo il potere parlamentare di emendamento, ma anche la funzione di controllo, perché spesso le Camere non hanno la possibilità di conoscere con il necessario approfondimento ciò che viene loro proposto⁽²⁴⁾.

In realtà, il disegno originario dell'art. 81, Cost., basato sulla sinergia tra «natura formale della legge di bilancio e obbligo di copertura delle leggi di spesa» – che già rivelava una prima e neanche tanto “larvata” diffidenza nei confronti del potere di spesa del Parlamento – poteva forse risultare efficace in un diverso contesto storico, caratterizzato da un basso livello di spesa pubblica e soprattutto da un modello tradizionale di legislazione di spesa.

Tale modello, però, è cambiato moltissimo nel secondo dopoguerra, con l'affermazione di un sistema democratico di integrazione di massa che ha configurato il riconoscimento di diritti soggettivi universali, ovvero il riconoscimento permanente da parte delle amministrazioni pubbliche di utilità

non è più onnipotente, ma stretto entro limiti quantitativi che hanno “inverato” il limite cinaudiano della copertura previsto dall'art. 81 della Costituzione».

⁽²⁴⁾ È quanto accaduto anche per l'ultima legge di bilancio (l. n. 145/2018), approvata con il voto di fiducia al maxi-emendamento presentato *in extremis* dal Governo per modificare l'impianto originario della manovra; quest'ultima, infatti, che prevedeva il *deficit* al 2,4%, era stata bocciata dalla Commissione europea e aveva quindi richiesto una modifica al ribasso della previsione relativa al *deficit* (dal 2,4% al 2,04%), così imponendo la reintroduzione delle c.d. clausole di salvaguardia. Cfr., Ragioneria generale dello Stato, *Nota tecnico-illustrativa alla legge di bilancio 2019-2021*, in *rgs.mef.gov.it*.

di tipo economico in favore di grandi settori della cittadinanza⁽²⁵⁾: un modello che si dimostra assai refrattario ad essere governato con il semplice vincolo della copertura finanziaria delle leggi⁽²⁶⁾.

È forse allora più corretto, considerando questo contesto nel suo complesso, ragionare sul fatto che non è stata solo la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio a produrre un *deficit* di democrazia nel senso della (ulteriore) riduzione del potere parlamentare⁽²⁷⁾.

Infatti, i vincoli alle scelte di bilancio degli Stati membri contenuti nel *Fiscal Compact* – cioè nel *Trattato* che ha stimolato l'introduzione dell'equilibrio di bilancio in Costituzione – sono sostanzialmente ripetitivi di quelli contenuti nei Trattati precedenti e non pongono direttamente e in modo rigido limiti quantitativi o qualitativi. La loro formulazione mostra piuttosto una consistenza “elastica” quanto al raggiungimento degli obiettivi numerici⁽²⁸⁾, mentre i procedimenti sanzionatori da applicare nel caso di disavanzi eccessivi sono connotati da un'ampia discrezionalità politica, così riducendo molto, se non eliminando del tutto, le conseguenze giuridiche (anche se non quelle politiche) sugli atti e sulle omissioni degli Stati⁽²⁹⁾.

In buona sostanza, si può affermare che i vincoli europei – e il “nuovo” equilibrio di bilancio – lasciano comunque liberi gli ordinamenti nazionali di

⁽²⁵⁾ L'evoluzione delle caratteristiche della spesa pubblica si trovano descritta in V. TANZI, L. SCHUKNECHT, *La spesa pubblica nel XX secolo. Una prospettiva globale*, Firenze, 2007.

⁽²⁶⁾ R. PERNA, *Le procedure di bilancio*, cit., p. 153.

⁽²⁷⁾ È piuttosto diffusa l'opinione che «da funzione di indirizzo politico ed economico esercitata dal Parlamento e dai Governi nazionali sia sostanzialmente svuotata» e che sia ormai rotto «il nesso tra la determinazione degli indirizzi di Governo e la responsabilità della relativa azione» (F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. «spareggio di bilancio»*, in *Rivista Aic*, 2, 2012, p. 2; E. PAPARELLA, *Crisi economica e trasformazioni degli assetti istituzionali nella UE e negli Stati membri: primi effetti sul welfare*, in *Rapporto sullo stato sociale 2013. Crisi, istituzioni, beni comuni e welfare state*, Napoli, 2013, p. 93).

⁽²⁸⁾ Cfr., ad es., art. 3, par. 3, *Fiscal Compact*.

⁽²⁹⁾ Cfr. artt. 7 e 8, *Fiscal Compact*. In dottrina, cfr. M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Relazione tenuta al LVIII Convegno di Varenna, *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Varenna, 20-22 settembre 2012, in *Astrid Rassegna*, 3, p. 1 ss. e spec. pp. 28-30.

orientare la spesa verso politiche sociali e redistributive e/o di diversamente calibrare il dovere fiscale⁽³⁰⁾.

L'irrigidimento è più significativo, invece, a livello interno, poiché il dovere di tenere il bilancio in equilibrio, accompagnato da un sostanziale divieto di indebitamento, condiziona la possibilità di definire indirizzi che richiedano finanziamenti e ciò tanto più profondamente quanto più il nuovo debito impatta con quantità eccessive e qualità non buone di debito già contratto.

In altre parole, il dovere di raggiungere e mantenere l'equilibrio strutturale di bilancio non è la causa diretta del limite alle scelte politiche (e dunque alla democrazia), ma produce anche questo effetto se il debito già esistente è di cattiva qualità, cioè non determina crescita e non si autofinanzia, così progressivamente erodendo, insieme alla democrazia, i diritti e i doveri di cittadinanza⁽³¹⁾.

4. — *L'equilibrio dei bilanci pubblici e l'efficienza della pubblica amministrazione.*

Se si osservano gli atti di programmazione, le disposizioni contenute nelle leggi finanziarie e di stabilità e la copiosa produzione normativa che assume l'efficienza della pubblica amministrazione come obiettivo, emerge che tutta la politica di bilancio, dal 1992 in avanti, e tutte le riforme amministrative di quegli anni, collegano l'efficienza al contenimento della spesa pubblica.

Ciò avviene in una duplice direzione: da un lato, con le misure volte a incrementare l'efficienza della p.a. — sia sotto il versante dell'organizzazione che

⁽³⁰⁾ G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Riv. dir. internaz.*, 2014, p. 5 ss.

⁽³¹⁾ V., in tal senso, P. DE IOANNA, *Fiscal compact fra istituzioni ed economia*, in *Riv. giur. mezz.*, 2013, p. 23 ss. Di contro, sebbene la Strategia di Lisbona in origine mostrasse di voler affidare un ruolo importante alle politiche sociali, nel corso del tempo essa è stata ricalibrata «sulla crescita e sull'occupazione lasciando allo spazio nazionale ogni prerogativa in materia di 'welfare'» (così R. TANGORRA, *La dimensione sociale della Strategia Europa 2020*, in F.R. PIZZUTI, *Rapporto sullo stato sociale 2013*, cit., p. 156 ss.; D.U. GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale) e dei diritti sociali in particolare nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 1175).

sotto quello dell'attività – si vuole conseguire anche il contenimento della spesa; dall'altro, alla p.a. si sottraggono risorse, poiché – proprio perché riorganizzata – dovrebbe essere in grado di impiegarle in modo più efficiente, raggiungendo, cioè, i medesimi obiettivi con minori oneri per la finanza pubblica.

Si è imposta così al principio di efficienza – derivato dal «buon andamento» di cui all'art. 97, Cost. insieme all'efficacia e all'economicità⁽³²⁾ – una decisa torsione verso il lato quantitativo e dunque coincidente con la riduzione della spesa pubblica, a sua volta ritenuta indispensabile per il rispetto dei vincoli europei da parte del bilancio statale⁽³³⁾.

Dunque, la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio – con tutta la prudenza che deriva dall'essere la disposizione ancora relativamente giovane – appare più come un'ulteriore tappa di un percorso già avviato da tempo che come una dirompente novità⁽³⁴⁾.

Tuttavia, con la modifica della Carta costituzionale, «l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico» sono stati posti al primo comma dell'art. 97, Cost., e si aggiungono, precedendoli, ai tradizionali principi di imparzialità e buon andamento. L'art. 97 Cost., 1° comma, peraltro, è richiamato dalla l. n. 243/2012, in ordine al “concorso” delle pubbliche amministrazioni nell'assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico.

Per conseguenza, se ancora si concorda nel ravvisare nell'art. 97 Cost. il fondamento costituzionale del principio di efficienza, il rischio di una ulteriore e più forte prevalenza del suo versante economico assume una certa concretezza, lasciando così in secondo piano il conseguimento delle finalità e degli interessi pubblici.

⁽³²⁾ Sia consentito, sul punto, il rinvio a L. MERCATI, *Efficienza della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, p. 2143 ss.; ID., *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002.

⁽³³⁾ O il suo “efficientamento”, o la sua “razionalizzazione” (v. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, cit., pp. 383-395). Per un'analisi del principio di buon andamento prima (e a prescindere) dell'introduzione dell'equilibrio di bilancio in Costituzione, cfr. M. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 117 ss.; A. BARTOLINI, S. FANTINI, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Bologna, 2017, p. 119 ss.

⁽³⁴⁾ C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità*, cit., p. 89.

In altre parole, l'equilibrio dei bilanci potrebbe essere destinato a diventare una sorta di super-norma prevalente sugli altri valori dell'ordinamento⁽³⁵⁾, tra i quali è ben possibile collocare anche quello dell'efficienza amministrativa⁽³⁶⁾.

Qualche utile indicazione per riflettere su questo particolare aspetto della tematica può emergere dalla giurisprudenza costituzionale: la Corte, a partire proprio dall'inizio degli anni '90, ha infatti posto una sempre maggiore attenzione alle implicazioni finanziarie delle proprie pronunce, fino a riconoscere all'equilibrio di bilancio un livello quantomeno parificato ad altri principi costituzionali⁽³⁷⁾.

Condividendo le perplessità di chi segnala le difficoltà nella concreta applicazione dell'equilibrio di bilancio come parametro di legittimità costituzionale⁽³⁸⁾ – anche per la difficoltà di valutare l'impatto che le singole disposizioni censurate potrebbero avere sul saldo strutturale – l'analisi della giurisprudenza più recente della Corte consente di evidenziare alcune nuove significative linee di tendenza, che rappresentano esempi di bilanciamento tra la conformità sostanziale a Costituzione con le conseguenze in termini finanziari che l'accoglimento potrebbe avere sull'equilibrio del bilancio dello Stato.

È il caso della sentenza Corte cost. n. 10/2015, sulla c.d. Robin Hood Tax (un giudizio di legittimità costituzionale incidentale) dichiarata costi-

⁽³⁵⁾ Cfr., tra gli altri, A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2012, p. 89. Sulla relazione tra diritti e risorse finanziarie la produzione scientifica è corposa; nell'impossibilità di riportarla integralmente, si rinvia a M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino, 1994, p. 100; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. pubb.*, V, Torino, 1990, p. 378 ss.

⁽³⁶⁾ M. GNES, *Patto di stabilità, blocco dei pagamenti e buon andamento all'esame del giudice contabile*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1298 ss., correttamente rileva che: «Il principio del buon andamento viene utilizzato dalla Corte costituzionale solo in rari casi, come nell'ambito della finanza pubblica (ove viene fatto coincidere con quello di efficienza)».

⁽³⁷⁾ M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, 2016. Un'analisi della giurisprudenza costituzionale condotta in questa ottica si legge in G. DELLA CANANEA, *Dal pareggio di bilancio all'equilibrio della finanza pubblica*, in *La dimensione finanziaria nel diritto amministrativo: risorse, controlli, responsabilità*, cit., p. 25 ss., ma spec. pp. 52-63.

⁽³⁸⁾ G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, loc. cit.

tuzionalmente illegittima ma con effetti *ex nunc*, giustificati dalla necessità di bilanciare l'art. 3 Cost. e le esigenze di equilibrio di bilancio espresse dal nuovo art. 81 Cost.; è il caso della c.d. “illegittimità costituzionale sopravvenuta”, di cui alla sentenza Corte cost. n. 178/2015 delle norme che sospendono la contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Sono, queste, sentenze nella quali l'equilibrio di bilancio è risultato prevalere, in un modo o nell'altro su altri diritti costituzionali.

Ma occorre anche segnalare una più recente pronuncia della Corte, nella quale si afferma invece, e in modo piuttosto perentorio, che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁽³⁹⁾.

In definitiva, la Corte pone in bilanciamento il diritto coinvolto nella fattispecie considerata e l'equilibrio di bilancio, ma quest'ultimo può o deve arretrare, a seconda dello “spessore” del diritto considerato, al quale deve essere comunque riconosciuta una tutela “efficiente”.

Ciò che può dirsi, allora, – tenendo a mente che il concetto di efficienza (insieme a quello di efficacia) è poliedrico e possiede, oltre a quelle giuridiche, profonde connotazioni aziendalistiche, economiche e politiche⁽⁴⁰⁾ – è che non esiste una automatica corrispondenza concettuale tra efficienza e contenimento della spesa, né tra efficienza ed equilibrio di bilancio.

Di conseguenza, la contrazione della spesa pubblica e i bilanci in equilibrio non portano con sé in modo automatico l'efficienza amministrativa, sia che la si consideri *ex parte principis*, e cioè principio in funzione della efficacia della pubblica amministrazione, sia che la si consideri *ex parte civis*, e cioè principio in funzione dei diritti dei cittadini⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2591.

⁽⁴⁰⁾ V. S. BARONCELLI, *Introduzione – Efficienza, efficacia della pubblica amministrazione e attuazione del principio di eguaglianza sostanziale*, in S. BARONCELLI (a cura di), *Efficacia ed efficienza della pubblica amministrazione. Un modo per realizzare l'eguaglianza sostanziale*, Bolzano, 2015, p. 1.

⁽⁴¹⁾ Cfr. S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *irpa.eu*, p. 6.

Significativo, al riguardo, il *Principio contabile della programmazione* (in *rgs.mef.gov.it*), che si applica alle Regioni e agli enti locali in virtù della c.d. armonizzazione dei bilanci pubblici. Si legge, nella sua definizione: «(...) Le finalità e gli obiettivi di gestione devono essere misurabili e monitorabili in modo da potere verificare il loro grado di raggiungimento e gli

Di questo sembra essere ben consapevole la Corte costituzionale, quando afferma che: «In assenza di adeguate fonti di finanziamento a cui attingere per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento in un quadro organico e complessivo, è arduo rispondere alla primaria e fondamentale esigenza di preordinare, organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate. In detto contesto, la quantificazione delle risorse in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente»⁽⁴²⁾.

Posta l'innegabile esistenza dei limiti quantitativi, riemerge allora la vera essenza del *governo delle finanze pubbliche*, che deve necessariamente rapportarsi alle finalità che caratterizzano l'ordinamento; diversamente, la "politica di bilancio" finisce per risolversi in una mera ottimizzazione tecnica, fagocitando le scelte politiche che *nel* bilancio e *con* il bilancio si possono ancora effettuare e risultando "inefficiente" rispetto alla garanzia della «stabilità del livello di vita di una comunità nel tempo»⁽⁴³⁾.

eventuali scostamenti fra risultati attesi ed effettivi. I risultati riferiti alle finalità sono rilevabili nel medio periodo e sono espressi in termini di impatto atteso sui bisogni esterni quale effetto dell'attuazione di politiche, programmi ed eventuali progetti. I risultati riferiti agli obiettivi di gestione, nei quali si declinano le politiche, i programmi e gli eventuali progetti dell'ente, sono rilevabili nel breve termine e possono essere espressi in termini di *efficacia* – intesa quale grado di conseguimento degli obiettivi di gestione. Per gli enti locali i risultati in termini di efficacia possono essere letti secondo profili di qualità, di equità dei servizi e di soddisfazione dell'utenza – e di *efficienza*, intesa quale rapporto tra risorse utilizzate e quantità di servizi prodotti o attività svolta».

⁽⁴²⁾ Corte cost., 29 gennaio 2016, n. 10; sul punto R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., pp. 414-421.

⁽⁴³⁾ C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità*, cit., p. 259, «tale da rendere impossibile lo svolgimento delle funzioni in base al canone della ragionevolezza» (cfr. Corte cost., 24 luglio 2015, n. 188).

DANIELE CORVI (*)

EVOLUZIONE GIURIDICA E TIPOLOGIE CONTRATTUALI DELLE FONDAZIONI LIRICO-SINFONICHE

ABSTRACT: The legal path symphonic opera Foundations has continuously seen to change the legal nature of these legal entities. opera companies until 1996, where they became the decree Veltroni private foundations, the Constitutional Court judgment no. 153 of 2011 then acknowledged the public nature of foundations. These have evolved to meet various economic crises to promote opera and are still being debated in Italian Parliament.

SOMMARIO: 1. Le origini delle fondazioni lirico-sinfoniche. – 2. La specialità delle fondazioni di diritto privato lirico-sinfoniche. – 3. La natura pubblica delle fondazioni lirico-sinfoniche. – 4. La *governance* delle fondazioni lirico-sinfoniche. – 5. Gli artisti lirici e le tipologie contrattuali con le fondazioni lirico-sinfoniche. – 6. *L'Art. Bonus*. – 7. Le prospettive future delle fondazioni lirico-sinfoniche.

1. — *Le origini delle fondazioni lirico-sinfoniche.*

Tradizionalmente sono chiamate opere liriche i componimenti completamente musicali e cantati, che vanno distinti dalle commedie musicali in cui l'azione recitata costituisce la parte preponderante, mentre quella musicale è limitata a brevi arie o strofette intercalate od innestate nella rappresentazione⁽¹⁾. La diversa configurazione di questo genere di rappresentazione, la fusione della parte musicale con quella recitativa e la necessità del loro coordinamento, hanno determinato consuetudini e disciplina collettiva speciale anche da un punto di vista giuridico. Per i mutati gusti del pubblico e gli alti costi di allestimento è raro che questi spettacoli siano economicamente redditizi e quindi lo Stato, a tutela del pubblico interesse culturale e tradizionale,

(*) Università per Stranieri di Perugia.

⁽¹⁾ D. CORVI, *Causa e tipo del contratto di lavoro artistico*, Padova, 2009, p. 83.

oltre al sistema di sovvenzioni comune alle altre forme di spettacolo, ha in principio municipalizzato i principali teatri ed ha istituito gli Enti lirici con personalità propria, gestione autonoma e finalità non di lucro. Questi sono stati istituiti con r.d. 3 febbraio 1936, n. 438 (convertito nella l. 4 giugno 1936, n. 1750), il quale ne ha imposto la costituzione a tutti i Comuni ed agli altri enti autonomi che provvedevano alla gestione diretta di stagioni liriche di durata non inferiore ad un mese. Gli interventi dei pubblici poteri spesso incidono sulla normazione dei rapporti tra imprese ed artisti, sì che per la medesima categoria si hanno talora diversi contratti collettivi a seconda che il rapporto intercorra con un Ente lirico o una impresa privata. Il quadro legislativo che si è venuto a creare in questa disciplina fin dalle origini è frammentario ed eterogeneo. Gli interventi normativi sono sporadici e non uniformi, dettati soprattutto dall'urgenza di far fronte alla crisi del settore lirico-sinfonico piuttosto che da una presa di coscienza della valenza culturale degli spettacoli, dei concerti e delle manifestazioni musicali.

Il processo di trasformazione della natura giuridica dei nostri teatri lirici è dunque dato prevalentemente da questioni di carattere economico. Il nodo che stringe il teatro lirico è quello del costo, ovvero del rapporto tra i costi ed i ricavi, caratterizzato dall'insufficienza dei ricavi derivanti in senso più o meno immediato dall'attività produttiva rispetto all'ammontare dei costi⁽²⁾. Le manovre legislative antecedenti alla trasformazione degli enti lirici in fondazioni lirico-sinfoniche di diritto privato (d.lgs. n. 367/1996) hanno avuto ad oggetto il cambiamento delle loro figure giuridiche.

La prima forma giuridica è la Società Anonima senza fini di lucro, sorta alla fine dell'Ottocento a Milano. Questa aveva come scopo statutario la gestione degli spettacoli con elevati obiettivi artistici, cooperando anche, d'accordo col Comune e col Corpo dei Palchettisti, alla costituzione o all'incremento di enti o di istituti connessi col Teatro, nell'intento di assicurarne il perfetto ordinamento e le sorti durature. Lo scopo della Società non era quello tipico della società anonima, ossia quello della ripartizione degli utili tra i soci, bensì il reinvestimento di questi nell'organizzazione delle attività

⁽²⁾ M. RUGGIERI, *Il costo del melodramma*, in *Econ. della cultura*, 2004, p. 32.

della Società. Si assisteva dunque, come è stato sostenuto, per la prima volta nella storia del diritto italiano, con riferimento agli enti lirici, alla creazione di una società commerciale non lucrativa⁽³⁾. Nel 1916 il modello giuridico della società anonima venne adottato anche a Torino, dando vita alla Società Anonima Teatro Regio di Torino, il cui scopo statutario era l'assunzione dell'impresa di spettacoli pubblici e produzioni liriche Teatro Regio di Torino.

Negli anni '20, gli enti lirici italiani si configurano come enti pubblici. Nel 1921, grazie anche agli interventi di Arturo Toscanini e del Sindaco di Milano Emilio Caldara, fu istituito l'Ente Autonomo del Teatro alla Scala ed approvato il relativo statuto (r.d.l. n. 2143/1921). La Scala divenne il primo teatro italiano ad aver acquisito la personalità giuridica di diritto pubblico senza fini di lucro. Dopo il Teatro alla Scala, nel 1929 nacque l'Opera di Roma e nel 1932 l'Ente Autonomo Teatro di Firenze. Con il r.d.l. n. 438/1936 vennero istituiti gli Enti Autonomi dei Teatri di Bologna, Genova, Napoli, Palermo, Torino, Trieste, Verona e Venezia. Gli enti lirici vennero qualificati come enti autonomi senza scopi di lucro, da gestirsi secondo criteri d'arte e in vista dell'educazione musicale del popolo. Tale legge rappresenta un primo tentativo di uniformare la gestione degli enti lirici, in quanto sancisce che le entrate sono date dagli incassi di botteghino, dai contributi dei Comuni, delle Province e da altri enti, pubblici o privati. Lo Stato interviene per coprire eventuali disavanzi di bilancio: il *budget* diviene di fatto un semplice "riferimento contabile" perché lo Stato penserà di volta in volta a coprire lo sforamento dei singoli bilanci. Tale assetto costituirà per molto tempo una costante nella programmazione musicale di teatri d'opera italiani⁽⁴⁾.

Per anni c'è una sorta di rincorsa ai finanziamenti salva-crisi sino ad arrivare alla prima legislazione organica sulla musica: la famosa legge n. 800 del 1967⁽⁵⁾, la c.d. legge Corona, dal nome del Ministro del Turismo e dello Spettacolo proponente Achille Corona, che ha rappresentato per circa un

⁽³⁾ G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, 1998, p. 12.

⁽⁴⁾ A. VALENTI, *La legislazione per lo spettacolo e le attività musicali*, Torino, 2012, p. 164;

⁽⁵⁾ C. BALESTRA, A. MALAGUTI, *Organizzare musica. Legislazione, produzione, distribuzione, gestione nel sistema italiano*, Milano, 2006, p. 102.

trentennio, sino al 1996, anno che vede la trasformazione degli enti lirici in fondazioni lirico-sinfoniche di diritto privato (d.lgs. n. 367/1996), la riforma di riferimento del settore musicale e dello spettacolo. La Legge Corona ha affrontato un tentativo di riordinamento degli enti lirici e delle attività musicali. Gli enti autonomi lirici acquisiscono personalità giuridica di diritto pubblico, provvedono in maniera diretta alla gestione dei teatri ad essi affidati e non hanno fini lucrativi, bensì la diffusione dell'arte musicale e dell'educazione musicale della collettività.

Il legislatore cercò di fronteggiare in modo organico e decisivo la crisi degli enti lirici, riconoscendo innanzitutto l'importanza e il ruolo significativo delle attività musicali: lo Stato considerò l'attività lirica e concertistica di rilevante interesse generale, in quanto intesa a favorire la formazione musicale, culturale e sociale della collettività nazionale. In merito al supporto di tali attività vennero stabilite le modalità e i criteri di sostegno finanziario: per la tutela e lo sviluppo di tali attività lo Stato interviene con idonee provvidenze.

La legge Corona riconobbe undici enti autonomi lirici riconosciuti⁽⁶⁾, a cui erano da aggiungere due istituzioni concertistiche assimilate⁽⁷⁾. Per quanto concerne il raggiungimento degli scopi degli enti lirici, l'art. 2 contemplava lo stanziamento annuale di un fondo di 12 miliardi di lire che venisse erogato agli enti lirici e alle istituzioni concertistiche assimilate. Inoltre, al fine di incrementare e diffondere le attività musicali, sia in Italia sia all'estero, era prevista l'erogazione di un fondo mediante sovvenzioni a favore di manifestazioni liriche, concertistiche, corali e di balletto. Gli enti avevano così la personalità giuridica di diritto pubblico agli enti autonomi lirici e alle istituzioni concertistiche assimilate, i quali erano assoggettati alla vigilanza del

⁽⁶⁾ Il Teatro Comunale di Bologna, il Teatro Comunale di Firenze, il Teatro Comunale dell'Opera di Genova, il Teatro alla Scala di Milano, il Teatro San Carlo di Napoli, il Teatro Massimo di Palermo, il Teatro dell'Opera di Roma, il Teatro Regio di Torino, il Teatro Comunale Giuseppe Verdi di Trieste, il Teatro La Fenice di Venezia e l'Arena di Verona. A seguito della L. n. 310/2003 è stata istituita la Fondazione Petruzzelli e Teatri di Bari. Attualmente, si contano quattordici fondazioni lirico-sinfoniche.

⁽⁷⁾ L'Accademia Nazionale di Santa Cecilia di Roma e l'Istituzione dei Concerti del Conservatorio Giovanni Pierluigi da Palestrina di Cagliari ora chiamato Fondazione Teatro Lirico di Cagliari.

Ministero del turismo e dello spettacolo⁽⁸⁾. Non avevano finalità lucrative, i loro obiettivi erano la diffusione dell'arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività. Per perseguire tali scopi, gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate dovevano provvedere direttamente alla gestione dei teatri che venivano loro affidati, attraverso la realizzazione di spettacoli lirici, concerti e balletti.

2. — *La specialità delle fondazioni di diritto privato lirico-sinfoniche.*

Il d.lgs. n. 367/1996, il c.d. Decreto Veltroni, istituì un altro modello giuridico: la fondazione di diritto privato. Tale legge dette avvio a un processo di trasformazione obbligatoria in fondazioni di diritto privato⁽⁹⁾ degli enti autonomi lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate riconosciuti dalla legge Corona e degli altri enti operanti nel settore musicale, a condizione che svolgano attività di rilevanza nazionale. Scopo della riforma era quello di coinvolgere il mondo privato e dei capitali a sostegno del settore lirico-sinfonico, nella speranza non solo di un apporto di capitali ma anche di una gestione più efficiente. Si voleva snellire il sistema gestionale e favorire l'acquisizione di risorse private in aggiunta a quelle statali, le quali provenivano prevalentemente dal Fondo Unico per lo Spettacolo (FUS)⁽¹⁰⁾.

Il legislatore ritenne per la lirica la fondazione come la figura giuridica più idonea per perseguire scopi lucrativi. Tuttavia, la fondazione che ne emerse, pur appartenendo al diritto privato e da esso regolata, presentava caratteri di specialità. La privatizzazione degli enti lirici poteva essere vi-

⁽⁸⁾ F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1967, p. 293; ID., *Delle persone giuridiche, ivi*, Bologna-Roma, 1969, p. 367.

⁽⁹⁾ Gli enti di prioritario interesse nazionale che operano nel settore musicale devono trasformarsi in fondazioni di diritto privato (art. 1, d.lgs. n. 367/1996).

⁽¹⁰⁾ Istituito con la legge 163 del 1985 che introdusse un sistema di finanziamento attraverso il quale venivano erogati contributi statali al settore lirico-musicale che non dovevano essere inferiori al 45% in base alla ripartizione totale annua dei contributi destinati allo spettacolo dal vivo

sta come un *terzium genus*, ossia una via di mezzo tra pubblico e privato o come un modello di semi-privatizzazione, poiché il potere pubblico ha un ruolo ancora fondamentale. Ci si trovava, dunque, di fronte ad una privatizzazione meramente formale e non sostanziale⁽¹¹⁾. Nella sostanza, questi enti, pur trasformati, restavano quelli che erano, cioè enti che perseguivano scopi di interesse pubblico, i quali perciò restavano operanti mediante l'utilizzo di risorse finanziarie provenienti dalla finanza pubblica. Anche la disciplina degli organi era prevista direttamente dalla legge, la gestione finanziaria era soggetta al controllo della Corte dei conti e la vigilanza sull'attività delle fondazioni all'autorità di governo con poteri anche di carattere ispettivo. Rispetto ad un'ordinaria fondazione di diritto privato, il procedimento di trasformazione era obbligatorio: con il Decreto Veltroni, la trasformazione nasceva per disposizione legislativa, lasciando di conseguenza poco spazio all'autonomia privata. Questa era la grande differenza con la fondazione di diritto privato, ritenuta un'espressione dell'autonomia privata⁽¹²⁾. La fondazione nasceva infatti da un atto di volontà unilaterale del fondatore, libero di determinare lo scopo, la struttura e le modalità di svolgimento delle attività dell'ente. Il presente decreto, invece, prevedeva che fosse il legislatore a determinare le finalità delle fondazioni lirico-sinfoniche, da perseguire secondo i criteri dell'imprenditorialità, dell'efficienza e nel rispetto del vincolo di bilancio.

Le fondazioni lirico-sinfoniche acquistavano la personalità giuridica di diritto privato ed erano disciplinate, per quanto non espressamente previsto dal presente decreto, dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo. Qui ci si allontanava nuovamente dal modello ordinario della fondazione di diritto privato, laddove questa si autodetermina tramite statu-

⁽¹¹⁾ G. ARMAO, G. PUGLISI, *Le trasformazioni dell'ordinamento giuridico delle fondazioni liriche in Italia*, CIDIM-Comitato Nazionale Italiano Musica, 2008, p. 23.

⁽¹²⁾ G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO, *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1988, p. 16; H. HANSMANN, *The Ownership of the Enterprise*, Cambridge, Ma, 1996, p. 240; P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc.*, 1967, p. 812 ss.; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 6; ID., *Note sulla costituzione della fondazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 297.

to⁽¹³⁾. A differenza delle fondazioni di diritto privato, gli scopi delle fondazioni lirico-sinfoniche erano determinati dal legislatore: perseguivano, senza scopo di lucro, la diffusione dell'arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività.

Le fondazioni, per raggiungere i propri scopi, dovevano poi provvedere alla gestione diretta dei teatri, mediante la conservazione del loro patrimonio storico-culturale e la realizzazione, in Italia o all'estero, di spettacoli lirici, di balletto e concerti. Nella prospettiva dell'autosufficienza economica del sistema, il decreto prevedeva la possibilità per le fondazioni di svolgere attività commerciali ed accessorie, in conformità degli scopi istituzionali non lucrativi. Lo svolgimento di tali attività era coerente con la finalità non lucrativa della fondazione, in quanto questa perseguiva la realizzazione dei propri interessi ideali. Di conseguenza, gli utili risultanti dalle attività economiche erano destinati al perseguimento dei fini istituzionali e all'autofinanziamento della fondazione. Le fondazioni potevano operare come imprenditori, con metodo economico, nel rispetto del vincolo di bilancio ed in base all'efficienza che permea l'intero settore. Il che apriva all'obbligo di tenuta delle scritture contabili dell'imprenditore, agli adempimenti in tema di bilancio, all'ammissione alle procedure in caso di insolvenza.

La delibera di trasformazione dell'ente consisteva in un negozio di fondazione *inter vivos* stipulato da una pluralità di fondatori. Il negozio non era frutto dell'autonomia negoziale. Nonostante questo, sarebbero stati i finanziatori pubblici e privati a predeterminarne il contenuto. Il passaggio alla figura della fondazione richiedeva, come stabilito dall'art. 5, la deliberazione dell'organo competente in base allo statuto. La deliberazione di trasformazione avrebbe avuto la forma dell'atto pubblico, come l'atto costitutivo della fondazione privatistica (art. 14 c.c.). A differenza della stessa fondazione di diritto privato, in cui la deliberazione di trasformazione era una scelta discrezionale del fondatore, nel caso delle fondazioni lirico-sinfoniche la trasformazione era imposta dal legislatore. Il contenuto della deliberazione

⁽¹³⁾ G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2015, p. 210; G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997, p. 12; C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, p. 128. G. AMADIO, F. MACARIO, *Diritto Civile. Norme, questioni, concetti*, Milano, 2014, p. 32.

di trasformazione era disciplinato dall'art. 6 doveva contenere: *a)* lo statuto della fondazione, deliberato dai fondatori, che prevedeva le modalità di partecipazione dei fondatori privati, secondo i criteri sopra analizzati. Era previsto che la fondazione avesse sede nel Comune dove aveva sede l'ente trasformato; *b)* i soggetti pubblici o privati che concorrevano alla formazione del patrimonio iniziale o al finanziamento della gestione della fondazione; *c)* i soggetti privati che si erano obbligati per i tre anni successivi alla trasformazione a versare una somma costante; *d)* un piano economico-finanziario triennale dal quale risultava che la gestione poteva svolgersi in condizioni di equilibrio economico-finanziario. Il piano doveva dare conto degli apporti al patrimonio, dei trasferimenti pubblici, dei nuovi ricavi. Il riferimento all'equilibrio economico-finanziario era attuazione dell'obbligo di gestione secondo criteri di imprenditorialità ed efficienza.

Come da scopo enunciato della legge, accanto al finanziatore pubblico compariva la figura del finanziatore privato. Il finanziamento, pubblico o privato, avveniva sia nel momento iniziale della formazione del patrimonio, sia nel momento successivo della gestione della fondazione. Il finanziatore privato si impegnavo a finanziare la gestione della fondazione per almeno tre anni, beneficiando di apposite detrazioni fiscali. L'apporto doveva avere una certa consistenza, se il privato voleva preconstituersi un'influenza notevole nell'amministrazione dell'ente. C'era inoltre la possibilità, per la fondazione, di accettare donazioni, eredità o acquistare legati, senza necessità della preventiva autorizzazione governativa. Era previsto che il privato godesse del diritto di nominare propri rappresentanti nel Consiglio di amministrazione, in misura proporzionale all'apporto patrimoniale conferito. La legislazione denotava senza dubbio la volontà di garantire una prevalente presenza pubblica: se da un lato il finanziatore privato aveva il diritto di nomina degli amministratori, dall'altro la legge poneva come Presidente e legale rappresentante della fondazione il Sindaco del Comune nel quale la fondazione aveva sede, a prescindere dall'ammontare del conferimento del Comune. La legge stessa limitava la misura dell'apporto privato: per il primo quadriennio non poteva essere superiore al 40%. Ciò confermava la prevalenza della presenza del fondatore pubblico.

Il sostegno economico-finanziario statale era un nervo scoperto della normativa. La legge elevava il sostegno privato iniziale a parametro di riferimento per la quantificazione del corrispondente sostegno statale. Si voleva dire che era l'entità dell'apporto privato, libero ed indeterminato, a fungere da misura del patrimonio iniziale della fondazione⁽¹⁴⁾. L'apporto statale diveniva così obbligatorio, predeterminato e vincolato al conferimento privato. Con questo sistema, si tendeva a dirottare la parte più consistente del finanziamento verso quelle importanti realtà musicali, a discapito di quelle minori, che non sempre erano oggetto dell'attenzione e dell'interesse dei privati. L'effetto che ne risultava era distorsivo: con questo sistema il legislatore aveva mantenuto una presenza statale nelle realtà musicali di grande prestigio, senza aver tenuto conto di quelle minori che pur avendo grandi potenzialità artistiche, avrebbero potuto essere destinate a scomparire per mancanza di interesse dei privati o perché situate in regione in cui l'economia privata è debole o poco presente⁽¹⁵⁾.

Le aspettative del d.lgs. n. 367/1996 si rivelarono disattese e non di ebbero dei riscontri positivi da parte degli investitori privati. Le nuove fondazioni liriche, infatti, non videro l'ingresso del mondo privato. Sin dal primo periodo di attuazione del decreto emersero delle criticità, dovute molto probabilmente alla poca chiarezza sui rapporti di gestione tra il pubblico e il privato, l'entità dell'impegno finanziario dei soggetti privati e la mancanza di vantaggi fiscali per le imprese⁽¹⁶⁾. Dei tredici enti interessati, soltanto il Teatro La Scala deliberò la sua trasformazione nel 1997. Si rese necessario un nuovo intervento, in quanto non si realizzò, per gli altri dodici enti, quella

⁽¹⁴⁾ L'incentivo alle contribuzioni da parte dei privati era costituito dalla possibilità di nominare membri del Consiglio di amministrazione della fondazione proporzionalmente all'apporto erogato, secondo una logica che potrebbe definirsi premiale.

⁽¹⁵⁾ F. RIGANO, *La privatizzazione degli enti lirici*, in G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, cit., p. 55.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. VALENTI, *La legislazione per lo spettacolo e le attività musicali*, cit., p. 175; M. V. DE GIORGI, G. PONZANELLI, A. ZOPPINI, *Il riconoscimento delle persone giuridiche – D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361*, Milano, 2001, p. 31; P. MANES, *Fondazione fiduciaria e patrimonio allo scopo*, Padova, 2005, p. 41; E. MOSCATI, *Associazioni e fondazioni: finalità fiduciarie e loro rilevanza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 25.

collaborazione finanziaria tra pubblico e privato, come soluzione intermedia tra l'insostenibilità della quasi totale copertura pubblica e un ridimensionamento dell'impegno statale attraverso la partecipazione dei privati. Inoltre, è opportuno ricordare che non erano previste sanzioni, in caso della mancata delibera di trasformazione dell'ente.

3. — *La natura pubblica delle fondazioni lirico sinfoniche.*

Il d.l. n. 64/2010, convertito in l. n. 100/2010 ha posto il riordino delle fondazioni lirico-sinfoniche, di cui all'art. 1, basato sul criterio di razionalizzazione dell'organizzazione e del funzionamento. Il nuovo assetto delle fondazioni, al fine anche di incentivare l'intervento di soggetti privati, doveva essere improntato sui principi di economicità, efficienza, imprenditorialità e di corretta gestione. L'articolo 1, impugnato dalla regione Toscana, prevedeva una serie di disposizioni da attuarsi con regolamenti governativi finalizzate ad un recupero di efficienza, che si sostanzia in previsioni relative alla vigilanza sulla gestione economico-finanziaria, disciplina della contrattazione collettiva, autonomia vigilata, forme organizzative speciali in relazione anche alla rilevanza internazionale. I criteri di ripartizione del finanziamento statale dovevano essere riformati anche tenendo conto dei risultati economici delle relative gestioni, salvaguardando tuttavia le finalità culturali e sociali delle singole fondazioni. La quota del finanziamento statale veniva attribuita in base alla quantità e alla qualità della produzione svolta dalle singole fondazioni, della loro regolarità gestionale e del successo di pubblico.

La Corte costituzionale, a seguito del d.l. n. 64/2010 (l. n. 100/2010), con la sentenza n. 153/2011, ha ribadito la natura pubblica delle fondazioni lirico-sinfoniche, nonostante la loro qualifica formale privatistica. La prevalenza del finanziamento pubblico, l'assoggettamento al controllo della Corte dei Conti e le finalità perseguite di rilevante interesse nazionale la marcano l'impronta pubblicistica di tali fondazioni. Di particolare interesse, in questa nuova disciplina, era la previsione di "forme organizzative speciali", che ha

trovato attuazione con il d.P.R. n. 117/2011⁽¹⁷⁾. Tale decreto determinava i criteri e le modalità per il riconoscimento delle forme organizzative speciali, che vantavano requisiti specifici di capacità imprenditoriale. Requisito fondamentale, per ottenere il riconoscimento di forma organizzativa speciale, era innanzitutto l'equilibrio economico-patrimoniale di bilancio. Inoltre, tale forma poteva essere attribuita a quelle fondazioni lirico-sinfoniche che fossero dotate di assoluta rilevanza e presenza internazionale delle attività, di eccezionale capacità produttiva e di attrarre significativi apporti privati. Pertanto, la Corte ritiene che l'ambito nel quale il decreto legge impugnato opera, sia da ricondursi più propriamente alla potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali. La natura giuridica di diritto privato non osta alla considerazione che le fondazioni lirico-sinfoniche siano sostanzialmente soggetti di marcata impronta pubblicistica in ragione di molteplici elementi: assolvimento a compiti di interesse nazionale, rilevanza dei finanziamenti statali, assoggettamento alla Corte dei conti, patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, organismo di diritto pubblico, secondo gli elementi individuati dalla normativa comunitaria, soggetto alla disciplina del Codice degli appalti pubblici, carattere nazionale in ragione delle loro finalità. Peraltro le fondazioni lirico-sinfoniche sono per gli aspetti privatistici regolamentate all'interno della materia ordinamento civile, anch'essa di esclusiva competenza statale. L'obiettivo, specificato nella legge di conversione, dello Stato di perseguire la tutela diretta dei valori culturali precipui degli enti citati, congiunto ed insito nel riordino e riassetto di essi, consente di poter affermare che si è in presenza di una disciplina sistematica degli enti strumentali dello Stato per la concreta attuazione dei principi fondamentali relativi alla tutela della cultura e del patrimonio artistico e storico di cui all'articolo 9 della Costituzione. Inoltre è dirimente per tali enti la natura assimilabile a quella delle istituzioni di alta cultura, che in forza del 6° comma dell'articolo 33 della Costituzione, lo Stato ha titolo a disciplinare con legge. La Corte afferma nuovamente

⁽¹⁷⁾ La Fondazione Teatro alla Scala di Milano e la Fondazione Accademia Nazionale di Santa Cecilia di Roma sono state riconosciute come forme organizzative speciali.

come il fine dello sviluppo della cultura giustifichi un intervento dello Stato al di là del riparto di competenze per materia tra Stato e Regioni, così come avviene per il perseguimento del valore immanente nell'attività di ricerca scientifica. È pertanto da ascrivere allo Stato la competenza esclusiva a disciplinare l'assetto organizzativo ed ordinamentale delle fondazioni lirico sinfoniche in quanto si verte in materia di cui all'articolo 117, 2° comma lettera g), in ragione dell'interesse pubblico a valenza unitaria perseguito, per la tutela dei valori costituzionali di sviluppo della cultura e della salvaguardia del patrimonio storico ed artistico nazionale, valori riconosciuti nell'attività peculiare di tali enti.

4. — *La governance delle fondazioni lirico-sinfoniche.*

Gli organi degli Fondazioni lirico sinfoniche, introdotti con la legge Corona e rimasti sostanzialmente inalterati con il decreto Veltroni e gli interventi successivi sono il Presidente, il Sovrintendente, il Consiglio di amministrazione e il Collegio dei revisori, che durano in carica cinque anni.

Il Sindaco del Comune è designato come Presidente⁽¹⁸⁾ e ha la rappresentanza legale della Fondazione, convoca e presiede il Consiglio di amministrazione.

Il Consiglio di indirizzo, o Consiglio di amministrazione, è composto dal Presidente e dai membri designati da ciascuno dei fondatori pubblici e dai soci privati che versino almeno il 5% del contributo erogato dallo Stato⁽¹⁹⁾. Il numero dei componenti non può comunque essere superiore a sette e

⁽¹⁸⁾ Il Presidente dell'Accademia Nazionale di Santa Cecilia di Roma è il presidente dell'Accademia stessa, il quale svolge anche la funzione di sovrintendenza.

⁽¹⁹⁾ Ai tempi della legge Corona il Consiglio di amministrazione veniva nominato dal Ministero per il turismo e per lo spettacolo e durava in carica quattro anni. Era composto, oltre che dal Presidente e dal Sovrintendente, dal Direttore del Conservatorio di musica locale o dell'Istituto musicale pareggiato, da rappresentanti dei musicisti, dei lavoratori dello spettacolo, degli industriali dello spettacolo; da rappresentanti del Comune, della Provincia, della Regione; da rappresentanti dell'ente provinciale per il turismo e dell'azienda locale di soggiorno o turismo.

la maggioranza deve in ogni caso essere costituita da membri designati da fondatori pubblici. Esso ha il compito di deliberare le modifiche statutarie, i programmi di attività, i bilanci preventivi, i bilanci consuntivi e le relative variazioni. Inoltre, il Consiglio di amministrazione si deve pronunciare sulla delibera delle direttive generali, del regolamento giuridico ed economico del personale, degli acquisti, alienazioni e locazioni di beni immobili. La convocazione del Consiglio di amministrazione è di almeno tre volte all'anno e ogni volta che un terzo dei suoi componenti ne faccia richiesta.

Il Sovrintendente ricopre la funzione direttiva dell'attività dell'ente lirico o dell'istituzione assimilata. Il Sovrintendente, quale unico organo di gestione, coadiuvato da un Direttore artistico e da un Direttore amministrativo. La nomina spetta al Ministro per i beni e le attività culturali, su proposta del Consiglio di indirizzo⁽²⁰⁾.

La figura del Direttore artistico non è designata tra gli organi gestionali⁽²¹⁾, ma ha la responsabilità dello svolgimento delle manifestazioni sotto il profilo artistico e affianca il sovrintendente nella conduzione artistica dell'ente o istituzione.

Con il d.l. n. 21/2013, detto Decreto Valore Cultura, convertito in l. n. 112/2013, vengono introdotte delle misure al fine di far fronte allo stato di grave crisi del settore, di pervenire al risanamento delle gestioni e al rilancio delle attività delle fondazioni lirico-sinfoniche. Tra le novità del decreto vi è l'istituzione di un Commissario straordinario, scelto tra soggetti di comprovata esperienza di risanamento nel settore artistico-culturale. Nominato dal Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, il Commissario assicura gli equilibri strutturali del bilancio, sotto il profilo patrimoniale ed economico-finan-

⁽²⁰⁾ La sua nomina spettava al Ministero per il turismo e per lo spettacolo, su proposta del Consiglio comunale della città sede dell'ente o dell'istituzione. Le sue funzioni consistevano nel predisporre i bilanci preventivi e consuntivi e, in collaborazione con il Direttore artistico, i programmi delle attività che dovevano essere sottoposti alla delibera del Consiglio di amministrazione.

⁽²¹⁾ Il Direttore artistico, con la legge Corona, era nominato dal Consiglio di amministrazione fra i musicisti più rinomati e di comprovata competenza teatrale o musicologici.

ziario, entro i tre successivi esercizi finanziari. Il Decreto Valore Cultura, benché abbia saputo, da un lato, constatare la necessità di una riforma complessiva del settore delle attività dello spettacolo, dall'altro, ha scoraggiato l'intervento privato e ricondotto le fondazioni sotto la sfera statale. Si tratta di un ritorno al centralismo e al controllo statale delle fondazioni acutizzato dalle difficoltà per l'accesso alla qualifica di socio di fronte alle quali sono stati messi i privati⁽²²⁾.

5. — *Gli artisti lirici e le tipologie contrattuali con le fondazioni lirico-sinfoniche.*

All'interno delle fondazioni lirico sinfoniche anche gli stessi artisti che sono i protagonisti delle varie opere e rappresentazioni possono avere un ruolo che non si limita solamente alla prestazione artistica. Innanzitutto, gli artisti lirici sono distinti da una gerarchia di qualifiche che va dall'artista primario al comprimario, al tescicoreo, al corista e, infine, alle figuranti (o tramagnino) ed alla comparsa.

Gli artisti lirici primari e comprimari si distinguono, a seconda della voce, in tenore, soprano, baritono, mezzo soprano, basso. Vi sono poi variazioni di queste voci: basso comico, basso profondo, tenore drammatico, tenore lirico, soprano drammatico, soprano lirico, ecc. Rispetto al grado si distinguono in: primo assoluto o artista primario al quale è assegnata la parte principale e non può essere obbligato a sostenere una secondaria; primo assoluto senza predilezione, il quale, rispetto agli altri artisti del suo rango, non ha diritto alla scelta dell'opera o della parte e, quando viene scritturato contemporaneamente ad un altro primo della sua stessa qualità, si presume che sia con costui scritturato "a vicenda". Il cosiddetto altro primo, che sarebbe in realtà il secondo tenore, o primo non assoluto, che è obbligato a sostenere le parti secondarie, non però le infime⁽²³⁾. Le specie di contratto

⁽²²⁾ R. LEO, *La privatizzazione degli enti lirici: un fallimento annunciato*, in *Giustamm*, n. 3/2017, p. 7.

⁽²³⁾ L. DE LITALA, *Contratti speciali*, Padova, 1953, p. 505.

individuale previste da quello collettivo sono a termine ed a recita; non è considerata l'ipotesi del contratto a tempo indeterminato che, nella pratica è infrequente o almeno lo è stata fino alla istituzione degli Enti lirici i quali, data la loro struttura pubblicistica, hanno un proprio organico con artisti assunti anche a tempo indeterminato. La disciplina del contratto a termine è simile a quella del contratto di lavoro in genere, salvo che, per le speciali esigenze del rapporto, è introdotto un singolare concetto di termine elastico detto *comporto* ed indicato, per consuetudine, dalla parola "circa". Salvo patto contrario il *comporto* è stabilito nella misura di cinque giorni per le scritture di durata superiore al mese e di tre giorni per quelle inferiori. Questo diritto può essere esercitato anche due volte, all'inizio ed alla scadenza della scrittura, come si deduce dalla particella congiuntiva e non disgiuntiva adottata dal contratto collettivo⁽²⁴⁾. Trattasi di una concezione forse inconsueta del termine, ma senza dubbio aderente alle speciali esigenze delle imprese di spettacolo che, per ragioni artistiche ed organizzative, spesso non sono in grado di predeterminare con rigore l'inizio e la fine della prestazione. Per le medesime ragioni è consentita all'impresario anche la facoltà di modificare in misura superiore a quella del *comporto* l'inizio o il termine delle scritture a condizione, però, che sia dato all'artista un preavviso non inferiore ai tre mesi e che lo stesso non sia impedito da precedenti obblighi contrattuali. Anche il termine finale può essere prorogato, per le stagioni di durata superiore a due mesi, con un preavviso di otto giorni e sempre che non si oppongano precedenti impegni contrattuali dell'artista. La clausola è sostanzialmente diversa, nella finalità e nella durata del termine da quella relativa al *comporto* ed a differenza di questa può essere esercitata una sola volta, all'inizio o alla scadenza del rapporto. Il contratto a recita, altro non è che una specie di contratto a termine, distinto da un diverso sistema retributivo, commisurato al numero delle recite anziché al tempo. Per gli artisti primari è però previsto il limite minimo di una recita ogni cinque giorni di impegno contrattuale e massimo di quattro ogni settimana, con non più di

⁽²⁴⁾ G. TREVISANI, *Il teatro italiano*, Roma, 1938, p. 282; D. CORVI, *Causa e tipo del contratto di lavoro artistico*, cit., p. 86.

due rappresentazioni in giorni consecutivi. All'impresario è riconosciuta la facoltà di distribuire le recite stesse come meglio riterrà opportuno entro i limiti della durata contrattuale; non è prevista però l'ipotesi, realmente verificatasi, del contratto risolto per causa di forza maggiore prima che l'artista abbia prestato il numero delle recite pattuite. Si ritiene che in questo caso la retribuzione sia parimenti dovuta, sino al verificarsi della causa estensiva del rapporto, nella misura che all'artista sarebbe spettata se avesse effettivamente recitato almeno ogni cinque giorni. Infatti la posizione subordinata dello scritturato esclude che il corrispettivo sia dedotto in esclusiva funzione di un risultato, essendo sufficiente, perché si realizzi la causa del negozio, poiché l'artista sia a disposizione dell'impresario, vincolato ai doveri tipici del rapporto e pronto a rendere l'opera non appena gli venga richiesta.

Per i comprimari, invece, dato il minore impegno del loro ruolo, quando la scrittura è superiore ad una settimana, il limite è portato ad un massimo di sei recite settimanali. La maggior specializzazione richiesta dall'opera lirica rispetto alle altre specie di spettacolo comporta uno stretto collegamento tra i concetti di parte, ruolo e repertorio. Tanto l'artista quanto l'impresario debbono dichiarare preventivamente quali saranno le opere da rappresentare (repertorio); in altri termini nella lirica la indicazione del repertorio è assai più rigorosa di quanto non si verifichi ad esempio nella prosa o nel varietà, sia per il maggior impegno richiesto dalla preparazione, sia perché determinati componenti non si prestano alle attitudini di tutti gli esecutori anche se "di cartello". Il termine repertorio, inteso in senso soggettivo, può anche indicare il numero delle parti per cui l'artista è preparato, idoneo e costituisce un vero e proprio suo patrimonio professionale. Nella lirica, fatta eccezione per le opere nuove, si presume che lo scritturato già conosca la parte e ciò si riflette sulla disciplina delle prove e del recesso: le prime, al contrario di quanto avviene nel teatro di prosa, volte più all'affiatamento della compagnia che all'apprendimento della parte. Consolidata giurisprudenza⁽²⁵⁾, dopo aver individuato la natura del rapporto tra l'allora Ente co-

⁽²⁵⁾ G. PETRILLO, *Il contratto di scrittura artistica*, in F. GALGANO (a cura di), *I contratti commerciali, dell'industria e del mercato finanziario*, Milano, 1999, II, p. 1941ss.

munale ed artista, ritenendola questione preliminare, afferma che tra i poteri direttivi dell'imprenditore lirico, che non può ignorare la personalità morale dell'artista interprete, va escluso quello di omettere la fase preparatoria dello spettacolo, specie quando questa riguardi la prova generale, diretta, come è noto, all'accertamento della fusione degli elementi del complesso artistico negli spettacoli lirici⁽²⁶⁾. A sua volta, deve ritenersi che l'impresario possa legittimamente recedere per giusta causa qualora l'artista dimostri una insufficiente conoscenza della parte che ha dichiarato di "avere in repertorio".

Un particolare rilievo è dato alla casistica delle infrazioni disciplinari e delle relative sanzioni⁽²⁷⁾, istituti che, proprio nella loro dettagliata esposizione, confortano la opinione di coloro che ritengono l'artista un lavoratore subordinato all'impresa, inserito nella sua stessa organizzazione. Alla doppia rappresentazione, vale a dire, a due recite nella stessa giornata, sono tenuti solo i comprimari e non i primari che pertanto possono opporsi; in ogni caso, tanto nel contratto a recita che a termine, è dovuto il doppio della retribuzione convenuta. Inoltre, l'artista chiamato per improvvisa sostituzione di opera o di parte non potrà rifiutarsi di cantare, sempre che l'opera o la parte rientrino nel repertorio convenuto. Il contratto attribuisce inoltre all'impresario una facoltà particolare, in un certo qual senso contrastante con la natura fiduciaria e personale del rapporto quella di pretendere che l'artista presti la propria opera anche a favore di altre imprese o enti che ne avessero necessità.

Si è già detto che i coristi non sempre rientrano nell'ampia categoria degli attori in quanto, spesso, non compaiono in scena e limitano la loro partecipazione al completamento della parte meramente musicale. Sono inoltre, per intrinseca caratteristica del ruolo, anonimi, come, e se possibile, più delle comparse dato che la loro persona, nello spettacolo, rileva solo quale parte

⁽²⁶⁾ Trib. Napoli, 4 ottobre 1973, in *Rass. dir. cinem.*, 1974, p. 158. In precedenza, Trib. Milano, 24 luglio 1952, *ivi*, 1952, p. 168.

⁽²⁷⁾ Cass., 6 luglio 1960, n. 2143, Ronchi c. Kelston. La corretta interpretazione degli artt. 21 n. 1 e 22 lett. a) del contr. coll. 25 marzo 1932 non consente che il semplice ritardo alle prove (per cui sono previste sa venga assimilato alla mancata tempestiva presenza del cantante sulla "piazza").

di gruppo a sé stante: il coro. Tuttavia a loro è richiesta una ben superiore preparazione professionale, è stata riconosciuta la qualifica impiegatizia⁽²⁸⁾ e sono compresi tra le categorie soggette alla assicurazione obbligatoria. Sono distinti da una gerarchia di qualifiche riportata, sia pure ai soli fini salariali: *Prima categoria*: artisti del coro che hanno repertorio e pratica professionale; *Seconda categoria*: artisti del coro che hanno prestato sei mesi di effettivo servizio nel teatro come “aspiranti”; la permanenza in questa categoria non potrà superare un anno di effettivo servizio; *Terza categoria*: aspiranti artisti del coro e cioè coloro che non hanno repertorio e pratica professionale; anche per questa categoria la permanenza non deve superare un anno di effettivo servizio⁽²⁹⁾.

I coristi sono distinti anche dal tipo di voce di cui sono dotati: soprani, mezzo soprani, contralti, tenori, baritoni, bassi, differenze di cui i contratti collettivi non fanno menzione perché intese a mere finalità funzionali; su di esse è però essenziale il consenso delle parti, sia pure implicite, poiché ineriscono al contenuto della prestazione e potrebbero manifestare effetti rilevanti riguardo agli istituti del recesso e della protesta. Le sezioni di cui normalmente è composto ogni coro sono costituite da tutti coloro che hanno le medesime caratteristiche vocali. Il C.C.N.L. del 9 dicembre 2004 prevede che l'orario di lavoro individuale giornaliero del corista sia fissato in 7 ore suddivise in due prestazioni, tra le quali dovrà intercorrere, salvo il caso di doppio spettacolo, un intervallo di almeno due ore. In caso di prestazioni continue di assieme la durata normale giornaliera di lavoro individuale, non potrà superare le sei ore. Qualora venga chiesto al corista nell'arco della giornata unicamente prestazioni vocali, l'orario di lavoro è fissato in cinque ore suddivise in due prestazioni, ovvero in quattro ore in caso di unica prestazione continuata. Successivamente al debutto, il corista è tenuto, oltre allo spettacolo, ad effettuare due ore di prove giornaliere. In

⁽²⁸⁾ Trib. Milano, 30 settembre 1941, Tedeschi c. Ente autonomo Teatro della Scala, in *Mass. giur. lav.*, 1942, p. 84.

⁽²⁹⁾ La medesima distinzione di qualifica era riportata dal contratto corporativo 19 ottobre 1935; l'unica differenza era data dalla permanenza nella qualifica che per la seconda categoria era di un anno anziché di sei mesi e per la terza senza limite alcuno.

giornata di trasferimento l'orario di lavoro individuale del corista è fissato, in regime ordinario di lavoro in caso di solo trasferimento, in nove ore giornaliere: in caso di trasferimento e spettacolo, o spettacolo e trasferimento, in nove ore giornaliere; in caso di trasferimento e prova, ovvero prova e trasferimento, in nove ore giornaliere. L'effettuazione di prove è tuttavia esclusa quando la durata del trasferimento ecceda le sei ore; in caso di trasferimento prova e spettacolo, ovvero prova spettacolo e trasferimento, ovvero spettacolo prova e trasferimento, in otto ore giornaliere. In tale ipotesi tuttavia la durata della prova non deve essere inferiore a due ore, tranne che si tratti di semplice prova tecnica e, inoltre, tra le prestazioni giornaliere deve essere previsto non più di un intervallo. Agli effetti dell'esaurimento dell'orario ordinario di lavoro in giornata di spettacolo, nonché il tempo dedicato al trucco e allo strucco, da calcolarsi nel limite massimo di un'ora. Resta salva la facoltà per la Direzione ed il Comitato di compagnia di fissare convenzionalmente la durata dello spettacolo mediante un arrotondamento della relativa effettiva durata dello spettacolo, nonché il tempo dedicato al trucco, da calcolarsi nel limite massimo di un'ora. L'intervallo di due ore, tranne il caso di doppio spettacolo, deve intercorrere tra le due prestazioni giornaliere, può essere ridotto d'intesa con il Comitato di compagnia. Il doppio spettacolo giornaliero, qualunque ne sia la durata, esaurisce le prestazioni lavorative giornaliere in regime normale di lavoro. Nei giorni di doppia recita il cambio dello spettacolo è ammesso solo nel caso in cui uno dei due spettacoli programmati sia socialmente finalizzato al mondo del lavoro, della scuola o del quartiere. Nell'ambito del normale orario di lavoro il corista è tenuto, su richiesta dell'impresa a prestare indifferentemente e senza alcuna maggiorazione di compenso la propria attività per prove, spettacoli – per un massimo di otto spettacoli settimanali, si tratti dello stesso spettacolo ovvero di spettacoli diversi – manifestazioni culturali, *recital*, dibattiti o corsi di studio. Tra la fine di una giornata lavorativa e l'inizio della successiva dovranno intercorrere almeno dieci ore. L'intervallo di dieci ore tra la fine di una giornata lavorativa e l'inizio della successiva, può essere ridotto per non più di tre volte al mese qualora ciò sia reso necessario dall'orario.

Le comparse sono coloro che fanno semplice atto di presenza, normalmente in gruppo, con funzioni di semplice contorno; i figuranti, invece, hanno compiti di maggiore rilievo, analoghi a quelli dei generici cinematografici, salvo che non pronunciano battute. Comparse e figuranti sono guidati, comandati e talora assunti dal capocomparsa⁽³⁰⁾. La disciplina collettiva, come quella relativa alle comparse cinematografiche, non si occupa di questa categoria⁽³¹⁾, fatto che si spiega ancor meno di quanto non sia riguardo all'industria cinematografica, dato che, nel teatro lirico (per il minor numero delle comparse occupate, la maggior continuità e stabilità dei rapporti, l'esigenza di una sia pur elementare preparazione professionale ed il diretto contatto con gli spettatori) la caratteristica della occasionalità e della non professionalità è assai meno evidente.

Il primo riferimento contrattuale che troviamo per gli artisti lirici risale al "Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per gli Artisti Lirici" stipulato il 25 Marzo 1932, nel quale si fissavano regolamenti ed istituti contrattuali per la categoria. Da allora il successivo riferimento, dopo quarant'anni, diventa il "Nuovo Contratto Collettivo di Lavoro per gli Artisti Lirici scritturati dagli Enti Lirici e Sinfonici" del 24 marzo 1972. Quest'ultimo contratto, di valenza biennale (pertanto a scadenza nel 1974), regolava alcuni istituti contrattuali nonché ipotesi di «compensi minimi contrattuali». Da allora, dopo ben ventotto anni senza rinnovo contrattuale, (sempre che quello del 1972 abbia effettiva validità) si ritrova un riferimento alla questione, nel corso di una riunione svoltasi il 1° giugno 2000, tra le Organizzazioni Sindacali dei lavoratori SLC-CGIL, FISTEL-CISL, UILSIC-UIL e FIALS-CISAL, in occasione della sottoscrizione dell'ipotesi di accordo per il rinnovo del "Contratto collettivo nazionale di lavoro per il personale dipendente delle Fondazioni liriche e sinfoniche". Veniva fatta una richiesta all'ANFOLS di esprimersi

⁽³⁰⁾ Così il contr. coll. 10 novembre 1956 (d.P.R. 18 marzo 1960, n. 388).

⁽³¹⁾ Comparse e figuranti sono esclusi anche dalla disciplina del collocamento per l'occasionalità dell'occupazione (circ. 8 novembre 1962 del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale); contrasta però riguardo ai figuranti, il fatto che gli stessi sono compresi tra le categorie obbligatoriamente iscritte all'Ente nazionale di previdenza ed assistenza per i lavoratori dello spettacolo (d.leg.C.P.S. 16 luglio 1947, n. 708, art. 3, n. 9).

sui seguenti punti: 1) possibilità di partecipazione dei lavoratori nella gestione delle Fondazioni; 2) regolamentazione dei rapporti con gli artisti lirici ed i comprimari. È stata rappresentata la possibilità di fissare “cachet minimi” per i comprimari e di prevedere forme di comunicazione alle OO.SS. delle programmazioni artistiche; 3) Contratti professionali in essere.

Non si è saputo più niente e da allora, anche in presenza di richieste scritte da parte di questa Associazione di potersi sedere ai “tavoli” delle varie trattative durante il corso degli anni, nessuna risposta affermativa ci è mai pervenuta. Peraltro nel 2006 ritroviamo un ulteriore riferimento alla questione, all’interno di un decreto dell’allora ministro Buttiglione che conteneva disposizioni in merito al coordinamento delle fondazioni lirico-sinfoniche e in particolare alla regolamentazione delle “scritture artistico-professionali”. Si prevedeva tra l’altro un “cachettario” (lirica, concertistica e danza) diviso per classi cosiddette di «esperienza e valore artistico» nonché di «classificazione di ruoli»; si costituiva poi inoltre una Commissione di esperti con il compito di verificare l’applicazione corretta da parte delle imprese dello spettacolo del suddetto “cachettario”, nonché di proporre lo schema di un “contratto tipo” appunto per le “scritture artistico-professionali”.

In mancanza di una contrattazione collettiva della categoria, nonché di una tipologia di “contratto tipo per le scritture artistico-professionali”, ogni Teatro, ogni impresa dello spettacolo ha adottato una propria metodologia e normativa contrattuale per regolare i rapporti lavorativi con gli artisti lirici solisti. Si sono venuti affermando nella prassi, prevalentemente contratti di “prestazione d’opera” a partita Iva, cioè un lavoro autonomo ricondotto genericamente nella tipologia contrattuale del “Contratto d’opera” di cui all’articolo 2222 del codice civile, «quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un’opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente».

La Circolare n. 1/2004 del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali disciplinava la fattispecie delle «collaborazioni coordinate e continuative nella modalità c.d. a progetto» contenute nel d.lgs. n. 276/2003, negli articoli da 61 a 69. La riforma, prevedeva tuttavia tutta una serie di rapporti di collaborazioni esclusi dalle regole del progetto. Da ciò si dedu-

ceva che non essendo gli artisti lirici iscritti ad alcun albo professionale i loro “contratti di durata” rientravano prevalentemente nella fattispecie delle “collaborazioni a progetto”. A seguito del *Jobs Act* però il lavoro a progetto è stato abrogato, con la conseguenza che rimane ancora come contratto principale il “contratto d’opera” di cui all’art. 2222 e ss. del codice civile e soprattutto le collaborazioni continuate e continuative.

Sarebbe quanto mai auspicabile una nuova disciplina per questi gli artisti lirici sia per quanto riguarda la contrazione collettiva sia come legge quadro, infatti essi con maggiori tutele e garanzie potrebbero sicuramente aiutare le stesse Fondazioni, magari anche contribuendo alla gestione e all’organizzazione delle Fondazioni. Si potrebbe anche ipotizzare e auspicare una sorta di “partecipazione agli utili” per gli artisti che alimentano con il loro lavoro o con le loro performance l’attività economica ed artistica della fondazione stessa. Bisogna però annotare che la storia giuridica italiana ha decisamente trascurato i lavoratori dello spettacolo, in particolare nel mondo musicale, e sarebbe quanto mai doverosa una legge che dia dignità a questi lavoratori ancora oggi sprovvisti di tutela per gli infortuni sul lavoro, sulla disoccupazione involontaria e che ha ancora il grande tetto delle 120 giornate lavorative annue per avere i contributi previdenziali. Si sta ragionando nel Parlamento di operare questa storica riforma dopo 70 anni di vuoto legislativo⁽³²⁾, che ha visto solamente nel 2009 e nel 2011, con le proposte Foti e Carlucci, due tentativi di dare sostegno e riconoscimento giuridico ai lavoratori dello spettacolo.

6. — *L’Art Bonus*.

La promozione e l’incentivo al sostegno finanziario nel settore culturale e dello spettacolo da parte dei soggetti privati possono essere stimolati attraverso un sistema di detrazioni fiscali. Fino a pochi anni fa la normativa di riferimento era rappresentata dal d.P.R. n. 917/1986, recante il Testo Unico

⁽³²⁾ In Senato è stato depositato una proposta di legge quadro sui lavoratori dello Spettacolo da parte della senatrice Urania Papatheu.

delle Imposte sui Redditi, che distingue i metodi di assegnazione del beneficio in base alla natura soggettiva del donatore. Con il d.l. n. 83/2014, convertito in l. n. 106/2014, viene introdotto l'*Art Bonus*, quale mezzo inteso a sostenere interventi di mecenatismo a favore della cultura e dello spettacolo, sotto forma di credito d'imposta pari al 65% delle erogazioni liberali in denaro. Il credito d'imposta è riconosciuto a tutti i soggetti che effettuano tali a sostegno della cultura e dello spettacolo, indipendentemente dalla natura e dalla forma giuridica. Ai sensi dell'art. 1, 1° comma, le forme di mecenatismo culturale devono riguardare: *a)* interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici; *b)* sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura di appartenenza pubblica⁽³³⁾, delle fondazioni lirico-sinfoniche e dei teatri di tradizione, delle istituzioni concertistico-orchestrali, dei teatri nazionali, dei teatri di rilevante interesse culturale, dei festival, delle imprese e dei centri di produzione teatrale e di danza; *c)* realizzazione di nuove strutture, restauro e potenziamento di quelle esistenti di enti o istituzioni pubbliche che, senza scopo di lucro, svolgono esclusivamente attività nello spettacolo.

Sono previsti criteri di fruizione e limiti massimi differenziati di spettanza del credito d'imposta, in relazione alla qualifica del soggetto che effettua le erogazioni liberali.

Per le persone fisiche e per gli enti che non svolgono attività commerciale, il credito d'imposta è riconosciuto nel limite del 15% del reddito imponibile possono fruirne nella dichiarazione dei redditi. Tali soggetti fruiscono della prima quota annuale del credito d'imposta, nella misura di un terzo dell'importo maturato, nella dichiarazione dei redditi relativa all'anno in cui è stata effettuata l'erogazione liberale, ai fini del versamento delle imposte sui redditi. La quota annuale non utilizzata può essere riportata in avanti nelle dichiarazioni dei redditi dei periodi successivi, senza limiti temporali (art. 1, 2° comma).

Per i soggetti titolari di reddito d'impresa ed enti non commerciali che esercitano anche attività commerciale il credito d'imposta è riconosciuto nel limite del 5x1000 dei ricavi annui ed è utilizzabile in compensazione. L'im-

⁽³³⁾ Musei, biblioteche, archivi, aree e parchi archeologici, complessi monumentali, come definiti dall'art. 101 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004).

presa può utilizzare il credito d'imposta detraendolo dai versamenti dovuti, nei limiti di un terzo della quota maturata, dal primo giorno del periodo di imposta successivo a quello delle effettuazioni liberali (art. 1, 3° comma).

La legge di stabilità 2016 ha stabilizzato e reso permanente l'*Art Bonus*, ciò ha fatto sì che si sia incrementato il sistema⁽³⁴⁾, infatti l'*Art Bonus* si sta rivelando come uno strumento fondamentale di supporto al patrimonio culturale italiano da parte di cittadini ed imprese. Infatti, come riportato nell'ultimo rapporto annuale *Federculture*, nonostante l'impatto economico prevalente sia determinato dalle donazioni di imprese e fondazioni bancarie, si registra anche una grande partecipazione di privati cittadini (circa il 60%). A metà 2018 le erogazioni private alla cultura effettuate tramite *Art Bonus* avevano raggiunto i 264,7 milioni di euro, con 8.531 mecenati che hanno effettuato donazioni per la realizzazione di 1.703 interventi in favore di musei, monumenti, siti archeologici e fondazioni lirico-sinfoniche⁽³⁵⁾.

7. — *Le prospettive future delle fondazioni lirico-sinfoniche.*

Il percorso giuridico delle fondazioni liriche ha attraversato varie fasi che ha fatto sì che diventassero delle speciali fondazioni di diritto privato. Fin dalle origini, e in particolare modo negli ultimi anni, sono intervenute molte disposizioni di carattere economico volte a fronteggiare la crisi del settore lirico sinfonico, in particolare prevedendo il riassetto della *governance* delle fondazioni e l'adozione di piani di risanamento, ed erogando specifiche risorse.

La legge di bilancio 2019 (l. 145/2018: art. 1, 602° comma) ha prorogato al 31 dicembre 2020 le funzioni del commissario straordinario e ha rinnovato la possibilità di conferire un massimo di tre incarichi di collaborazione della durata massima di 12 mesi a supporto delle attività del commissario. Inoltre, ha stanziato risorse per sostenere le azioni e i progetti delle fondazioni finalizzati alla riduzione del debito esistente. La stessa legge di bilancio

⁽³⁴⁾ G. TROISI, *Diritto dello spettacolo*, Milano, 2017, p. 80.

⁽³⁵⁾ XIV Rapporto annuale *Federculture*, 2018.

2019 ha previsto, inoltre, la possibilità che, a supporto delle attività del commissario, siano conferiti fino a un massimo di tre incarichi di collaborazione, della durata massima di 12 mesi, a persone di comprovata qualificazione professionale nella gestione amministrativa e contabile di enti che operano nel settore artistico-culturale, nel limite di spesa di € 75.000 annui. Analoga possibilità era stata prevista, per la durata massima di 24 mesi, dalla già citata legge di stabilità 2016 (l. n. 208/2015: art. 1, 357° comma).

Con riguardo alle risorse specificatamente stanziati per finalità di riduzione del debito delle fondazioni lirico-sinfoniche, la legge di bilancio 2017 (l. 232/2016: art. 1, 583° comma) aveva autorizzato in favore delle fondazioni lirico-sinfoniche la spesa di € 10 mln per ciascuno degli anni 2017 e 2018 e di € 15 mln a decorrere dal 2019. Gli importi previsti sono poi stati incrementati di ulteriori € 10 mln per il 2017 dal d.l. n. 244/2016 (l. n. 19/2017: art. 11, 3° comma) e di ulteriori € 5 mln per il 2018 dalla legge di bilancio 2018 (l. n. 205/2017: art. 1, 323° comma). La legge di bilancio 2019 ha autorizzato la spesa di € 12,5 mln per il 2019 per sostenere le azioni e i progetti delle fondazioni lirico-sinfoniche finalizzati alla riduzione del debito esistente e, a tal proposito, in attuazione è intervenuto il d.m. n. 124 del 1° marzo 2019.

Al riguardo, si ricorda che il 23 gennaio 2019 il Governo, rispondendo alla Camera all'interrogazione a risposta immediata Carbonaro 3-00459, ha reso noto che è stato dato avvio al processo di definizione di una nuova delega per la riforma del settore dello spettacolo. In particolare, ha evidenziato che il disegno di legge delega – che sarà a breve sottoposto all'attenzione del Parlamento – mira, tra l'altro, a revisionare la *governance* delle fondazioni lirico-sinfoniche e a rafforzare i poteri di vigilanza ministeriale al fine di stimolare il raggiungimento del massimo livello di qualità artistica e della sostenibilità della relativa gestione economica e finanziaria. L'intento è quello di far sì che le attuali quattordici fondazioni lirico-sinfoniche possano sostenersi economicamente e continuare a promuovere la cultura in questo settore così importante per la nostra tradizione, ma che può ancora oggi dare un importante contributo alla società.

ANDREA PIERINI ^(*)

LA REGOLAMENTAZIONE TRANSNAZIONALE
DEL SETTORE BANCARIO:
IL RUOLO DELLE REGOLE DI BASILEA

ABSTRACT: The speciality feature of the banks, as companies that carry out commercial activities and at the same time entities that guarantee access to credit and protection of savings, has completed over time a prudential regulation to provide for a system of public control of the financial operators activities, with special reference to the supervision of cross-border operators. At international level, a fundamental promise was given by the Basel Committee (composing by the representatives of Central Banks or National Supervisory Authorities), which set up a series of prudential standards related to banking supervision. At national and European level, these standards have contributed to the introduction of important interventions for regulatory compliance and reception of the new international rules.

SOMMARIO: 1. La specialità del regime giuridico dell'impresa bancaria: l'importanza di una regolamentazione pubblicistica del settore. – 2. La necessaria dimensione transnazionale della regolamentazione del settore bancario: il ruolo del Comitato di Basilea. – 3. L'attuazione delle regole di Basilea all'interno dell'Unione Europea.

1. — *La specialità del regime giuridico dell'impresa bancaria: l'importanza di una regolamentazione pubblicistica del settore.*

La centralità delle istituzioni bancarie, nell'ottica del corretto funzionamento del mercato, nonché della conseguente stabilità dell'economia reale, ha sempre fatto sì che le banche e, più in generale, i soggetti operanti nel settore finanziario, venissero assoggettati ad un regime giuridico speciale, oltre che ad un distinto sistema di controlli e vincoli pubblici.

(*) Università degli Studi di Perugia.

Del resto, la stessa regolamentazione del settore finanziario nei sistemi capitalistici, in quanto connotata dalla compenetrazione di elementi di derivazione squisitamente privatistica ed elementi pubblicistici, oggi si fonda sulla ormai conclamata e condivisa tesi per cui, ai fini della garanzia del corretto funzionamento del mercato e della sua tenuta, la regolazione del comparto bancario *in primis* non possa essere affidata unicamente all'autonomia negoziale delle parti e, dunque, al contratto ed ai relativi strumenti di tutela⁽¹⁾, laddove le esigenze di tutela del risparmio, intesa sia come garanzia della stabilità macroeconomica e dell'equilibrio monetario, che come tutela individuale del risparmiatore, postula, in effetti, necessariamente il ricorso a strumenti di carattere pubblicistico⁽²⁾.

Per questo, tenuto conto della natura e le dinamiche dell'attività bancaria, la *regulation* del settore creditizio ha posto da subito l'accento sull'esigenza di garantire la stabilità di quest'ultimo, attraverso l'introduzione di controlli amministrativi e strumenti di vigilanza incidenti sulla concorrenza tra operatori, nonché attraverso il contestuale rafforzamento della supervisione sulla sana e prudente gestione degli stessi istituti di credito⁽³⁾.

Da ciò consegue che tradizionalmente l'attività bancaria e le imprese svolgenti quest'ultima siano state oggetto di un ampio spettro di poteri pubblici di regolamentazione e conformazione del rispettivo settore di operatività, poteri ricomprendenti strumenti e misure come quelli di: a) subordinare l'ac-

⁽¹⁾ S. DETTORI, A. ZITO *Risparmio (tutela del)*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 1734 ss.

⁽²⁾ M. D'ALBERTI, in *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., p. 45, ove l'autore riprende la definizione generale di *regulation* fornita dall'O.C.S.E. intesa come: «*the diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens*»; e S. BREYER, *Regulation and Its Reform*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982, p. 156 ss.

⁽³⁾ Di qui, la conclusione per cui: «In definitiva la regolazione pubblicistica del sistema bancario e i poteri affidati alle autorità di vigilanza si muovono su un crinale assai stretto: da un lato mantenere la pressione del mercato sugli intermediari senza il quale i rischi tendono ad accrescere in modo esponenziale, dall'altro esercitare la vigilanza, non già per evitare il fallimento del singolo istituto ma per proteggere i depositanti e prevenire rischi sistemici», M. CLARICH, E.L. CAMILLI, *L'evoluzione del controllo dei rischi finanziari – Le competenze della Banca d'Italia e della Consob*, in *Atti del convegno su I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori*, organizzato da C.N.P.D.S. a Courmajeur il 26-27 settembre 2008, Milano, 2009, p. 133.

cesso all'esercizio dell'attività creditizia a controlli e vincoli di carattere autorizzatorio (secondo il modello della c.d. "vigilanza strutturale"), finalizzati ad evitare l'ingresso nel mercato creditizio di operatori con eccessiva propensione al rischio; *b*) imporre requisiti di capitalizzazione alle medesime istituzioni esercenti attività creditizia, in modo tale da consentire alle stesse di assorbire le conseguenze economiche derivanti dai rischi assunti con gli impieghi dei finanziamenti raccolti; *c*) introdurre limiti alle economie di scala e di scopo, attraverso la segmentazione territoriale (ottenuta mediante l'imposizione di restrizioni nei confronti dell'apertura di filiali e sportelli e/o della realizzazione di operazioni di fusione tra imprese esercenti il credito) e funzionale delle attività creditizie (mediante la previsione di barriere – *firewalls* tra attività creditizie ed altre attività di investimento, esercitate da intermediari operanti in diversi settori dei mercati finanziari); *d*) istituire una rete di protezione (*safety net*) in favore dei risparmiatori che abbiano investito capitali in depositi bancari, attraverso la previsione di strumenti quali l'assicurazione sui depositi e l'accesso degli istituti di credito al "prestito di ultima istanza" da parte delle Banche centrali; tale *safety net* risulta fondata su 3 presupposti giustificativi⁽⁴⁾, nella misura in cui la stessa è finalizzata a prevenire, contestualmente, episodi di panico e di corsa agli sportelli da parte degli stessi titolari dei risparmi depositati; a minimizzare la diffusione di eventuali rischi sistemici conseguenti al *default* di singole istituzioni creditizie; ad attenuare l'onere degli stessi risparmiatori di monitorare costantemente la tipologia e la rischiosità degli impieghi dei capitali depositati da parte del *management* degli stessi istituti bancari; *e*) rafforzare i requisiti di trasparenza imposti alle imprese esercenti il credito, al fine di consentire una più compiuta valutazione da parte delle autorità di controllo della conformità della gestione degli stessi istituti, rispetto alle regole condizionali e di sana e prudente gestione, che l'intermediario deve osservare per evitare l'assunzione di rischi eccessivi nell'impiego dei capitali raccolti (c.d. paradigma della vigilanza prudenziale); *f*) introdurre una disciplina speciale per la gestione e risoluzione delle crisi bancarie, laddove

⁽⁴⁾ S.R. PELLERIN, J.R. WALTER, P.E. WESCOTT, *The Consolidation of Financial Regulation: Pros, Cons, and Implications for the United States*, in 95 *Ec. Quart.* p. 123 (2009).

la sottrazione delle banche alle ordinarie procedure concorsuali si giustifica con l'esigenza di non limitare la propensione ontologica della risoluzione alla massimizzazione dell'attivo attribuibile al concorso dei creditori, dovendo le stesse procedure fare fronte alle esternalità negative che il dissesto di una banca è suscettibile di produrre sulla stabilità dei mercati (a seguito ad es. della diffusione del panico tra i risparmiatori).

Di qui, l'assunto per cui «*in questo settore dell'economia non si discute (...) dell'opportunità della regolamentazione, ma solo delle sue forme e del suo grado di incisività*»⁽⁵⁾.

2. — *La necessaria dimensione transnazionale della regolamentazione del settore bancario: il ruolo del Comitato di Basilea.*

Postulata l'incontrovertibile necessità della normazione pubblicistica in un settore ontologicamente e strutturalmente privatistico, nei sistemi capitalistici la spinta verso il rafforzamento dei controlli amministrativi sul credito e, quindi, il loro grado di incisività, è stata spesso determinata non tanto da una presa di consapevolezza della politica interna, bensì da una *voluntas* maturata a livello transnazionale, laddove, per far fronte a situazioni emergenziali, dovute al *default* di istituti creditizi nazionali con rilevanza transfrontaliera, da cui il rischio di contagio sistemico anche ultranazionale, sorgeva unanime la convinzione della altrettanto incontrovertibile necessità di un intervento coordinato da parte delle diverse autorità coinvolte, che consentisse l'individuazione di regole uniformi, applicabili al settore bancario senza il limite della sovranità nazionale.

In sintesi, al verificarsi di una crisi del settore bancario nazionale cui facevano eco conseguenze e ripercussioni anche fuori dai confini territoriali, non poteva che aversi una risposta normativa transnazionale, laddove la sottoposizione delle istituzioni creditizie, con particolare riferimento a quelle aventi rilevanza sistemica, ad una comune regolamentazione prudenziale, avrebbe consentito di rendere più efficiente la stessa funzione di vigilanza a livello locale e di prevenire i rischi di arbitraggio regolamentare e di contagio,

⁽⁵⁾ C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 2^a ed., (Il Mulino) Bologna, 2017, p. 105.

derivanti da regole di vigilanza diverse e dalla frammentazione dei poteri di supervisione.

Espressione prima di tale *voluntas* transnazionale è stata l'istituzione del Comitato di Basilea.

Infatti, al vertice del sistema normativo transnazionale, che oggi disciplina e regola in modo più o meno stringente il settore bancario, è certamente collocato il *Basel Committee on Banking Supervision* (B.C.B.S.), istituito nel 1974, allo scopo di rafforzare la cooperazione tra le autorità nazionali di vigilanza a seguito del fallimento di banche quali la *Bankhaus Herstatt*⁽⁶⁾ e la *Franklin National Bank*⁽⁷⁾.

Inizialmente, componevano il Comitato di Basilea solo i presidenti delle Banche Centrali dei Paesi del G10⁽⁸⁾, nonché del Lussemburgo, Svizzera (ove ha per altro sede il Comitato). In seguito, con l'importanza acquisita, la *membership* del Comitato si è ampliata in modo significativo, tanto da comprendere i presidenti delle Banche Centrali dei 27 Stati più industrializzati al mondo. Nel 2009, nel contesto delle riforme intraprese per far fronte alla crisi finanziaria sistemica che ha coinvolto l'America del nord e l'Europa nel biennio 2007-2008, la composizione dell'organo è stata ulteriormente allargata.

⁽⁶⁾ L'esigenza di una regolamentazione sovranazionale fu resa evidente dal fallimento della *Herstatt Bank* nel 1974. Tale Banca era la trentacinquesima per dimensioni in Germania e, a causa di alcuni investimenti sbagliati sul Forex, accumulò perdite che erano dieci volte superiori al capitale. I regolatori nazionali decisero pertanto di procedere alla liquidazione forzata; tuttavia gli uffici della Banca situati a New York, che non erano soggetti ad essi, continuarono ad operare fino alla chiusura dei mercati e le controparti con cui avevano intrattenuto rapporti quel giorno non ricevettero più alcun pagamento. La regolamentazione nazionale mostrò così tutti i limiti e si arrivò, sotto l'egida della Banca dei Regolamenti Internazionali, alla creazione di un Comitato per la Supervisione Bancaria (BCBS).

⁽⁷⁾ La *Franklin National Bank* di New York, fondata nel 1926, era classificata la ventesima banca per volume d'affari negli Stati Uniti. Nel 1974 l'amministrazione rilevò però forti perdite e i correntisti iniziarono a prelevare il proprio denaro, obbligando la banca a prendere un prestito di un miliardo di dollari dalla *Federal Reserve Bank*. L'8 ottobre 1974 la banca fu dichiarata insolvente per bancarotta fraudolenta, con forti perdite di capitali per speculazioni in valuta straniera e una cattiva politica di gestione dei prestiti. Nel 1979 gli amministratori della banca vennero processati presso la Corte Federale a New York, e condannati.

⁽⁸⁾ Ovvero i paesi del G-7 più Belgio, Paesi Bassi e Svezia.

Oggi il Comitato di Basilea, fra presidenti di Banche Centrali e supervisori bancari⁽⁹⁾, comprende quarantacinque membri provenienti dai ventotto Paesi più industrializzati⁽¹⁰⁾.

Nonostante che, dunque, il Comitato di Basilea sia uno degli attori centrali della *governance* finanziaria globale, l'identificazione dei suoi compiti, nonché l'estensione progressiva degli stessi, deve tener conto della prassi e di alcuni documenti informali prodotti da tale organismo che è privo di un trattato istitutivo⁽¹¹⁾.

Agli inizi, le funzioni del Comitato consistevano principalmente nel favorire la costruzione di una rete di cooperazione e scambio di informazioni tra le autorità nazionali di vigilanza, con l'obiettivo del miglioramento dei meccanismi interni di vigilanza, così da raggiungere una stabilità complessiva del sistema bancario internazionale, senza che fosse previsto un intervento normativo diretto di adeguamento degli *standards* prudenziali interni.

Tuttavia, nel corso del tempo, il Comitato si è ritagliato a livello internazionale un vero e proprio ruolo di *standard setter* per il credito, divenendo promotore di più di duecento *standards* internazionali tesi all'armonizzazione progressiva dei meccanismi nazionali di vigilanza.

Il percorso di costruzione di detti *standards* prudenziali internazionali ha

⁽⁹⁾ Laddove, infatti, l'attribuzione a livello interno dei poteri di vigilanza bancaria non si risolveva a favore della Banca centrale nazionale, è ammessa la partecipazione al comitato anche di un secondo rappresentante. Per l'Italia infatti vi partecipa la sola Banca d'Italia, per la Germania invece oltre la Bundesbank partecipa anche l'Autorità di vigilanza per i servizi finanziari.

⁽¹⁰⁾ Nonostante, la *membership* sia rimasta ristretta e focalizzata alla cooperazione tra i paesi più industrializzati, dove quindi il settore bancario appare maggiormente sviluppato e attivo, il Comitato ha inteso curare con le autorità di vigilanza delle aree non rappresentate al suo interno la creazione di strumenti di raccordo e cooperazione ad hoc, il che ha consentito di estendere l'applicazione degli *standards* prudenziali elaborati dal Comitato anche al di fuori dei confini geografici originari.

⁽¹¹⁾ Si è dato atto dell'istituzione del Comitato di Basilea con un solo comunicato stampa della Banca dei Regolamenti Internazionali (B.R.I.) del 12.02.1975. Inoltre, a differenza di altri organismi internazionali, il Comitato nel tempo non si è dotato di *by-laws* a disciplinarne il funzionamento interno. Cfr. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari* (Saggi di diritto amministrativo – Collana diretta da S. Cassese), Milano, 2012, p. 15 ss.

avuto inizio nel 1988 con l'emanazione di un primo pacchetto di regole, denominato Basilea I, avente quale obbiettivo soltanto quello di intervenire sui requisiti patrimoniali per far fronte al rischio di credito.

In tale accordo si è avuta per la prima volta una definizione universalmente riconosciuta del capitale minimo bancario, attraverso la fissazione di un parametro matematico, il c.d. Coefficiente patrimoniale di stabilità, per cui ad ogni apertura di credito deve corrispondere una quota di capitale accantonata in via precauzionale, la cui percentuale è direttamente proporzionale alla rischiosità stessa del prestito concesso (c.d. *Value at Risk*).

Si prevedeva, infatti, un ammontare del patrimonio nella misura dell'8% delle attività ponderate in base al rischio (da computarsi al minimo per gli Stati, nella misura del 20% per le attività delle banche multilaterali di sviluppo, del 50% per i prestiti garantiti da ipoteca; dello 0% per le attività verso il settore privato)

Le regole di Basilea I, se pur chiaramente innovative in un contesto normativo internazionale segnato dalla frammentazione e dalla assoluta discrezionalità delle legislazioni nazionali, essendo focalizzate esclusivamente alla neutralizzazione del rischio di credito, con il passare del tempo si rivelavano tuttavia inadeguate, a fronte in particolare della concentrazione sul rischio di credito e della rigidità dei parametri di computo di quest'ultimo.

Pertanto, nel 1996 veniva stabilito che il capitale minimo dovesse considerare sia il rischio di credito che quello di mercato, il quale diventava sempre più rilevante con la crescente globalizzazione in ambito finanziario e la diffusione di operatori *cross-borders*.

L'insufficienza dei parametri individuati nel 1988, spingeva successivamente il Comitato di Basilea ad improntare nuove e più stringenti regole che, nel 2004, venivano trasfuse nell'Accordo di Basilea II, introducendo il rischio operativo, connesso all'inadeguatezza delle procedure di controllo interno e a tutti quei problemi che possono interferire con la normale attività della Banca⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ L'Accordo di Basilea II intervenne sull'equazione di calcolo del coefficiente patrimoniale di stabilità, per il quale venne appunto introdotto il *rischio operativo*, cioè il rischio interno alla banca stessa, quindi tutte quelle problematiche relative al *bad management*, problemi derivanti dalla *governance* interna o infrazioni.

Lo stesso accordo sostituiva ai coefficienti fissi previsti dalle precedenti regole 2 nuove modalità di calcolo del rischio (quali i rating debitori emessi da agenzie specializzate ed i *rating* interni attraverso i quali la rischiosità viene misurata sulla base di sistemi valutazione elaborati dalla banca stessa e soggetti al controllo delle autorità nazionali)

Tuttavia, la crisi finanziaria globale del biennio 2007-2008 ha contribuito a fare emergere anche i limiti dell'Accordo di Basilea II, spingendo pertanto le autorità sovranazionali ad una completa revisione del sistema regolamentare predetto.

Un nuovo intervento, quello dell'organismo di normazione internazionale, dovuto alla debolezza intrinseca al sistema finanziario evidenziata ancora una volta dalla crisi del 2008, nella misura in cui, da una parte, le lacune (*loopholes*) della regolamentazione prudenziale delle attività dei grandi conglomerati finanziari (con particolare riferimento alle grandi banche di investimento) aveva consentito a questi ultimi di spostare, attraverso il ricorso alla leva finanziaria (*securitization*), il capitale investito verso impieghi non sottoposti ai requisiti di capitalizzazione previsti dalle regole di Basilea II⁽¹³⁾ e, dall'altra parte, l'applicazione di parametri di valutazione del rischio di credito eccessivamente ancorati al *rating* dei prenditori di denaro, aveva determinato errori nella medesima valutazione del merito creditizio delle stesse controparti.

Il pacchetto di riforme approvato dal Comitato, confermando la funzione del patrimonio quale presidio essenziale per la stabilità degli intermediari, eleva gli stessi requisiti qualitativi e quantitativi per valutare l'adeguatezza patrimoniale delle banche, fissa standard minimi di liquidità dello stesso patrimonio, impone una migliore copertura dei rischi di mercato e di controparte, nonché limiti al ricorso alla leva finanziaria⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Sulle regole di Basilea II, v. G. MORBIDELLI, *Basilea 2: prime riflessioni*, in G. MORBIDELLI, G. CERRINA FERRONI (a cura di), *Banca e Impresa. Nuovi scenari, nuove prospettive*, Torino, 2008, p. 11 ss.

⁽¹⁴⁾ L'Accordo di Basilea III, approvato nel 2010, è entrato in vigore nel dicembre 2013 ed il suo completo recepimento è previsto per il 2019. Tale accordo si fonda su tre pilastri: 1. requisito patrimoniale: si ha una definizione maggiormente armonizzata di capitale di

Le regole individuate con il nuovo accordo sono apparse fin da subito particolarmente penetranti e rigide, in quanto direttamente incidenti sui meccanismi di controllo e vigilanza interna della *governance* bancaria.

Difatti, l'Accordo di Basilea III, approvato nel 2010⁽¹⁵⁾, ha avuto un enorme impatto sui modelli interni utilizzati dalle Banche per la stima dei rischi, in particolare attraverso il passaggio dal *Value at Risk*, ad un'altra misura di rischio, l'*Expected Shortfall*, che essendo più conservativo rispetto al primo comporta un aumento del capitale detenuto a fini prudenziali, utilizzabile nelle fasi di tensione di mercato, preservando la dotazione patrimoniale.

Inoltre, per la prima volta, è stato introdotto un vincolo alla leva finanziaria, il *Leverage Ratio*. Questo requisito serve a limitare il rapporto tra il capitale della Banca e il volume delle attività e delle esposizioni fuori bilancio, con l'obiettivo di prevenire situazioni di *deleverage*, suscettibili di produrre impatti negativi

vigilanza e la creazione di requisiti più elevati, 2. controllo prudenziale: riguarda la strategia per il controllo dell'adeguatezza patrimoniale adottata dalle singole Banche, che deve essere verificata ed approvata dalle Autorità di Vigilanza, 3. disciplina del mercato: riguarda la comunicazione finanziaria che la Banca deve fornire in modo periodico al mercato per permettere una corretta valutazione del rischio. In particolare, l'intervento di Basilea III si qualifica proprio come risposta alla debolezza intrinseca al sistema finanziario evidenziata ancora una volta dalla crisi del 2008, nella misura in cui, da una parte, le lacune (*loopholes*) della regolamentazione prudenziale delle attività dei grandi conglomerati finanziari (con particolare riferimento alle grandi banche di investimento) aveva consentito a questi ultimi di spostare, attraverso il ricorso alla leva finanziaria (*securitization*), il capitale investito verso impieghi non sottoposti ai requisiti di capitalizzazione previsti dalle regole di Basilea II e, dall'altra parte, l'applicazione di parametri di valutazione del rischio di credito eccessivamente ancorati al *rating* dei prenditori di denaro, aveva determinato errori nella medesima valutazione del merito creditizio delle stesse controparti.

⁽¹⁵⁾ Il citato accordo è frutto di un più ampio dibattito che ha coinvolto diversi organismi internazionali per una riforma globale della *governance* dei mercati finanziari, tenuto conto che, sin dal vertice del G20 di Pittsburgh del settembre 2009, a fronte del dilagare di imponenti conglomerati finanziari *cross-borders*, veniva evidenziata la necessità dell'introduzione di regole condivise in materia di requisiti di capitalizzazione degli istituti bancari, così da assoggettare le medesime istituzioni finanziarie di rilevanza sistemica (SIFI) ad una regolazione più stringente in termini di requisiti di capitalizzazione e *standards* prudenziali, al fine di migliorare qualità e quantità del capitale detenuto dagli stessi istituti e limitare il ricorso alla leva finanziaria. Cfr. G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Leaders Statement: The Pittsburgh Summit, 25 settembre 2009, in sito www.g20.org.

sull'intero sistema finanziario e sull'economia reale. Infine, l'Accordo di Basilea III ha rafforzato i requisiti per il controllo della liquidità con l'introduzione di due indici, uno relativo al breve periodo e l'altro al medio-lungo periodo, volti appunto al costante monitoraggio della liquidità della Banca.

Il primo indice, il *Liquidity Coverage Ratio* (LCR), è dato dal rapporto tra le attività liquide di elevata qualità (cioè solo quelle attività che possono essere liquidate velocemente con una ridotta perdita di valore) e i deflussi di cassa in caso di stress nei successivi 30 giorni (si considerano stabili il 95% dei depositi della clientela al dettaglio). Secondo i requisiti, tale rapporto deve essere maggiore di uno. Il secondo indice, il *Net Stable Funding Ratio* (NSFR), anch'esso maggiore di uno, è dato dal rapporto tra attività fisse (patrimonio netto e passività con scadenza superiore ad un anno) e risorse stabili (poste dell'attivo con vita superiore ad un anno).

Il quadro normativo transnazionale sopra descritto, così come conformato nel tempo dal Comitato di Basilea, conoscerà un nuovo rafforzamento in previsione dell'entrata in vigore dell'Accordo di Basilea IV, che si pone l'obiettivo di implementare la trasparenza nella gestione dell'attività finanziaria, compatibilità, consistenza degli indici e di rafforzare ulteriormente i parametri della *Risk Sensitivity*.

Infatti, già nel dicembre del 2015, il Comitato di Basilea, con la pubblicazione di un documento di consultazione sul tema "*Credit Risk Standard Approach to Credit Risk Assessment*", aveva palesato l'intenzione di intervenire con una profonda revisione del quadro di valutazione del rischio di credito così come conformato da Basilea III, intendendo ridurre la variabilità delle valutazioni degli attivi ponderati per il rischio (*Risk Weighted Assets - RWA*) nella comparazione tra banche di diversa dimensione, operanti secondo regimi regolamentari e modelli di *business* diversi, conseguentemente imponendo livelli di ponderazione più stringenti anche sulle banche di media e piccola entità.

Nel dicembre 2017, il Comitato ha finalmente pubblicato il suo documento finale⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Il 7 dicembre 2017, infatti, il Gruppo dei Governatori delle Banche centrali e dei Capi delle Autorità di vigilanza (*Group of Central Bank Governors and Heads of Supervision - GHOS*) ha raggiunto un accordo definitivo sulla finalizzazione del pacchetto di rifor-

In estrema sintesi, la revisione di Basilea III, denominata Basilea IV, altro non rappresenta che l'ulteriore tentativo di imporre agli istituti del comparto bancario-finanziario una normativa più restrittiva sui rischi, in particolare quelli di credito e quelli operativi, che si tradurrà nella previsione di maggiori accantonamenti prudenziali.

L'accordo raggiunto in seno al Comitato prevede uno slittamento temporale significativo per l'entrata in vigore delle modifiche apportate, le quali inizieranno ad essere operative solo a partire dal 2022 (esattamente dal 1° gennaio 2022, anziché dal 1° gennaio 2019 come originariamente prospettato), per consentire un adeguamento coerente delle normative di settore interne, nonché l'adattamento alle nuove regole da parte degli istituti di credito e degli organismi di vigilanza, con conseguente piena applicazione fissata al 2027⁽¹⁷⁾.

Dal punto di vista sostanziale, il piano di riforme approvato dal GHOS (l'organismo composto dalle Autorità Nazionali di Vigilanza ed i Presidenti delle Banche centrali) introduce le seguenti principali innovazioni: *a*) un nuovo approccio standardizzato per il calcolo dei requisiti patrimoniali a fronte dell'uniformazione intervenuta circa la misurazione del rischio di credito; *b*) vincoli all'utilizzo dell'approccio basato sui modelli interni (*Internal Rating Based* – IRB) per il calcolo dei predetti requisiti patrimoniali e per la valutazione del rischio; *c*) un nuovo approccio standardizzato per il calcolo dei requisiti patrimoniali a fronte dell'uniformazione intervenuta circa la misurazione del rischio operativo, che sostituirà tutti gli attuali approcci, incluso il Metodo Avanzato di Misurazione (*Advanced Measurement Approach* – AMA)⁽¹⁸⁾; *d*) un *buffer* addizionale di capitale per le istituzioni a rilevanza sistemica globale nell'ambito della disciplina sull'indicatore di leva finanziaria

me regolamentari di Basilea III. <https://www.bancaditalia.it/media/notizia/finalizzazione-delle-riforme-di-basilea-iii/>.

⁽¹⁷⁾ Rinviata al 2022 anche l'entrata in vigore del pacchetto di regole già varato con Basilea III inerente i requisiti minimi di capitale per i rischi di mercato, ovvero il *Fundamental Review of the Trading Book*, FRTB. Si adotta quindi un regime transitorio di cinque anni.

⁽¹⁸⁾ Il rischio operativo sarà esclusivamente calcolato in funzione a due parametri: l'ammontare dei ricavi di una banca e la misura storica delle perdite operative.

ria (*Leverage Ratio*)⁽¹⁹⁾; e) un *output floor*, strumento di raccordo ed equilibrio tra i modelli interni ed il metodo *standard*), che fisserà un livello minimo ai requisiti patrimoniali calcolati sulla base dei modelli interni pari, a regime, al 72,5% di quelli calcolati sulla base dei metodi standardizzati⁽²⁰⁾.

Anche Basilea IV, quindi, esprime a livello transnazionale quella tendenza uniformante della normativa nel settore bancario e finanziario, con alla base l'obiettivo di pervenire ad un "*level playing field*", da attuare attraverso la strategia dell'imposizione dall'alto di una comune disciplina di settore, che al contempo determini *standards* uniformi e neutralizzi le differenze esistenti tra i vari ordinamenti statali.

Proprio infatti in relazione a quest'ultimo aspetto, data per assunta la rilevanza degli interventi operati dal Comitato di Basilea, occorre ora considerare come le regole coniate dal medesimo Organismo transnazionale non hanno forza di legge, necessitando, pertanto, ai fini della loro applicazione a livello nazionale, di essere assorbiti dal tessuto normativo dell'ordinamento di ogni stato aderente per il tramite dell'emanazione di atti legislativi *ad hoc*.

3. — *L'attuazione delle regole di Basilea all'interno dell'Unione Europea.*

A fronte, dunque, della natura ed efficacia di *soft law*⁽²¹⁾ delle regole approvate dal Comitato di Basilea, diviene fondamentale verificare come l'Unione

⁽¹⁹⁾ Uno studio preliminare sull'impatto di Basilea IV sul comparto bancario europeo è offerto dall'ABE, che prevede come i requisiti patrimoniali aumenteranno circa del 14% per le grandi banche e circa del 4% per le banche più piccole.

⁽²⁰⁾ L'introduzione progressiva dell'*output floor* dovrebbe contribuire alla riduzione dell'eccessiva variabilità nel calcolo delle attività ponderate per i rischi, favorendo così la trasparenza e la parità concorrenziale, in quanto integrante uno strumento soglia utile a parametrare il rischio calcolato sui modelli interni, alternativi a quello *standard*, a quest'ultimo. Sul punto, l'accordo prevede un periodo di "*phase-in*", che consente l'introduzione graduale dell'*output floor* nell'arco di cinque anni, talché la soglia predetta verrà applicata al 50% nel 2022, al 55% nel 2023, poi al 60%, 65%, 70%, fino ad arrivare al 72,5% al 1° gennaio 2027.

⁽²¹⁾ Sulla natura delle regole elaborate dal Comitato di Basilea per la Vigilanza Bancaria, si v. E. LEE, *The Soft Law Nature of Basel III and International Financial Regulations*, in J. Int'l Banking L. Reg., Vol. 29 (10), 2014, pp. 603-612.

Europea, quale ulteriore organizzazione dotata di potere normativo con efficacia sopranazionale, abbia implementato dette regole, in particolare quelle fissate dall'Accordo di Basilea III, in quanto facenti parte integrante del "quadro regolamentare rafforzato dell'Unione", sottostante la costruzione della c.d. Unione Bancaria Europea.

Ciò, in quanto, al di là del comune percorso verso la sostanziale recezione dei nuovi *standards* prudenziali uniformi, permangono, tuttavia, a livello nazionale, una serie di differenze ordinamentali, espressione sia della diversa impostazione della rispettiva *regulation* dei mercati, che dell'articolazione altrettanto eterogenea dei vari sistemi bancari.

Al riguardo, occorre sottolineare come, dal punto di vista delle forme e strumenti di attuazione del Pacchetto Basilea III, nell'Unione Europea il processo di implementazione delle stesse regole in materia di *regulatory capital* sia stato affidato alla legislazione comunitaria, costituita dal noto pacchetto sulla vigilanza prudenziale delle banche, detto anche CRR-CRD IV⁽²²⁾ (Regolamento CRR e Direttiva CRD IV).

⁽²²⁾ Regolamento (UE) N. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, che modifica il Regolamento (UE) n. 648/2012, già integrato con Regolamento delegato (UE) 2015/61 della Commissione, del 10 ottobre 2014, nonché in parte modificato con Regolamento delegato (UE) 2015/62 della Commissione, del 10 ottobre 2014, e Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE.

In estrema sintesi, senza voler assurgere al carattere di esaustività della seguente precisazione, il Regolamento (UE) n. 575/2013 (CRR) fa obbligo: 1) alle banche di accantonare capitale sufficiente per coprire perdite inattese e rimanere solvibili in situazioni di crisi ("requisito dei fondi propri"). Al capitale delle banche viene, inoltre, imposta una classificazione in base alla sua qualità ed al rischio: *a)* il capitale tier 1 è definito «capitale di continuità aziendale», consentendo alla banca di proseguire le proprie attività e mantenendone la solvibilità; *b)* il capitale tier 2 è considerato «capitale in caso di cessazione di attività», che consente ad un ente di rimborsare i depositanti e i creditori privilegiati nel caso in cui una banca diventi insolubile; 2) alle istituzioni finanziarie di disporre di attività liquide sufficienti a ricoprire i deflussi netti di liquidità in condizioni di forte *stress* su un periodo di 30 giorni; 3) alle banche di comunicare il loro coefficiente di leva finanziaria⁷ al fine di ridurre

Quest'ultimo pacchetto di norme, in particolare attraverso il ricorso alla fonte regolamentare, si è sostituito ad un precedente organigramma di norme fondato interamente su direttive comunitarie, *not self-executive*, dando luogo alla formazione di un corpo unico di regole prudenziali armonizzate (c.d. *Single rulebook*), che le autorità di vigilanza nazionali sono chiamate a rispettare ed attuare⁽²³⁾, ed ha al contempo segnato una chiara inversione di rotta in termini di strategia normativa del settore, laddove per il tramite dell'emanazione di regolamenti europei in materia le stesse regole diventano immediatamente vincolati a livello interno.

Ne consegue, evidentemente, il dato significativo della riduzione della discrezionalità degli Stati membri nell'attuazione dei medesimi principi, nonché della volontà della *leadership* politica europea di accentrare in seno all'Unione Europea il percorso di ricezione delle nuove regole prudenziali internazionali.

A conferma dell'assunto, va ricordato il ruolo primario nell'attuazione delle stesse regole di Basilea III affidato all'ABE, laddove una serie di previsioni contenute nel pacchetto CRD IV conferiscono alla stessa agenzia

una leva finanziaria eccessiva, che può avere un effetto negativo sulla solvibilità della banca.

La Direttiva 2013/36/UE (CRD IV), invece, disciplina le riserve di capitale, stabilendo che tutte le banche devono accumulare una riserva sufficiente a coprire le perdite in caso di crisi. In particolare, vengono introdotte: 1) per tutte le banche la riserva di conservazione del capitale di qualità elevatissima pari al 2,5 per cento dell'esposizione al rischio complessiva della banca; 2) per tutte le banche la riserva di capitale anticiclica, ovvero un capitale aggiuntivo da vincolare nelle fasi di crescita del credito, da liberare in caso di crisi in modo da consentire alla banca di continuare a finanziare l'economia reale; 3) un'eventuale riserva di capitale a fronte del rischio sistemico su iniziativa degli Stati membri; 4) una riserva per gli enti a rilevanza sistemica globale per le banche individuate come tali dalle autorità competenti. Questa ulteriore riserva dovrebbe compensare il rischio maggiore che rappresentano per il sistema finanziario globale e il potenziale impatto per il loro fallimento; 5) una riserva per gli enti a rilevanza sistemica, categoria determinata rispetto a una serie di criteri definiti dalla direttiva.

Per maggiori dettagli, si rinvia al comunicato stampa della Commissione europea, *CRD IV/CRR, Frequently asked questions*, ed al sito Internet del Consiglio europeo e del Consiglio dell'Unione europea.

⁽²³⁾ Più precisamente la CRD IV ed il CRR costituiscono uno dei tre pilastri del "*Single rulebook*" ovvero del Codice unico europeo.

europea il potere di elaborare e pubblicare *standards* tecnici destinati ad integrare le regole prudenziali introdotte dal pacchetto.

Dalla comune matrice delle normative sopra indicate, è derivata, quindi, una altrettanto comune regolamentazione prudenziale, attuativa degli *standards* dettati dal Comitato di Basilea e diretta a: 1) rivedere la definizione di patrimonio di vigilanza; 2) rivedere ed elevare i requisiti del coefficiente minimo di patrimonio di prima qualità detenuto dalle banche (*common equity* cd. *Tier 1*), il quale, fermo restando il requisito di capitale totale fissato nella misura dell'8 % delle attività ponderate in base al rischio, viene elevato al 4,5 %; 3) ridurre il ricorso alla leva finanziaria da parte delle banche, incidendo sul cd. coefficiente di leva finanziaria (calcolato dividendo il capitale di classe 1 – *Tier 1* – della banca per la media delle sue attività consolidate totali); 4) riformare la metodologia di classificazione e ponderazione delle attività in base al rischio.

Tuttavia, l'approccio adottato livello europeo per il recepimento delle nuove regole è stato essenzialmente improntato al bilanciamento tra, da una parte, l'accentramento nella definizione delle linee guida di principio e di obiettivo, affidata, come sopra enunciato, a organismi centralizzati europei, e, dall'altra, la discrezionalità dei singoli Stati membri nella concreta implementazione nei diversi ordinamenti nazionali del pacchetto normativo di Basilea III.

Detto bilanciamento ha trovato coerente espressione nell'emanazione dei citati Direttiva CRD IV e del Regolamento CRR⁽²⁴⁾, le cui regole hanno ottenuto completa applicazione nei singoli Stati dell'Unione, ove il processo di recepimento è stato proficuo e celere⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ A queste fonti normative attuative dell'accordo di Basilea III vanno aggiunti anche i più recenti Regolamenti n. EU/2017/2401 e n. EU/2017/2402, pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione nel dicembre 2017, che entreranno in vigore nel gennaio 2019, nonché le Linee guida emanate dall'ABE, ovvero EBA/GL/2014/02 ed EBA/GL/2014/10. Ulteriori proposte normative sono attualmente sottoposte all'attenzione del Legislatore europeo.

⁽²⁵⁾ Sul punto si rimanda a <https://www.bis.org/bcbs/publ/d440.pdf>, ove è reperibile il "Fourteenth progress report on adoption of the Basel regulatory framework" pubblicato nell'aprile 2018, con particolare riferimento a quanto esposto da pag. 49 e ss.

Considerando, quindi, alcuni dei principali interventi statali di attuazione del pacchetto, va evidenziato che in Francia si è provveduto al recepimento interno delle su dette disposizioni normative, attraverso l'emanazione dell'*Ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière*, definitivamente ratificata dall'articolo 31 della Legge n. 2014-1662 del 30 dicembre 2014⁽²⁶⁾, nonché attraverso l'emanazione del *Décret n° 2014-1315 du 3 novembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière financière et relatif aux sociétés de financement*⁽²⁷⁾.

In Lussemburgo si è modificata la Legge sul settore finanziario del 5 aprile 1993, con particolare riferimento all'art. 59 commi 6 e 7, con *Loi du 23 juillet 2015 portant: - transposition de la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013; - transposition des articles 2 et 3 de la directive 2011/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011; - transposition de l'article 6, paragraphe 6 de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011; - modification de: 1. la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier; 2. la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier; 3. la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs*⁽²⁸⁾.

In Olanda, si sono resi necessari due diversi interventi di adattamento, realizzati attraverso l'approvazione della Legge olandese sulla supervisione finanziaria, *Wet op het financieel toezicht* (Wft) del 1 gennaio 2014, entrata in

⁽²⁶⁾ JORF n° 0044 du 21 février 2014 page 3022 texte n° 5, testo normativo reperibile in www.legifrance.gouv.fr.

⁽²⁷⁾ J.O. n° 256 du 5 novembre 2014, p. 18575. Il testo viene così introdotto «*le présent décret procède à l'adoption du volet réglementaire de la création du statut de société de financement ainsi qu'à la transposition du « paquet CRD4 » composé de la directive 2013/36/UE et du règlement UE n° 575/2013 du 26 juin 2013 et de la directive 2011/89/UE du 16 novembre 2011 dite « Ficod », le volet législatif de ces deux réformes ayant fait l'objet des ordonnances n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement et n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière respectivement*». La versione integrale è reperibile in doc.cncf.fr e www.legifrance.gouv.fr.

⁽²⁸⁾ Testo integrale reperibile in legilux.public.lu.

vigore nel 2016, e delle “*Regeling specifieke bepalingen CRD IV en CRR*”, ossia Regole su disposizioni specifiche nella CRD IV e nel CRR⁽²⁹⁾.

Analogamente, è accaduto in Spagna, ove sono stati pubblicati in successione la *Ley n. 10/2014 “de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”* del 26 giugno 2014, nonché il Decreto Reale n. 84/2015 attuativo della predetta legge, nonché ad ulteriore implementazione la Circolare n. 2/2016 del Banco di Spagna.

Il processo di recepimento avutosi in Germania è stato addirittura più automatico, avendo già dal 2006 l’ordinamento tedesco misure interne del tutto analoghe a quelle previste da Basilea III.

Infatti, nel gennaio 2007 era entrato in vigore il Regolamento tedesco che disciplinava l’adeguatezza patrimoniale delle istituzioni, dei gruppi di istituzioni e dei gruppi di partecipazione finanziaria (*Solvabilitätsverordnung – SolvV*, Gazzetta ufficiale federale I, pag. 2926) del 14 dicembre 2006⁽³⁰⁾, applicabile a tutti gli istituti di credito e tutte le istituzioni finanziarie appartenenti ai gruppi classificati in base alla normativa predetta come di categoria I, II, IIIa, IIIb e IIIc, operanti nella Repubblica federale di Germania⁽³¹⁾.

Il SolvV, insieme alla KWG, Legge bancaria tedesca, costituiva dunque la base normativa nazionale su cui intervenire per recepire il pacchetto CRR-CRD IV.

Pertanto, il Legislatore tedesco è intervenuto a modificare dapprima il testo della Legge Bancaria, ossia la *Kreditwesengesetz*, relativamente ad ambito di applicazione (sezione 1a del KWG, eccezioni: sezione 2 del KWG), adeguatezza patrimoniale (sezione 10 del KWG), buffer di capitale (sezioni da 10c a 10i del KWG), accantonamenti su prestiti di 1,5 milioni di euro o

⁽²⁹⁾ Si veda <http://finnius.com/wp-content/uploads/2017/05/GLI-Netherlands.pdf>.

⁽³⁰⁾ Attuativa della Direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all’accesso all’attività degli enti creditizi e al suo esercizio (*GU L 177* del 30 giugno 2006, p. 1) e della Direttiva 2006/49/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all’adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi (*GU L 177* del 30 giugno 2006, p. 201).

⁽³¹⁾ Si veda www.bafin.de.

più (sezioni 14, 19, 20, 22 del KWG), *governance* (sezioni 25a e seguenti del KWG), e infine apparato sanzionatorio (sezioni 56, 60b del KWG).

Detto adeguamento normativo ha avuto quale espressione definitiva l'approvazione il 28 agosto 2013 della *Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz)*⁽³²⁾.

Successivamente, a completamento del processo di recepimento avviato, il Legislatore tedesco è intervenuto a modificare il Regolamento sulla solvibilità del 14 dicembre 2006 con l'approvazione dell'articolo 6 del Regolamento del 20 settembre 2013 (Gazzetta ufficiale federale I, pag. 3672). La versione modificata del SolvV è, quindi, entrata in vigore il 1° gennaio 2014, determinando l'attuazione nazionale delle disposizioni della CRR - CRD IV (ad. esempio in materia di analisi comparativa degli approcci interni, disposizioni dettagliate sulle riserve di capitale).

Infine, anche la Bafin, autorità nazionale per la vigilanza del settore bancario in Germania, si è espressa, nella necessità di chiarire nella prassi nazionale la portata applicativa delle modifiche introdotte, pubblicando un'apposita Circolare esplicativa, n. 5/2014.

In Italia, infine, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, n.134 del 12 giugno 2015, il Decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72, sulla base della delega contenuta nell'articolo 3 della Legge 7 ottobre 2014, n. 154 (Legge di delegazione europea 2013 - secondo semestre)⁽³³⁾, recante modifiche al

⁽³²⁾ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2013 Teil I Nr. 53, ausgegeben zu Bonn am 3 September 2013, per l'analisi del testo integrale si veda www.bgbl.de.

⁽³³⁾ L'articolo 3 della l. 7 ottobre 2014, n. 154 ha dettato i principi e criteri direttivi per il recepimento e definito la ripartizione di competenze fra le Autorità di vigilanza interessate (Banca d'Italia e Consob), l'ampiezza del ricorso alle fonti secondarie e il coordinamento con le norme di diritto societario vigenti. In applicazione di tale delega nel febbraio 2015 è stato inviato alle Camere uno schema di decreto legislativo (Atto del Governo n. 147), assegnato in sede Consultiva alla 6^a Commissione permanente. Un Dossier è stato curato dal Servizio del bilancio del Senato all'interno della collana "Elementi di documentazione". Il 1° aprile 2015 la 6^a Commissione ha approvato un parere favorevo-

Testo Unico Bancario e al Testo Unico della Finanza esattamente volte a recepire la direttiva 2013/36/UE in materia di accesso all'attività degli enti creditizi e vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (la nota CRD IV). Invece, essendo il regolamento CRR direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale italiano, le disposizioni ivi contenute sono state attuate dalla Banca d'Italia con la circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 e i successivi aggiornamenti.

Tuttavia, il nuovo sistema di regole internazionali non risulta ancora oggi pienamente attuato, in quanto i negoziati in corso al Consiglio dell'Unione per completare il recepimento degli *standards* di Basilea III, nello specifico in relazione a *Leverage Ratio*, *Fundamental Review of Trading Book*, *Net Stable Funding Ratio*⁽³⁴⁾, per quanto quindi attiene agli ambiti d'intervento non coperti dal pacchetto CRD IV-CRR, sembrano al momento in una situazione di stallo⁽³⁵⁾.

Solo nel febbraio del 2019 il Consiglio dell'Unione e il Parlamento europeo sono riusciti a definire ed approvare un ulteriore pacchetto di norme attuative degli *standards* di Basilea III, tese ad introdurre modifiche al Regolamento n. 575/2013 e della Direttiva n. 2013/36/UE sui requisiti patrimoniali delle banche, nonché modifiche alla Direttiva 2014/59/UE ed al Regolamento n. 806/2014 in materia di risanamento e risoluzione delle

le con condizioni ed osservazioni, inserendo altresì alcune osservazioni redazionali. Le condizioni contenevano proposte emendative relative a: 1) la necessità di coordinare le norme di cui all'articolo 1, commi 15, e 51, lettera e), dello schema di decreto legislativo con quelle di cui agli articoli 1 e 2 del decreto-legge n. 3 del 2015; 2) l'opportunità di prevedere per i provvedimenti della Consob la sola pubblicazione sul sito Internet della relativa autorità (articolo 3, comma 3, del TUF, come sostituito dall'articolo 3, comma 3, dello schema di decreto). Il recepimento ha avuto luogo definitivamente con decreto legislativo n. 72 del 12 maggio 2015.

⁽³⁴⁾ C. BARBAGALLO, *La vigilanza bancaria unica: sfide e opportunità* (Intervento del Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria della Banca d'Italia al Convegno dell'Associazione Bancaria Italiana "Unione Bancaria e Basilea 3 – *Risk & Supervision 2015*"), Roma, 23 giugno 2015, p. 5.

⁽³⁵⁾ Sul punto si rimanda a <https://www.bis.org/bcbs/publ/d440.pdf>, ove è reperibile il "Fourteenth progress report on adoption of the Basel regulatory framework" pubblicato nell'aprile 2018, con particolare riferimento a quanto esposto da p. 1 ss.

banche in dissesto⁽³⁶⁾.

In tale processo di implementazione, ancora incompleto, delle regole fissate dall'Accordo di Basilea III, si inserisce, da ultimo, anche la necessità dell'adeguamento e della recezione dei nuovi *standards* di Basilea IV.

Anche, infatti, l'adozione a livello europeo dell'Accordo di Basilea IV dovrà passare attraverso un ulteriore processo di attuazione normativa, che porterà inevitabilmente ad una revisione complessiva del vigente pacchetto CRD IV e CRR, con successiva recezione, da parte dei legislatori degli stessi Stati europei, delle medesime modifiche introdotte⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ La decisione assunta dal Consiglio dell'Unione e dal Parlamento europeo conclude un processo negoziale iniziato nel novembre 2016. Un primo accordo sui principali elementi del pacchetto per il settore bancario è stato raggiunto ed è stato confermato dal Consiglio il 4 dicembre 2018. Tra le misure fondamentali convenute per ridurre il rischio nel sistema bancario, il pacchetto rafforza il quadro per la risoluzione delle banche. Chiede agli enti a rilevanza sistemica a livello globale ('G-SII') una maggiore capacità di assorbimento delle perdite e di ricapitalizzazione stabilendo i requisiti in materia di importo e qualità di fondi propri e passività ammissibili (MREL) necessari per garantire un processo di "bail-in" efficace e ordinato. Prevede inoltre salvaguardie provvisorie e ulteriori azioni possibili per le autorità di risoluzione. Il pacchetto rafforza anche i requisiti patrimoniali delle banche per ridurre gli incentivi all'eccessiva assunzione di rischio, introducendo un coefficiente di leva finanziaria vincolante, un coefficiente netto di finanziamento stabile vincolante e stabilendo norme sensibili al rischio per la negoziazione di titoli e strumenti derivati. Inoltre, il pacchetto per il settore bancario contiene misure volte a migliorare la capacità di prestito delle banche e a promuoverne un ruolo più rilevante nei mercati dei capitali, come ad esempio: la riduzione degli oneri amministrativi per le banche di minori dimensioni e con strutture meno complesse, in particolare per quanto riguarda gli obblighi di segnalazione e informativa; il rafforzamento della capacità delle banche di concedere prestiti alle PMI e di finanziare progetti infrastrutturali. Il pacchetto per il settore bancario contiene inoltre un quadro per la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le varie autorità che partecipano alla vigilanza e intervengono nella risoluzione di gruppi bancari transfrontalieri. Le misure concordate rispettano l'equilibrio raggiunto dalla posizione del Consiglio tra i poteri delle autorità di vigilanza del paese d'origine e del paese ospitante al fine di facilitare i flussi transfrontalieri di capitali e di liquidità, garantendo nel contempo un adeguato livello di protezione dei depositanti, dei creditori e della stabilità finanziaria in tutti gli Stati membri. L'accordo introduce inoltre modifiche volte a migliorare la cooperazione tra le autorità competenti su questioni connesse alla vigilanza sulle attività antiriciclaggio. Cfr. www.consilium.europa.eu.

⁽³⁷⁾ La Commissione Europea, cui spetta in questo frangente il potere di iniziativa legislativa, si è già mossa in tal senso arrivando a pubblicare una prima proposta di modifica

Come si vede, dunque, un processo di produzione ed uniformazione normativa “a cascata” che, da un lato, testimonia la tendenza all’accentramento della regolamentazione dei mercati bancari emergente dalla determinazione di *standards* internazionali in *subiecta materia* e, dall’altra parte, il permanente ruolo nevralgico assunto dagli Stati nell’implementazione dello stesso “diritto bancario dell’Unione”.

nel dicembre 2017, ovvero la Proposta della Commissione Europea, Bruxelles, 20 dicembre 2017 COM(2017) 791 final 2017/0358 (COD) Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla vigilanza prudenziale sulle imprese di investimento e recante modifica delle direttive 2013/36/UE e 2014/65/UE (Testo rilevante ai fini del SEE) {SWD(2017) 481 final}, ed ha prospettato la possibilità di definire una bozza definitiva di modifica del pacchetto CRR-CRD IV per il 2019. Nel frattempo la BCE si è espressa in proposito con parere BCE/2017/46 dell’8 novembre 2017.

Genitorialità pirandelliana

[ANTONIO PALAZZO ^(*)]

SOMMARIO: 1. La paternità rappresentata da Luigi Pirandello e il pensiero del figlio Stefano. – 2. Opere di Luigi con protagonista la maternità. – 3. La famiglia verso libertà riformate.

1. Luigi e Stefano Pirandello vivono quando il diritto familiare dei codici civili borghesi è costituito da un sistema estremamente positivistico, fondato sulla potestà maritale e paterna, e sarà necessario l'arrivo del nuovo secolo perché sia accolta la prevalenza dell'affettività sulla veridicità formale del rapporto filiale⁽¹⁾.

La tutela del rapporto affettivo con il diritto all'amore, se sentito dai soggetti del rapporto, era lasciato alla cura di ognuno di loro. Derivano, in caso di caduta della reciprocità affettiva, scelte soggettive diverse di rottura, che non potevano essere contrastate da chi di loro voleva mantenere il rapporto.

Gli istituti giudiziali della separazione dei coniugi e della decadenza dalla patria potestà non bastavano a tutelare i soggetti deboli. Questi ricorrevano allora all'abbandono del tetto coniugale e al rifugio presso gli ascendenti o al ricovero pubblico.

Solo due anni dopo la morte di Luigi, il legislatore iniziò la riforma del codice civile del 1865 con l'approvazione del testo del I Libro del codice civile, che introduceva una novità normativa a favore di un principe siciliano, Pietro Lanza di Trabia, che aveva perduto il figlio Giuseppe lasciandogli i

^(*) Accademico dei Giusprivatisti Europei, *Editor in Chief*.

⁽¹⁾ Si rinvia al nostro *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013; e ad A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018.

nipoti Raimondo e Galvano, nati da una relazione con la nobildonna Madda Papadopoli Aldobrandini, sposata e madre di una bimba⁽²⁾.

Si trattava dell'art. 284, poi 286 nel testo definitivo del codice civile del 1942, che consentiva all'ascendente legittimo di fare domanda di legittimazione del discendente in caso di morte del genitore che non avesse però espresso una volontà contraria con quella di legittimare⁽³⁾.

Pirandello, conoscendo pertanto quei limiti del diritto familiare vigente nel suo tempo, rappresenta diverse crisi dei rapporti affettivi, dove i soggetti non ricorrono al giudice per liberarsi dall'avvenuto fallimento, ma si inventano diverse specie di fughe o di abbandoni⁽⁴⁾.

Iniziamo dai casi del padre-padrone ne *I vecchi e i giovani*, dove la "Dianella" è una figlia vittima della prepotenza del padre che a lei preferisce il fratello quale erede della ricchezza costituita con la propria forza, e quando il fratellino muore, Dianella legge nello sguardo del padre tanto odio quasi dicesse: «non potevi morir tu, invece?». Ed inoltre quando il genitore cerca di riversare un residuo affetto sulla figlia sopravvissuta «tutte le cure e l'affetto e le carezze e i doni di cui poi egli l'aveva colmata, non erano più valsi a scioglierle dal fondo dell'anima il gelo, in cui quello sguardo si era quasi rappreso e indurito».

Manca in questo padre la cultura dell'eguaglianza nell'amore per i figli.

La preferenza per un figlio, resa evidente nella comparazione con i comportamenti negativi nei confronti della figlia, fa decadere in estraneità il rapporto, che perde i caratteri dell'amicizia filiale, divenuta ormai irrecuperabile.

Nella novella *Formalità* si configura altra "supina obbedienza al padre" di un giovane che, portato verso l'arte della scienza, è viceversa condannato dal

⁽²⁾ Sulla storia del più noto dei nipoti legittimati, Raimondo, cfr. il pregevole saggio di M. SORGI, *Il grande dandy – Vita spericolata di Raimondo Lanza di Trabia, ultimo principe siciliano*, (Rizzoli) Milano, 2011, spec. p. 32 ss.

⁽³⁾ L'istituto della legittimazione del discendente è stato abrogato dall'ultima riforma (l. n. 219/2012 e successivo d.lgs. n. 154/2013) che arriva alla equiparazione degli *status* di figlio (art. 315 c.c. attuale).

⁽⁴⁾ I testi di Pirandello citati in questo saggio sono tratti dell'*Opera omnia*, edita da Arnoldo Mondadori (*Novelle per un anno*, 4 voll.; *Tutti i romanzi*, 2 voll.; *Maschere nude*, 10 voll.) nel 1955.

genitore a continuare l'impresa mineraria della famiglia e finisce, per l'«assoluta inettitudine agli affari», nel fallimento: «tornava allora a piangere, con crescente esasperazione, la sua cieca, supina obbedienza alla volontà del padre, che lo aveva tolto allo studio prediletto delle scienze matematiche, alla passione per la musica, e gettato lì in quel torbido mare dei negozi commerciali».

Non solo, ma questa “supina obbedienza” al padre si estende anche al matrimonio, dal quale sono nati tre figli: «egli stesso, proprio per sottrarsi alle tentazioni che potevano venirgli dall'ideale di vita ben diverso, fin allora vagheggiato, s'era indotto a prender moglie, a sposare colei che gli era stata destinata da gran tempo: la cugina orfana, Flavia».

Prigioniero, Gabriele, della volontà altrui sia nell'attività imprenditoriale che nel matrimonio, con una donna che non s'è «mai curata nemmeno di cercar la via per entrargli nel cuore».

Rimane il figlio legato nei confini fissati dal padre: «un patto fin dalla nascita stabilito e concluso e ormai non più discutibile».

Non soltanto a questo figlio gli manca l'amore della moglie, ma subisce l'innamoramento di lei per l'amico più intimo; è un medico che lo cura nella malattia; questi, consulente di una compagnia assicurativa, gli costituisce un'assicurazione sulla vita.

Tale “formalità” renderà impossibile all'amico che si è compromesso di sposare la vedova. Gli interessi materiali continuano a prevalere sui rapporti intimi affettivi, impedendo la loro genuinità.

La tensione che è insita nel passaggio generazionale dal padre al figlio è rappresentata mirabilmente nel contrasto tra il sentimento del padre che vede nel figlio non solo una fonte di orgoglio e investimento, ma anche un rivale che, aspirando a diventare adulto, si prepara a prendere l'eredità, minando l'autorità paterna.

Pirandello è un fine interprete della lezione di Freud sul complesso edipico che va letto quale passaggio generazionale e successivo tra padri e figli maschi, ignorando non soltanto quello tra madri e figlie, ma anche quello tra padri e figlie e tra madri e figli.

Lazzaro è poi una analisi del conflitto tra genitori, per il bigottismo del padre Diego, che porta all'illanguidimento del figlio in seminario e della fi-

glia in disturbi nervosi, ed alla reazione della madre Sara che abbandona il marito per andare a vivere in campagna e sceglie quale compagno un contadino, Arcadipane.

Diego con la sua fede religiosa, rigida e negativa, si dedica allora all'educazione dei figli, mandando Lucio in seminario e Lia in un convento di suore dove si ammala e perde l'uso di una gamba. Ma Lucio si rende conto che non è adatto alla vita religiosa e si ribella al padre, che ha una reazione violenta nel contrasto con il figlio e muore accidentalmente.

Una miracolosa iniezione del dottor Gianni lo riporta in vita e svegliatosi, quale novello Lazzaro, ha scoperto che nell'aldilà c'è il nulla e quindi tutte le rinunce che ha compiuto per raggiungere il paradiso non sono valse a niente perché nell'altro mondo non vi è né premio né castigo.

Se prima del suo ritorno in vita aveva allora sopportato il tradimento della moglie, ora invece può vendicarsi e ferisce Arcadipane.

A questo punto il figlio Lucio diviene intermediario tra la fede perduta dal padre e la vita naturale scelta dalla madre.

La patologia psichica del padre ha determinato con il suo fanatismo religioso la sofferenza del figlio che acquista ora con la sua personale esperienza quell'equilibrio umano che mancava al padre.

Bellavita è un padre anagrafico perché il figlio, che gli lascia la moglie morendo, è stato procreato con l'amante di lei, un ricco notaio, che Bellavita ha sempre trattato come amico, pur conoscendo il lungo rapporto adulterino.

Bellavita si lamenta con un avvocato, comune amico del notaio, di come questi non lo tratti più da amico, anzi cerca di evitarlo e viceversa hanno un importante problema comune che è quello di allevare e fare studiare Michelino, rimasto orfano della mamma.

La risposta dell'avvocato è che il notaio ha già pensato di metterlo «nel primo collegio di Napoli» e «assumendosi lui, si intende, tutte le spese; purché voi acconsentiate a separarvene».

Bellavita risponde «ma il ragazzo qua studia; va bene a scuola; e il notaio lo sa! Mandarlo a Napoli? E io? Ah, ma dunque non vuole più tenere conto di me il signor notaio?». E aggiunge: «senza il ragazzo io morrei, signor avvocato! Sto morendo di crepacuore, abbandonato così da tutti senza sapere

perché! Ma che male ho fatto io al signor notaio da essere trattato così, non solo da lui, anche da tutti i suoi amici?».

L'avvocato a questo punto finisce per far capire a Bellavita che prolungare queste forme di rispetto per il notaio coprirebbe lo stesso di "ridicolo".

Ma la parola "ridicolo" sveglia la povera mente di Bellavita, che decide di rovesciare sul notaio il ridicolo che ha dovuto sopportare così a lungo per causa di lui. Continuerà a rispettarlo, ma in questo modo: «e ora gli corro dietro; e per tutte le strade, inchini, riverenze, scappellate, fino a non dargli più un momento di requie! Vado dal sarto! Mi ordino un abito da pompa funebre, da fare epoca, e su, dritto impalato dietro a lui, a scortarlo a due passi di distanza! Si ferma; mi fermo. Prosegue; proseguo. Lui il corpo, ed io l'ombra! L'ombra del suo rimorso! Di professione! Lasciatemi passare!».

Il notaio è costretto a chiudere lo studio e va a vivere in campagna; Bellavita rinnova il suo bar che diviene il posto più frequentato del paese.

Prevale la sapienza popolare maturata con l'umiliazione negli affetti familiari, rispetto alla mentalità borghese dei notabili del paese.

O di uno o di nessuno è la storia della convivenza di uomini senza famiglia.

Due amici, Tito e Carlino, condividono da tempo lo stesso lavoro con un modesto stipendio e la stessa donna, Melina, che hanno tolto dal marciapiede e sistemato in un piccolo appartamento.

Melina resta incinta e non si sa chi dei due sia il padre del nascituro. Ciascuno di essi si dichiara pronto ad assumersi le proprie responsabilità e l'altro a ritirarsi, se solo si sapesse di chi è il figlio.

Chiedono consiglio ad un loro amico avvocato che propone di disfarsi del figlio affidandolo ad un ospizio.

Carlino sarebbe per questa soluzione ma Tito si indigna al solo pensiero di costringere Melina a lasciare la creatura.

Passano i mesi della gravidanza e Melina partorisce un maschietto, ma in conseguenza del parto il medico annuncia ai due che la donna ha pochi giorni di vita e, vedendo la cosa di non facile soluzione, prospetta loro la possibilità, in caso di morte di Melina, di affidare il bambino ad una coppia che ha perduto il figlio e non ne può concepire più altri. Essi però riprendono

ad affrontarsi con violenza rinfacciandosi, l'un l'altro, di avere abbandonato la propria donna.

Melina avverte le loro voci, lascia il letto e rivolge l'ultima preghiera supplicandoli di abbandonare la presunzione di considerare ciascuno per sé il bambino: lo lascino crescere come figlio esclusivamente di lei, "il figlio di Melina".

Finito il triste discorso ai due, Melina muore tra le loro braccia e prendono ancora a scontrarsi fino a graffiarsi le mani mentre portano il cadavere a letto.

Non resta a questo punto che la via dell'affido in adozione del bambino alla coppia già disponibile e i due si abbracciano con ritrovata amicizia.

La mascolinità prevale sulla paternità e la comoda vita da scapoli sulla responsabilità della vita familiare.

Pensaci Giacomino è viceversa la commedia sulla paternità, salvata ad un giovane (Giacomino), che ne è l'autore, dal suo anziano professore. Questi aveva sposato solo legalmente la giovane madre del bambino avuto da Giacomino, per assicurarle anche la pensione quale bene futuro.

Il valore della paternità vince sulla mentalità borghese e pseudoreligiosa di cui era succube Giacomino che viene convinto dal professore a costituire la giovane famiglia.

Stefano Pirandello rielabora nel 1960 la commedia *Un padre ci vuole*, in un'ultima definitiva stesura, e coglie l'occasione per ricordare il padre: «colpe grosse fra noi ci sono state ma reciproche: ci siamo fatti del male, come due uomini, sopra e contro all'amore che ci portavamo: ma queste colpe 'vere' non contano niente assolutamente nella mia coscienza, nel dare e avere: il male che ci siamo fatti realmente, non poco, questo è come tutto scontato dalla vita e rimesso interamente. Irrimediabili invece restano quelle mie cattiverie minime».

Stefano si riferisce, per queste ultime, ad osservazioni saccenti in occasione, ad esempio, di errori del padre nella identificazione di brani musicali.

Ma che il potere del padre sia stato pesante nel rapporto con i figli è testimoniato anche dall'altro figlio, Fausto, e dai loro amici. Stefano vuole essere, infine, il figlio che riesce ad amare il padre perdonandolo.

Ecco il rapporto di genitorialità sofferta trattato da Stefano: Oreste, dopo l'incidente che ha causato la morte della madre e dopo il tentato suicidio del padre, si è ritrovato nella condizione di dover abbandonare la sua aspirazione lavorativa per prendersi cura del genitore, facendo lui da padre a suo padre.

Questo dura ormai da tantissimi anni, finché un giorno Ferruccio, il padre, scompare, tornando il giorno dopo, con una donna, la sua futura sposa! È il solo modo per far capire al figlio Oreste che deve smettersela di comportarsi come se fosse lui il padre, e che invece è ancora capace di badare a se stesso.

Non solo, ma Ferruccio vuole per di più riprendere anche la gestione del denaro, fino ad allora gestito da Oreste.

Sarà a questo punto Alfredo, fratello di Oreste, tornando dall'Australia che decide di aiutare il padre ad uscire dalla situazione di padre-figlio con Oreste.

Oreste rischia quasi di perdere tutto, senza speranza di riottenere ormai il lavoro lasciato da tanti anni, se non fosse per l'amore che lo lega a Ferruccio.

L'amore del figlio accoglie il padre e la scelta che lo riconduce in famiglia è accettata con un forte abbraccio.

Stefano ricostruisce drammaticamente il rapporto con il padre Luigi, attraverso il riferimento ad una famiglia fin ora divisa per l'egoismo paterno.

Stefano Pirandello, a differenza di Luigi che ha guardato con maggiore interesse al complesso edipico rappresentandolo certo mirabilmente, ha bisogno viceversa di ricorrere a quello di Telemaco, la cui forza consiste nel mostrarci che l'eredità non consiste nel ricevere passivamente i beni del padre ma come ha insegnato Freud: «ciò che hai ereditato dai padri, riconquistalo se vuoi possederlo davvero», e quindi sacrificarsi e rinunciare a sé stesso per rappresentare il padre assente e salvare il nome e gl'interessi di lui.

2. *Così è (se vi pare)*, *Come prima, meglio di prima* e *La vita che ti diedi* hanno come tema centrale la maternità.

Ognuna di queste opere ha per protagonista una madre che non riesce a godere della maternità o per la morte di un figlio, come in "La vita che

ti diedi”, o per la morte di una figlia, come è in “Così è (se vi pare)”, o per l’abbandono di una figlia, come in “Come prima, meglio di prima”.

Così è (se vi pare). Madre, figlia e genero sono scampati da un terremoto e vanno a risiedere in una città dove abitano in dimore diverse e lontane tra loro. Figlia e genero, che non hanno figli, in periferia, la madre in un appartamento al centro dove viene in visita soltanto il genero.

I conoscenti si chiedono di questa sistemazione e della ragione che la madre è visitata dal genero e mai dalla figlia. Il più curioso di loro è Laudisi, capo ufficio del genero che è dipendente della prefettura, e in casa di lui, interrogano la madre sul perché sta da sola.

Essa risponde «son di parere che, quando un figliuolo o una figliola si sposano, si debbano lasciare a sé stessi, a farsi la loro vita, ecco». E, quando insistono e le chiedono se va lei in visita alla figlia, fa loro capire che le sue visite non sono tacitamente gradite al genero, e dice «oh, ma per carità, non pensino male di lui! È un così bravo giovane! Lor signori non possono immaginare quanto sia buono! Che affetto tenero e delicato, pieno di premure, abbia per me! E non dico l’amore e le cure che ha per la mia figliola. Ah, credano che non avrei potuto desiderare per lei un marito migliore!».

E chiedono allora: «ma è gelosia forse?». La madre risponde «per la madre? Gelosia? Non credo che si possa chiamare così. Benché, non saprei veramente. Ecco: egli vuole il cuore della moglie tutto per sé, fino al punto che anche l’amore che la mia figliola deve avere per la sua mamma (e l’ammetto, come no? altro che!). Ma vuole che mi arrivi attraverso lui, per mezzo di lui, eccol!».

Osserva uno dei presenti: «Oh! Ma scusi! Mi sembra una crudeltà bella e buona, codesta!». E la madre risponde: «no, no, non crudeltà! Non dica crudeltà! È un’altra cosa, creda! Non riesco a esprimermi... Natura, ecco. Ma no... Forse, oh Dio mio, sarà magari una specie di malattia, se vogliono. È come una pienezza di amore – chiusa – ecco, sì, esclusiva; nella quale la moglie deve vivere, senza mai uscirne, e nella quale nessun altro deve entrare».

Le dicono: «neppure la madre? Un bell’egoismo direi!».

Risponde la madre: «forse. Ma un egoismo che si dà tutto, come un mondo alla propria donna! Egoismo, in fondo, sarebbe forse il mio, se volessi

forzare questo mondo chiuso d'amore, quando so che la mia figliola ci vive felice; così adorata! Questo, a una madre, signore mie, deve bastare, non è vero? Del resto, se io la vedo la mia figliola e le parlo...».

Spiega però in che modo le parla: «il panierino che vado a tirare là nel cortile, porta su e giù, sempre, due paroline di lettera, con le notizie della giornata. Ma basta questo. E ormai, già mi sono abituata; rassegnata, là, se vogliono! Non ne soffro più».

A questo punto i vicini interrogano il genero manifestandogli che pensano che così faccia soffrire la suocera.

Il genero risponde: «la condizione di questa donna è pietosissima. Ma non meno pietosa è la mia, anche per il fatto che mi obbliga a scusarmi, a dar loro conto e ragione d'una sventura, che soltanto ... soltanto una violenza come questa poteva costringermi a svelare». E aggiunge: «è pazza», e continua dopo la meraviglia manifestata dagli interroganti «da quattro anni». «Non pare, ma è pazza. E la sua pazzia consiste appunto nel credere che io non voglia farle vedere la figliola». «Quale figliola, in nome di Dio, se è morta da quattro anni la sua figliola?». «Da quattro anni. È impazzita proprio per questo».

Gli chiedono: «ma, dunque, quella che lei ha con sé?». Risponde: «l'ho sposata da due anni». «È la mia seconda moglie».

Vogliono ancora sapere: «e la signora crede che sia ancora la sua figliola?».

Risponde «è stata la sua fortuna, se così può dirsi. Mi vide passare per via con questa mia seconda moglie, dalla finestra della stanza dove la tenevamo custodita; credette di rivedere in lei, viva, la sua figliola; e si mise a ridere, a tremar tutta; si sollevò di un tratto dalla tetra disperazione in cui era caduta, per ritrovarsi in quest'altra follia, dapprima esultante e beata, poi a mano a mano più calma, ma angustiata così, in una rassegnazione a cui si è piegata da sé; e tuttavia contenta, come han potuto vedere. S'ostina a credere che non è vero che sua figlia sia morta, ma che io voglia tenermela tutta per me, senza fargliela più vedere. È come guarita. Tanto che, a sentirla parlare, non sembra più pazza affatto».

Sconcertati dalla rivelazione, i presenti sono tuttavia rassicurati dalle pa-

role del genero. Successivamente, però, entra la suocera che, resasi conto di essere stata trattata come una pazza, rivolge la stessa accusa al genero: lui è pazzo, almeno nel considerare l'attuale come seconda moglie. E afferma che, dopo la lunga assenza della moglie in una casa di cura, egli non l'avesse più riconosciuta, e non l'avrebbe più accettata in casa se non si fossero svolte delle seconde nozze, come se si trattasse di una seconda donna. Tutti sono sbalorditi tranne Laudisi, che ride sonoramente.

Nel tentativo di risolvere l'enigma, organizzano un incontro tra suocera genero: ne derivano scene di violenza in cui il genero aggredisce la suocera urlandole in faccia la verità. E dopo si scuserà per questo suo atteggiamento dicendo che era necessario fare la parte del pazzo per mantenere viva la illusione della donna.

Nell'ultimo atto, dopo una vana ricerca di prove certe tra i superstiti del terremoto, viene condotta a casa di Laudisi la moglie, l'unica in grado di risolvere la questione, mettendo a conoscenza di tutti la verità. Quest'ultima, con il viso coperto da un velo nero, afferma di essere nel contempo sia la figlia della signora suocera che la seconda moglie del genero, mentre di sé afferma di non essere nessuna: «io sono colei che mi si crede».

Interviene allora Laudisi che, dopo una risata, dice con uno sguardo di sfida: «ed ecco, o signori, come parla la verità! Siete contenti?».

Il sostentamento e la cura nei confronti della suocera non sarebbe obbligato, ma spontaneo e liberale, se la figlia di lei quale prima moglie fosse morta.

Mentre in "Così è (se vi pare)" il dolore per la perdita di una figlia conduce a stabilire l'attuale situazione quale unica realtà affettiva con un'equivalenza filiale che può soddisfarla, viceversa in *Come prima, meglio di prima*, si riscontra in Pirandello l'egoismo materno e l'affermazione della personalità femminile, con scelta per la libertà di amare che sovrasti e annulli l'affettività materna.

E d'altra parte si capisce l'eccezionalità del caso, data la rilevanza che viene data da Pirandello alla madre rappresentante il valore della famiglia di origine quale rifugio del figlio rimasto insoddisfatto dalla famiglia acquisita, spesso incapace di soddisfare il suo bisogno di amare.

Questo il contenuto. Fulvia Gelli è ospite di una locanda in un paese della Val di Chiana, dove l'ha lasciata il marito dopo averla salvata dalla morte tentata con il suicidio.

Il marito è il chirurgo Silvio Gelli, che è stato lasciato da Fulvia quando la loro unica figlia Livia aveva tre anni.

I membri dell'alberghetto-locanda (la gestrice, il proprietario che è il parroco del paese ed un contadino) sono in attesa del Gelli ed invece arriva Marco Mauri, un giudice che si era innamorato di Fulvia in occasione di un'udienza dove essa era testimone di un reato commesso dal suo convivente di allora.

Fulvia durante la degenza che è durata quarantacinque giorni, ha avuto un rapporto con il marito che, in occasione di una visita, l'ha resa incinta.

L'amante Mauri spera di essere perdonato per averle nascosto di avere una famiglia e con quell'inganno averla spinta al suicidio. Mauri pretende il suo perdono e vuole trascinarla via con la violenza, prima che arrivi il marito, ma Fulvia lo raggela, negando di avere tentato di uccidersi per lui, e lo tratta come un estraneo.

Ma appena arriva il marito, Fulvia chiede agli astanti di ritirarsi e di essere lasciata sola con i due uomini.

Segue una lunga scena a tre, ed emerge la indifferenza di Fulvia per qualsiasi destino la attenda.

Silvio cerca di giocare una sua ultima carta per convincerla a tornare insieme, ricordandole che hanno avuto insieme la figlia Livia a cui hanno fatto credere che la mamma fosse morta.

Per non distruggere l'immagine che Livia ha coltivato della madre, Fulvia accetterà di figurare come matrigna?

E nonostante le grida di Mauri, che le dice «pensa che strazio essere un'altra per tua figlia!». Risponde Fulvia: «se la figlia è mia – io non sono un'altra – sono sua madre!». E accetta di seguire il marito e abbandonare l'amante.

Silvio intanto ha trasferito la famiglia sul Lago di Como dove è sconosciuta a tutti e la chiamano Flora, ma ella non accetta quel nome e dice di chiamarsi Francesca.

Ha resistito a frenare l'impulso di rivelarsi alla figlia Livia e recita la parte della benevola matrigna.

Ma la figlia non perde occasione per manifestarle avversione, e considerala una intrusa.

Fulvia si sente vivere "su una graticola a fuoco lento", immersa in una "disumana" menzogna e accanto alla "sincera ipocrisia" di un uomo come Silvio che l'ha fatta morire, l'ha santificata, si è santificato e ora pretende che lei si presti ad essere con lui quella di un tempo, ma un'altra con Livia.

La situazione che appare insostenibile, e anche umoristica.

Nel giorno dell'anniversario della "morte" di Fulvia tutti si apprestano a recarsi in chiesa per assistere a tre messe che annualmente si celebrano in suffragio di lei.

L'arrivo improvviso e imprevisto dalla città di una vecchia zia, Ernestina, minaccia di sconvolgere i piani.

La zia Ernestina è stata informata delle "seconde nozze" del padre da Livia, che l'ha pure invitata alla villa.

Zia Ernestina, che fu complice di Silvio nell'inventare la morte di Fulvia, crede ora che sia veramente morta, tanto che alle prime, non riconosce nemmeno la nipote.

Ma Fulvia non intende mentire con lei e in una scena a quattro occhi se la prende prima a godere e poi le si svela, raccomandandole di non tradirsi e di proseguire nella vecchia complicità.

Fulvia ha agito così per convincere la zia Ernestina ad andare via al più presto, ben sapendo che non si sentirà capace, ora che lei è presente, di stare al gioco.

L'imbarazzo è tale per zia Ernestina che questa decide di partirsene subito.

L'atto si chiude con il ritorno di Livia dalle tre messe e un nuovo scontro con la matrigna che ritiene responsabile della partenza della zia.

E nonostante Fulvia cerchi di trattarla con affabilità e quasi tenerezza, Livia oppone avversione e freddo livore.

Sono trascorsi altri sei mesi, siamo in febbraio e sempre nella villa dei Gelli. Fulvia è andata a partorire lontano dal paese e ora la zia Ernestina, che non se ne è più andata, aspetta in villa il ritorno della nipote e del marito.

Diversa l'attesa di Livia che, avendo fatto indagare presso parrocchia e municipio, ha la contezza che Silvio Gelli non risulta risposato e che quindi "Francesca" è l'amante di suo padre.

Nel frattempo ricompare Marco Mauri che è riuscito a scovare la nuova residenza dei Gelli e da alcuni giorni si aggira attorno alla villa, spiando il ritorno di Fulvia. A zia Ernestina, che se lo trova dinanzi, senza sapere chi sia, grida i diritti del suo amore, non ricambiato, ma per lui vitale, e spiega che Fulvia ha scelto di seguire il marito in un momento di debolezza, mentre in realtà sapeva che il suo destino era con lui, sempre pronto a riprendersela.

Nulla di tutto ciò sospettano Silvio e Fulvia al momento di fare ingresso nella villa con la neonata.

Né tantomeno che il loro dramma sia giunto ad un precipitoso finale.

Aggredita da Livia come una volgare concubina, offesa dall'insulto che ricade anche sulla nuova figlia, Fulvia dimentica ogni proposito di continuare nella finzione, perde il dominio di sé, e al colmo del furore, grida a Livia la verità.

La ragazza cade tramortita, mentre Fulvia abbandona il tetto coniugale, ordinando al Mauri di prendere la neonata e al marito: «me la porto via con me Livia, questa volta! Diglielo quando rinviene! Lei, sì – viva – e mia! – Con me, viva! – Nella vita! – Alla ventura!». E quindi torna a fuggire dal marito ma non "come prima", ma "meglio di prima", perché non lascia al marito la seconda figlia ma pretende di portare con sé anche la prima.

L'abbandono del marito e della figlioletta da parte di Fulvia sarebbe causa di separazione giudiziale. Ma il marito, non solo non chiede la separazione, ma nasconde alla figlia le avventure della madre, facendole credere che sia morta. E quando viene a sapere che la moglie ha tentato il suicidio, la cura e riprende con lei una relazione nascosta da cui ha una seconda figlia, e la riammette in casa facendo credere alla figlia che si fosse risposato e che la donna fosse in attesa di una figlia.

Secondo la legge, sussistendo il matrimonio, sia la prima che la seconda figlia sono legittime. La decisione di Fulvia di lasciare il marito e portare con sé la figlia ritornando con l'amante è una reiterata violazione degli obblighi familiari.

La vita che ti diedi fu scritta da Pirandello pensando che la protagonista della tragedia, Donna Anna Luna, potesse essere interpretata dalla Duse, che lo aveva attratto nella primavera del 1921 ripresentandosi nei palcoscenici ultrasessantenne, quei capelli bianchi, il volto segnato, sdegnosa di ogni trucco.

Ma non volle parlarle personalmente ed incaricò Silvio D'Amico, che sapeva essere assai vicino all'attrice.

Ed infatti la Duse aveva confidato a D'Amico di prediligere “Così è (se vi pare)” e “Come prima, meglio di prima”, che svolgono mirabilmente il tema della maternità.

D'Amico allora indirizzò all'attrice, il 16 settembre 1921, questa lettera dove nella parte che riguarda il contenuto di “*La vita che ti diedi*”, scrive: «qui a Roma attendiamo lei. E di lei, discorrendo con Pirandello e con Praga, ho riudito per disteso dalla bocca di Pirandello il soggetto della commedia ch'egli ha pensato per lei. Mi pare che il suo prediletto motivo – la sola realtà è quella che il nostro spirito si crea: tutto il resto è vano – questa volta gli abbia ispirato un'opera d'arte così singolare, che non so resistere al desiderio di accennargliela».

Un giovane, figlio unico, è morto improvvisamente in un incidente di caccia. Egli non aveva al mondo altri parenti che sua madre. La quale, frugando tra le carte di lui, trova una lettera incominciata; diretta a una donna maritata che egli amava. Non l'amava che spiritualmente; e scrivendole, per distogliere le gelosie del marito, usava firmarsi con un nome di donna. Anzi, scriveva addirittura con una calligrafia femminile: compiacendosi, con qualche graziosa civetteria, della rassomiglianza di codesta calligrafia con quella di sua madre.

Ed ecco che la madre, sola di fronte a quella lettera incominciata, ha un'idea. Suo figlio è morto; ma, per la donna che lo amava e che ignora la sua morte, è sempre vivo. E sarà sempre vivo, finché essa non saprà nulla dell'accidente avvenuto.

Ebbene, perché non tenerlo in vita, il suo figliuolo, ancora quanto possibile almeno nella mente di una persona cara? La folle idea la seduce; ella si sostituisce al morto; termina lei, adeguando la propria calligrafia a quella

contraffatta dal figliuolo, la lettera incominciata; la firma col solito nome di donna e la spedisce.

Succede quel che ella aveva previsto. La donna amata, ignara, seguita a rispondere credendo di parlare a lui: e la madre, mantenendo questa corrispondenza spirituale, si accorge che a codesto modo il figlio non è più morto, ma vive, vive ancora, per lei mamma e per quella donna.

E vive anche lei di questa divina illusione.

Senonché, un giorno la donna amata, per sottrarsi alla consuetudine col proprio marito che le è divenuto impossibile, profitta di un'assenza di costui e fugge, e si presenta in casa del giovane. E qui si trova a fronte della madre. La quale si sente morire: ma si guarda bene dal dirle che il figliuolo non c'è più: le dice soltanto che ora non può vederla, che è malato, che l'emozione di un tale incontro lo ucciderebbe; la persuade a pazientare; e intanto le offre ospitalità in una stanza appartata.

Ed ecco sopravvenire, ansante, anche la madre della fuggiasca! Ha saputo la pazzia della figliuola, è corsa a riprendersela e a riportarla in casa sua, prima che il marito assente possa tornare e sapere.

Le due madri si vedono, si parlano, si dicono tutto. La madre della fuggiasca trae un respiro: «Ah! Dunque colui è morto! Mia figlia tornerà al suo posto! Le diremo tutto!». Ma la madre del morto si ribella a questo. «No! Tanto lei, mamma, come la povera donna amante, vivono ormai di questa illusione. Non è lecito distruggerla». Convinceranno insieme, loro due dai capelli bianchi, la creatura dolorosa a tornare nella casa maritale; ma senza dirle l'atroce verità; «anzi continuando a coltivarla, con la corrispondenza... Sino a quando?».

Sin qui la sintesi dell'opera che D'Amico fa alla Duse ed a questo punto, siamo alla fine del secondo atto, quando Lucia annuncia a Donna Anna il suo arrivo ed alla stazione non trova l'amato ma la madre di lui. Alle vaghe risposte della donna la ragazza fa valere il suo diritto di sapere e dopo una lunga scena tra loro Lucia confessa che fu lei, quando «all'ultimo, a tradimento, quest'amore, durato tant'anni, ci vinse» a spingere Fulvio a partire, ad allontanarsi da lei, ma ora è lei che sente di doversi ricongiungere a lui: attende un figlio, frutto del loro amore, ed è venuta ad annunciarglielo. Donna

Anna trasale e in un tumulto di sentimenti ascolta da Lucia la storia del suo desolato rapporto con un marito estraneo, che l'ha tradita, e dal quale due volte è stata resa madre senza alcuna partecipazione: soltanto il puro amore di Fulvio le ha consentito di sopravvivere e ora spera di trovare, in questa nuova maternità, una gioia mai conosciuta.

Tutt'ora però ignora la morte di Fulvio, chiede e ottiene di trascorrere la notte nella sua stanza.

Donna Anna la accompagna, chiude l'uscio, poi, esausta, «più con gli occhi che con le labbra, dirà: vive!».

Al mattino del giorno seguente arriva la madre di Lucia, accorsa in cerca della figlia, e avendo saputo della morte di Fulvio, è stupefatta nell'apprendere che Lucia ancora non lo sappia e dorma ignara nel letto di lui.

Avviene a questo punto lo scontro tra le due madri sul futuro di Lucia e sulla necessità di continuare a illuderla.

Lucia allora esce dalla camera, capisce dall'espressione del volto di sua madre qual è lo stato delle cose e si unisce dapprima ai rimproveri che sua madre rivolge a donna Anna. Ma non tarda tanto comprendere le ragioni del disegno di quella madre e non solo le condivide, ma vuole rimanere con lei ed abbandonare marito e figli.

Senonché è donna Anna ora a rendersi conto della inutilità dei suoi sforzi nel recuperare l'immagine perduta del suo Fulvio e ad ammettere che il nuovo figlio che verrà sarà soltanto di Lucia e non suo.

E difatti questa riparte con la madre e a donna Anna non resta allora che rinchiudersi definitivamente nella sua solitudine.

Il rapporto di maternità, che ha un possibile rapporto di vita, vince su quello che la morte ha sottratto ad un godimento esclusivo.

Ne *L'innesto* Giorgio e Laura Banti abitano a Roma, sono sposati da sette anni, ma senza figli. Laura si diletta di pittura e si reca per tempo, fin dalle sei del mattino, a Villa Giulia a dipingere, rientrando spesso a casa nel tardo pomeriggio. Ma una sera rientra accompagnata dal Delegato e da due guardie e si getta tra le braccia della madre gridando: «Un brutto... un brutto... un brutto». Sopraggiungono un medico, un avvocato e il marito Giorgio. Laura è stata violentata da uno sconosciuto che si è dato alla fuga.

La reazione di Giorgio è inattesa. Accecato dalla gelosia non pensa a Laura ma a sé: lo scempio è stato fatto a lui non meno che a lei. In un crescendo di propositi sconvolgenti, Giorgio dichiara di non poter avere nessuna pietà per Laura. “Non c’è colpa”, e appunto per questo l’offesa è più brutale: non colpisce l’onore, ma l’amore; un amore «al limite della sua più viva gelosia» contro la quale Giorgio appare impotente. Non gli resta che allontanarsi per sempre, e subito.

Ma compare Laura, che s’è levata dal letto, e gli s’accosta desiderosa di stringersi a lui: Giorgio sembra deciso a respingerla ma poi è scosso da un pianto improvviso e i due s’avvinghiano in un abbraccio, lei abbandonata e cieca, lui inebriato dal contatto del suo corpo.

Sono passati quasi due mesi e siamo in autunno. Laura è in una Villa del marito, nei pressi di Roma, dove è stata condotta l’indomani della violenza subita e, nella serenità della campagna, lei e Giorgio sono tornati a vivere “come due sposi” in una perfetta unione dei sensi, dimentichi di quanto è accaduto.

Ma le acque sono calme solo in apparenza.

Sullo spiazzo, davanti alla villa, Laura ascolta con curiosità un vecchio giardiniere che le spiega i vari modi di innestare le piante, e in particolare le parla dell’innesto “a occhio chiuso” che attecchisce solo quando la pianta è “in succhio”: come dire “in amore”.

Poi Laura ha un colloquio con una giovane contadina cresciuta nella campagna dei Banti, Zena, dalla quale vuol sapere se era vera la voce corsa a suo tempo che, a sedici anni, aveva avuto un figlio da Giorgio. Zena ammette di essersi concessa all’allora ventenne padroncino, ma smentisce decisamente le dicerie circa il figlio che non è di Giorgio ma del suo fidanzato e attuale marito.

Intanto Laura comincia ad avvertire i primi sintomi di una gravidanza, sulla cui origine, data la testimonianza di Zena, non può più illudersi. Ma nel suo animo, invece che orrore, matura un diverso sentimento e infatti l’immagine dell’innesto e della pianta “in succhio” l’ha colpita, perché essa ha trasferito in sé stessa quella legge di natura: anche in lei è stato operato un “innesto”. Come la pianta innestata che deve essere “in succhio”, così il suo

corpo brutalizzato era “in amore”: ma amore per chi, se non per Giorgio, unico e solo oggetto del suo desiderio?

La creatura che crescendo in lei, è figlia del suo amore, come avviene nell'albero che non ha «più nessun ricordo donde quella gemma sia venuta». Ed ecco che Laura, fremente, in una lunga scena s'accinge a suscitare in Giorgio lo stesso sentimento, perché lo faccia suo.

Ma l' “amore” di Laura si scontra a questo punto con la “ragione” di Giorgio.

Passione e desiderio vinsero in lui il raccapriccio di riaccostarsi a un corpo profanato, ma alla nuova e per lui atroce rivelazione si ribella: non può accettarla. Invano ora Laura chiede che Giorgio s'immedesimi, si compenetri nel suo animo. Dice Laura: «Tu lo senti, è vero? Lo senti che sono così, tutta del tuo amore? E che non ho per me più niente, niente, né un pensiero, né un ricordo per me, che nulla più...».

Ma nelle parole di Laura, Giorgio legge tutt'altro e anzi arriva a sospettare negli slanci amorosi della donna durante quegli ultimi due mesi un calcolo per mascherare la realtà. Non c'è altro rimedio per lui, che l'aborto. Ma di fronte al rifiuto di una Laura inorridita, e decisa piuttosto ad abbandonarlo, Giorgio sente ancora una volta di non poter rinunciare a Laura e si dà per vinto. Vittoria dell'amore?

Silvio D'Amico scrive ne *L'idea nazionale* del 23 maggio 1919 che «in realtà questa volta [Pirandello] ci ha dato un vero dramma, dove, pur rimanendo nella sua acre casistica prediletta, ogni compiacenza di deformazioni grottescamente spasmodiche è stata abbandonata, il dolore è dolore e vien presentato come tale, superato e vinto soltanto da un atto d'amore».

Dissentiamo da questo giudizio del D'Amico, perché quella figura di padre dalla genitorialità incerta e tormentata, non è alla fine conquistata dall'amore per una creatura, spuntata solo a guastare il cammino di una vita tranquilla, ma soltanto un'abitudine amorosa per la moglie che gli consentirà di continuare ancora a vivere una comoda vita borghese.

La ragione degli altri è la storia di una coppia borghese che costituisce un rapporto di filiazione profittando della povertà di una madre.

Leonardo, giornalista e scrittore che ambisce alla notorietà, dopo otto

anni di matrimonio con Livia, da cui non ha avuto figli, si è reinnamorato della sua antica fidanzata Elena, che si era sposata, ma aveva perduto il marito, da cui aveva avuto due figli.

Elena, che si era rivolta a Leonardo per un aiuto economico, inizia con lui una relazione, da cui nasce una bambina.

Livia, che non ha dato figli ad Ercole, supera l'amarezza del tradimento e, sperando di riacquistarne l'affetto, gli propone di accogliere in casa la piccola e di allevarla come se fosse figlia loro.

Leonardo allora si convince non solo a lasciare Elena, ma a chiederle di affidargli la bambina. Elena reagisce al tentativo di portarle via la figlia, ma alla fine si convince che questo sarà fatto per il bene della piccola, che potrà crescere in una ricca famiglia. E che questa soluzione eliminerà gli scandali che deriverebbero dai fatti già avvenuti, e sarà salvo il rispetto sociale di ognuno di loro.

Livia giunge financo a dire ad Elena «e io sola potrò dare a lei quello che voi non potrete mai: la luce vera, la ricchezza, il nome di suo padre».

Per l'ultima volta Elena resiste con l'orgoglio di madre: «vuoi farneticare, signora! Le ho dato la vita, io, il mio sangue, il mio latte le ho dato! Come non pensate a questo? È uscita dalle mie viscere! È mia! È mia! Che crudeltà è la vostra? Venirmi a chiedere un tale sacrificio in nome del bene della mia figliola!».

Prevale però in Elena il sentimento materno, che la spinge a sacrificare, contro natura, sé stessa, e la sua maternità, per il bene della figlia, convincendosi così a subire “La ragione degli altri”.

Ma il momento più alto dell'arte drammatica destinata al rapporto madre-figlio è ne *La favola del figlio cambiato*, che è la storia di una madre alla ricerca del figlio rapito da una fattucchiera che lo ha cambiato con un mostriciattolo lasciato nella culla. Il bimbo è destinato ad un re che non ha avuto un principe ereditario.

Quando la madre lo ritrova già grande, pronto a succedere al re, viene compensata dall'amore del figlio, che rinuncia al trono e preferisce tornare con la madre al sole del suo paese dicendo: «vedere tutto ai miei piedi? Preferisco sentire qualcosa sopra di me!... Ora bisogna ch'io trovi nel calore carnale di quest'amore di madre, nell'odore di questa tua veste, madre».

3. La società civile nei diversi Paesi del mondo contemporaneo presenta famiglie allargate il cui epicentro è il figlio, non più procreato soltanto secondo natura, ma concepito anche con fecondazione artificiale⁽⁵⁾.

In questa rappresentazione sociale il componente più carico di responsabilità si presenta il padre e marito rispetto alla madre e moglie, protetta dall'istituto del parto anonimo⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Il tema della filiazione ha conosciuto negli ultimi tempi un notevole approfondimento a seguito dell'introduzione della legge 19 febbraio 2004, n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita e 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, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit.; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit.

Per un commento organico alla riforma del 2012-2013, di recente, G. DI ROSA (a cura di), *Della famiglia*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia. 2. Artt. 231-455*, 2ª ed., Torino, 2018; e in precedenza, 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; 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, 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": per un quadro unitario, sebbene fornito sempre nell'ottica della citata distinzione, 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, 2ª ed., Milano, 2012.

⁽⁶⁾ Su cui si rinvia ad A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 159 ss.; v. inoltre A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 478 ss.; S. STEFANELLI (a cura di), *Il parto anonimo. Profili giuridici e psicosociali dopo la dichiarazione di incostituzionalità*, 2ª ed., Capua, 2018; C. MAZZÙ, *Il diritto civile all'alba del terzo millennio*, Torino, 2011, spec. pp. 2 e 73; M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, spec. p. 40 ss.; S. CICCARELLO, *Adozione e informazione sullo status di figlio adottivo*, in M.F. TOMMASINI (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*, Torino, 2003, p. 155 ss.; E. PALMERINI, *Commento all'art. 28, commi 4-8*, in AA.VV., *Commentario della legge 28 marzo 2001, n. 149*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 1016 ss.

Pirandello, che conosceva i limiti del diritto familiare del suo tempo, fondato sulla potestà maritale e su quella paterna, non ci ricorda casi di possibili ricorsi al Giudice nelle vicende familiari dove vengono violati diritti e sentimenti di madri e/o mogli, e di figli di diverso genere, da parte di mariti o padri che esercitavano un potere assoluto. Il ricorso al Giudice lo vedeva, invece ed ironicamente, nei rapporti contrattuali, come ad esempio ne “La Giara”⁽⁷⁾.

Ora, a distanza di quasi cento anni, il diritto familiare è stato riformato a tutela di quei soggetti, prima più deboli, non soltanto per i loro diritti patrimoniali, ma anche per quelli personali, con la soddisfazione dei sentimenti affettivi⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Il più recente saggio sulla famiglia in Pirandello è di R. ALONGE, *Discesa nell'inferno familiare. Angosce e ossessioni nel teatro di Pirandello*, (Utet) Torino, 2018. L'Alonge prende in considerazione soprattutto le opere che riguardano la figura del *padre*. Tra gli studiosi di Pirandello già prima vi aveva dedicato notevole attenzione: E. GIOANOLA, *Pirandello la follia*, (Il Melangolo) Genova, 1983, spec. p. 227 ss. Riflessioni interessanti si ritrovano in L. LUGNANI, *Pirandello. Letteratura e teatro*, (La Nuova Italia) Firenze, 1970, spec. p. 106 ss.; G. PIROUÉ, *Pirandello*, (Sellerio) Palermo, 1975, pp. 29, 63, 125 ss., 137 ss.; E. LAURETTA, *Luigi Pirandello. Storia di un personaggio «fuori di chiave»*, (Mursia) Milano, 1980, spec. p. 176 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. sul punto il nostro *La filiazione*, cit., spec. p. 251 ss.; e A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 57 ss., 183 ss., 279 ss., 359 ss., 543 ss.

In giurisprudenza, v. soprattutto Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329; 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 favore di una coppia same sex*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Vita notarile*, 2017, p. 131, con nota di S. DI GESU, *La tutela dei rapporti di filiazione sorti all'estero in coppia omogenitoriale*; in *Dir. fam.*, 2017, p. 297, con nota di P. DI MARZIO, *Figlio di due madri?*; su cui S. STEFANELLI, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 83 ss.; I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *Genius*, 1/2017, p. 70 ss., secondo cui «la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata sui rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi eventualmente in conflitto, avendo sempre come riferimento, ove occorra, il prevalente interesse dei minori»; e Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Giur. it.*, 2017, p. 5; in *Foro it.*, 2017, I, c. 119, che enuncia il seguente principio di diritto: la tutela dell'interesse concreto del minore è centrale nelle azioni 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

Basti pensare al diritto all'ascolto che avrebbe risolto i problemi di Gabriele ne "La formalità". Il diritto alla scelta degli studi e della professione avrebbe soddisfatto le esigenze di Lucio in "Lazzaro". L'ammissibilità della prova del DNA avrebbe stabilito la paternità dei protagonisti di "O di uno o di nessuno". In "Bellavita" la responsabilità da procreazione con il rapporto patrimoniale come obbligo di mantenimento graverebbe sul notaio adultero, mentre a Bellavita rimarrebbe il figlio con il rapporto di filiazione legittima. In "Così è (se vi pare)", se la figlia della signora Frola fosse viva, il sostentamento per lei da parte del genero sarebbe un atto di liberalità e non un obbligo alimentare. Il caso di abbandono di marito e figlia da parte di Fulvia in "Come prima, meglio di prima" sarebbe risolvibile con la separazione giudiziale per colpa di lei e sfuggirebbe alla condanna penale in cui

all'interno della famiglia e l'identità così acquisita dal figlio, non necessariamente correlata al dato genetico; conf., Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1532. Concetti ribaditi di recente anche da Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in questa *Rivista*, 2017, p. 263 ss., con nota di A. SASSI, *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 5; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 699; in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*.

Per la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a titolo esemplificativo, sulla rilevanza dei legami familiari affettivi e la conseguente violazione dell'art. 8 della Convenzione, Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 956; Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson et al. c. Francia*, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 561; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1123, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; C. EDU, 26 giugno 2014, *Labasse c. Francia*, in *leggiditalia.it*; su cui G. CHIAPPETTA, *L'estensione della presunzione di paternità*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., p. 335 ss.; M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 278 ss.; sul consolidamento dell'affettività, Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 117; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 828, con nota di A. SCHUSTER, *Gestazione per altri e Conv. eur. dir. uomo: l'interesse del minore non deve mai essere un mezzo, ma sempre solo il fine del diritto*; a conclusioni difformi, ma enunciando analoghi concetti in tema di tutela dell'affettività consolidata, è giunta successivamente Corte EDU, G.C., 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, *ivi*, 2017, p. 501, con nota di L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*; su cui A. VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le «famiglie di fatto»?*, in *Genius*, 1/2017, p. 78 ss.; E. FALLETTI, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 729 ss.

sarebbe incappata allora; e la procreazione della seconda figlia, dopo l'interruzione della convivenza per adulterio della moglie, costituirebbe elemento sostanziale per lo stato di filiazione legittima, data l'avvenuta riconciliazione. Ne "L'innesto" Giorgio lascia che si costituisca lo stato di figlio legittimo del bimbo avuto dalla moglie che ha subito violenza.

Alla fine degli anni quaranta e dopo un anno dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, Arturo Carlo Jemolo, un giurista di profonda cultura civile e religiosa scriveva: «quando pronunciamo il nome 'famiglia' non è al campo del diritto che ricorre anzitutto il pensiero. Diciamo 'cellula della società', 'principio della nazione', 'sede prima naturale ed insostituibile dell'educazione', 'primo degli aggregati naturali'. Ma è soprattutto all'ambito degli affetti che la parola fa subito ricorrere il pensiero»⁽⁹⁾.

E descrive ciò a cui pensa sentendo la parola "famigliare" l'uomo comune: «per ogni uomo che abbia passato la maturità, è il magico incanto dei ricordi dell'infanzia, il desco al quale sedevano bambini, le figure dei nonni e dei genitori scomparsi, mobili desueti, lampade antiche, costumi che paiono lontani, che la parola evoca; per i giovani, è invece un proiettarsi sul futuro: la compagna della vita forse non ancora incontrata, forse che ha oggi tratti di giovinetta e l'immagine raffigura nel pieno sboccio della sua femminilità, le teste brune e bionde dei bimbi non nati, la casa che non c'è, che dovrà sorgere, e che appare bella, senza tare, senza difetti, come tutte le cose sognate, che la parola fa scaturire».

Questa premessa serve a Jemolo a spiegare perché la parola famiglia «ci desti piuttosto immagini che concetti, c'inviti piuttosto a ricordare od a sognare, che non a costruire principi, parli più al cuore che alla ragione, si spiega certo con ciò, che il lato affettivo è quello che più conta nella vita; e forse con un dato proprio alle generazioni come la nostra, senza salde radici, senza sicurezza, che avvertono di posare su suolo traballante, e proprio per questo distolgono volentieri lo sguardo da costruzioni giuridiche, politiche, economiche, che tutte hanno fragili basi, e che di quelle forti ventate che la

⁽⁹⁾ A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Catania*, III, 1948-1949, p. 38 ss. (da cui anche le citazioni successive).

storia conosce può sconvolgere da un giorno all'altro; ma si spiega anche con ciò che la famiglia non può più essere ridotta a costruzione giuridica, né a cellula politica, né a struttura economica. Non sono questi che suoi aspetti; mai i suoi caratteri essenziali».

Jemolo leggendo l'art. 29 della Costituzione, «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia fondata sul matrimonio» vede già «un escludere (...) le unioni libere» che oggi sono riconosciute e regolate per tutelare soprattutto le “unioni omosessuali” e a proposito dell'«eguaglianza morale e giuridica dei coniugi» vede come «in quell'ambito tanto posto è lasciato al sentire del giudice, alla sua conoscenza di uomo e di cittadino».

In ordine al principio dell'art. 30 «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio», Jemolo profetizza tempi lunghissimi per vederlo attuato.

La conclusione da antropologo e da giurista è che «certamente non si può restringere l'ambito del diritto a quello dell'economia, ma è pur vero che solo dove si tratta di statuire in materia di valori economici, di mio e di tuo, sentiamo che i rimedi giudici raggiungono la pienezza dei loro risultati; in tutti gli altri ambiti (compreso quello del diritto penale: chi ha fede nell'effetto di risanamento della condanna penale?) l'applicazione della legge non può che approssimare al raggiungimento della finalità ultima ch'era presente al legislatore. Ma quest'approssimazione diviene tanto più remota, quanto più ci si fa alla zona dei valori immateriali, all'ambito affettivo».

E aggiunge un'immagine divenuta famosa e ripetuta anche dai non giuristi che avrebbe condiviso Pirandello: «Per questo la famiglia appare sempre, se si consenta il simbolo, come un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto; la sua intima essenza rimane metagiuridica».

L'evoluzione del costume esige quella del diritto familiare, ma non avverrà sempre che gl'interessati ricorrono al diritto per regolare i loro rapporti dominati dai sentimenti che rimangono all'interno del cuore umano.

Il desiderio della famiglia arriva sempre, anche se dopo una lunga solitudine, come ne “Il lume dell'altra casa”. «Ah ecco. Il lume dell'altra casa. Un lume or ora acceso nella casa dirimpetto: l'alito di una vita estranea, ch'entrava a stenebrare il bujo, il vuoto, il deserto della sua esistenza. Rimase un pez-

zo mirare quel chiarore come alcunché di prodigioso. E un'intensa angoscia gli serrò la gola nel notare con quale soave carezza si posava là sul suo letto, su la parete, e qua su le sue mani pallide, abbandonate sul tavolino. Gli sorse in quell'angoscia il ricordo della sua infanzia oppressa, di sua madre. E gli parve come se la luce di un'alba lontana, spirasse nella notte del suo spirito. Si alzò, andò alla finestra, e, furtivamente, dietro ai vetri guardò là, nella casa dirimpetto, a quella finestra donde gli veniva il lume. Vide una famigliuola raccolta intorno al desco: tre bambini, il padre già seduti, la mamma ancora in piedi (...).

Ecco il Pirandello poeta!

Corte di Cassazione, Sez. I civile, 10 luglio 2018, n. 18047 – Pres. Chiari-
ni – Est. Di Florio – P.M. Patrone (conf.) – S. Spa (Avv.ti Durante e Savasta
Fiore) c. L.L. (Avv.ti Riva e Blundo)

Conferma Trib. Bologna, 3 giugno 2016, n. 1447.

Contratto in genere – Risoluzione per impossibilità sopravvenuta – Le-
gittimazione (c.c., artt. 1463 ss.; c.p.c., artt. 99 ss.).

Contratto in genere – Risoluzione per impossibilità sopravvenuta – Pre-
supposti – Causa in concreto del contratto – Rilevanza – Irrealizzabilità
della finalità essenziale – Conseguenze (c.c., artt. 1325, 1343 ss., 1463 ss.).

*La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la con-
seguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere in-
vocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la
cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile.*

*L'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia dive-
nuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia
divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale im-
possibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto
meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in
cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione.*

(*Omissis*). 1. - A.A. e L.L. convennero in giudizio, dinanzi al Giudice di
pace di Bologna, la S. Spa e, premesso di aver acquistato presso la società un
pacchetto turistico «all inclusive» al quale avevano dovuto rinunciare a causa
della grave ed improvvisa patologia che aveva colpito l' A., domandarono
la condanna della società alla restituzione della somma da loro pagata come
prezzo dell'intera prestazione pattuita.

2. - Il giudice di pace accolse la domanda; il Tribunale di Bologna, per ciò che interessa in questa sede, respinse l'appello della società, compensando parzialmente le spese del grado.

3. - Ricorre per la cassazione della sentenza la B. Srl in liquidazione (già S. Spa) affidandosi a cinque motivi illustrati anche con memoria. (*Omissis*).

1. - Con il primo motivo, la società ricorrente deduce *ex art.* 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 1463, 1256, 1325 e 1345 c.c., ed art. 3 Cost., nonché, *ex art.* 360 c.p.c., n. 5, l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio. Al riguardo: a. contesta l'interpretazione degli artt. 1463 e 1345 c.c., assumendo che il giudice d'appello aveva confuso la causa del contratto con i motivi di esso; b. deduce l'inconferenza degli arresti di legittimità richiamati, riguardanti la diversa ipotesi di impossibilità sopravvenuta per un fatto ascrivibile a terzi e non alle parti: assume che non era stato considerato che la mancata partecipazione al viaggio non era dipesa da fatti relativi all'esercizio dell'attività imprenditoriale, ma ad un impedimento soggettivo del fruitore della prestazione che non poteva determinare un effetto completamente liberatorio/risolutorio in suo favore; c. assume che l'art. 1463 c.c. non prescriveva una regolamentazione inderogabile né l'inserimento di clausole che potessero implicare uno sbilanciamento del sinallagma contrattuale con trasferimento del rischio solo a carico dell'operatore turistico.

1-*bis*. - Il motivo è complessivamente infondato.

Circa il primo rilievo, si osserva che il Tribunale ha fatto corretta applicazione delle norme sopra richiamate, inquadrando la fattispecie in esame nell'ipotesi in cui la causa del contratto, consistente nella fruizione di un viaggio con finalità turistica, diviene inattuabile per una causa di forza maggiore, non prevedibile e non ascrivibile alla condotta dei contraenti.

Al riguardo, questa Corte ha avuto modo di chiarire che «la causa in concreto – intesa quale scopo pratico del contratto, in quanto sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello negoziale utilizzato – conferisce rilevanza ai motivi, sempre che questi abbiano assunto un valore determinante nell'economia del negozio, assurgendo a presupposti causali, e siano comuni alle parti o, se

riferibili ad una sola di esse, siano comunque conoscibili dall'altra» (cfr. Cass. 8100/2013; Cass. 12069/2017).

Pertanto il Tribunale, nella congiunta valutazione della causa e dei motivi che avevano indotto all'acquisto del pacchetto turistico, ha dato forma al concetto di «causa concreta del contratto» attinente all'aspetto della funzione economico-sociale del negozio giuridico posto in essere (cfr. anche in motivazione Cass. 26958/2007) e, valutando il gravissimo impedimento che non aveva consentito ai contraenti di fruirne, ha correttamente applicato il principio sopra enunciato con il quale la previsione di cui all'art. 1463 c.c., risulta perfettamente compatibile, con riferimento a tutti i contraenti.

E, tanto premesso, anche il secondo rilievo non è condivisibile.

Questa Corte ha affermato che «la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione» (cfr. Cass. 26958/2007).

Tale arresto che, per gli aspetti fattuali, risulta sovrapponibile al caso in esame, contiene principi ai quali questo collegio intende dare seguito, dovendosi escludere che l'impossibilità sopravvenuta debba essere – come prospettato dal ricorrente – necessariamente ricollegata al fatto di un terzo: la non imputabilità al debitore (v. art. 1256 c.c.) non restringe il campo delle ipotesi ma, per quanto sopra argomentato, consente di allargare l'applicazione della norma a tutti i casi, meritevoli di tutela, in cui sia impossibile, per eventi imprevedibili e sopravvenuti, utilizzare la prestazione oggetto del contratto.

Anche il terzo rilievo non può essere condiviso.

La società ricorrente lamenta, infatti, che la decisione impugnata contiene argomentazioni che si traducono in uno sbilanciamento del sinallagma contrattuale e nel trasferimento del rischio dell'evento accidentale a totale carico del *tour operator*, con conseguente costituzione di una sorta di responsabilità oggettiva.

L'assunto è infondato.

L'art. 1463 c.c. assume una funzione di protezione in relazione alla parte impossibilitata a fruire della prestazione pattuita e ciò è funzionale, in linea generale, proprio alla ricostituzione del sinallagma compromesso, non spostando l'ambito contrattuale della responsabilità.

2. - Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1463 e 2033 c.c.: assume che la malattia dell'A. si era verificata il giorno prima della partenza quando la prestazione era già iniziata, e che la società aveva iniziato ed in parte completato l'esecuzione del contratto. Si configurava in tal modo, a suo carico, un'ipotesi di indebito arricchimento in favore della parte attrice.

Il motivo è infondato.

Le parti contraenti, infatti, non hanno minimamente fruito della prestazione: al riguardo questa Corte ha avuto modo di chiarire che «l'azione generale di arricchimento ingiustificato, avendo natura sussidiaria, può essere esercitata solo quando manchi un titolo specifico sul quale fondare un diritto di credito» (cfr. Cass. 26199/2017): nel caso di specie, le pretese dell'odierna parte controricorrente si fondano legittimamente sull'applicazione dell'art. 1463 c.c., e trovano pertanto un fondamento specifico che non consente neanche di ipotizzare l'ipotesi di cui all'art. 2033 c.c.

3. - Con il terzo motivo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 360, n. 3 c.p.c., con riferimento all'art. 1385 c.c., ed alla direttiva comunitaria 90/314 in tema di recesso del viaggiatore; lamenta altresì l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti e consistente nella mancata stipula della polizza assicurativa che era stata offerta ai contraenti per garantire gli [stessi dai danni] derivanti da inconvenienti imprevedibili.

Il motivo è in parte inammissibile ed in parte infondato.

La censura, infatti, è espressamente riferita agli artt. 90 e 91 del Codice del Consumo sui quali il Tribunale ha congruamente argomentato (cfr. pag. 6 della sentenza): il ricorrente chiede dunque, pur denunciando formalmente il vizio di violazione di legge, una rivisitazione del merito e della motivazione della controversia sul punto, preclusa in sede di legittimità in presenza di motivazione logica e sufficiente.

Né la mancata stipula, da parte dei contraenti, della polizza assicurativa volta a coprire eventi imprevedibili come quello in esame, sposta i termini della decisione.

Tale possibilità, infatti, all'epoca in cui venne acquistato il pacchetto turistico costituiva una mera facoltà sia per il cliente che per l'operatore turistico: ciò non incide, dunque, sulla valutazione dell'impossibilità sopravvenuta alla prestazione, secondo quanto sinora argomentato.

Vale al riguardo rilevare che proprio la recente Direttiva Comunitaria 2302/2015 sui pacchetti turistici, richiamata dal ricorrente, è stata recentemente recepita ma non è ancora in vigore nel nostro ordinamento: ciò rafforza la dimostrazione che all'epoca della controversia prevaleva la disciplina correttamente applicata dal Tribunale, la cui interpretazione deve tenere conto sia del rischio generale connaturato all'attività imprenditoriale sia del dovere di solidarietà sociale universalmente applicabile (Cass. 14662/2015).

4. - Con il quarto motivo la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1463 e 1672 c.c., nonché l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, consistente nell'applicazione delle norme relative al contratto di trasporto ed al contratto di mandato; censura, altresì, il richiamo del Tribunale all'art. 1672 c.c., ritenendolo inconferente rispetto al caso in esame.

Il motivo è inammissibile.

Nonostante la formale evocazione del vizio di violazione di legge, il ricorrente chiede una diversa motivazione della sentenza prospettando un vizio che non può più trovare ingresso in sede di legittimità, vista la modifica dell'art. 360, n. 5, introdotta con la L. n. 134 del 2012.

Circa la postulata applicazione degli artt. 1686 e 1720 c.c. si osserva, poi, che la censura risulta nuova e quindi inammissibile.

5. - Infine, con il quinto motivo, il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione, *ex art.* 360, n. 3 c.p.c., dell'art. 91 c.p.c.: chiede la compensazione delle spese anche del primo grado visto che l'appello era stato parzialmente accolto.

Il motivo è inammissibile, in quanto, in presenza di parziale soccombenza in appello la statuizione di compensazione delle spese di primo grado non è sindacabile in sede di legittimità (cfr. *ex multis* Cass. 18236/2003; Cass. 4799/2006; Cass. 30599/2017) In conclusione, il ricorso deve essere rigettato. (*Omissis*).

Irrealizzabilità del contratto di pacchetto turistico e causa in concreto

[SILVIO PIETRO CERRI (*)]

SOMMARIO: 1. Inutilizzabilità della prestazione e motivo oggettivo. – 2. Art. 1463 c.c. e requisiti di applicabilità. – 3. Contratto turistico nella giurisprudenza. – 4. Irricevibilità non imputabile al creditore. – 5. Interesse e difetto sopravvenuto di causa. – 6. Causa in concreto e rischio d'impresa. – 7. Conclusioni.

1. È agevole rilevare come ogni ipotesi risolutiva normativamente individuata (tra cui, ovviamente, anche quella di cui all'art. 1463 c.c.) trovi la propria *ratio* nel mantenimento dell'equilibrio tra interessi di natura squisitamente privata⁽¹⁾. 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⁽²⁾.

(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Torino, 2016, p. 662; V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 86.

⁽²⁾ 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

Gli strumenti di adeguamento contrattuale, tuttavia, non sempre costituiscono valido mezzo di salvaguardia degli interessi sottesi alla stipula: in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione, il contratto deve ritenersi risolvibile.

In un recente caso, la S.C. fornisce un'applicazione dell'istituto della risoluzione per impossibilità sopravvenuta⁽³⁾ il quale consente, sulla scorta di una giurisprudenza di promanazione dell'ultimo decennio, non copiosa rispetto a fattispecie similari ma certamente innovativa, una reinterpretazione dell'istituto alla luce della moderna concezione dell'impianto causale del contratto.

Tizio e Caia convengono in giudizio Alfa spa e, premesso di aver acquistato presso quest'ultima un pacchetto turistico "tutto compreso" cui avevano dovuto rinunciare a causa di grave ed improvvisa patologia che aveva colpito Tizio, domandano la condanna di Alfa spa a restituire la somma da loro pagata come prezzo dell'intera prestazione pattuita. Il Giudice di Pace accoglie la domanda. Alfa spa propone appello, che viene respinto dal Tri-

meno, con conseguenti operazioni rinegoziate 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 eseguirsi – 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*, Milano, 1999, p. 100, ove una disamina esaustiva riguardante le disposizioni finalizzate a garantire, nonostante la sopravvenuta impossibilità, il mantenimento in vita del contratto.

⁽³⁾ V., in ordine alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, A. CIATTI CÀIMI, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. giur.*, VII, Milano, 2007, p. 323; A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; F. MACARIO, *Le sopravvenienze. I rimedi*, 2, in *Tratt. Roppo*, Milano, 2006, III, p. 557; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2003; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002; R. SACCO, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, XVIII, Torino, 1998, p. 53; O. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; B. IANNOLO, *La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, p. 82.

bunale. Ricorre per cassazione Beta srl in liquidazione (già Alfa spa). La S.C. rigetta il ricorso, sostenendo: *a)* da una parte come, «dovendosi escludere che l'impossibilità sopravvenuta debba essere (...) necessariamente ricollegata al fatto di un terzo (...) la non imputabilità al debitore (...) non» restringa «il campo delle ipotesi ma» consenta «di allargare l'applicazione della norma a tutti i casi, meritevoli di tutela, in cui sia impossibile, per eventi imprevedibili e sopravvenuti, utilizzare la prestazione oggetto del contratto»; *b)* dall'altra, come «la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c.» possa invocarsi «da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione».

La decisione della S.C. qui in commento concerne, in termini di punto nodale, il tema della risoluzione del contratto di pacchetto turistico per irrealizzabilità del proprio fine, alla luce della sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione in capo al creditore-turista.

Con riferimento alla risoluzione contrattuale per impossibilità sopravvenuta può sin da ora sottolinearsi come risulti ad oggi acclarato che circostanze incidenti sull'interesse del creditore che ne comportino il venire meno (come, nel caso che ci occupa, la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione non imputabile al creditore, benché astrattamente eseguibile), determinano a loro volta estinzione del rapporto obbligatorio alla luce di sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del rapporto⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Quanto alla distinzione tra impossibilità della prestazione ed impossibilità di ricevere quest'ultima v., tra le pronunce più risalenti, già Cass., 26 marzo 1947, n. 432, in *Foro it.*, 1947, I, c. 265, con nota di G. PESCATORE, *Effetti dell'impedimento personale al singolo viaggiatore*

2. I requisiti di applicazione dell'art. 1463 c.c. sono rinvenibili nei caratteri della sopravvenienza, totalità ed oggettività dell'impossibilità della prestazione⁽⁵⁾: si tratta di requisiti analogamente previsti per l'applicabilità del 1° com-

sul contratto di crociera turistica, e in *Riv. dir. comm.*, 1947, p. 284, con nota di A. MIGNOLI, *Impossibilità del creditore e incidenza del fortuito*. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Napoli, 23 luglio 1984, in *Dir. e giur.*, 1985, p. 763, che ritiene inapplicabile l'art. 1463 c.c. al caso della sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione per circostanza riguardante la sfera soggettiva del turista, non spettando a quest'ultimo la restituzione di quanto anticipato, dovendosi altrimenti porre a carico del debitore l'impossibilità del creditore di collaborare nel ricevere la prestazione; App. Milano, 1° marzo 1996, in *Contratti*, 1997, p. 386, con nota di E. GUERINONI, *Malattia del turista e impossibilità della prestazione*. *Contra*, Trib. Milano, 19 aprile 2002, in *Dir. tur.*, 2003, p. 157, che ritiene applicabile l'art. 1463 c.c. all'ipotesi del turista che decida di non viaggiare più dopo essere entrato in depressione nel venire a conoscenza di eventi terroristici di risonanza mondiale, in tal caso rinvenendosi, l'impossibilità della prestazione, in fatti eccezionali imprevedibili.

Per la dottrina concernente la sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2° ed., Milano, rist. 2015, p. 383, che parla in proposito di inidoneità della prestazione al soddisfacimento dell'interesse creditorio. In ordine all'idea di "inutilità", cfr. A. SCIALOJA, *Contributi alla teoria del negozio giuridico*, II, *Nullità ed inefficacia*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 27, il quale sostiene come possa definirsi inutile il negozio inefficace, benché esistente e dotato di validità; ma v. anche N. IRITI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 177 ss., e A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 47 ss.

⁽⁵⁾ In merito a tale ultima caratteristica, v. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 531, con nota di S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 921, con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Contratti*, 2008, p. 786, con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 29, con nota di F. PAROLA, *Risoluzione del contratto turistico e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, e in *Contr. e impr.*, 2009, p. 151, con nota di E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, la quale, nel sottolineare come «La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c.» possa invocarsi «da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la soprav-

ma dell'art. 1256 c.c., avendo la impossibilità due fondamentali effetti, cioè a dire la risoluzione automatica del rapporto e, estinguendosi l'obbligazione, la conseguente liberazione del debitore.

Sia in caso di inimputabilità, alle parti, della impossibilità sopravvenuta della prestazione, sia in caso di imputabilità al debitore, è pacifica l'applicabilità dell'art. 1463 c.c. nel primo, come la inapplicabilità nel secondo caso: la S.C. con la decisione qui in commento decide quindi, principalmente, in ordine alla questione riguardante la disciplina applicabile in caso di impossibilità addebitabile alla sfera giuridica del creditore⁽⁶⁾.

Sotto tale profilo la dottrina appare suddivisa in tre principali orientamenti: da una parte, vi è chi ritiene applicabile sempre e comunque l'art. 1463 c.c.⁽⁷⁾,

venuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione», precisa, inoltre, come la prestazione possa ritenersi oggettivamente impossibile in caso di: *a)* perimento o smarrimento della cosa; *b)* incommerciabilità della cosa; *c)* riguardo alle obbligazioni di fare, impedimenti personali, assoluti ed oggettivi, propri del debitore (sul punto, si richiama anche Cass., 16 febbraio 2006, n. 3440, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., 19 gennaio 1983, n. 498, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 3230; Cass., 22 ottobre 1982, n. 5496, in *Mass. Giur. it.*, 1982, la quale osservava come «L'impossibilità sopravvenuta della prestazione», ove consistente «in un impedimento, assoluto ed oggettivo, a carattere definitivo», desse «luogo alla risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1463 c.c., mentre», ove incarnasse «natura temporanea», determinasse solo «da sospensione (e non la risoluzione) del contratto stesso, ma non oltre i limiti dell'interesse del creditore al conseguimento della prestazione»; Cass., 6 febbraio 1979, n. 794, *ivi*, 1979, ove si riteneva come «Il 2° comma dell'art.1256 c.c., nell'escludere che l'obbligazione si estingue nel caso di impossibilità temporanea della prestazione», fosse riferito «al solo interesse del creditore alla prestazione e non pure all'interesse del debitore, il quale deve adempiere l'obbligazione indipendentemente da un suo diverso interesse economico alla prestazione differita»; Cass., 8 ottobre 1973, n. 2532, in *Mass. Foro it.*, 1973): sul punto, in dottrina, S. PAGLIANTINI, *Prevedibilità del fatto impeditivo, equilibrio subiettivo delle impugnazioni e recesso del contraente deluso: note e spunti in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 506.

⁽⁶⁾ Sul punto v. L. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la sfera del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 549, secondo cui può ritenersi rientrante nel concetto di «sfera giuridica» sia il caso di impossibilità di cooperazione che risulti imputabile al creditore, sia il caso di impossibilità di cooperazione dovuta a circostanze non rientranti nella sfera di controllo del creditore medesimo.

⁽⁷⁾ Si tratta dell'orientamento maggioritario in dottrina: cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 175; G. COTTINO, *Questioni in materia di im-*

con conseguente operabilità in caso di impossibilità imputabile sia a debitore che creditore; dall'altra, riguardo al creditore vi è chi prende a riferimento il solo art. 1453 c.c., in materia di obbligo cooperativo con il debitore ai fini dell'adempimento di quest'ultimo⁽⁸⁾; vi sono, infine, coloro i quali ritengono che la questione relativa alla impossibilità sopravvenuta imputabile al creditore vada risolta, nei c.dd. contratti a prestazioni corrispettive, mediante il ricorso al 1° comma dell'art. 1207 c.c.: il creditore in sostanza dovrebbe ritenersi obbligato, pur alla luce del mancato adempimento del debitore, ad eseguire la prestazione⁽⁹⁾.

In giurisprudenza, per casi come quello deciso dalla sentenza in esame ed altri analoghi, da tempo si propende maggiormente per il primo dei su-indicati orientamenti⁽¹⁰⁾ anche in ossequio al fatto che, pensando altrimenti, sarebbe difficilmente rinvenibile una disciplina adeguata ad ipotesi in cui

possibilità della prestazione, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, p. 79; ID., *L'impossibilità sopravvenuta e la responsabilità del debitore*, *ivi*, 1951, II, p. 215; L. MENGONI, *In tema di mora credendi nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 1954, p. 570; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, rist. 1993, p. 377. Con riferimento, poi, alla particolare ipotesi della impossibilità inimputabile al creditore, detto orientamento vede al proprio interno, a sua volta, una ulteriore suddivisione tra coloro che ritengono che il creditore, pur liberato dal proprio obbligo, sia comunque tenuto ad indennizzare il debitore di spese sostenute e mancato guadagno (cfr. G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, p. 257), e coloro che propendono per una applicazione analogica, a rapporti simili, di norme che prevedano detta eventualità (cfr. G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 78).

⁽⁸⁾ Cfr. G. SANTORO, *Crisi del Golfo e impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a fatto del creditore*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 512; A. LAZARI, *Armi da guerra e guerra delle armi: prima condanna italiana alla yubris di Saddam*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 230.

⁽⁹⁾ Cfr. M. GIORGIANNI, *Inadempimento*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1964, p. 876; A. RAVAZZONI, *Mora del creditore*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 903.

⁽¹⁰⁾ Cfr., per la giurisprudenza di legittimità, Cass., 30 gennaio 2006, n. 1980, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 377; Cass., 20 dicembre 2004, n. 23618, in *Guida al dir.*, 2005, 4, p. 73; Cass., 6 maggio 2000, n. 295, in *Studium iuris*, 2000, p. 1134; Cass., 20 marzo 1997, n. 2487, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 1998, II, p. 483; Cass., 22 dicembre 1983, n. 7580, in *Mass. Foro it.*, 1983; *contra*, Cass., 17 maggio 1949, n. 1221, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 77. Per la giurisprudenza di merito, Trib. Udine, 13 luglio 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 201; Trib. Genova, 11 luglio 1996, *ivi*, 1997, p. 534; Trib. Verona, 30 maggio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 372; Trib. Napoli, 15 luglio 1974, in *Dir. e giur.*, 1977, p. 126.

non risultino ravvisabili elementi propri del dolo o della colpa in capo al creditore non cooperante per l'ottenimento di quanto spettantegli⁽¹¹⁾.

Pertanto, la questione riguardante la legittimazione ad esperire l'azione di cui all'art. 1463 c.c. può dirsi risolta sia da parte della dottrina⁽¹²⁾ che della giurisprudenza, anche meno recente, nel senso che detta azione deve potersi ritenere esperibile sia dal debitore che dal creditore⁽¹³⁾.

Altro evidente profilo di distinzione tra le due tipologie risolutive è rinvenibile nei rispettivi *modus operandi* in quanto, mentre il rimedio di cui all'art. 1463 c.c. può dirsi automatico, in caso di inadempimento all'obbligo cooperativo all'espletamento della prestazione è necessaria una sentenza di tipo costitutivo: è in favore di entrambe le parti, infatti, che spiega automaticamente i propri effetti la risoluzione di cui all'art. 1463 c.c., di talché il debitore liberato non solo non potrà pretendere la prestazione di controparte, ma dovrà anche restituire – in base alla normativa concernente la ripetizione dell'indebitato – quella eventualmente ricevuta. Proprio l'espreso richiamo operato dalla norma in esame all'art. 2033 c.c. si giustifica partendo dal presupposto che la risoluzione possa essere chiesta anche dal soggetto che ha già eseguito la sua prestazione⁽¹⁴⁾.

Sotto il profilo motivazionale della decisione in commento, la S.C. ha dovuto statuire in ordine alla seguente, principale questione: pur prospettando-

⁽¹¹⁾ Sul punto, in giurisprudenza, Cass., 26 marzo 1947, n. 432, cit.; Cass., 8 febbraio 1986, n. 809, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1928. Per la dottrina, cfr. L. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la sfera del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 547; C. CHESSA, *La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 523; R. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000; A. PONTECORVO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007.

⁽¹²⁾ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2001, p. 1006, nonché F. MACARIO, *Le sopravvenienze. I rimedi*, 2, cit., p. 561.

⁽¹³⁾ In tal senso, già da epoca risalente: Cass., 25 luglio 1947, n. 1181, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, p. 1140; Cass., 19 agosto 1948, n. 1527, *ivi*, 1948, p. 427; Cass., 23 agosto 1949, n. 2394, in *Foro it.*, 1950, I, c. 167.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cass., 18 settembre 1956, n. 3222, in *Rep. Foro it.*, 1956, v. *Obbligazioni e contratti*, n. 497.

si la prestazione d'impresa in termini di possibilità, e alla luce della integrale effettuazione della prestazione dei turisti-consumatori, una lettura troppo letterale dell'art. 1463 c.c. avrebbe rischiato di "concedere" la legittimazione a far valere la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta al solo obbligato alla prestazione divenuta impossibile.

Il punto nodale da sciogliere, in sostanza, concerne la specificità della risoluzione per impossibilità sopravvenuta nelle ipotesi di obbligazioni di *facere*, in quanto proprio la prestazione della società venditrice del pacchetto turistico "tutto compreso", data la natura del relativo contenuto consistente proprio in un *facere*, potrebbe considerarsi quale prestazione di tipo infungibile, e ciò per entrambi i contraenti di talché, in mancanza della cooperazione del turista, la prestazione del professionista (che, essendo stato pagato, diviene debitore del pacchetto) potrebbe profilarsi in termini di impossibilità: dubbio che, come in un caso analogo di poco più di dieci anni prima, la S.C. non pare proprio porsi⁽¹⁵⁾, sostenendo al contrario la permanenza della possibilità della prestazione in capo alla società venditrice del pacchetto e sostenendo pertanto la rilevanza, ai fini risolutivi del contratto, della "semplice" impossibilità, in capo ad uno dei turisti, di fruire del pacchetto turistico.

Come dalla stessa S.C. sostenuto nella decisione in commento, quindi, l'art. 1463 c.c. può ritenersi assumere «una funzione di protezione in relazione alla parte impossibilitata a fruire della prestazione pattuita e ciò è funzionale, in linea generale, proprio alla ricostituzione del sinallagma compromesso, non spostando l'ambito contrattuale della responsabilità»: è, in sostanza, il medesimo meccanismo di sostanziale automaticità di scioglimento del vincolo di cui all'articolo in esame a stabilire la bilateralità della legittimazione ad instare per lo scioglimento del contratto⁽¹⁶⁾. La società debitrice della prestazione divenuta impossibile ad effettuarsi è liberata in base all'art. 1256

⁽¹⁵⁾ Così L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Contratti*, 2008, cit., p. 792.

⁽¹⁶⁾ In questi termini R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 690; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 132 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1006; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 373. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037, in *Mass. Foro it.*, 1995.

c.c., da ciò derivando, a sua volta, inesigibilità ovvero, in caso di avvenuta esecuzione (come nel caso in esame, il pre-pagamento del pacchetto turistico), ripetibilità della controprestazione.

Può pertanto dirsi condivisibile l'enunciato della S.C., conforme a relativamente recente giurisprudenza di legittimità (a sua volta debitrice di remoto precedente⁽¹⁷⁾), secondo cui possono chiedere lo scioglimento del rapporto contrattuale (tramite sentenza di mero accertamento⁽¹⁸⁾) sia il creditore della prestazione divenuta impossibile (purché per motivi a sé non imputabili), sia il debitore il quale non possa ulteriormente adempiere e che, tuttavia, risulti al contempo creditore di prestazione ancora possibile, ovvero già eseguita⁽¹⁹⁾.

3. Sotto il profilo della corretta individuazione del concetto di “prestazione impossibile”, nel caso che ci occupa ciò che risulta essere venuto meno, come già sottolineato, non è la prestazione in sé considerata quanto, piutto-

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass., 18 settembre 1956, n. 3222, cit. In caso di parziale impossibilità della prestazione, diversamente, l'art. 1464 c.c. consente al creditore della prestazione parzialmente impossibile di scegliere tra chiedere la riduzione della controprestazione, recedere dal contratto ove non vi sia interesse all'adempimento parziale ovvero, ancora, limitarsi ad accettare la prestazione ridotta (su cui Cass., 14 marzo 1997, n. 2274, in *Contratti*, 1997, p. 358, secondo la quale «nel contratto a prestazioni corrispettive, in caso di impossibilità parziale della prestazione dovuta da una delle parti, è solo la parte creditrice della prestazione divenuta parzialmente impossibile che ha il diritto di avvalersi dei rimedi previsti dall'art. 1464 c.c., e che quindi può, in difetto di un interesse apprezzabile all'adempimento parziale, recedere dal contratto invece che usufruire di una riduzione della sua prestazione»).

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass., 14 gennaio 1992, n. 360, in *Mass. Giur. it.*, 1992, la quale sottolinea come «La domanda di risoluzione per inadempimento – che tende ad una pronuncia costitutiva e si fonda sul comportamento doloso o colpevole di una parte → abbia «presupposti e natura diversi dalla domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, che invece tende ad una pronuncia di accertamento e si fonda su un fatto estraneo alla sfera di imputabilità dei contraenti; pertanto è violato il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ove – avendo le parti domandato la risoluzione del contratto per contrapposti inadempimenti – il giudice dichiara la risoluzione del contratto ex art. 1463 c.c. per sopravvenuta impossibilità della prestazione contrattuale»; nei medesimi termini, già Cass., Sez. lav., 17 aprile 1987, n. 3865, *ivi*, 1987.

⁽¹⁹⁾ V. sul punto R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 690, ove si sottolinea la invocabilità anche in capo alla parte che sia impossibilitata; in questi termini anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1006.

sto, la possibilità da parte del creditore di soddisfarvisi nel proprio credito⁽²⁰⁾.

È opportuno sottolineare sin da subito come la questione della equiparabilità tra le due impossibilità si sia posta in modo particolarmente approfondito proprio riguardo alla contrattualistica in materia di turismo⁽²¹⁾, di talché può ad oggi ravvisarsi il susseguirsi, nel tempo, di due principali orientamenti: all'inizio⁽²²⁾ la giurisprudenza nega la esperibilità del rimedio *ex art.* 1463 c.c. in

⁽²⁰⁾ In ordine alla distinzione cfr. Cass., 2 maggio 2006, n. 10138, in *Contratti*, 2007, p. 5, con nota di N. COREA, *Eccezione d'inadempimento e mancata fruizione della prestazione*, la quale evidenzia che «L'eccezione, sollevata nel giudizio di merito, di mancata fruizione della prestazione della controparte, come la mancata partecipazione ad un corso di formazione ed istruzione tenuto da un istituto universitario, non coincide né in fatto né in diritto con l'eccezione di mancato adempimento, ovvero sia di mancata esecuzione del corso, in quanto, mentre la prima si riferisce ad un comportamento del creditore – e si configura come una eccezione di recesso o di impossibilità sopravvenuta –, la seconda attiene ad un comportamento del debitore, e si configura come un'eccezione di inadempimento»; Cass., 16 febbraio 2006, n. 3440, cit.; Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037, cit.

⁽²¹⁾ Nella medesima direzione, precedentemente, Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, c. 214, in *Dir. tur.*, 2007, p. 375, con nota di G. BENELLI, *La risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della vacanza*, in *Giur. it.*, 2008, p. 857, con nota di C. BARTOLUCCI, *Nota sulla definizione della causa del contratto*, *ivi*, p. 1133, con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 845, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, e in *Contratti*, 2008, p. 241, con nota di C. CAVAJONI, *La "finalità turistica" come causa in concreto del contratto di viaggio*, la quale sottolinea che «Nel contratto di viaggio vacanza "tutto compreso", caratterizzato dalla combinazione di trasporto, alloggio ed altri servizi turistici non accessori (itinerario, visite, escursioni con accompagnatori e guide turistiche, etc.), la "finalità turistica" (o "scopo di piacere") è l'interesse che il contratto stesso è volto a soddisfare, dunque la sua causa concreta. Ne consegue che la irrealizzabilità di tale finalità per sopravvenuto evento non imputabile alle parti determina, visto il venir meno dell'elemento funzionale dell'obbligazione costituito dall'interesse creditorio, l'estinzione del contratto per sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione, con esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni. Rispetto al contratto di organizzazione o di intermediazione, inoltre, nel contratto di viaggio c.d. "pacchetto turistico", la causa concreta assume rilievo, oltre che come elemento di qualificazione, anche relativamente alla sorte del contratto, quale criterio di relativo adeguamento. L'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, quindi, pur se normativamente non prevista, è causa di estinzione dell'obbligazione, autonoma e distinta dalle cause di impossibilità *ex art.* 1463 c.c. ed art. 1464 c.c.».

⁽²²⁾ V. in proposito G. PESCATORE, *Effetti dell'impedimento personale del singolo viaggiatore sul contratto di crociera turistica*, in *Foro it.*, 1947, cit., c. 265; B. MUSSO, *La malattia del turista insorta*

caso di turista impossibilitato alla partenza (per malattia improvvisa propria⁽²³⁾ o di familiari⁽²⁴⁾ o, ancora, per revoca di ferie⁽²⁵⁾) ritenendo come, essendo le prestazioni oggetto del pacchetto turistico il pagamento del prezzo da parte del turista, e la predisposizione dei servizi necessari alla vacanza da parte del professionista (che sia organizzatore, albergatore, etc.)⁽²⁶⁾, in caso di mancata usufruibilità da parte del turista per cause riconducibili alla propria sfera personale non possa invocarsi l'impossibilità sopravvenuta, in caso contrario ingiustamente ponendosi «a carico del debitore, pronto all'adempimento, l'impossibilità del creditore di cooperare per il ricevimento della prestazione»⁽²⁷⁾; in seguito gli interpreti si sono orientati in senso opposto, anche alla luce del sempre crescente interesse verso la tutela della parte contrattualmente più debole, fino a giungere ad un orientamento maggiormente imperniato sulla moderna concezione di causa contrattuale il quale, alla medesima stregua della decisione qui in commento sostiene come, nel campo della vendita di pacchetti turistici, sotto il profilo risolutorio debbano ritenersi equivalenti l'impossibilità della prestazione e di fruizione della medesima⁽²⁸⁾.

prima della partenza: un altro rischio a carico del tour operator, in *Contratti*, 1994, p. 678; G. TASSONI, *Risoluzione e recesso nel contratto di viaggio*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, p. 659; G. SILINGARDI, F. MORANDI, *La vendita di pacchetti turistici: la direttiva 13 giugno 1990, n. 90/314/CEE, ed il d.lg. 17 marzo 1995, n. 111*, Torino, 1996, p. 69 ss.; S. MONTICELLI, *Contratto di viaggio turistico: leggi di settore e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. Una difficile "omogeneizzazione"*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 801; F. DELFINI, *Vendita via internet di pacchetti turistici last minute e recesso del consumatore*, in *Dir. tur.*, 2003, p. 123.

⁽²³⁾ Cfr. Trib. Napoli, 23 luglio 1984, cit.

⁽²⁴⁾ Cfr. App. Milano, 1° marzo 1996, cit.

⁽²⁵⁾ Su cui Cass., 26 marzo 1947, n. 432, cit.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., 4 giugno 1991, n. 6306, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3060; App. Milano, 1° marzo 1996, cit.; Trib. Genova, 12 maggio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 214; Pret. Torino, 5 febbraio 1990, in *Riv. giur. circol.*, 1991, p. 236.

⁽²⁷⁾ In questi termini, App. Milano, 1° marzo 1996, cit., secondo cui «L'impossibilità del viaggiatore di usufruire di un "pacchetto turistico" non si risolve in impossibilità sopravvenuta della prestazione; pertanto, va rigettata la domanda del viaggiatore diretta ad ottenere la risoluzione del contratto e la conseguente restituzione di quanto corrisposto al *tour operator*».

⁽²⁸⁾ Così Trib. Milano, 14 dicembre 1992, in *Contratti*, 1994, p. 675, poi riformata *ex App. Milano*, 1° marzo 1996, cit.; Trib. Milano, 19 aprile 2002, cit.; Trib. Lanciano, 1° luglio

Tale ultimo orientamento incontra una effettiva complanarità con la moderna concezione della causa contrattuale in concreto⁽²⁹⁾, individuabile in

2002, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 286, il quale già sottolineava che il viaggiatore, ove incorresse in malattia od infortunio e ne desse «specifica e circostanziata documentazione», potesse recedere «dal contratto per fatto sopravvenuto non imputabile e richiedere la restituzione al *tour operator* non solo della caparra ma anche del saldo versato». V. inoltre Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit., e Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.

⁽²⁹⁾ Sulla moderna concezione di causa e, in particolare, di “causa in concreto” quale interesse rilevante penetrato nell’atto, cfr. 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. contratti Rescigno-Gabrielli*, 11, Torino, 2009, p. 45 ss.; ID., *Le donazioni. Artt. 769-809*, 2^a ed., in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, I *singoli contratti*, 2, 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*, p. 587 ss., spec. pp. 591, nt. 15, 594 ss. e 598 s.; F. SCAGLIONE, *Il comodato. Artt. 1803-1812*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 18 ss. 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. Sull’evoluzione delle teorie della causa contrattuale v. inoltre G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2014, p. 442 ss.

Sul percorso che ha condotto alla tutela degli interessi concreti e sul suo inquadramento dogmatico cfr., recentemente, almeno E. GABRIELLI, *La nozione di contratto (appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2780 ss., spec. p. 2781; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 3^a ed., Milano, 2017, p. 329 s.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 100; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa in concreto*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 441 ss.; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa in concreto e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: notarele critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *Contratti*, 2016, p. 604 ss.; M. SEMERARO, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 333 ss.; S.P. CERRI, *Donazione di beni altrui e causa in concreto* (in nota a Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068), in *Vita not.*, 2016, p. 585 ss.; A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My Way* (in nota a Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014), in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 372 ss.; C. IURILLI, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile (I-II parte)*, in *Studium iuris*, 2014, pp.

termini di «sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare,

419 ss. e 546 ss.; L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss.; M. MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori, in*, p. 1441 ss.; M. MAGGIOLO, *Causa in concreto e danni prevedibili*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 725 ss.; F. MACARIO, F.P. PATTI, G. OREFICE, *Danno non patrimoniale da inadempimento e causa in concreto* (in nota a Cass., 20 marzo 2012, n. 4372), in *Contratti*, 2012, p. 393 ss.; A. RICCIO, *La natura contrattuale dei verbali di conciliazione giudiziale e la loro impugnabilità per illiceità della causa in concreto*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 56 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 355 ss.

Per la giurisprudenza cfr., di recente, Cass., 9 gennaio 2019, n. 362, in *www.leggiditalia.it*; Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3511, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*, A. CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*, e B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle Sezioni Unite: tanti punti oscuri e due proposte*, in *Contratti*, 2018, p. 639, con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni Unite: bis in idem*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 675, con nota di R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 20, con note di M. D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, e G. FACCI, *Le Sezioni Unite e le claims made: ultimo atto?*; Cass., 26 settembre 2018, n. 22903, in *Ced Cassazione*, 2018; Cass., 16 maggio 2017, n. 12069, in *www.leggiditalia.it*; sotto il particolare profilo del c.d. collegamento negoziale, v. Cass., 31 maggio 2013, n. 13861, in *Contratti*, 2013, p. 692, con nota di richiami di F. MACARIO, G. OREFICE, F.P. PATTI. Ma v. già, *ex multis*, 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*; 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*; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448, con nota di C. DI LEO, *Contratto di assicurazione e causa concreta*, e in *Giur. it.*, 2010, p. 1560; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177, con nota di F. AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*; Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 81, con nota di G. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Notariato*, 2010, p. 40, con nota di A. CHIANALE, *Il preliminare di*

e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti»⁽³⁰⁾.

A differenza che nella fattispecie coinvolta nella decisione del 2006, tuttavia, nel caso deciso con la decisione qui in commento il difetto di causa può dirsi rilevante sotto il profilo funzionale del rapporto, e non sotto il profilo genetico⁽³¹⁾.

Nel contratto di viaggio, oggi disciplinato dal d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 come novellato dal recentissimo d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, l'elemento causale, anche alla luce della citata moderna visione generale del medesimo, non deve intendersi più come sovrapposto al tipo contrattuale quanto, piut-

preliminare: intentio certa sese obligandi? e U. LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2658, con nota di R. FERORELLI, *Compravendita immobiliare, validità ed effetti del c.d. preliminare di preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 998, con nota di M.G. SALVADORI, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione non (ancora) risolta*, in *Contratti*, 2009, p. 986, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Il «preliminare di preliminare» e la «proposta di acquisto accettata»*, in *Imm. e propr.*, 2009, p. 382; 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; Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. cin.*, 2001, I, p. 2481; Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, cit.; Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2366, in *Giust. cin.*, 1987, I, p. 2529, con nota di V.A. POSO, *Contratto di agenzia di un soggetto non iscritto al ruolo*, in *Resp. civ. e prev.*, 1987, p. 595, con nota di P. DE SANNA, *L'agente non iscritto al ruolo: il diritto alle provvigioni nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 60, con nota di P. ARBORE, *Agenti non iscritti al ruolo e compenso per l'attività*, e in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 830.

⁽³⁰⁾ In questi termini, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit., seguita da Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, cit., che ha tuttavia escluso come a detta ipotesi siano riconducibili «fatti e circostanze ascrivibili alla causa, nel senso cioè di condizionarne la realizzazione nel suo proprio significato di causa concreta, quale interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare»; v. anche, infine, Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Mass. Foro it.*, 2007.

⁽³¹⁾ Ma v. in proposito L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, cit., p. 792, il quale sostiene come, in casi come questo, debba intendersi automaticamente venire meno il «sinallagma funzionale del contratto».

Sul concetto di causa riferito specificamente al contratto di viaggio v. F. PAROLA, *Recesso dal contratto di compravendita di pacchetti turistici e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, in *Obbl. e contr.*, 2008, cit., p. 20.

tosto, nei termini del fine di svago oggettivamente perseguito da chiunque stipuli un contratto finalizzato al soggiorno turistico: finalità che può quindi, dopo la stipula, dissolversi potenzialmente alla luce del caso in cui la prestazione si profili in termini di impossibilità oggettiva, ma anche nel caso di impossibilità di godere della prestazione pattuita per motivi afferenti (proprio come nel caso della decisione qui in esame) alla sfera soggettiva del solo aspirante turista per sopravvenienze al medesimo, tuttavia, non imputabili.

Nel prevedere come in entrambe le ipotesi descritte debba intendersi risolto il contratto per difetto sopravvenuto di causa, quest'ultima, in tal modo considerata, può dirsi constare di un ruolo ambivalente, cioè a dire: *a)* sotto il profilo genetico, di elemento connotativo del tipo; *b)* dal punto di vista funzionale – ove il contratto risulti conservabile – di parametro adeguativo del rapporto⁽³²⁾.

Deve tuttavia osservarsi che, mentre nel caso di impossibilità della prestazione la medesima ha efficacia liberatoria del debitore *ex art.* 1256 c.c., nonché risolutoria *ex art.* 1463 c.c.⁽³³⁾, l'impossibilità di usufruire della prestazione, pur data l'applicabilità anche in questo caso dell'art. 1463 c.c., esonera il debitore da dover adempiere alla luce di sopravvenuta carenza d'interesse creditorio *ex art.* 1174 c.c., elemento essenziale nell'impianto causale del contratto⁽³⁴⁾.

Si tratta pertanto di concetti da tenere in prima istanza distinti⁽³⁵⁾ ma che,

⁽³²⁾ V. sul punto Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit., la quale sottolinea proprio come «il venir meno dell'interesse creditorio» determini «l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto dell'elemento funzionale».

⁽³³⁾ Cfr. Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037, cit.; Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, in *Contratti*, 1995, p. 166; Cass., 24 aprile 1982, n. 2548, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, p. 391.

⁽³⁴⁾ Nella medesima direzione già Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

⁽³⁵⁾ D'altra parte, in base all'orientamento sul punto dominante (il quale arriva, comunque, sostanzialmente alla medesima soluzione della sentenza in commento), si afferma come l'impossibilità di ricevere o cooperare incarna proprio «l'impossibilità della prestazione»: così, testualmente, G. COTTINO, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 443; sul punto, v. anche G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 78. V. inoltre L. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la sfera del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 562, in base a cui la disamina riguardante la prestazione deve tenere conto necessariamente della obbligazione *in toto*, non limitandosi al lato debitorio.

nella sostanza, rimangono produttivi dei medesimi effetti⁽³⁶⁾: conclusione questa perfettamente in linea, peraltro, con la sempre più sentita necessità di una rilettura in chiave costituzionale delle norme civilistiche⁽³⁷⁾, necessità

⁽³⁶⁾ Così Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit. (distinzione confermata nella sentenza qui in commento), secondo cui «l'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, pur se normativamente non disciplinata in modo espresso, costituisce – analogamente all'impossibilità di esecuzione della prestazione – autonoma causa di estinzione dell'obbligazione; essendo la prestazione divenuta inidonea a soddisfare l'interesse creditario, la conseguente estinzione del rapporto obbligatorio scaturente dal contratto per sopravvenuta irrealizzabilità della sua causa concreta comporta l'esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni: il debitore non è più tenuto ad eseguirla, il creditore non ha l'onere di accettarla». Analogo principio già risulta espresso in Cass., 24 aprile 1982, n. 2548, cit., per cui «la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, analogamente a tutte le ipotesi (risoluzione per inadempimento, annullamento) in cui vengono meno dopo la costituzione del rapporto lo stesso fondamento e causa dell'obbligazione, è pur sempre caratterizzata da un elemento sopravvenuto alla formazione del vincolo obbligatorio, il quale, impedendone l'attuazione ed incidendo sul sinallagma funzionale del rapporto, è riconducibile, negli effetti, alle suindicate ipotesi di sopravvenuta mancanza di causa della obbligazione». *Contra*, Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, cit., in cui si sostiene che «la sopravvenuta impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., estingue l'obbligazione, è quella che concerne direttamente la prestazione e non quella che pregiudica la possibilità della sua utilizzazione da parte del creditore».

⁽³⁷⁾ A tale necessità risultano ispirate le Sezioni Unite in merito alla ridicibilità *ex officio* della clausola penale (cfr. Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 364; per la dottrina, cfr. le pregevoli osservazioni di A. SASSI, *Penale manifestamente iniqua e poteri di intervento del giudice sul regolamento autonomo* (nota a Trib. Perugia, 3 aprile 2001), in *Rass. giur. umbra*, 2002, p. 452 ss.; nonché ID., *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 86, ove si sottolinea che «il compilatore nazionale attraverso nuove disposizioni ha attribuito al giudice un penetrante potere di controllo sul regolamento predisposto dalle parti, attraverso la valutazione del comportamento di queste, in relazione alla clausola di buona fede», risultandone emblematico «il percorso della giurisprudenza in merito alla riduzione della penale manifestamente iniqua (cfr. artt. 1384 e 1526 c.c.), problema tornato alla ribalta» alla fine degli anni Novanta «allorché la Cassazione, disattendendo il proprio consolidato orientamento, riconosceva il potere del giudice di ridurre *ex art.* 1384 c.c., anche d'ufficio, l'importo della penale convenzionalmente stabilito, del resto in linea con il rinnovato interesse del legislatore alla repressione del fenomeno usurario inteso in senso lato») e, ancora prima, alcune pronunce della Corte Costituzionale (nella pronuncia si fa espresso riferimento a Corte cost., 1° aprile 1992, n. 149, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1395, e a Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, p. 437, secondo la quale «il principio di inesigibilità, imposto come limite alle pretese creditorie quando il debitore per cause a lui non imputabili non possa adempiere, ha rilevanza costituzionale»).

complanare con l'apprestamento di strumenti di tutela della parte debole del rapporto tra cui, ove risultante in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., la mancata esigibilità della pretesa creditoria⁽³⁸⁾.

Pertanto nel caso che ci occupa la S.C., sulla falsariga del già citato precedente⁽³⁹⁾, nonché nell'ottica del rinvenimento di una base concettuale prodromica ad una risolvibilità contrattuale invocabile da entrambe le parti, e contrariamente a proprio risalente orientamento⁽⁴⁰⁾ nonché a parte della dottrina⁽⁴¹⁾ preferisce, piuttosto che basarsi sull'automatico venire meno del sinallagma funzionale, argomentare per il venire meno, in casi come quello in esame, della causa contrattuale considerata "nella sua concretezza".

4. Come si è già avuto modo di evidenziare la sentenza qui in commento inoltre afferma, anche in linea con la citata Cass. 10138/2006, come la sopravvenuta impossibilità di usufruire della prestazione debba tenersi concettualmente distinta dalla sopravvenuta impossibilità di effettuare oggettivamente la prestazione pur avendosi, sotto il profilo effettuale (risoluzione del contratto), una perfetta sovrapposibilità tra le due ipotesi di sopravvenienza⁽⁴²⁾: proprio tale profilo effettuale, quindi, porta ad un ridimensiona-

⁽³⁸⁾ Così Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.; medesime considerazioni risultano in Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass., 18 settembre 1956, n. 3222, cit., richiamata anche in Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.

⁽⁴¹⁾ Cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3^a ed., Torino, 1980, p. 644 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3^a ed., Milano, 1972, p. 283 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1005 ss.

⁽⁴²⁾ Si tratta di distinzione concettuale conforme all'opinione di autorevole dottrina: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 383, per cui «l'estinzione dell'obbligazione comporta (...) la risoluzione del contratto in quanto ne rende irrealizzabile la causa concreta». Vi sono inoltre, sul punto, altri orientamenti di cui è quantomeno opportuno dare conto. Secondo L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 121 ss., la questione della inutilizzabilità della prestazione è ancora da ricondursi nell'alveo della impossibilità, dovendosi ritenere riduttivo adottare una concezione di prestazione riconducibile alla mera condotta del debitore (p. 123), in quanto, altrimenti, dovrebbe ritenersi necessaria anche l'adozione di un concetto ampio di impossibilità, riferito anche al risultato

mento dell'importanza di mantenere concettualmente distinte inutilizzabilità ed irricevibilità della prestazione in quanto, rimanendo fondamentale la sola analisi della concreta efficacia della inutilizzabilità della prestazione sul sinallagma, dovrà più che altro stabilirsi se debba, alla inutilizzabilità della prestazione, seguire o meno la risoluzione contrattuale.

Nel caso della prima opzione, lo scioglimento contrattuale dovrà intendersi, comunque, attuabile alla medesima stregua della risoluzione per impossibilità sopravvenuta in quanto, come opportunamente sottolineato da parte della dottrina, può ravvisarsi analogia tra le due situazioni, cioè a dire la «impossibilità del pieno funzionamento dell'originario meccanismo sinallagmatico a causa di un fattore ostativo al soddisfacimento della pretesa creditoria di una delle parti, ed il conseguente venir meno della causa giustificativa della controprestazione»⁽⁴³⁾, muovendosi pertanto, sotto il profilo del

che detta condotta è protesa ad assicurare al soggetto creditore: si tratta di impostazione basata sulla considerazione per la quale, ove il debitore necessiti della cooperazione del creditore per adempiere, e la medesima non venga ad essere, ci si troverà innanzi ad una impossibilità di adempiere; in giurisprudenza, v. Trib. Milano, 14 dicembre 1992, cit., secondo il quale «Nel caso in cui un *tour operator* sia obbligato a prestare un viaggio organizzato, così come in tutte le altre ipotesi in cui si richiede la cooperazione del creditore per l'esecuzione della prestazione, l'impossibilità di ricevere dovuta a causa non imputabile al creditore stesso (che vale di per sé ad escludere la *mora accipiendi*) si risolve in impossibilità sopravvenuta della prestazione medesima; pertanto, merita accoglimento la domanda intesa ad ottenere la risoluzione del contratto di viaggio organizzato ex art. 1463 c.c. in presenza di una malattia del turista insorta prima della partenza con conseguente condanna per il *tour operator* a restituire quanto già pagato dal turista»). Ancora, secondo S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, cit., p. 543 s., è possibile effettuare altra distinzione proprio nell'ambito della categoria del sopravvenuto venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione: tale ipotesi secondo l'A. potrebbe, infatti, "ingenerare" un caso di impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione solo in caso di impossibilità connessa ad un evento proprio della sfera creditoria, seppure non imputabile al creditore, di talché dovrebbe parlarsi (p. 544) in termini di oggettiva inutilizzabilità della prestazione ove «il venir meno dell'interesse creditorio dipenda da un fattore esterno al creditore», tale per cui quest'ultimo, pur ancora in grado di ricevere la prestazione, non vi abbia tuttavia ulteriormente interesse, la prestazione avendo ormai incarnato i caratteri di (per quanto soggettivamente relativa) inutilità.

⁽⁴³⁾ Così F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Corr. giur.*, 2008, cit., p. 928.

rapporto tra fattispecie ed effetti, nell'ambito del sopravvenuto venir meno dell'elemento causale al quale viene per lo più ricondotto l'intero schema risolutivo⁽⁴⁴⁾.

In linea, pertanto, con una visione della causa contrattuale in termini non più di "funzione economico sociale del contratto" quanto, piuttosto, di motivo oggettivato in stipula, e con la moderna tendenza a considerare l'automatico scioglimento del contratto (con diritto alla restituzione delle prestazioni già effettuate) di cui all'art. 1463 c.c. in termini di generale rimedio alla totalità delle ipotesi di sopravvenuta carenza dell'elemento funzionale del contratto promanante da causa non imputabile ai contraenti, anche la sentenza qui in commento stabilisce come la sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione, non imputabile a nessuno dei contraenti, e a prescindere dalla distinzione concettuale rispetto alla oggettiva impossibilità sopravvenuta della prestazione, stabilisce che il contratto deve intendersi sciolto.

Tale impostazione, pertanto, comporta la necessità di approfondire il profilo della inimputabilità alla sfera creditoria della fattispecie causativa della inutilizzabilità prestazionale⁽⁴⁵⁾: più che nel caso di oggettiva inutilizzabilità della prestazione dipendente da fattore esterno al creditore, infatti, è soprattutto nel caso della sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione derivante da evento rientrante nella sfera del creditore che si profila la questione principale in tema di allocabilità del rischio, facente capo ad un soggetto, nell'ambito della sfera dell'altra parte negoziale, con evidenti conseguenze sul piano dell'intero equilibrio contrattuale⁽⁴⁶⁾.

Non sempre, quindi, l'impossibilità per creditore di ricevere od utilizzare la prestazione può portare allo scioglimento del rapporto negoziale, in quan-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass., 24 aprile 1982, n. 2548, cit.; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

⁽⁴⁵⁾ ^A dimostrazione di ciò vi è la circostanza in base a cui il diverso orientamento che tende a negare rilevanza alla impossibilità per il creditore di ricevere la prestazione (cfr. Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, cit.; App. Milano, 1° marzo 1996, cit.), risulta basato sul problema della allocazione del rischio derivante dalla inutilizzabilità, e non su una idea di distinzione formale tra irricevibilità e inutilizzabilità da una parte, e impossibilità dall'altra.

⁽⁴⁶⁾ Sulla distinzione in parola v. L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 121 ss.

to proprio a partire dalla normativa in materia di *mora accipiendi* è possibile inferire il principio in base al quale in ogni ipotesi d'inutilizzabilità della prestazione promanante da fatto imputabile al creditore, ovvero in ogni caso in cui venga meno l'interesse a causa di vicende personali sempre ascrivibili al creditore, quest'ultimo non potrà dirsi liberato dai propri obblighi negoziali.

Si tratta, pertanto, di determinare le conseguenze delle ipotesi d'inutilizzabilità od irricevibilità della prestazione derivanti da cause che, per quanto inimputabili al creditore, rientrino nella sfera personale esclusiva di quest'ultimo: la materia si profila, certamente, in forte connessione con quella della *mora accipiendi* e, in particolare, con l'ambito della rilevanza assunta nella medesima dalla imputabilità, al creditore, dell'evento impeditivo a ricevere la prestazione⁽⁴⁷⁾.

Secondo la decisione in commento, in sostanza, anche il creditore può invocare lo scioglimento contrattuale per irricevibilità od inutilizzabilità della prestazione, in tal modo rinvenendosi «una sorta di rapporto speculare tra *mora debendi* e *mora accipiendi* tale per cui sia per il debitore sia per il creditore gli eventi esterni alla rispettiva sfera di controllo assumono valenza liberatoria, fermo restando il problema se l'effetto esimente debba ricollegarsi ad una mera assenza di colpa o, come sembra più corretto, ad un'analisi delle rispettive sfere di controllo ed organizzazione, con attribuzione del valore liberatorio ai soli eventi estranei a tali sfere»⁽⁴⁸⁾.

5. Uno degli elementi di maggior interesse della sentenza qui in commento può dirsi, quindi, il risultato della disamina del rapporto tra causa ed interesse delle parti, disamina in base a cui risulta rinvenibile un nesso tra so-

⁽⁴⁷⁾ *Contra*, come ricorda anche L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 126 ss., quella parte della dottrina ispirata alla tedesca *sphärentheorie*, la quale si profila complanare alla impostazione basata sulla c.d. *mora inculcata*, in base a cui il creditore risponderebbe della impossibilità di ricevere la prestazione anche in caso di impossibilità a lui non imputabile. In realtà, in tal modo il creditore dovrebbe in ogni caso ritenersi tenuto ad eseguire la controprestazione, dovendo sempre rispondere d'irricevibilità od inutilizzabilità della prestazione, senza poter tentare la via dello scioglimento contrattuale.

⁽⁴⁸⁾ F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., p. 930.

pravvenuta carenza d'interesse di un contraente e funzione concretamente svolta dal contratto: come in alcuni precedenti citati⁽⁴⁹⁾, anche nella presente pronuncia trova applicazione il concetto di causa in concreto non più alla patologia causale propria del momento genetico del contratto, bensì a quella propria del momento esecutivo (difetto sopravvenuto di causa), con conseguente assunzione del concetto di causa concreta a criterio valutativo per stabilire – ormai ben lungi dal rischio, proprio del concetto di causa come “funzione economico-sociale”, di una forzosa complanarità di causa e tipo contrattuale – la oggettiva convenienza o meno, per l'impianto contrattuale tutto, della sua conservazione ovvero del suo scioglimento⁽⁵⁰⁾: è dallo scopo espresso nel motivo oggettivato in stipula, infatti, che si rinviene l'effettiva utilità della prestazione per il creditore.

D'altra parte, dalla normativa in materia di impossibilità può ricavarsi come non possa rimettersi al solo creditore la valutazione sulla persistenza o meno dell'interesse, dovendo al contrario ricorrersi all'imparzialità e terzietà del giudice il quale, come esplicitamente indicato *ex artt.* 1256 e 1457 c.c. (norme che fanno riferimento proprio al titolo dell'obbligazione quale criterio di riferimento per valutare l'interesse creditorio), dovrà basarsi sulla fonte contrattuale⁽⁵¹⁾ valorizzando poi, attraverso il ricorso al parametro del-

⁽⁴⁹⁾ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

⁽⁵⁰⁾ In proposito, non può non rilevarsi l'opinione contraria ascrivibile ad autorevole dottrina (cfr. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 206; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 269; ID., v. *Obbligazione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 21) la quale osserva come nelle obbligazioni di promanazione contrattuale la valorizzazione dell'interesse delle parti sia passibile di contrastare il principio d'irrelevanza dell'errore sul motivo. È tuttavia proprio il riferimento alle norme sulla impossibilità sopravvenuta a porre in evidenza come a rilevare sia l'interesse risultante dal titolo (in quanto tale non qualificabile come mero motivo bensì come elemento funzionale del vincolo obbligatorio), e non l'utilità mediata perseguita da ciascuna parte attraverso la stipula (interesse permanente, per lo più, inespresso).

⁽⁵¹⁾ Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 1991, p. 44; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 273.

la buona fede⁽⁵²⁾, la “utilità mediata” di cui il creditore intendeva giovare con la stipula: in tal senso il precedente su cui risulta in parte basata la decisione qui in commento⁽⁵³⁾.

6. Parte della dottrina, in proposito, ha avuto modo di avanzare perplessità con riferimento a quanto deciso dal più volte ricordato precedente (Cass. 26958/2007) sul quale risulta, nella sostanza, basata la decisione qui in commento. Il maggior dubbio sarebbe rinvenibile in capo ad una valorizzazione della inimputabilità dell'evento recante inutilizzabilità della prestazione, da parte del creditore, tale da costringere controparte (il *tour operator*) ad “accollarsi” gli esiti negativi dell'evento medesimo (nella fattispecie qui in commento, sopravvenuta malattia): in sintesi, l'evento non necessariamente

⁽⁵²⁾ In ordine alla buona fede come criterio di adeguamento del rapporto negoziale, v. S.P. CERRI, *Adeguamento contrattuale e tutela del contraente debole*, in questa *Rivista*, 2017, p. 165 ss.

⁽⁵³⁾ Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit. Sul punto v. anche A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 277, il quale sottolinea l'eccezione per le ipotesi nelle quali il creditore espressamente enuncia tale finalità nel contratto. *Contra*, E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. e impr.*, 2009, cit., p. 168, il quale avanza i propri dubbi in ordine all'altro profilo, rinvenuto dalla Corte nella sentenza dall'A. commentata, concernente la inesigibilità promanante da buona fede e improntata ai valori costituzionali. Sulla inesigibilità, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1089 s.; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., pp. 8-11; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 27 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, pp. 432-435; G. SANTUCCI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in A. BURDESE, E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, III, Padova, 2008, pp. 658-660. Tale inesigibilità ha trovato, nel diritto tedesco, positivizzazione nell'istituto dell'*Unzumutbarkeit*, codificato in tempi non troppo risalenti nel BGB (§ 275, 3° comma), su cui v. le disamine critiche di M. LÖWISCH, § 275, in J. STAUDINGER, H. KADUK, M. LÖWISCH, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2*, Berlin, 2004, par. 90 ss.; ma v. anche C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni* (trad. it. a cura di G. De Cristofaro), Padova, 2003, p. 14, che sottolinea come risulti maggiormente opportuno parlare, in proposito, di “impossibilità personale”; S. GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit*, Berlin, 2004, *passim*; A. FEHRE, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung*, Berlin, 2005, p. 55 ss.; H.P. WESTERMANN, P. BYDLINSKI, R. WEBER, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2007, pp. 116-118; v. infine, per una comparazione tra ordinamento italiano e tedesco, E. FERRANTE, *L'impossibilità della prestazione: alcune variazioni sul tema della concordanza fra BGB e codice civile italiano*, in *Contr. e impr./Europa*, 2004, p. 751 ss.

dovrebbe «condurre allo scioglimento del vincolo contrattuale bilaterale», quantomeno «senza neppure un meccanismo indennitario a favore della parte cui l'evento risulta sia non imputabile sia del tutto “estraneo”»⁽⁵⁴⁾.

Secondo tale impostazione critica sarebbe necessario tenere conto di una prima distinzione di tipo casistico in base a cui, a proposito del rapporto tra interesse creditorio e corretta allocazione dei rischi, sia possibile conferire all'interesse dedotto in contratto il giusto valore ai fini ricostruttivi dell'impianto causale ma valutando al contempo, caso per caso, le fattispecie nelle quali la sopravvenuta carenza di interesse sia concretamente suscettibile di far ricadere i propri effetti sull'intero contratto. In particolare, tale parte della dottrina sostiene l'importanza di mantenere distinte tre ipotesi fondamentali, in cui la sopravvenuta carenza d'interesse creditorio: *a)* in quanto sia inimputabile al creditore che estranea alla sua sfera soggettiva, può ricadere sull'intero contratto; *b)* in quanto imputabile al creditore, deve ritenersi irrilevante; *c)* in quanto inimputabile al creditore ma inerente alla sua sfera soggettiva, può portare allo scioglimento del rapporto rendendo, tuttavia, necessario apprestare una tutela di tipo indennitario nei confronti di controparte⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, loc. ult. cit.

⁽⁵⁵⁾ Così F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., p. 932, secondo il quale detta distinzione fondamentale varrebbe «ad evidenziare la fondamentale rilevanza che per la concreta ricostruzione dell'assetto funzionale del contratto viene ad assumere una norma sino ad oggi alquanto negletta, e cioè quell'art. 1174 c.c. che enuncia appunto il principio per cui l'obbligazione deve rispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore». Secondo l'A., il «taglio estremamente astratto» con cui risulta *ab origine* concepito l'art. 1174 c.c. non impedisce di conferire alla norma la funzione dalla medesima nel concreto rivestita, cioè a dire quella di «evidenziare la rilevanza che l'interesse del creditore ha non solo sul sorgere dell'obbligazione, quanto sulla sua stessa persistenza. Qualora, infatti, l'art. 1174 c.c. sia valorizzato (...) all'interno (non della singola obbligazione atomisticamente intesa bensì) del complessivo rapporto contrattuale (...), finisce per rivelare sia la rilevanza che l'interesse del singolo creditore ha all'interno del rapporto contrattuale, sia la ricaduta che sul rapporto medesimo può avere il sopravvenuto venir meno dell'interesse». Sul punto v. anche ID., *La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. Brevi note sull'art. 1174 c.c.*, in *Jus*, 2006, p. 485.

Alla luce di quanto già sostenuto in epoca risalente⁽⁵⁶⁾ (anche sulla scorta di norme come quelle di cui agli artt. 1256, 1457, 1464, 2° comma c.c.), e cioè che l'interesse, in quanto fondamento del diritto di credito, non dovrebbe venire meno senza anche comportare l'estinzione dell'obbligazione, l'impostazione critica di cui trattasi: *a)* pone, anzitutto, il dubbio se siano applicabili le previsioni in tema d'impossibilità sopravvenuta della prestazione e se il creditore sia, quindi, tenuto ad effettuare la controprestazione⁽⁵⁷⁾; *b)* sottolinea come l'elemento che rende irrealizzabile il conseguimento dell'interesse alla base dell'assunzione dell'obbligazione, porti – anche ove risulti attinente alla sfera soggettiva del medesimo creditore, e inimputabile al debitore – ad estinguere sia l'obbligazione resasi irrealizzabile sia, conseguentemente, l'intero impianto contrattuale con privazione, in capo al debitore, del diritto alla eventuale controprestazione⁽⁵⁸⁾.

In sintesi, il punto maggiormente critico della dottrina in parola può, nelle sue medesime parole, descriversi nella circostanza in base a cui «il principio per cui la “sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto” (...) viene a svolgere un effetto estintivo di tutte le obbligazioni, ivi compresa quella che costituirebbe corrispettivo della prestazione ormai divenuta “inutile”, precludendo la possibilità per il debitore di esigere la controprestazione, pur ancora possibile. In tal modo un evento che concerne la sfera del creditore (pur se ad esso non imputabile), finisce per produrre un effetto negativo nella sfera patrimoniale della controparte, allocando su

⁽⁵⁶⁾ Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 41 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 43; P. RESCIGNO, v. *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 196. *Contra*, G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., p. 206, nonché F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 2, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in generale - Contratti in generale*, 4ª ed., Padova, 2004, p. 9, secondo il quale il venir meno dell'interesse è apprezzabile in termini di causa estintiva «dell'obbligazione solo in quanto operi come causa di sopraggiunta inefficacia della fonte generatrice dell'obbligazione».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. in proposito C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 44; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 45; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 276; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., p. 209.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, loc. ult. cit.

quest'ultima un rischio non controllabile. Sul punto, tuttavia, si potrebbe osservare che la "sopravvenuta inutilità" ben può costituire un rischio del creditore che ha chiesto la prestazione, inducendo il debitore a predisporre i mezzi necessari per l'adempimento ed a fare affidamento sul corrispettivo a quest'ultimo connesso. (...) Negare il diritto del debitore (...) al corrispettivo significa, quindi, allocare un danno (i costi delle attività di adempimento) e rifiutare un lucro, facendo rientrare il "conseguimento dello scopo" tra i rischi di impresa del debitore, qualora (...) quest'ultimo sia un imprenditore. Rischio che sarebbe difficilmente ammortizzabile, in quanto l'interesse del creditore costituisce fattore esterno alla sfera di controllo del debitore, come tale non preventivabile», con la conseguenza che «non pare corretto allocare sempre sul debitore medesimo un evento che concerne piuttosto il destinatario della prestazione e che dovrebbe quindi gravare su di esso, anche in considerazione del fatto che il più delle volte (...) si tratta di un fattore che il creditore può meglio prevedere e calcolare. Su un piano più concreto, si potrebbe ragionare escludendo il diritto del debitore al corrispettivo qualora il "conseguimento dello scopo" si sia verificato prima della predisposizione dei mezzi necessari per l'adempimento della prestazione, mentre, ove si sia verificato successivamente, si potrebbe riconoscere al debitore (creditore della controprestazione) una indennità parametrata su un raffronto tra i costi già affrontati e l'utile atteso in caso di regolare esecuzione. Per contro, ben potrebbe configurarsi, a carico del debitore stesso, un'obbligazione (discendente dai principi di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175-1375 c.c., ma anche dall'art. 1227, comma 2, c.c.) di attivarsi in ogni caso per eliminare quanto più possibile le eventuali conseguenze dannose»⁽⁵⁹⁾.

Al di là del dubbio da ultimo avanzato da tale parte della dottrina e che, per motivi legati al rischio d'impresa (di cui si dirà a breve) trova ampio accordo in chi scrive, l'A. sostiene l'importanza di «verificare se un più corretto riequilibrio delle posizioni delle parti a seguito dello scioglimento del contrat-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., p. 933; evidenza inoltre la rilevanza dei criteri di allocazione dei rischi, ai fini dello studio della risoluzione per impossibilità, L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 1 ss.

to, possa transitare tramite l'impiego di un meccanismo indennitario, tale da ristorare parzialmente il debitore dei costi organizzativi affrontati per adempiere l'obbligazione in vista del corrispettivo»⁽⁶⁰⁾, in ovvio contrasto, tuttavia, «con il meccanismo di scioglimento totale del contratto senza indennità» di cui all'art. 1463 c.c., ed apprestando una base concettuale dell'ipotetico diritto ad un'indennità «a favore della parte che abbia comunque predisposto la prestazione divenuta inutile» da rinvenirsi nella norma di cui al successivo art. 1464 c.c.: si tratterebbe in definitiva, secondo tale orientamento, non solo di «valorizzare il sopravvenuto venire meno dell'interesse del creditore come fattore idoneo ad estinguere l'obbligazione e, conseguentemente, il rapporto contrattuale che tale obbligazione venga a contemplare all'interno del sinallagma», ma anche di «ricollegare a tale estinzione una forma di tutela indennitaria per il debitore-creditore privato del diritto alla controprestazione per un fattore del tutto estraneo alla sua sfera organizzativa»⁽⁶¹⁾.

In realtà, ricordando come la sentenza qui in commento si profili come importante spunto per una rimediazione, sulla scia di altre decisioni non troppo risalenti⁽⁶²⁾ – nonché complanari ad una moderna visione del concetto di *contractualis utilitas* – dell'istituto della impossibilità sopravvenuta liberatoria, nonché per una moderna impostazione riguardo alla valutabilità dei relativi effetti sulla categoria dei contratti di scambio⁽⁶³⁾, può risponderci, all'orientamento di cui ora si è fatto cenno, come segue.

È opportuno partire, anzitutto, da una distinzione tra ipotesi che in via di principio si connotano per il fatto che, pur rimanendo, la prestazione-attività, di per sé possibile non essendovi alcun ostacolo allo svolgimen-

⁽⁶⁰⁾ F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, loc. ult. cit.

⁽⁶¹⁾ F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., p. 934.

⁽⁶²⁾ Può quindi dirsi superata l'impostazione di cui alla risalente Cass., 26 marzo 1947, n. 432, cit., seguita, in tempi più recenti, da Trib. Napoli, 23 luglio 1984, cit., e da App. Milano, 1° marzo 1996, cit.

⁽⁶³⁾ Il riferimento è, nello specifico, a Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit., nonché a Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

to della condotta obbligatoria, per circostanze inimputabili ad alcuna parte contrattuale la prestazione-risultato assume i caratteri di oggettiva impossibilità: *a*) ove tuttavia il risultato risulti raggiunto senza che il debitore abbia adempiuto⁽⁶⁴⁾ il creditore sarà comunque soddisfatto, con conseguente “estinzione dell’obbligazione per puro conseguimento dello scopo” (c.d. *Zweckerreichung*)⁽⁶⁵⁾, caso in cui parte della dottrina correttamente ritiene come la soddisfazione dell’interesse creditorio renda la prestazione-risultato oggettivamente impossibile, valendo il raggiungimento dello scopo in termini di causa di sopravvenuta impossibilità della prestazione-risultato⁽⁶⁶⁾, il risultato essendosi prodotto senza alcun nesso di causalità con l’azione del debitore e, pertanto, in modo alternativo rispetto a quanto contrattualmente stabilito⁽⁶⁷⁾; *b*) ove invece – caso maggiormente complanare a quello

⁽⁶⁴⁾ Con conseguente *Leistungserfolg ohne Leistungshandlung*: cfr. F. WIEACKER, *Leistungs-handlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, München-Berlin, 1965, p. 806. Per la casistica cfr. V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Mohr, 1969, p. 5 s. Cfr. sul punto anche A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 107, spec. nt. 7, nonché R. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, 1936, spec. p. 103 ss.: è bene osservare, infatti, come anche l’adempimento del terzo presupponga un *Leistungserfolg ohne Leistungshandlung*, tuttavia richiedendo un’azione volta a soddisfare il credito sulla base della consapevole finalità solutoria dell’azione medesima.

⁽⁶⁵⁾ Secondo altra parte della dottrina (cfr. G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell’adempimento*, Padova, 1937, p. 12), si realizza in tal modo il “diritto del creditore in senso stretto”. Sul punto v. inoltre O. CASCIO, *Estinzione dell’obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milano, 1938, *passim* nonché, con particolare riferimento all’ordinamento tedesco, K. SCHMIDT, *Erklärung der Rechtsregel über das Zusammentreffen zweier causae lucrativae*, in *Jahrbücher für die Dogmatik Jhering*, XX, 1882, p. 414 ss.

In ordine ai prodromi storico-giuridici della *Zweckerreichung*, a partire dal concetto di *concursus duarum causarum lucrativarum* e relative osservazioni dei Glossatori, V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, cit., spec. pp. 1-5 e 28 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 158.

⁽⁶⁷⁾ In tal senso, *ex multis*, F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, cit., p. 806 ss., che sostiene come l’impostazione imperniata sul sopravvenuto venire meno dello scopo negoziale (*Geschäfts-zweck*) del primo Larenz (cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 5^a ed., München, 1962, p. 236 ss.), debba ritenersi obnubilativa dei concreti problemi inerenti alla impossibilità della prestazione-risultato. È interessante notare, in proposito, come nell’anno successivo a

deciso nella sentenza qui in commento – la prestazione-risultato non risulti ulteriormente conseguibile per cause inimputabili ad alcuna parte contrat-

quello dell'opera citata il Larenz tratti della *Zweckerreichung* qualificandola come caduta di fondamento negoziale (cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung "Veränderter Umstände" im Zivilrecht*, München, 1963, p. 91 ss.), istituto che troverà poi codificazione nel novellato § 313 BGB (su cui, *ex multis* S. LORENZ, T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, p. 197 ss.; P. HUBER-FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung*, München, 2002, p. 231 ss.; D. MEDICUS, *Leistungsstörungenrecht*, in L. HAAS, D. MEDICUS, W. ROLLAND, C. SCHÄFER, H. WENDTLAND, *Das neue Schuldrecht*, München, 2002, pp. 119-122; H.P. WESTERMANN, P. BYDLINSKI, R. WEBER, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2007, p. 218 ss.; CALVO, *La «codificazione» della dottrina del fondamento negoziale. Contributo allo studio del nuovo § 313 BGB*, in *Contr. e impr./Europa*, 2004, p. 770 ss.), mentre dalla decima edizione del *Lehrbuch des Schuldrechts* (cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 10^{ma} ed., München, 1987, pp. 312, nt. 18 e 315) adotterà l'impostazione di Wieacker, il quale, a sua volta, rinviene i prodromi della tesi della "impossibilità" in E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts*, I, 2^a ed., Bonn, 1853, p. 338; F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, I, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, pp. 255-262; ID., *Beiträge zum Obligationenrecht, III, Die Lehre von der Mora*, Braunschweig, 1855, pp. 413-415; A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, 1, Erlangen, 1879, p. 460 ss.; H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, Leipzig, 1900, pp. 25 e 107 s.; M. LESSER, *Der Inhalt der Leistungspflicht. Beiträge zur Lehre von den Schuldverhältnissen nach bürgerlichem Recht*, Breslau, 1909, p. 125 s.; V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, cit., pp. 22 s. e 114 ss.; J. RÖDL, *Die Spannung der Schuld. Welches Maß an geistiger, körperlicher und wirtschaftlicher Kraft hat der Schuldner zur Erfüllung der Schuld nach geltendem Recht einzusetzen?*, Berlin, 2002, p. 32. Per l'impostazione secondo la quale conseguire lo scopo equivale, in ogni caso, ad adempimento, cfr. G. HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, p. 32 ss. (seguito in Italia da L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, cit., pp. 1081-1083); E. ECKSTEIN, *Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungerschwerung und verwandte. Umstände und das Schicksal der Gegenleistung*, in *Archiv für Bürgerliches Recht* 37, 1912, p. 462; R. HENLE, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, Schuldrecht*, Rostock, 1934, p. 416; si verserebbe in un'ipotesi d'adempimento pieno e tecnico e non già, come da altri affermato, in quella dell'adempimento improprio (cfr. G.F. PUCHTA, *Pandekten*, a cura di T. Schirmer, Leipzig, 1877, p. 442 s.; P. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, p. 166 ss., il quale parla in proposito di *Programmverwirklichung*, ma v. già O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, München-Leipzig, 1896, p. 145 s., seguito in Italia da F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni. Distinzione fra diritti reali e diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 529 ss.; *contra*, P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1284 ss.).

tuale⁽⁶⁸⁾ dovrà parlarsi, piuttosto, d'imputabile "frustrazione dell'interesse creditorio" (c.d. *Zweckverfehlung*)⁽⁶⁹⁾.

In sostanza, alla luce di detta importante distinzione, sia nel caso di conseguimento del risultato indipendentemente dalla prestazione-attività del debitore, sia in quello della inimputabile frustrazione dello scopo, l'impossibilità della prestazione propriamente detta ricade, comunque, sulla mera prestazione-risultato⁽⁷⁰⁾: l'impossibilità può quindi dipendere sia da ineseguitività oggettiva della prestazione-attività, sia – ove l'interesse sia soddisfatto nonostante mancanza o inettitudine della prestazione-attività, ovvero in caso di interesse non più conseguibile malgrado la persistente eseguibilità della prestazione-attività⁽⁷¹⁾ – prescindere.

Di conseguenza, sia il puro conseguimento che la frustrazione del moti-

⁽⁶⁸⁾ V. in proposito E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 160, il quale richiama in proposito la casistica riportata da F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, cit., p. 810, nonché A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 108, nt. 10.

⁽⁶⁹⁾ Nella dottrina tedesca si distingue tra impossibilità per raggiungimento di scopo (*Zweckerreichung*) e impossibilità per mancato raggiungimento di scopo (*Zweckverfehlung*): caso, quest'ultimo, verificantesi ove divenga del tutto irrealizzabile la soddisfazione dell'interesse creditorio, e non quando il medesimo interesse trovi soddisfazione a prescindere dalla condotta debitoria. Osserva, sul punto, E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 161, nt. 25 (richiamando in proposito anche le osservazioni di A. FEHRE, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung*, cit., p. 74, e H.P. WESTERMANN, P. BYDLINSKI, R. WEBER, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 113), come tale seconda casistica non abbia una vera e propria utilità, dal momento che «mentre l'impossibilità sopravveniente della prestazione per conseguimento dello scopo rappresenta una sottospecie autonoma di *objektive Unmöglichkeit* (...) la categoria della *Zweckverfehlung* pare defluire senza resistenze nella fattispecie generale di cui al § 275, comma 1° (tanto nel vecchio quanto nel nuovo testo) BGB, per il caso d'impossibilità sopravvenuta, o di cui al nuovo § 311a (modificativo dei previgenti §§ 306-307) BGB per il caso d'impossibilità originaria».

⁽⁷⁰⁾ In tal senso, *ex multis*, F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, cit., p. 791 ss.; L. ENNECCERUS, H. LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1954, p. 306. Per la dottrina italiana, cfr. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, cit., p. 1076 s.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 106 s.

⁽⁷¹⁾ V. sul punto L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 123 ss.; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 47 s.

vo oggettivato in stipula possono ritenersi costituire ipotesi di impossibilità della prestazione-risultato e, pertanto, di impossibilità di realizzazione del contratto; ove l'aspirante turista incorra, come nel caso di specie, in una malattia impossibilitante della fruizione dei servizi dell'operatore turistico, il pacchetto turistico, per quanto predisposto ed oggettivamente eseguibile da parte del professionista non potrà, per l'appunto, essere fruito: l'eseguitività del comportamento del *tour operator*, quindi, non può dirsi sufficiente a rendere possibile la completa realizzazione contrattuale ove l'impossibilità ricada, come più volte sottolineato, sulla prestazione-risultato.

Quanto sinora sostenuto trova conferma, per l'appunto, nella disciplina di cui all'art. 1463 c.c.: se tale norma deve intendersi operante in tutti i casi di impossibilità liberatoria (proprio come quello deciso dalla sentenza qui in commento)⁽⁷²⁾, alla questione concernente il rischio della controprestazione che, gravando sul debitore, potrebbe indurre a ritenere legittimo indennizzarlo per attività che eventualmente risultino – sebbene non configuranti soddisfazione della totalità degli interessi dedotti in stipula⁽⁷³⁾ – comunque già apprestate, può risponderci in caso d'impossibilità, alternativamente, che: *a*) ove lo scopo non risulti conseguito, di indennizzo non sia possibile certamente parlare, risultando non rispettato *in toto* il motivo oggettivato; *b*) ove lo scopo risulti anche solo parzialmente conseguito, potrebbe apparire iniquo privare, chi abbia mantenuto una condotta “pro-attiva”, di remunerazione della medesima, controparte vedendo, anche solo parzialmente, attuato l'interesse sotteso alla prestazione-risultato, ancorché ciò non risulti promanante da prestazione-attività dell'altra⁽⁷⁴⁾: in realtà, nei contratti c.dd. a prestazioni cor-

⁽⁷²⁾ Cfr., sul punto, V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, cit., p. 19.

⁽⁷³⁾ Si v. in proposito, *ex multis*, P.M. VECCHI, *Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese), IV, Padova, 2003, p. 356 ss.

⁽⁷⁴⁾ Avverso tale impostazione (c.d. *aufwandsbezogene Unmöglichkeitstheorem*) vi sono le riflessioni di V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, cit., p. 90 ss.; P. KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess, zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz*, in *AcP*, 1907, p. 257 ss.; ID., P. KRÜCKMANN, *Institutionen des Bürger-*

rispettive vi è una distribuzione dei rischi in capo alle parti coinvolte nell'operazione economica, di talché, anche alla luce della normativa in materia di responsabilità per inadempimento, potrà escludersi detta iniquità in via di principio dal momento che, in generale, sino alla permanenza in vita dell'obbligo di comportamento permane la responsabilità, mentre al momento del venire meno dell'obbligo per impedimento inimputabile alle parti il vincolo deve ritenersi estinto, con conseguente liberazione del debitore.

Ove sulla prestazione-risultato cada la scure della impossibilità inimputabile al debitore, il medesimo può dirsi libero anche da effettuare la prestazione-attività (divenuta inidonea a dare soddisfazione all'interesse del creditore), contestualmente perdendo il titolo giustificativo della controprestazione che non solo non può ulteriormente costituire oggetto di pretesa, ma ove già effettuata dovrà, proprio come nel caso che ci occupa, essere restituita: ciò in quanto, come è stato correttamente osservato, «La rigida specularità causale di prestazione e controprestazione, secondo i dettami dell'art. 1463 c.c., non legittima una redistribuzione compensativa e flessibile del rischio sinallagmatico»⁽⁷⁵⁾.

lichen Gesetzbuches. Ein Lehrbuch für Anfänger, Berlin, 1929, p. 490; A.P. NIKISCH, *Bürgerliches Recht. Das Recht der Schuldverhältnisse*, I, Leipzig, 1947, p. 133; L. ENNECERUS, H. LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 307; J. ESSER, *Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2^a ed., Karlsruhe, 1960, p. 382 s.; F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, cit., p. 808. Per la dottrina italiana cfr. G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, cit., p. 266 ss.; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 128 ss.

⁽⁷⁵⁾ Così E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 165, il quale (richiamando sul punto anche le osservazioni di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 1010-1012), sottolinea inoltre come non faccia eccezione, ma anzi confermi «la rigidità del sinallagma quanto prescritto dall'art. 1464 c.c. per l'ipotesi d'impossibilità parziale, nonché dall'art. 1465 per i contratti produttivi d'effetti reali, ove le regole di corrispettività sono coordinate col principio consensualistico e col brocardo *res perit domino*».

Per l'A. pare doversi escludere, in proposito, anche l'ipotesi d'ingiustificato arricchimento ove, pur alla luce della impossibilità sopravvenuta e inimputabile della prestazione-risultato, vi sia comunque stata una previa dazione di denaro dall'aspirante turista al *tour operator* che, anch'esso liberato dallo scioglimento contrattuale: il professionista, infatti, si troverebbe destinatario di un incremento patrimoniale rivelatosi solo posteriormente privo di causa, potendosi in tal modo generare: a) la legittimazione ad una pretesa restitutoria ex artt. 2041-2042 c.c.,

Al rischio d'impresa, pertanto, può correttamente farsi riferimento al fine di scongiurare il pericolo che la sopravvenuta impossibilità di utilizzo della prestazione in capo al creditore – per fatti che, a prescindere dalla riferibilità alla sfera soggettiva di quest'ultimo, risultino comunque inimputabili ad entrambi i contraenti – desti una impossibilità anche della liberazione delle parti, obbligando il creditore ad indennizzare la controparte ovvero, ancora peggio, ad effettuare la propria prestazione (o, come nel caso di specie, a non poter ricevere in restituzione quanto già versato).

In definitiva, tornando alla disamina delle diverse conseguenze sul contratto di scambio in caso di conseguimento ovvero frustrazione del motivo oggettivo, e ribadendo come in caso d'impossibilità sopravvenuta e a sé non imputabile il debitore debba ritenersi liberato⁽⁷⁶⁾, è opportuno ricordare anche come quest'ultimo, rivestendo contemporaneamente la qualifica di creditore, perderà il diritto a ricevere la controprestazione ovvero, ove già conseguita, avrà l'obbligo di restituirla⁽⁷⁷⁾.

ovvero *b)* in caso di attività già qualificabile in termini di parziale prestazione-risultato, l'ipotesi di cui all'art. 1464 c.c.: la profilabilità di un arricchimento senza causa resterebbe escluso, infatti, sia in caso di mera attività preparatoria che in caso di attività prodromica ad un mero risultato parziale; inoltre, nel caso di specie, non può parlarsi di effettivo arricchimento: spettando al *tour operator*, infatti, solo il pagamento, ed essendosi sciolto l'intero contratto alla luce dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione-risultato, il creditore non può dirsi essersi avvantaggiato dell'attività preparatoria svolta dal professionista non sussistendo, in definitiva, alcun arricchimento da restituire. Anche volendosi ritenere sussistente un arricchimento senza causa vi sarebbe, tuttavia, carenza del presupposto del relativo strumento rimediabile: può dirsi quindi sufficiente, ai fini del rinvenimento di una corretta base concettuale del dispositivo della decisione qui in commento, fare riferimento alla impostazione tradizionale dell'impossibilità.

⁽⁷⁶⁾ Già in PAOLO, D.46.3.61, si stabilisce come il debitore debba ritenersi liberato nel caso in cui la soddisfazione del creditore avvenga a prescindere dall'attività dello stesso debitore. In senso complanare, per la dottrina d'inizio del secolo scorso, anche F. ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, 9^a ed., Berlin, 1903, p. 802; P. KLEIN, *Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Eine Untersuchung auf dem Gebiete des deutschen bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1905, p. 115 ss.; ID., *Ein Beitrag zur Lehre vom Untergang der Obligation durch Zweckerreichung*, in *Archiv für Bürgerliches Recht* 31, 1908, p. 214 ss.; P. KRÜCKMANN, *Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ein Lehrbuch für Anfänger*, cit., p. 489 ss.

⁽⁷⁷⁾ In questi termini già B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a.M., 1906, p. 437, spec. nt. 7, il quale, pur non parlando specificamente della *Zweckerreichung*,

7. La sopravvenuta carenza di interesse a ricevere la prestazione in capo al creditore è, quindi, suscettibile di dare adito alla sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione medesima solo ove detta impossibilità risulti connessa e dipendente da circostanza che, per quanto ascrivibile alla sfera soggettiva propria del creditore, non sia a quest'ultimo imputabile, potendo in tal caso parlarsi – alla luce della perdita delle facoltà creditorie necessarie per ricevere la prestazione – di sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore⁽⁷⁸⁾: al contrario dovendo parlarsi, in caso di sopravvenuta carenza d'interesse creditorio dipendente da circostanza non solo inimputabile al creditore, ma anche esterna alla sfera soggettiva del medesimo, di oggettiva inutilizzabilità della prestazione⁽⁷⁹⁾.

In entrambe le ipotesi il contratto dovrà comunque ritenersi sciolto per sopravvenuta irrealizzabilità del motivo oggettivato in stipula, con conseguente liberazione delle parti dai rispettivi obblighi di adempiere⁽⁸⁰⁾.

evidenza nel proprio pensiero una propensione a delineare un concetto più ampio di estinzione di obbligazione per conseguimento di scopo; ma v. anche, per l'affermazione della perdita del diritto alla controprestazione in capo al debitore liberato per conseguimento di scopo, H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, cit., pp. 26 e 107 s.; F. KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1900, p. 140 ss.; A.P. KISCH, *Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen*, Jena, 1900, p. 77 ss.; F. ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, cit., p. 802, nt. 41; P. KLEIN, *Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Eine Untersuchung auf dem Gebiete des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., p. 110 ss.; ID., *Ein Beitrag zur Lehre vom Untergang*, cit., p. 214 ss.; M. LESSER, *Der Inhalt der Leistungspflicht. Beiträge zur Lehre von den Schuldverhältnissen nach bürgerlichem Recht*, cit., p. 125; F. LEONHARD, *Das Schuldrecht des BGB*, I, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, München-Leipzig, 1929, p. 642 ss.; L. ENNECCERUS, H. LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 307; H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, pp. 116 e 166 s. *Contra*, E. BARNSTEDT, *Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der ungerechtfertigten Bereicherung*, Berlin, 1940, p. 28.

⁽⁷⁸⁾ S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, cit., p. 544.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. sul punto A. SCIALOJA, *Contributi alla teoria del negozio giuridico*, II, *Nullità ed inefficacia*, cit., p. 27.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, loc. ult. cit.

In definitiva, la pronuncia ha il merito di avere ribadito il principio del fondamento normativo della complanarità, sul piano dell'efficacia, tra impossibilità della prestazione ed impossibilità della relativa fruizione: ciò, alla luce dell'idea in base a cui il venir meno dell'interesse creditorio alla prestazione per fatto sopravvenuto e non imputabile alle parti, comporti una vera e propria frustrazione della causa concreta su cui il rapporto pone le proprie basi, con conseguente automatica risoluzione contrattuale in quanto, sulla base di quanto dedotto dal precedente su cui risulta basata la sentenza in commento (Cass. 26958/2007), deve farsi riferimento anche a principi di rango costituzionale tra cui, primo fra tutti, quello di inesigibilità⁽⁸¹⁾ che, come dimostrato da buona parte della moderna giurisprudenza, concettualmente si pone in costante relazione con il fondamentale parametro della buona fede⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ In argomento, D. CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 346; B. INZITARI, *Inesigibilità della prestazione, impossibilità della prestazione per l'embargo contro l'Iraq*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 48; B. DI VITO, *Usura sopravvenuta e inesigibilità della prestazione*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 511. V. inoltre G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, cit., p. 248, secondo il quale «può applicarsi il criterio della inesigibilità in relazione al creditore se quest'ultimo si è astenuto dal cooperare per un giustificato motivo e la prestazione è divenuta impossibile definitivamente. In questo caso, eccezionalmente, il criterio della buona fede può valere per escludere che il creditore debba rispondere dell'impossibilità definitiva determinata dal suo mancato concorso all'adempimento», di talché il criterio della inesigibilità porterebbe, nel caso specifico, a impedire al debitore di pretendere il corrispettivo sulla base della buona fede.

⁽⁸²⁾ Si tratta di varia casistica, afferente a: *a*) nullità per violazione del canone di buona fede nella formazione contrattuale, attraverso l'imposizione di clausola che porti squilibrio nella conduzione del rapporto (cfr. Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2018); *b*) riferimento al canone di buona fede ai fini della eventuale responsabilità risarcitoria, in caso di recesso *ad nutum* della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato (cfr. Cass., 22 novembre 2000, n. 15066, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 115; Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479; per la giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 8 novembre 2003, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 132); *c*) estensione dell'interpretazione secondo buona fede *ex art.* 1366 ad ipotesi diverse da quella della clausola ambigua (cfr. Cass., 17 febbraio 2004, n. 2992, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 579); *d*) riferimento al canone di buona fede in termini di mezzo di affermazione di gravità dei rispettivi inadempimenti e, conseguentemente di ammissibilità dell'azione di cui all'art. 1460 c.c. (cfr. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Corr. giur.*, 2005, p. 975); *e*) riferimento al canone di buona fede in termini di criterio determinativo della legittimità del rifiuto del creditore di ricevere la prestazione (cfr. Cass., Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Contratti*, 2007, p. 597).

Corte d'Appello di Ancona, Sez. II civile, 19 settembre 2017, n. 1395 –
Pres. est. Castagnoli – A. c. B.

Riforma Trib. Macerata, 6 ottobre 2016, n. 1111.

Separazione personale dei coniugi – Domanda di addebito – Inosservanza dell'obbligo di fedeltà – Gravità particolare della condotta – Intollerabilità della prosecuzione della convivenza – Nesso causale – Presunzione – Sussistenza – Eccezione – Crisi del rapporto – Collocazione temporale – Anteriorità rispetto alla condotta infedele – Grado della crisi – Rilevanza (c.c., artt. 143, 150, 151).

Separazione personale dei coniugi – Domanda di addebito – Inosservanza dell'obbligo di fedeltà – Gravità particolare – Prova della condotta – Necessità e sufficienza – Eccezione relativa all'anteriorità della crisi del rapporto coniugale – Onere della prova – Riparto – Conseguenze (c.c., artt. 143, 150, 151 e 2697; c.p.c., artt. 99, 112 e 115).

Prova testimoniale – Valutazione – Testimone *de relato ex parte* – Valore probatorio – Sostanzialmente nullo (c.c., artt. 2697; c.p.c., artt. 112, 115, 116, 244, 246).

In tema di separazione tra coniugi, l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale rappresenta una violazione particolarmente grave, la quale, determinando normalmente l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, costituisce, di regola, circostanza sufficiente a giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile, sempreché non si constati, attraverso un accertamento rigoroso ed una valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi, la mancanza di nesso causale tra infedeltà e crisi coniugale, tale che ne risulti la preesistenza di una crisi già irrimediabilmente in atto, in un contesto caratterizzato da una convivenza meramente formale.

La corretta ripartizione dell'onere probatorio in materia di addebito della separazione per l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà è nel senso che grava sulla parte che richiama l'addebito della separazione all'altro coniuge l'onere di provare la relativa condotta, mentre la sua efficacia causale nel rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza si può presumere in omaggio alla regola dell'id quod plerunque accidit; è onere di chi eccepisce l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda, e quindi dell'infedeltà nella determinazione dell'intollerabilità della convivenza, provare le circostanze su cui l'eccezione si fonda, vale a dire l'antiorità della crisi matrimoniale già irrimediabile rispetto all'accertata infedeltà.

Le dichiarazioni rese dal testimone de relato ex parte sono sostanzialmente prive di effettiva rilevanza probatoria, in quanto vertenti sul fatto della dichiarazione di una parte del giudizio e non sul fatto oggetto dell'accertamento, che costituisce il fondamento storico della pretesa.

(Omissis). Ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Preliminarmente si rileva che, ai sensi dell'art. 132 c.p.c., come modificato dall'art. 45 della legge 18 giugno 2009 n. 69, viene omesso ogni riferimento allo svolgimento del processo.

Si danno pertanto per conosciuti i fatti di causa quali risultano, in particolare, dalla impugnata sentenza e dagli atti di parte.

L'appellante A. – a sostegno dell'impugnazione proposta avverso la sentenza del Tribunale di Macerata n. 1111 del 5 ottobre 2016, depositata in cancelleria il 6 ottobre 2016, che ha rigettato le domande di addebito reciprocamente formulate dalle parti, ha posto a suo carico l'obbligo di corrispondere, a titolo di mantenimento della moglie, B., un assegno mensile dell'importo di €. 400,00 e ha dichiarato integralmente compensate tra le parti le spese di lite – articola i motivi il cui contenuto viene di seguito riepilogato ed esaminato; conclude, chiedendo alla Corte adita, in riforma della sentenza impugnata, previa ammissione dei mezzi probatori non ammessi in primo grado, di statuire che la separazione personale tra i coniugi A. e B. è addebitabile, per fatto e colpa *ex art. 151, 2° comma, c.c.*, esclusivamente alla B. con ogni conseguenziale provvedimento di legge; in ogni caso di dichiarare insussistente il diritto di B. alla prestazione contributiva

di mantenimento personale di cui all'art. 156 c.c. a carico del coniuge, e per l'effetto di respingere la relativa domanda, ovvero, in estremo subordine, di ridurre l'importo alla minor somma di giustizia possibile attese le effettive disponibilità patrimoniali, tra cui le ampie capacità lavorative e professionali di autonomo guadagno, di controparte; con il favore delle spese e del compenso professionale del doppio grado del giudizio.

Si costituisce in giudizio B. contestando la fondatezza dell'appello principale e proponendo impugnazione incidentale articolata sui motivi di seguito riassunti ed esaminati; conclude chiedendo, in via pregiudiziale e in rito, di dichiarare l'inammissibilità dell'appello proposto da A.; nel merito, di rigettare l'appello in quanto infondato in fatto e in diritto; in via incidentale, ferma la pronuncia di *status* non gravata, di riformare la sentenza nelle parti di cui ai capi 1) e 2), con pronuncia di addebito della separazione in capo al A., per aver quest'ultimo contravvenuto agli obblighi matrimoniali, e con statuizione di computare la rivalutazione annuale secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati sul contributo di mantenimento dovuto in suo favore.

Il Procuratore Generale interviene in giudizio instando per il rigetto dell'appello.

La causa viene ritenuta per la decisione all'udienza del 28 giugno 2017.

Gli appelli. I rilievi critici all'impugnata sentenza.

Con il primo motivo del gravame l'appellante principale sostiene che il Giudice di prime cure, avendo esaminato solo il profilo dell'adulterio della B., ha omesso di esaminare le altre condotte dell'appellata, consistenti nell'aver trascurato il marito nel gravissimo frangente della dolorosa perdita per malattia della sorella gemella Anna, avvenuta nel luglio 2005, nel non aver collaborato nell'interesse della famiglia e nel dissennato impiego di risorse economiche apparentemente destinate alla ricerca di una congrua occupazione ed invece risultate strumentali alla menzognera e clandestina consumazione dei vari adulteri.

Sotto il primo profilo l'appellante deduce che la B. è venuta meno ai doveri coniugali, omettendo l'assistenza morale e materiale consona al grave evento luttuoso che lo aveva colpito nel luglio 2005; sotto il secondo

profilo, adduce che la B. ha violato il dovere di collaborazione alle esigenze della famiglia, sottraendosi all'attuazione dell'indirizzo concordato della vita familiare, nel momento in cui la stessa, dopo aver stabilito con il coniuge un proprio impegno lavorativo ed essersi in effetti impegnata in tale prospettiva proficuamente dopo la laurea, all'improvviso si era sottratta ad ogni auto-responsabilità, anche rifiutando occasioni concrete con comportamenti non espliciti.

Con il secondo motivo del gravame l'appellante deduce che il Tribunale ha reputato, erroneamente, che i comportamenti adulterini (dimostrati sia testimonialmente che documentalmente) della B. non abbiano costituito la causa della crisi coniugale ma solo la conseguenza di essa, rinvenendo la causa della crisi del rapporto matrimoniale nella circostanza che tra i coniugi erano «insorti contrasti in ordine all'indirizzo della vita familiare e in particolare sulle decisioni riguardanti la procreazione».

Il primo errore, sostiene l'appellante, si rinviene nel fatto che il Tribunale non ha considerato in nessun modo il sentire sincero del A., analizzando unicamente l'ottica prospettata in giudizio dalla B.

Il secondo errore del Giudice di primo grado, secondo l'appellante, riguarda l'analisi del nesso causale, in quanto il Tribunale ha "esaltato" soltanto l'adulterio in parola, cercando di retrodatarlo, senza considerare che era ignaro al A., mancando così di collocarlo correttamente al momento temporale della sua scoperta e di prendere in considerazione il contesto complessivo anteriore.

Sostiene ancora l'appellante, al riguardo, che il Tribunale, tralasciando la realtà obiettiva, ha erroneamente esaltato la giustificazione motiva datane dalla B., secondo la quale già nel corso dell'anno 2005 i coniugi vivevano come fratello e sorella poiché il A. le avrebbe negato la possibilità di una maternità praticando rapporti sessuali protetti, in tal modo non tenendo conto del fatto che la prova della mancanza del nesso causale deve essere la risultante di un accertamento rigoroso, condotto altresì con valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi.

Inoltre, secondo l'appellante, il primo Giudice si è contraddetto nel momento in cui ha riconosciuto che l'indirizzo familiare convenuto dai coniugi

vedeva un accordo, pienamente condiviso, secondo il quale la nascita di prole era consapevolmente rinviata alla sistemazione lavorativa della B., per poi reputare erroneamente di cogliere un elemento significativo, tale da superare comunque tale accordo, nell'età raggiunta dalla B., senza invero calare la propria attenzione sul se tale istanza di divenire madre fosse stata almeno esternata verso il A. prima del compimento delle condotte tenute in violazione così esasperante dei doveri coniugali e senza tenere conto della circostanza che tuttora la B. non è divenuta madre.

Secondo l'appellante, inoltre, l'asserita fondatezza della circostanza eccepita dalla ricorrente è stata ricondotta dal Giudice di prime cure, in maniera del tutto erronea, alle sole testimonianze del fratello della B. e della di lei madre, senza considerare gli elementi di sospetto, di contraddittorietà e di patente inattendibilità delle loro deposizioni, rese comunque *de relato ex parte actoris*.

Deduce ancora l'appellante principale che l'apprezzamento della deposizione del G.G. e il mancato apprezzamento della testimonianza di C.N. (dalla quale si evince l'assenza di effettive discussioni relativamente alla prospettiva di futura maternità della B.) evidenziano l'erroneità della pronuncia impugnata, non assumendo rilievo le scarse motivazioni con le quali il Tribunale ha cercato un qualche collegamento, a supporto della sua tesi, in dette testimonianze ed in quella di M.P.

Con il terzo motivo dell'appello principale il A. censura la decisione impugnata quanto alla ricorrenza del diritto della B. ad ottenere un contributo al suo mantenimento dal coniuge.

Deduce, al riguardo, che la B. – donna giovanile, in piena salute, autonoma in tutto, ivi compresa la mobilità personale, dotata di istruzione al massimo livello universitario e di piena abilità nell'uso degli strumenti informatici, con capacità anche di esercitare attività libero professionali –, non ha giustificato la sua inerzia più totale, sotto il profilo lavorativo, che perdurerebbe addirittura a tutt'oggi: in particolare, l'appellante asserisce che si rinvencono missive della B. indirizzate a terzi nelle quali esterna la propria netta volontà di non voler proprio assumere occupazioni lavorative di sorta, neppure stabili e a tempo pieno.

Sostiene dunque che, a fronte di un tale quadro circostanziale, in caso di denegato accoglimento di uno dei due primi motivi di appello, nessun dubbio può nutrirsi in ordine alla “non spettanza” dell’assegno contributivo coniugale.

Con il primo motivo di impugnazione l’appellante incidentale deduce che si palesa chiaramente contraddittoria la motivazione adottata dal Giudice di prime cure circa il contributo di mantenimento posto a carico del A. nella parte in cui il Tribunale, benché affermi di condividere integralmente l’ordinanza presidenziale contenente i provvedimenti provvisori ed urgenti, non ha tenuto conto della rivalutazione monetaria all’epoca prevista, derivandone che, con la sentenza conclusiva del giudizio di separazione, il contributo al mantenimento è stato praticamente azzerato.

In particolare la B. asserisce che la sentenza di separazione incidentalmente gravata viola la normativa vigente in materia di necessaria indicizzazione dell’assegno di mantenimento, connaturata alla natura e funzione cui assolve, nonché si pone in palese contraddizione con la precedente statuizione del Presidente del Tribunale di Macerata, che il primo Giudice ha mostrato di condividere.

Con il secondo motivo del gravame l’appellante incidentale deduce che la sentenza impugnata è erronea, criticabile, per nulla condivisibile e non adeguatamente motivata nella parte in cui ha respinto la domanda di addebito al A. della separazione.

L’appellante incidentale asserisce che la predetta statuizione deve essere modificata e sostituita da una declaratoria di addebito della separazione in capo al A. per aver quest’ultimo reso eziologicamente intollerabile la prosecuzione della convivenza, avendo contravvenuto agli obblighi *ex lege* nascenti dal vincolo matrimoniale, in particolare al dovere di assistenza materiale, depauperando, negli ultimi mesi del 2004, il c/c cointestato, imponendo alla moglie il divieto di procreare, nonché condizionando il futuro della coppia al reperimento di un lavoro da parte della stessa moglie.

Sostiene, al riguardo, che l’assunto del Tribunale, valorizzato al fine di escludere l’addebito, secondo il quale i coniugi avevano consensualmente deciso di vivere come fratello e sorella, non tiene conto di altre circostanze,

e cioè del fatto che era il A. a dettare unilateralmente l'indirizzo della vita familiare, del carattere freddo e distaccato dell'uomo, della sua ferma opposizione al desiderio manifestato dalla moglie di avere figli e dei toni aspri, rigidi ed autoritari usati nello spronarla a ricercare un'attività lavorativa.

Le valutazioni della Corte.

Va *ex antis* respinta l'eccezione di inammissibilità del gravame principale sollevata dall'appellante incidentale.

Infatti, il nuovo testo normativo dell'art. 342 c.p.c. non richiede che le deduzioni della parte appellante assumano una determinata forma o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, ma impone all'appellante di individuare in modo chiaro ed esauriente il *quantum appellatum*, circoscrivendo il giudizio di gravame con riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata nonché ai passaggi argomentativi che la sorreggono e di formulare, sotto il profilo qualitativo, le ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice, sì da esplicitare la idoneità di tali ragioni a determinare le modifiche della decisione censurata; sia pure con un grado di specificità ben più accentuato rispetto al passato, imponendo la norma novellata un ben preciso ed articolato onere processuale, compendiabile nella necessità che l'atto di gravame, per sottrarsi alla sanzione di inammissibilità ora specificamente prevista, offra una ragionata e diversa soluzione della controversia rispetto a quella adottata dal primo giudice (Cass. civ., Sez. VI, 22 febbraio 2017, n. 4541).

Nel caso di specie, come si desume agevolmente dalla sintesi sopra riportata dei motivi di appello, l'appellante principale ha svolto argomentazioni idonee a contrapporsi dialetticamente al tessuto motivo dell'impugnata sentenza, individuando i capi della pronuncia oggetto di censura ed indicando con sufficiente chiarezza le ragioni per le quali il Tribunale avrebbe dovuto valutare diversamente il materiale probatorio, sì da pervenire, attraverso una corretta applicazione dei principi giuridici in materia, ad una pronuncia di addebito della separazione a controparte, nonché le ragioni per le quali il primo Giudice avrebbe erroneamente riconosciuto alla B. il diritto ad ottenere un assegno quale contributo al suo mantenimento.

In particolar modo, per ciascuno dei motivi posti a fondamento del gra-

vame principale, l'appellante ha fatto riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata, nonché ai passaggi argomentativi che li sorreggono, formulando le ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice e offrendo una ragionata e diversa soluzione della controversia.

Le censure evidenziate nell'atto di citazione in appello consentono dunque di cogliere con immediatezza il contenuto esatto della doglianza relativa a specifici passaggi della sentenza impugnata ed appaiono, dunque, idonee a contrapporsi all'apparato argomentativo dell'impugnata sentenza, per cui va predicata l'infondatezza della eccezione di inammissibilità dell'appello *ex art. 342 c.p.c.*

Nel merito, va ritenuto assorbito l'esame del primo motivo di appello principale, con cui si censura la mancata valutazione da parte del Tribunale di altre condotte della B., attesa la fondatezza, per le ragioni di seguito evidenziate, del secondo motivo dell'appello, il cui accoglimento assume rilievo assorbente.

A tal riguardo, va richiamato il costante e condiviso principio di conio giurisprudenziale secondo il quale, in tema di separazione tra coniugi, l'inosseranza dell'obbligo di fedeltà coniugale rappresenta una violazione particolarmente grave, la quale, determinando normalmente l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, costituisce, di regola, circostanza sufficiente a giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile, sempreché non si constati, attraverso un accertamento rigoroso ed una valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi, la mancanza di nesso causale tra infedeltà e crisi coniugale, tale che ne risulti la preesistenza di una crisi già irrimediabilmente in atto, in un contesto caratterizzato da una convivenza meramente formale (tra le tante: Cass. 17 gennaio 2017, n. 977; Cass. 14 agosto 2015, n. 16859; Cass. 17 giugno 2013, n. 16270, non massimata in termini; Cass. 14 febbraio 2012, n. 2059, pure non massimata con riferimento al principio secondo cui l'inosseranza dell'obbligo di fedeltà coniugale fa presumere la non tollerabilità dell'ulteriore convivenza; Cass. 14 ottobre 2010, n. 21245, parimenti non massimata al riguardo; Cass. 7 dicembre 2007, n. 25618; Cass. 19 settembre 2006, n. 20256).

Inoltre, la corretta applicazione dei principi dell'onere probatorio in materia è nel senso che grava sulla parte che richiama, per l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà, l'addebito della separazione all'altro coniuge, l'onere di provare la relativa condotta e la sua efficacia causale nel rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza; mentre è onere di chi eccepisce l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda, e quindi dell'infedeltà nella determinazione dell'intollerabilità della convivenza, provare le circostanze su cui l'eccezione si fonda, vale a dire l'antioriorità della crisi matrimoniale all'accertata infedeltà (Cass. 14 febbraio 2012, n. 2059; Cass. 23 giugno 2017, n. 15811)

Tanto premesso, dalle risultanze probatorie emerse in corso di causa, risulta pienamente dimostrata la violazione di B. agli obblighi di cui all'art. 143, 2° comma, c.c.

Infatti, sia dalle prove testimoniali assunte (si vedano le deposizioni di G.G. e M.F.), che a livello documentale (si vedano i documenti dal n. 13 al n. 19, fascicolo di primo grado di parte appellante principale), emerge che la B., in pendenza di convivenza matrimoniale, in particolare da marzo 2005 in poi, aveva intessuto relazioni extraconiugali (dapprima "virtualmente", poi personalmente) sia con il G. che con il M.

Sul punto il G. ha dichiarato, all'udienza del 24 febbraio 2009, che «(...) Sono entrato in contatto con la B., non ricordo attraverso quali indirizzi. La signora l'ho conosciuta dapprima virtualmente. Ricordo di averla conosciuta in *chat*, non rammento cosa scritto e quanto frequentemente. Non usavo videocamere. Ci siamo incontrati di persona, non ricordo perché e in che modo. (...) Ci saremmo visti due, tre volte in un mese e abbiamo avuto uno o due rapporti».

Sempre sul punto, M.F., sentito per delega, all'udienza del 6 novembre 2012, ha dichiarato che «(...) A distanza di anni non ricordo i suoi indirizzi *mail*, confermo di aver avuto scambi di messaggi con la suddetta con la quale ho avuto una relazione ma non ricordo di aver scambiato con la stessa messaggi di contenuto intimo. La relazione si è conclusa se ben ricordo alla fine del 2008 inizi 2009 ed è iniziata a fine del 2005»; lo stesso testimone ha aggiunto che la B. "si era recata più volte a Roma per incontrarlo.

Le richiamate deposizioni (relativamente all'infedeltà di B.), attendibili e convergenti, valutate insieme ad altri elementi oggettivi (tabulati telefonici dai cui risulta che la B. aveva contatti continuativi con M.F. e l'esistenza di *e-mail* ricevute e inviate tra la B. ed il M.) non possono che comprovare la violazione del dovere coniugale di fedeltà da parte della B. nei confronti del marito il quale, ignaro di tutto, ebbe la conoscenza di tali fatti solo nel marzo 2006, ovvero circa sei mesi prima dell'introduzione del giudizio di prime cure, avvenuta in concomitanza con quella della B. (deposito del ricorso della B. in data 20 settembre 2006, deposito del ricorso del A. in data 30 settembre 2006), neppure potendosi ritenere, in ragione di quanto dichiarato da X, fratello di B., e cioè che la sorella gli diceva «che il marito era a conoscenza della motivazione dei viaggi, cioè che avrebbe incontrato altre persone», una consapevolezza in capo al A. dei rapporti extraconiugali della moglie.

Richiamati i principi giurisprudenziali sopra esposti, in particolare relativamente all'onere della prova in materia, si ritiene, diversamente da quanto sostenuto dal primo Giudice, che l'appellante incidentale non abbia sufficientemente dimostrato l'esistenza di una pregressa crisi coniugale, anteriore agli atti di infedeltà, tale da determinare l'irreversibile venir meno dell'*affectio coniugalis*, con conseguente irrilevanza, sotto il profilo eziologico, delle relazioni extraconiugali intrattenute dalla B. in ordine ad una crisi matrimoniale in realtà già maturata in modo tendenzialmente definitivo.

Dagli atti del giudizio di primo grado e in particolare dalle dichiarazioni rese in sede testimoniale da C.M. e C.N. (testimoni indifferenti e attendibili), risulta che, nel periodo precedente ai tradimenti della B., non sussisteva una irrimediabile crisi coniugale, dovuta ai contrasti insorti tra i coniugi in ordine all'indirizzo della vita familiare e, in particolare, alle decisioni riguardanti la procreazione, essendo ravvisabile un interesse, almeno da parte del A., al rapporto di coniugio, atteso che dalla testimonianza del C.M. si evince che i coniugi litigavano per il fatto che «B. frequentava delle *chats*» ed avendo il C.N. sostenuto di avere assistito a scambi di opinioni in ordine alla procreazione di un figlio.

In particolare il C.M. ha dichiarato, tra l'altro «Per quanto so, la situazio-

ne è precipitata in brevissimo tempo, nel giro di uno o due mesi, quando ci vedevamo in coppia, ricordo che B. e A. litigavano per il fatto che B. frequentava delle *chat*, il A. era contrario, non ricordo la data precisa, poi da quel momento in avanti la frequentazione di coppia si è interrotta ed è iniziata la frequentazione con il solo A. (...) quando ci incontravamo in coppia fin quando dopo la laurea B. cominciò a lavorare saltuariamente, dicevano di comune accordo, almeno all'inizio, che volevano aver prima un'occupazione stabile anche per B., perché per avere un figlio non era secondaria la questione economica. Il disaccordo su questo punto è iniziato in quella fase in cui erano andati in lite, nella fase in cui è precipitata la situazione».

Il C.N., tra l'altro, ha dichiarato «ricordo che B. manifestava un prossimo futuro di maternità, A. diceva che ci avrebbero pensato quando la situazione lavorativa complessiva della famiglia si sarebbe sistemata, quando avrebbero avuto maggiori certezze lavorative, ricordo che poi la cosa finiva lì, si passava ad altri argomenti».

Le richiamate dichiarazioni testimoniali, dunque, valutate insieme ad altri elementi, nonché insieme alle dichiarazioni rese da M.P. e L.L. (rispettivamente fratello e madre dell'appellante principale), non dimostrano la presenza di un tessuto familiare già compromesso all'epoca dei tradimenti della B., in quanto dalle stesse non si evince né l'esistenza di conflitti tra i coniugi sull'indirizzo familiare (relativi alla futura procreazione) tali da avere già irrimediabilmente compromesso la comunanza di vita tra i coniugi, né l'assoluto ed incondizionato rifiuto da parte del A. di una futura procreazione, trattandosi di contrasti che, semmai, dimostrano la persistenza di un progetto di vita in comune e comunque, per le modalità con la quale sono stati descritti, non appaiono tali da escluderlo.

A tal proposito, non può essere condiviso l'apparato argomentativo della decisione impugnata nella parte in cui il primo Giudice ha valorizzato, ai fini dell'accertamento della sussistenza di una pregressa crisi coniugale, la testimonianza di G.G. relativamente a quanto dichiarato da quest'ultimo in ordine alle affermazioni a lui fatte dalla B., in ordine alla natura dei rapporti con il marito – secondo le quali i coniugi vivevano consensualmente come

fratello e sorella – avendo inoltre il testimone sostenuto che la B. gli aveva detto «che il marito sapeva tutto».

Trattasi, infatti, di dichiarazioni rese *de relato ex parte actoris*, in quanto tali privi di effettiva rilevanza (Cass., sez. VI, 17 febbraio 2016, n. 3137), né assume rilievo la circostanza, invece valorizzata dal primo Giudice, che le dichiarazioni della B. fossero intervenute nel corso degli incontri e non successivamente alla cessazione della relazione con il G.G., ben potendo la stessa B. avere interesse a far credere al suo amante di essere sostanzialmente libera da effettivi vincoli nascenti dal matrimonio con il A.

Sempre in ordine alla prova della crisi coniugale pregressa, va precisato che le deposizioni testimoniali rilasciate da R.L. e N.G. (rispettivamente fratello e madre della ricorrente), dalle quali risulta che, dall'aprile del 2005, la cameretta dell'abitazione familiare veniva utilizzata dalla B., seppure potenzialmente atte a dimostrare una convivenza formale tra i coniugi, non appaiono idonee a provare, con certezza, anche in ragione della valutazione complessiva delle risultanze probatorie acquisite e sopra richiamate, la preesistenza di una irrimediabile crisi coniugale.

Né si manca di rilevare che, anche in ragione dello stretto legame dei testimoni con la parte, le deposizioni in questione si prestano a suscitare dubbi di attendibilità, non essendo stata la circostanza sopra indicata neppure allegata nel ricorso introduttivo della lite, né appaiono comunque idonee a dimostrare l'esistenza di una opzione imposta dal A. alla B., in contrasto con scelte iniziali condivise, orientata al rifiuto di avere figli, anche perché tali testimonianze sono contrastate da quella di M.P., fratello di A., il quale ha riferito l'esistenza di un accordo sul punto dei coniugi «finché la famiglia fosse stata monoreddito».

Vanno, oltretutto, richiamati altri due indizi che confermano che la causa della crisi coniugale non sia rinvenibile nei contrasti insorti tra i coniugi in ordine alla scelta relativa alla procreazione: il primo è quanto dichiarato dalla B. in sede di audizione personale dinanzi al Presidente del Tribunale di Macerata avendo la stessa, oltre a negare i suoi tradimenti («non ho mai mancato alla fedeltà coniugale»), sostenuto che la causa profonda della disaffezione del marito risiedeva nei suoi tentativi di trovare una collocazione

professionale autonoma, senza alcun riferimento a contrasti insorti in ordine alla procreazione di figli; il secondo è quanto scritto da B. tramite *e-mail* a terze persone, in cui non risultano essere nemmeno accennate le questioni relative alla sua esigenza di una prossima maternità e al rifiuto assoluto del A. alla procreazione (si veda doc. n. 17 fascicolo di primo grado di parte resistente).

Implicito nelle argomentazioni sopra svolte è il giudizio di infondatezza del motivo dell'appello incidentale relativo all'erroneo rigetto da parte del primo Giudice della domanda di addebito della separazione coniugale a carico esclusivo del A.

Dagli atti del giudizio di prime cure si evince che l'appellante incidentale non ha provato la violazione del dovere coniugale di assistenza morale e materiale da parte del coniuge, atteso che, da un lato, il cambio di intestazione del c/c e la concorde modifica del regime patrimoniale dei coniugi (da quello della comunione legale a quello della separazione legale dei beni) non sono atti tali da dimostrare una violazione del dovere all'assistenza materiale, e che, dall'altro, la condotta consistente «nell'aver unilateralmente ed egoisticamente» stabilito l'indirizzo della vita familiare «imponendo alla moglie il divieto di procreare, ovvero condizionando il futuro della coppia al reperimento di un lavoro da parte della B., così ingenerando nella donna sentimenti di angoscia e dolore» non risulta, per quanto sopra argomentato, dimostrato così come non risulta in alcun modo provato che la crisi coniugale possa essere ricondotta a presunti «toni aspri, rigidi ed autoritari» usati dal A. nello spronare la moglie a reperire occupazioni lavorative e, dunque, ad un comportamento prevaricatore dello stesso A., assolutamente incompatibile con il fondamento comunitario della vita familiare.

Dunque, la separazione personale tra le parti non può che essere addebitata esclusivamente alla B., non avendo quest'ultima dimostrato né l'esistenza di una pregressa crisi coniugale tale da determinare, già prima dei suoi atti di infedeltà, il venir meno dell'*affectio coniugalis*, né la sussistenza di fatti imputabili al A. tali da tradursi nella violazione del dovere di assistenza morale e materiale sancito dall'art. 143 c.c.

Restano assorbiti i motivi dell'appello principale e di quello incidentale

relativi all'*an* ed al *quantum* del diritto della B. ad ottenere un contributo al suo mantenimento da parte del A., essendo l'esistenza di un tale diritto da escludere per effetto della pronuncia di addebito della separazione alla stessa B. (*Omissis*).

La testimonianza de relato ex parte nell'accertamento dei comportamenti contrari ai doveri coniugali, addebitabili secondo l'art. 151, 2° comma, c.c.

[GIANCARLO SAVI (*)]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'incapacità ad assumere l'ufficio del testimone. – 3. L'alternativo apporto "informativo" della parte. – 4. La fattispecie. – 5. Il percorso motivo sostanziale e processuale fissato dalla Corte. – 6. La rilevanza probatoria del narrato testimoniale indiretto. – 7. Conclusioni.

1. Questa pronuncia della Corte territoriale dorica si pone nel solco dell'orientamento giurisprudenziale in materia di addebito della separazione personale dei coniugi, con peculiare riguardo alla violazione dell'obbligo reciproco alla fedeltà.

Il paradigma motivo che ha portato all'epilogo decisivo sulla domanda di addebito, proposta nella specie dal marito, risultata fondata e, come tale, accolta con riforma del responso di prime cure – nonostante l'eccezione della moglie che opponeva l'antecedente situazione di crisi del rapporto matrimoniale –, risulta sviluppata con accortezza, toccando tutti i nodi salienti dell'accertamento, tra cui quello del riparto dell'onere probatorio ed analizzando peculiarmente le regole di valutazione della prova testimoniale cd. *de relato partium*.

I processi che hanno ad oggetto le relazioni familiari con frequenza prendono in esame fatti, circostanze, questioni, situazioni, che per loro natura

(*) Avvocato del Foro di Macerata; Direttore della Scuola di Alta Formazione Specialistica in Diritto di Famiglia dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia - Università di Roma Tre - Consiglio Nazionale Forense.

si sviluppano nella sfera intima degli artefici del coniugio o dei familiari; coticché, trattandosi di comportamenti che di norma non sono tenuti alla presenza di terzi, ovvero obiettivamente percepibili da questi, accade che lo sforzo probatorio della parte si sostanzia nella indicazione di quanti abbiano avuto cognizione degli accadimenti in conseguenza del narrato (in genere di carattere confidenziale se non intimo) della stessa parte, od al più, per aver in qualche misura percepito *de visu vel auditu* le vicissitudini del rapporto familiare.

Il tema incarna perciò il conflitto tra l'esigenza di una obiettiva ricostruzione degli accadimenti salienti del rapporto e la ragionevole tutela delle posizioni di diritto delle parti, che non possono soffrire una eccessiva compressione del diritto di azione e di difesa.

L'ordinamento processuale non individua quale tipo di conoscenza del fatto debba avere colui che viene chiamato a rendere la propria testimonianza⁽¹⁾.

Come noto, lo stesso apparato normativo processuale pone un riparo lato, nel senso che la legge si limita a sancire quando la prova per testimoni è legalmente inefficace (alcuni profili del discrimine neppure si stagliano rigidamente), quindi, di per sé inammissibile (qualità di chi assume l'ufficio del testimone, oggetto della testimonianza in relazione al valore del rapporto sottostante, contenuto della testimonianza in rapporto alla prova *per tabulas*), senza curarsi del contrario.

⁽¹⁾ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2012, p. 290; R. CREVANI, *La prova testimoniale*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 273; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 571; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000; S. PATTI, *Prova testimoniale*, in *Casi e questioni di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIV, Milano, 1997, p. 114; A. DONDI, *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1996, p. 40; L. LAUDISA, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXV, p. 6; M. TARUFFO, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 729; P. MARZOCCHI, *La prova testimoniale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 410; F. CORDOPATRI, *Testimonianza e prova nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 437; V. ANDRIOLI, *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 329; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962; E.F. RICCI, *Legittimazione alla testimonianza e legittimazione all'intervento*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 323; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, rist. Milano, 1992, p. 111.

Si cura invece di stabilire che il giudice può fondare la propria decisione affidandosi (o non affidandosi) al narrato riferito dal testimone, secondo il suo libero convincimento.

Parimenti noto che storicamente il divieto di testimoniare per inattendibilità presunta in relazione ai vincoli coniugali, familiari e parentali, in origine sancito dall'art. 247 codice di rito⁽²⁾, poneva proprio l'eccezione «che la causa verta su questioni di stato, di separazione personale o relative a rapporti di famiglia», con ciò segnalando che nonostante la relazione sociale di natura familiare tra la parte ed il testimone, la sua ammissione giustificata proprio dall'esigenza di ricostruire circostanze concernenti l'intimo della famiglia, difficilmente conosciute da terzi.

In linea con tali opportuni richiami storici anche il severo confronto della

⁽²⁾ Dichiarato incostituzionale per violazione dell'art. 24 Cost., con sentenza della Corte delle leggi 23 luglio 1974, n. 248, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 99, con nota di A. SALETTI, *La decisione di incostituzionalità dell'art. 247 cod. proc. civ.: prospettive e problemi*; L. MONTESANO, *L'interrogatorio libero dei «terzi interessati» dopo la sentenza costituzionale n. 248 del 1974*, *ivi*, 1975, p. 222; L.P. COMOGGIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, *ivi*, 1976, p. 41; questo il tratto argomentativo essenziale: l'art. 247 c.p.c. contrasta con l'art. 24 Cost. in quanto pur ammettendo il codice di rito il mezzo di prova per testimoni in via generale, il divieto di testimoniare che tale norma rivolge al coniuge, ai parenti, agli affini ed affiliati, discrimina la loro capacità a testimoniare unicamente in virtù di una aprioristica valutazione negativa della possibile fonte di prova, attinente invero la credibilità di chi è legato alla parte da vincoli familiari, senza alcun riferimento all'oggetto specifico del giudizio od alla rilevanza degli interessi in gioco, limitando così ingiustificatamente il diritto alla prova, che è nucleo essenziale del diritto di difesa. La stessa declaratoria di illegittimità costituzionale è stata fermamente criticata da L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, *cit.*, p. 105, che ragionevolmente coglie diversi punti critici, tra cui quello saliente, esattamente contrario al fine prefisso, di evidente affievolimento dell'attendibilità del testimone-congiunto, quale conseguenza pregiudizievole di un eccesso di zelo, come un «sacrificio all'idolo del diritto alla prova»; cfr. anche i rilievi ponderati di A. PROTO PISANI, *Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 81; da segnalare in evidente sintonia con questa indicazione di "minata" attendibilità del deposito dei parenti (ai congiunti sono sostanzialmente equiparate le persone aventi un interesse di mero fatto ad un certo esito della controversia), alcuni arresti della giurisprudenza di legittimità, quale ad esempio, Cass., 30 agosto 2004, n. 17384, in banca dati *Pluris*; seppur tali depositi non possano mai valutarsi aprioristicamente, la credibilità vede comunque l'esigenza di un vaglio concreto con ogni altro utile elemento probatorio; la questione riaffiora anche nei precedenti di riferimento citati in questo scritto.

nostra dottrina processualcivilistica, tra il favorevole avviso chiovendiano (in sintonia con i cardini dell'oralità e dell'immediatezza del processo) e gli strenui oppositori di una prova basata sul ricordo del singolo; contrapposizione composta nel riconoscimento del mezzo di prova testimoniale quale necessità del processo affidata alla prudenza del giudice (il cui vaglio involge ovviamente anche gli elementi di sospetto).

2. Una premessa analitica per quanto necessariamente fugace, invero non può prescindere dal tema speculare dell'incapacità⁽³⁾ a testimoniare della parte, risolto dal vigente codice di rito con l'adozione del principio di incompatibilità tra la posizione di parte e quella di teste; in una parola, a tenore dell'art. 246 c.p.c., il testimone deve potersi qualificare in posizione di terzietà rispetto all'oggetto della lite, rinvenendo il legislatore (a differenza di altri ordinamenti pur non sovrapponibili) una contraddizione insanabile tra la funzione del testimone e la condizione di parte, anche "virtuale"; e tale contrapposizione, ben espressa dal risalente brocardo *nemo testis in causa propria*, individuata in base alla parzialità della fonte di provenienza, è configurata come "incapacità" all'assunzione delle responsabilità del cd. ufficio di testimone; una tale soluzione sul terreno probatorio dei diritti ed interessi affermati in giudizio è reputata sviluppo logico del potere della parte in ordine alla prova e prima ancora dello stesso concetto di azione. Questo principio, fatto proprio dal nostro ordinamento processuale civile, che ha inteso escludere l'attestazione della verità di un fatto circostanziale per voce di quanti possono trarre utilità – diretta o riflessa – dalla formazione del giudicato sul merito, è stato anch'esso oggetto, a più riprese, di sindacato costituzionale, sollevato in riferimento dapprima agli artt. 3 e 24, poi anche agli artt. 111 e 117, 1° comma, Cost. (quest'ultimo, nella parte in cui si porrebbe in contrasto con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo), ma a differenza delle disposizioni di cui agli artt. 247 e 248 c.p.c., la Corte

⁽³⁾ In dottrina si segnala l'opinione che reputa la distinzione tra incapacità a testimoniare (art. 246 c.p.c.) e divieto di testimoniare (originario art. 247), di scarsa chiarezza concettuale, preferendo accomunare le ipotesi come «difetto di legittimazione a deporre»; cfr., per tutti, C. MANDRIOLI, A. CARRATA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 299.

Costituzionale ha dichiarato infondata la questione⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Cfr. la stessa sentenza cit. in nt. 2, nonché l'univoco avviso – di infondatezza o inammissibilità – mantenuto nel tempo, rinvenibile in Corte cost., 4 giugno 1975, n. 139, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2393; Corte cost., 15 dicembre 1980, n. 164, *ivi*, 1981, I, c. 292, con nota di V. ANDRIOLI, *Un'occasione mancata*; Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 62, *ivi*, 1996, I, c. 83; ed in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 574, con nota di M. DOMINICI, *Il regime di comunione dei beni riespande il divieto di testimoniare del coniuge*; Corte cost., 28 marzo 1997, n. 75, *ivi*, 1997, I, c. 384, con nota di N. TONOLLI, *In margine alla riaffermata legittimità costituzionale della norma sulla incapacità a testimoniare del legale rappresentante di enti*; Corte cost., 8 maggio 2009 n. 143, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 409, con nota di L. DITTRICH, *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle potenziali*.

Opportuno ricordare l'incapacità del difensore della parte, che al contempo non può assumere l'ufficio del testimone; cfr., S. SATTA, *Comm. al c.p.c.*, Milano, 1960, II, 1, p. 261, secondo cui, «chiunque partecipa al processo in una posizione tipica, qualunque essa sia, svolge una funzione alla quale deve restare fedele e non può assumerne un'altra senza necessariamente contraddire alla prima»; v. anche, L. MONTESANO, G. ARIETA, *Tratt. dir. proc. cin.*, Padova, 2001, I, 2, p. 1315, che testualmente indica: il difensore, «quale rappresentante processuale della parte e fino a che sussista tale qualità, è soggetto agli stessi limiti ai quali è sottoposta la parte». In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 6 dicembre 2017, n. 29301, in *Giur. it.*, 2018, p. 867, con nota di G. PARISI, *Sulla compatibilità del difensore (non più tale) con l'ufficio del testimone*.

Per le significative differenze con l'ordinamento processuale penale, v. Corte cost., 30 novembre 1971, n. 190, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 156, con note di V. VIGORITI, *La testimonianza della parte nel processo penale e in quello civile: un'antinomia da eliminare*, e M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte davanti alla Corte Costituzionale*. Sul versante penale, cfr. anche E. DOSI, *La prova testimoniale*, Milano, 1974; I. BARBAGALLO, *La prova testimoniale nei procedimenti civili e penali: diritto e metodologia probatoria*, Milano, 2006.

Opportuno il richiamo del codice di rito previgente del 1865, che all'art. 236, così statuiva: «Non possono essere sentiti come testimoni i parenti e gli affini in linea retta di una delle parti, o il coniuge, ancorché separato, salvo nelle quistioni di stato o di separazione personale tra coniugi; e quando siano sentiti non si ha riguardo alla loro deposizione. / I minori di anni quattordici possono essere sentiti senza giuramento, e per semplice schiarimento». Proseguiva l'art. 237: «Le parti sono sempre in diritto di proporre i motivi che possono rendere sospetta la deposizione del testimone: questi motivi devono essere dedotti a prova in modo specifico. / Quando i motivi di sospetto non siano fondati sopra uno scritto, l'autorità giudiziaria non può ammettere la prova per mezzo di testimoni, se non concorrano circostanze gravi, precise, e concordanti. / Se il motivo di sospetto sia proposto prima che sia compiuto l'esame del testimone cui si riferisce, il giudice può richiedere al medesimo gli opportuni schiarimenti. / In ogni caso il testimone allegato a sospetto deve essere esaminato, salvo all'autorità giudiziaria di apprezzare, come di ragione, la deposizione di lui».

Più in generale, ricorrente è il rilievo di un certo disfavore di fondo del legislatore verso il mezzo di prova (cfr., ad esempio, M. CAPPELLETTI, *la testimonianza della parte nel sistema*

Seppur appare tutt'oggi ferma la posizione tradizionale riassunta⁽⁵⁾, d'uopo richiamare il vivace dibattito dottrinale, occasionato anche da vicende processuali specifiche, che da tempo presenta voci volgenti al superamento dell'incapacità in parola⁽⁶⁾; l'argomento saliente di questa prospettazione che propende

dell'oralità, cit., p. 233; A.C. JEMOLO, *Limiti di valore nella prova per testi*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 471; F. LAPERTOSA, *La prova testimoniale e il governo dell'istruttoria: un problema sempre attuale di compatibilità irrisolte*, in *Foro pad.*, 1990, II, c. 59), come il richiamo dell'influenza del retaggio della tradizione, del processo medioevale e di quello canonico; cfr., ad esempio, tra i molti scritti, V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1984, p. 154; A. PADOA SCHIOPPA, *Unus testis nullus testis: note sulla scomparsa di una regola processuale*, in *Studia ghisleriana*, VI, Pavia, 1967, p. 334. *De iure condendo*, l'eventuale superamento del canone dettato nell'art. 246 c.p.c. dovrebbe condurre a nuova visione sistematica del processo civile; gli autori (v. anche le citazioni in nt. 6) che in tale ottica, qualificata maggiormente dinamica, auspicano l'abbandono di "timori ed ipocrisie" (con rivisitazione delle forme di interrogatorio delle parti e di giuramento), d'altro canto riconoscono che a tanto non può non corrispondere una esaltazione della funzione giurisdizionale, in direzione di una discrezionalità davvero ampia; su una tale soluzione – contrastata – ad ogni modo pesano innumerevoli incertezze come anche in questo scritto emergono già a piene mani. Ponendo attenzione al diritto convenzionale, è emersa la prospettazione dell'esigenza di bilanciamento dell'eventuale conflitto con una posizione di diritto garantita in capo alla stessa parte ammessa a testimoniare, di rango sovraordinato; in tale ottica la risalente CEDU 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B. V. c/o Paesi Bassi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 153, con nota di N. TONOLLI, *Il legale rappresentante di enti sarà teste ammissibile se lo esige il principio di parità delle armi*; si assume così che la parte debba essere ammessa a testimoniare nel processo civile, ogni qual volta, in difetto di tanto, derivi una violazione dei diritti processuali dell'individuo, siccome tutelati ex art. 117, 1° comma, Cost.; ma il percorso ermeneutico e la conclusione sono state confutate dalla nostra Corte costituzionale: cfr. l'arresto 8 maggio 2009, n. 143, cit.; v. anche l'annotazione di L. DITTRICH, *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle potenziali*, loc. cit.

⁽⁵⁾ Agli altri scritti enumerati, appare significativo aggiungere la menzione del saggio di P. RESCIGNO, *Associazione non riconosciuta e capacità di testimoniare*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, p. 157, tutt'oggi attualissimo nei suoi interrogativi di fondo, seppur con spiccata prospettiva sostanziale. Da ultimo, cfr., A. PRISU, *Della prova testimoniale*, Artt. 2721-2726, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2018, p. 16.

⁽⁶⁾ Oltre al richiamo degli scritti citati in note precedenti, cfr. in particolare, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, *passim*; R. CREVANI, *La prova testimoniale*, cit. nt.1, p. 287; M. TARUFFO, *Prova testimoniale*, cit. nt.1, p. 736, nonché l'anteriore ID., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 74; L. QUERZOLA, *La capacità a testimoniare tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1393. In tale prospettiva, cfr. anche, F.C. CARBONI, *In tema di incapacità a testimoniare del*

per il superamento dell'art. 246 codice di rito, si sostanzia nel rilievo secondo cui la fede che può riporsi sulla dichiarazione di chi narra fatti che gli sono noti dipende esclusivamente dalla dignità della coscienza individuale e non dalla qualità di terzo o di parte, stante anche la solennità del giudizio e la valutazione avveduta del giudice; mentre, d'altro canto, sono proprio le parti che frequentemente sono depositarie della compiuta e precisa cognizione dei fatti; si rimarca inoltre il connotato di sostanziale ipocrisia nell'affidamento riposto nel soggetto in posizione formale di terzietà rispetto a situazioni in cui questo "distacco" appare collidere con la concretezza delle umane cose e, comunque, rispetto alla natura stessa – fallibile – della narrazione testimoniale.

Idealità di cui non sfuggono importanti basi filosofiche, che tuttavia non è in grado di escludere la bontà dell'argomento secondo cui (utilizzando le parole testuali della Corte delle leggi), «è del tutto razionale» che non si possa essere parte artefice del giudizio (o versare nella condizione di esserne partecipe potenziale per il ricorrere di un interesse alle sue sorti) ed al contempo testimoni del vero, rispetto al quadro circostanziale costituente l'oggetto dell'accertamento; ciò si dice, se proprio non si voglia considerare, *si licet* ancora secondo infingimento d'ipocrisia, la regola di esperienza per cui l'attendibilità del soggetto interessato alle sorti della lite stessa è comunque segnata in termini marcatamente dubitativi, nonostante la regola generale *ex art. 116 c.p.c.* del libero convincimento del giudice (principio che invero risulta espressamente derogato o, se si vuole, compresso, anche in altri istituti probatori, quale ad esempio per effetto del vincolo legale derivante dal prestato giuramento decisorio, di cui all'art. 2738 c.c., o dall'acquisita confessione, di cui all'art. 2733 c.c.) ed ancor prima, nonostante l'altra regola di esperienza secondo cui la veridicità di ogni testimonianza può comunque risultare imperscrutabile – cioè con utilizzo esattamente contrapposto dello stesso argomento – attesa l'impossibilità di una sua profonda verifica obiettiva⁽⁷⁾.

fallito, ivi, 1978, p. 932; M. DOMINICI, *Il regime di comunione legale riepande il divieto di testimoniare*, loc. cit.

⁽⁷⁾ Il rilievo è diffuso in dottrina, cfr. per tutti, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., II, pp. 291-292. D'uopo richiamare anche la concezione stessa di "verità",

In una parola, l'incompatibilità tra la parte (da intendersi per tale ogni persona avente nella causa un interesse che potrebbe legittimare la sua partecipazione al giudizio) e colui che viene chiamato a rendere testimonianza è immanente al sistema, che intende proprio evitare l'assunzione di una tale dichiarazione⁽⁸⁾.

3. Le considerazioni che precedono conducono all'ulteriore rilievo per cui, lo stesso impalcato normativo, non di meno, consente al contempo l'utilizzo delle informazioni di cui le parti sono depositarie in forme radicalmente diverse da quelle della testimonianza, secondo istituti (interrogatorio libero, interrogatorio formale, giuramento decisorio e suppletorio) aventi ognuno una disciplina autonoma e conclusa, nonché peculiari finalità ed effetti, tra loro non coincidenti⁽⁹⁾.

sulla quale la dottrina si è notevolmente spesa, spaziando dall'anelito assolutista alla concretezza della relatività basata sulla quantità e qualità delle informazioni di cui obiettivamente si dispone; cfr. in proposito, la recente sintesi di, M. TARUFFO, *Carnelutti e la teoria della prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 399.

⁽⁸⁾ Da considerare come l'eventuale deposizione resa da persona incapace ad assumere l'ufficio del testimone è da intendersi affetta da nullità, ma trattasi di nullità relativa, soggetta come tale ad essere sanata, a tenore dell'art. 157, 2° comma, c.p.c., ove l'eccezione non venga proposta subito, od al più tardi all'udienza successiva, da parte del procuratore eventualmente assente (Cass., 23 novembre 2016, n. 23896, in banca dati *Pluris*; Cass., Sez. lav., 19 agosto 2014, n. 18036, *inv*; Cass., 10 aprile 2012, n. 5643, *inv*; Cass., 3 aprile 2007, n. 8538, *inv*), ovvero non riproposta ove sia intervenuta ordinanza istruttoria di rigetto della relativa eccezione (Cass., Sez. un., 23 settembre 2013, n. 21670, in banca dati *Juris*; Cass., 22 febbraio 1989, n. 1042, *inv*). Sul tema, tra altri, cfr., F. AULETTA, *Sulla sanatoria delle nullità relative alla prova testimoniale*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2067 (in nota a Cass., 18 dicembre 1998, n. 12687); F. CARPI, *La prova testimoniale nel processo civile*, in *Dir. & Formazione*, 2003, II, p. 301; ed anche P. DELLA VEDOVA, *Capacità sopravvenuta ed attendibilità del testimone nel giudizio civile. Una disciplina «dispensabile»?* , in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 728 (in nota a Cass., 14 febbraio 2013, n. 3642).

⁽⁹⁾ Sono in sostanza ancora le parole della Corte delle leggi, rinvenibili nelle decisioni citate in nt. 4; cfr. in particolare, L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, loc. cit.; ID., *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle potenziali*, cit., p. 434.

La verità dei fatti confessata⁽¹⁰⁾ e quella giurata⁽¹¹⁾, secondo le sue forme di deferimento e riferimento, assume il peso di prova legale cui è connaturata proprio dalla provenienza dalla parte⁽¹²⁾.

Anche l'interrogatorio libero⁽¹³⁾ (con le sue specificità contrapposte all'interrogatorio formale), è atto che consente al giudice di informarsi sui fatti di causa presso la parte – oltre i rigidi schemi delle allegazioni⁽¹⁴⁾ –, ed a quest'ultima di dichiararli liberamente.

A corollario confermativo dell'antitesi in discussione declinata al punto 2 (parte/testimone) v'è da considerare che il sistema risulta edificato sulle regole per cui soltanto il testimone è gravato dall'obbligo di comparire e di riferire la verità, sotto pena di importanti misure coercitive e sanzioni penali.

Questo sommario *excursus* ci consente ora di sottolineare la singolare

⁽¹⁰⁾ M. SEGATTI, *La confessione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, cit., p. 523; M. TARUFFO, *Comm. al c.p.c., sub art. 117*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 568; G. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009, p. 230; C. FERRI, *Interrogatorio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989; C. LASERRA, *Interrogatorio (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 914; C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, rist. Milano, 1993.

⁽¹¹⁾ G. GAMBIA, *I giuramenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, cit., p. 435; G. BALENA, *Giuramento*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 105; C. A. NICOLETTI, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982; L. LAUDISA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, Padova, 1978; R. PROVINCIALI, *Giuramento decisorio*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 103.

⁽¹²⁾ Senza dimenticare che l'ammissibilità degli articoli dell'interrogatorio formale capitolati dalla parte che lo richiede, come del giuramento, trova il limite oggettivo dei fatti inerenti a diritti disponibili: cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Codice di procedura civile*, Milano, 2013, I, p. 2492.

⁽¹³⁾ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 125, e II, p. 277; G. GAMBIA, *L'interrogatorio libero delle parti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, cit., p. 385; M. TARUFFO, *Comm. al c.p.c., sub art. 117*, a cura di S. Chiarloni, cit., p. 568; G. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, cit., p. 230; G. FUOCHI TINARELLI, *Interrogatorio libero e i poteri del giudice*, in *Il giudice e la prova*, in *Giur. merito*, 2009, suppl. al n. 12, p. 9; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Comm. del c.p.c.*, diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, p. 1323; R. VACCARELLA, *Interrogatorio libero*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 383.

⁽¹⁴⁾ Cfr., a titolo esemplificativo, Cass., Sez. lav., 2 luglio 2009, n. 15502, in *Foro it.*, 2010, I, c. 942; in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 219, con nota, parzialmente critica, di G. REALI, *L'interrogatorio libero tra discrezionalità del giudice e garanzie delle parti*.

coincidenza di tali tematiche con i processi cd. di famiglia, se solo si considera come i procedimenti speciali di separazione e divorzio sono disegnati, proprio al loro esordio (artt. 707 c.p.c., e 4, 7° comma, l. div.), con la speciale previsione dell'audizione personale delle parti⁽¹⁵⁾.

Paiono poi estremamente significative, al di là dell'adesione o meno alle tesi ed alla coerenza sistematica dei risultati, alcune evoluzioni giurisprudenziali in punto alla valenza che possono assumere le dichiarazioni rese dalla parte in sede di libero interrogatorio, che in qualche modo prospettano una sorta di equiparazione dei risultati dell'interrogatorio stesso a quelli di una vera e propria prova⁽¹⁶⁾. D'altronde, appare indubitabile la rilevanza probatoria di quanto dichiarato dalle parti nel corso del loro libero interrogatorio⁽¹⁷⁾, in contraddittorio personale tra loro – con facoltà dell'assistenza di difensore –, in ogni stato e grado, *ex art. 117 c.p.c.*, nel momento in cui risulta diretto non solo a precisare ed a meglio svolgere le “ragioni di fatto” già espresse negli atti difensivi, ma anche a fornire al giudice “argomenti di prova” e, cioè, mezzi per verificare i fatti affermati e rilevanti in causa; in ciò distinguendosi da quelli desumibili dal «contegno delle parti stesse nel processo», di cui all'art. 116, 2° comma, c.p.c.⁽¹⁸⁾; pur s'intende senza

⁽¹⁵⁾ F. DANOVÌ, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Tratt. dir. fam. Bonilini*, Torino, 2016, III, p. 2607; ID., *Il processo di separazione e divorzio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2015, p. 245; C. DI IASI, E. PICARONI, *Procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, I, II, Milano, 2011, p. 1886; F. TOMMASEO, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio, Art. 149 e L. 1° dicembre 1970 n. 898*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 379; F. CIPRIANI, *I processi di separazione e di divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 140; ci permettiamo inoltre di rinviare a G. SAVI, *Audizioni personali ed ascolto del minore*, in *Avv. fam.*, 2015, 3/4, p. 36; ID., *Nonni e nipoti minorenni: dalla supplenza intrafamiliare al diritto a mantenere rapporti significativi*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 574.

⁽¹⁶⁾ Cfr., oltre quanto anticipato in nt. 13, Cass., 29 dicembre 2014, n. 27404, in banca dati *Juris*; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23284, *inv.*; Cass., Sez. lav., 1° ottobre 2014, n. 20736, *inv.*; Cass., 16 maggio 2006, n. 11403, *inv.*; Cass., 2 aprile 2004, n. 6510, *inv.*; Cass., 17 gennaio 2003, n. 607, *inv.*; Cass., 26 maggio 2000, n. 7002, *inv.*; Cass., 22 ottobre 1998, n. 10497, *inv.*; Cass., Sez. lav., 10 aprile 1990, n. 3035, *inv.*; Cass., 9 febbraio 1982, n. 775, *inv.*

⁽¹⁷⁾ Cfr. le opere citate in nt. 13.

⁽¹⁸⁾ Il comportamento processuale della parte, come noto, può risultare l'unico elemento di prova idoneo a sorreggere validamente il convincimento dell'organo chiamato a

mai confondere gli esiti uditi con tale strumento con la prova testimoniale (dovendosi escludere ogni aspetto di prova testimoniale per l'interrogatorio in parola) e neppure con la confessione frutto dell'interrogatorio formale; è il quadro d'insieme che rileva, tanto che i risultati del libero interrogatorio possono concorrere anche in chiave di logica valutazione critica delle cd. fonti probatorie imparziali.

4. La pronuncia in disamina segue uno schema logico di ricerca della causa produttiva dell'intollerabilità alla prosecuzione della convivenza matrimoniale, per violazione del dovere di fedeltà, obiettivamente persuasivo, conformandosi all'orientamento giurisprudenziale in tema di declaratoria di addebito.

Il marito, con il proprio ricorso, proposto in tempi fisiologicamente prossimi agli eventi allegati, lamentava di aver scoperto una pluralità di relazioni affettive e sessuali, poste in essere dalla moglie, ricercate attraverso siti *internet* di incontri, cui seguivano reali appuntamenti, culminati in rapporti carnali, in varie città italiane, in strutture ricettive od in casa dei *partners* così conosciuti; città lontane dalla residenza familiare ove la stessa coniuge si recava, dichiarando il fine volto alla ricerca di una occupazione lavorativa, viaggiando e soggiornando peraltro con l'unica risorsa reddituale derivante dal lavoro dipendente del marito stesso; inoltre, l'auspicio di un impegno lavorativo della donna corrispondeva al sentire che accomunava il progetto di vita dei coniugi, al fine di dare alla famiglia una serenità economica; in sostanza, l'aspetto menzognero e le condotte marcatamente sleali, così complessivamente emerse, in coincidenza peraltro con altri comportamenti contestuali, univocamente significativi, comportavano la radicale lacerazione dell'*affectio coniugalis*, tanto che l'uomo era finito per manifestare anche sintomatologie di connotato depressivo.

La moglie, dal canto suo, proponendo anch'essa un proprio ricorso, dapprima negava di aver tenuto comportamenti fedifraghi, poi opponeva che il

dirimere il contenzioso, seppur indiziario: cfr., ad esempio, Cass., 25 marzo 2015, n. 6025, in banca dati *Juris*; Cass., 26 maggio 2016, n. 10933, *ivi*.

rapporto coniugale era già in crisi per l'asserito dissenso sull'indirizzo della vita familiare, a causa del rifiuto che il marito avrebbe frapposto alla procreazione, maternità da lei fortemente desiderata, nonostante il mancato reperimento della propria sistemazione lavorativa, che peraltro non negava di ricercare da tempo, in piena sintonia con il marito quanto all'esigenza familiare da questi rappresentata.

La prova del plurimo adulterio e comunque della costante ricerca di affetti estranei all'unione, riscontrava esito positivo, emergendo chiaramente sia attraverso documenti che per testimonianza diretta di alcuni degli amanti.

Per contro, la prova dell'eccezione proposta dalla moglie (antecedenza della crisi del rapporto matrimoniale) risultava affidata alla testimonianza della propria madre e del fratello, non conviventi, che riferivano quanto appreso dalla stessa parte in giudizio, mentre per le circostanze conosciute direttamente, le deposizioni risultavano generiche od inattendibili, siccome anche in contrasto con altri elementi sia documentali che orali, quali la testimonianza di comuni amici ed altri familiari che riferivano per conoscenza diretta ed alcune contraddittorie affermazioni (in particolare sull'iniziale negazione dei tradimenti), anche epistolari, della medesima coniuge; all'esito dell'assunzione degli *ex* amanti, quest'ultima invocava anche il deposto testimoniale di uno di essi, nel momento in cui aveva riferito quanto appreso dalla voce della stessa B. durante gli incontri.

5. Le *regulae iuris* applicate prendono le mosse dal principio, solidamente reiterato in sede di legittimità, secondo cui la violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale⁽¹⁹⁾, quale causa produttiva dell'intollerabilità della convivenza,

⁽¹⁹⁾ Merita un cenno l'odierna concezione sostanziale dell'obbligo matrimoniale in parola, come noto evolutosi dalla concezione della cd. esclusività sessuale, a quella del miglior riferimento all'ampio concetto di lealtà, rispetto, dedizione personale, secondo la prospettiva del legame di coppia piuttosto che delle pulsioni individuali, imponendosi a queste ultime un sacrificio a soddisfazione di quanto esige l'affidamento nel progetto esistenziale di vita in comune; in punto, tra altri contributi, v. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2012, p. 59; F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Tratt. dir. fam. Zatti*, Milano, 2011, I, p. 1028; M. SESTA, *Codice della famiglia*, Milano, 2009, I, p. 416, *sub* art. 86 c.c. (R. Campione), e p. 548, *sub* art. 143 c.c. (A.

rappresenta una violazione particolarmente grave, la quale, determinando normalmente l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, costituisce, di regola, circostanza sufficiente a giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile⁽²⁰⁾; difatti ed in sostanza, la regola generale impone al co-

Arceri); A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, III, Milano, 1979, p. 133; F.D. BUSNELLI, *Significato attuale del dovere di fedeltà coniugale*, in AA. VV., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, p. 281 ss.; cfr., anche i significativi arresti di, Cass., 1° giugno 2012, n. 8862, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2037; Cass., 11 agosto 2011, n. 17193, in *Fam. dir.*, 2013, p. 777; Cass., 11 giugno 2008, n. 15557, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 1286, con nota di U. ROMA, *Fedeltà coniugale: nova et vetera nella giurisprudenza della cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 777, con nota di F.R. FANTETTI, *La lesione della fiducia integra un'ipotesi di addebito della separazione*; Cass., 20 settembre 2007, n. 19450, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3388 (che evidenzia, ai fini della dichiarazione di addebito, l'esclusivo rilievo della oggettiva contrarietà del comportamento tenuto ai principi sui quali la Costituzione italiana fonda il matrimonio); Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 93; Cass., 7 settembre 1999, n. 9472, in *Giur. it.*, 2000, p. 1165. Rilevante rispetto alla fattispecie affrontata dalla Corte d'orica, l'arresto di merito su cui è calata l'attenzione conclusiva di Cass., 16 aprile 2018, n. 9384, in *Fam. dir.*, 2018, p. 637, con nota di S.P. PERRINO, *La rilevanza del tentato adulterio*, secondo cui la scoperta del comportamento del coniuge dedito alla ricerca di relazioni extraconiugali sul web costituisce circostanza oggettivamente idonea a compromettere la fiducia dei coniugi ed a provocare l'insorgere della crisi del rapporto matrimoniale, situazione che priva di rilievo causale il successivo abbandono della coabitazione. In tema di infedeltà apparente, cfr. anche, Cass., 12 aprile 2013, n. 8929, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1878; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 938, con nota di L. OLIVERO, *C'è post per tua moglie: internet, infedeltà e addebito*; indirizzo ribadito da Cass., 19 settembre 2017, n. 21657, in banca dati *Pluris*; per la giurisprudenza di merito, si segnalano, Trib. Roma, 12 gennaio 2016 (n. 456), in banca dati *Juris*; Trib. Busto Arsizio, 5 febbraio 2010, *ivi*; Trib. Perugia, 3 ottobre 1992, in *Rass. giur. umbra*, 1993, p. 281, con nota di G. ZUDDAS, *Amore platonico e separazione tra coniugi con addebito*; nonché la risalente, Trib. Firenze, 27 gennaio 1964, in *Riv. dir. matr.*, 1965, p. 584, contenente il noto tratto motivato per cui «il vincolo coniugale, nel nostro ambiente sociale, esige non soltanto l'effettiva fedeltà coniugale, ma anche l'apparenza di tale fedeltà». Ancora da evidenziare come il dovere in questione risulta escluso negli altri modelli familiari istituiti con la l. 20 maggio 1976 n. 76; in proposito ci permettiamo di rinviare a G. SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso*, Roma-Perugia, 2016, p. 79 ss.; cfr. anche, L. OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 213.

⁽²⁰⁾ Cass., 19 febbraio 2018, n. 3923, in banca dati *Pluris*; Cass., 23 giugno 2017, n. 15811, *ivi*; Cass., 17 gennaio 2017, n. 977, *ivi*; Cass., 25 maggio 2016, n. 10823, *ivi*; Cass., 14 agosto 2015, n. 16859, *ivi*; Cass., 8 aprile 2015, n. 7057, *ivi*; Cass., 17 gennaio 2014, n. 929, *ivi*; Cass., 27 giugno 2013, n. 16270, *ivi*; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, precedente che si segnala come particolarmente significativo nel riordino sistematico delle questioni, in *Foro*

niuge che invochi la declaratoria di addebito della separazione siccome ascrivibile alla condotta dell'altro coniuge, ai sensi dell'art. 151, 2° comma, c.c., di gravarsi dell'onere di provare sia la contrarietà del comportamento di questi ad uno o più obblighi che derivano dal matrimonio, sia l'efficacia causale dello stesso comportamento nel determinare la situazione di intollerabilità della convivenza⁽²¹⁾; ma ove la ragione dell'addebito sia costituita dall'inosservanza dell'obbligo di fedeltà⁽²²⁾, l'onere della prova in ordine a questo secondo profilo può ritenersi assolto già con la prova stessa del comportamento posto in essere, siccome la prova del tradimento – coerentemente allegato – e dei suoi profili circostanziali è di per sé sufficiente, per la deleteria incidenza sull'*affectio coniugalis*, a far idoneamente presumere il nesso eziologico tra la condotta e la rottura della comunione di vita matrimoniale⁽²³⁾; cosicché la sentenza

it., 2012, I, c. 2434, con nota di richiami di G. CASABURI; in *Corr. giur.*, 2012, p. 645, con nota di G. DE MARZO, *Domanda di addebito e distribuzione degli oneri probatori*; Cass., 14 ottobre 2010, n. 21245, in banca dati *Pluris*; Cass., 7 dicembre 2007, n. 25618, *ivi*; Cass., 19 settembre 2006, n. 20256, in *Fam. dir.*, 2007, p. 251, con nota di L.A. SCARANO, *Crisi coniugale e obbligo di fedeltà*; Cass., 12 giugno 2006, n. 13592, in banca dati *Juris*; Cass., 12 aprile 2006, n. 8512, in *Fam. dir.*, 2007, p. 249, con nota di L. A. SCARANO, *Crisi coniugale e obbligo di fedeltà*, cit.

⁽²¹⁾ Il principio è risalente; tra altri arresti, cfr., Cass., 18 settembre 2003, n. 13747, in banca dati *Pluris*; Cass., 9 giugno 2000, n. 7859, in *Fam. dir.*, 2000, p. 514; Cass., 14 agosto 1997, n. 7630, in banca dati *Pluris*.

⁽²²⁾ Invero, il canone viene declinato dalla giurisprudenza, secondo la stessa logica, anche in presenza della violazione di altri doveri od illeciti particolarmente rilevanti, tra i quali, a titolo esemplificativo, la violazione dell'obbligo di coabitazione cui il coniuge si sia sottratto senza giusta causa, allontanandosi dalla residenza familiare (cfr., in particolare, Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, cit. nt. 20; ed anche, Cass., 24 febbraio 2011, n. 4540, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 909, con nota di L. MAIONE, *Allontanamento dalla casa coniugale, «giusta causa» e addebitabilità della separazione personale*), o rispetto a comportamenti particolarmente riprovevoli, quali le aggressioni violente (cfr.: Cass., 22 marzo 2017, n. 7388, in banca dati *Juris*; Cass., 14 aprile 2011, n. 8548, *ivi*; Cass., 14 gennaio 2011, n. 817, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1200; Cass., 5 agosto 2004, n. 15101, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2993, con nota di richiami di G. CASABURI), che peraltro non esigono neppure la comparazione delle rispettive condotte (cfr., ad esempio, Cass., 19 febbraio 2018, n. 3923, in banca dati *Juris*). In ordine alla generale esigenza di una valutazione globale e di comparazione dei comportamenti di entrambi i coniugi, cfr. tra gli altri precedenti, Cass., 10 luglio 2013, n. 17089, in banca dati *Pluris*.

⁽²³⁾ Invero, tale correlazione di causa-effetto emerge di norma in termini lineari; cfr. da ultimo, Cass., 26 settembre 2017, n. 22404, in banca dati *Pluris*.

che in tali termini pronunzia l'addebito deve ritenersi anche idoneamente motivata⁽²⁴⁾.

Il principio trova d'altro canto corrispondenza nel fatto che la prova della "felicità" del rapporto affettivo di coppia sino alla scoperta dell'infedeltà, o, se si vuole, la prova che la prosecuzione della convivenza coniugale non fosse già in precedenza intollerabile, costituisce onere probatorio – ovviamente dei fatti, non di apprezzamenti e valutazioni – che nel concreto si profila di tutta evidenza quale classica ipotesi di cd. *probatio diabolica*⁽²⁵⁾ (peraltro connotata in negativo).

Questo schema logico consolidato⁽²⁶⁾, lascia ad ogni modo aperta al coniuge raggiunto da una tale domanda di poter dimostrare, assolvendo all'onere probatorio che grava d'ordinario su chi eccepisce, secondo la regola generale *ex art. 2697, 2° comma, c.c.*, la mancanza di nesso causale tra la propria condotta e la crisi del rapporto coniugale; in particolare, ogni qual volta preesista una situazione familiare che nei fatti risulta gravemente disgregata, vale a dire che dovrà provare l'anteriorità della crisi matrimoniale, tendenzialmente irreversibile, rispetto all'accertata infedeltà.

⁽²⁴⁾ Cfr., per la particolare valenza esemplificativa, Cass., 8 aprile 2015, n. 7057, cit.; Cass., 17 gennaio 2014, n. 929, cit.; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, cit.

⁽²⁵⁾ Significativa in tal senso, Cass., 25 maggio 2016, n. 10823, cit.

⁽²⁶⁾ Nonostante qualche arresto mostri un maggior rigore, ad esempio nell'esaltare il fattore temporale: cfr. in punto, Cass., 25 maggio 2016, n. 10823, cit.; ovvero, richiamando l'esigenza di rinvenire comunque elementi di efficacia causale per l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza coniugale a fronte di particolari caratteristiche di crisi del rapporto, quale la risalente interruzione della convivenza: cfr., ad esempio, Cass., 20 settembre 2017, n. 21859, in banca dati *Juris*. Od ancora, rinvenendo nella comparazione della condotta fedifraga con le condizioni del contesto obiettivo (salute del coniuge fedele), argomento risolutivo: cfr., ancora ad esempio, Cass., 29 gennaio 2014, n. 1893, in banca dati *Pluris*. Da rimarcare ad ogni buon conto, il ridetto allontanamento dal criterio che esige duplice prova specifica, della violazione dei doveri nascenti dal matrimonio e dell'efficacia causale nella produzione della frattura del rapporto coniugale, rispetto a fattispecie che non possono qualificarsi connotate di particolare gravità: cfr., ad esempio, Cass., 28 settembre 2001, n. 12130, in banca dati *Pluris* (fattispecie inerente l'inadempimento di una convenzione prematrimoniale e di esasperante proposizione di azioni giudiziarie connesse); cfr. anche, Cass., 9 aprile 2015, n. 7132, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1520, con nota di richiami di G. CASABURI.

La rilevanza sostanziale dell'eccezione, ove appunto risulti provata, “scrmina” il comportamento fedifrago posto in essere quando il rapporto già risultava irrimediabilmente minato, in un contesto relazionale di coppia ormai caratterizzato da una convivenza meramente formale⁽²⁷⁾.

In sintesi, ricorre il significativo rilievo secondo cui, le condotte fedifraghe denunciate e provate risultano “scriminate” ogni qual volta costituiscono la conseguenza e non la causa dell'intollerabilità della convivenza.

Meritano inoltre di essere evidenziati i corollari dell'accertamento di responsabilità così condotto, con particolare riferimento all'eccezione inerente la preesistenza di una situazione di crisi del rapporto; nella disamina della domanda di addebito e dell'eccezione in parola ricorre l'esigenza essenziale di una rigorosa analisi comparativa⁽²⁸⁾ del comportamento di entrambi i coniugi, il che presuppone necessariamente una valutazione complessiva di tutte le circostanze di fatto e degli elementi probatori emersi, senza “scorciatoie”⁽²⁹⁾; inoltre, la descritta frattura della comunanza di vita matri-

⁽²⁷⁾ Cass., 9 giugno 2000, n. 7859, cit.; Cass., 18 settembre 2003, n. 13747, cit.; Cass., 12 aprile 2006 n. 8512, cit.; Cass., 7 dicembre 2007, n. 25618, cit.; Cass., 20 aprile 2011, n. 9074, in banca dati *Pluris*; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, cit.; Cass., 17 gennaio 2014, n. 929, cit.; Cass., 22 maggio 2014, n. 11439, in banca dati *Pluris*; Cass., 15 luglio 2014, n. 16172, *ivi*; Cass., 25 maggio 2016, n. 10823, cit.; Cass., 23 giugno 2017, n. 15811, cit.

⁽²⁸⁾ Esigenza che emerge in genere negli arresti menzionati; così, *ex multis*, cfr. ad esempio, Cass., 10 luglio 2013, n. 17089, cit. in nt. 22.

⁽²⁹⁾ Ricorre una certa qual insofferenza dei giudici di merito nella materia familiare, frequentemente corretta dalla Corte di legittimità, attraverso precise indicazioni; numerosi gli esempi casistici recenti: oltre quelli in tema specifico (in quanto un certo metodo “sbriativo” negli accertamenti richiesti dalla declaratoria di addebito si coglie maggiormente), rinvenibile come si è visto, tra altri, in Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, cit., cfr., ad esempio, in tema di illecito risarcibile, Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. dir.*, 2005, p. 365, con note di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la «privatizzazione» arriva in cassazione*, e G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della cassazione*; nonché Cass., 15 settembre 2011, n. 18853 e Cass., 17 gennaio 2012 n. 610, *ivi*, 2012, p. 251, con nota di G. FACCI, *Il danno da adulterio arriva in cassazione*; da ultimo, in tema di assegno divorzile, cfr., Cass., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 869, nonché in *Riv. Oss. dir. fam.*, 2018, 2, p. 88, con nota di G. SAVI, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*; ID., *Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del «tenore di vita» dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente?*, *ivi*, 2017, p. 599, scritto

moniale deve risultare di gravità tale per cui si palesi oramai irrimediabile⁽³⁰⁾.

quest'ultimo ove la questione è rimarcata, mentre la soluzione di sistema apprestata dalle Sezioni unite, tracciando il retto metodo decisorio ha posto rimedio alle incongruenze della svolta segnata nel maggio 2017. Ad ogni modo la statuizione in commento si segnala anch'essa per lo spessore di compiuta accuratezza.

⁽³⁰⁾ Significativo sul punto risulta l'arresto di Cass., 20 aprile 2011, n. 9074, cit., che fa parola di «un contesto di disgregazione della comunione spirituale e materiale, quale rispondente al dettato normativo ed al comune sentire, in una situazione stabilizzata di reciproca sostanziale autonomia di vita, non caratterizzata da *affectio coniugalis*». Il criterio di una rigorosa valutazione globale, viene fatto discendere dal richiamo del canone secondo cui la mera sussistenza di una situazione di crisi coniugale in atto di per sé non giustifica un allentamento dei doveri nascenti dal matrimonio (cfr., le precisazioni rinvenibili in Cass., 14 agosto 1997, n. 7630, cit.). Invero, le variabili delle dinamiche relazionali sono amplissime, come le vicende esistenziali sottostanti, cosicché non risulta sempre agevole, con riferimento al singolo caso concreto, tentarne una “catalogazione”; a titolo esemplificativo merita di essere segnalata la ricorrente ipotesi del coniuge non infedele che manifesti – s'intende dopo la scoperta dei fatti circostanziali – una qualche volontà riconciliativa, che però non ha esito; la Corte di legittimità non ha mancato di osservare come l'evenienza, tanto più ove la manifestazione di disponibilità ad una riconciliazione non sia corrisposta dal coniuge infedele, non elide la gravità del *vulnus* subito e quindi non può assumere valore ai fini dell'esclusione dell'efficienza causale dell'infedeltà in ordine alla crisi dell'unione familiare; in tali termini, tra altre, Cass., 27 giugno 2013, n. 16270, cit.; ancora, accade frequentemente, che i coniugi pur consapevoli dell'infedeltà prodottasi, si riconcilino salvando l'unione familiare, ma ristabilita la comunione materiale e spirituale, in prosieguo di tempo, si ripresenta nuova condotta fedifraga, violazione ritenuta dalla giurisprudenza valida causa di addebito, nonostante l'eventuale eccezione tesa ad affermare che la riconciliazione si sostanziasse soltanto sul piano formale; in punto significativa risulta Cass., 19 luglio 2010, n. 16873, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 178, con nota di L. MAIONE, *Separazione con addebito e riconciliazione solo «formale»*; e Cass., 30 luglio 1999, n. 8272, in banca dati *Pluris*. V., infine, in tale ottica, la vicenda affrontata dal Tribunale di Milano, con la sentenza 19 giugno 2017 (n. 6831), in banca dati *Juris*, nel testo integrale, che consente di cogliere come l'eventuale compromissione definitiva del rapporto di coniugio si sviluppa secondo fasi progressive; questo importante rilievo induce a considerare come ci si possa trovare anche a fronte di situazione d'intollerabilità della convivenza consolidatasi progressivamente nel tempo, sino appunto a divenire irreversibile. Altra ipotesi ricorrente, che però coinvolge distinti piani sostanziali e processuali, è quella dei coniugi che pur in presenza di una causa efficiente dell'intollerabilità del protrarsi della convivenza matrimoniale originata dalla violazione dell'obbligo di fedeltà, definiscano consensualmente la loro separazione personale e le condizioni di tale *status*, sottoscrivendo il relativo ricorso, ma revocando successivamente il consenso avanti al presidente del Tribunale adito, anche semplicemente non comparando personalmente per

Scorrendo la prima motivazione della Corte dorica si coglie come il costrutto logico segua puntualmente i canoni appena riassunti.

6. Il tema che il caso sollecita con vivo interesse vede una *summa divisio* che porta a distinguere la testimonianza “*de relato*” da quella “*de relato actoris*”.

Secondo un consolidato adagio giurisprudenziale, il principio di diritto, affermato in particolare dalla Corte di legittimità⁽³¹⁾ è giunto a noi nei seguenti termini: in tema di rilevanza probatoria della deposizione di quanti hanno solo una conoscenza indiretta di un fatto controverso (un racconto di “secondo grado”), occorre distinguere i testimoni *de relato actoris* da quelli *de relato* in senso proprio: i primi depongono su fatti e circostanze di cui sono stati informati dal medesimo soggetto che agisce in giudizio, cosicché la rilevanza della loro deposizione è sostanzialmente nulla, in quanto vertente sul fatto della dichiarazione di uno degli antagonisti in contenzioso e non sul fatto oggetto dell'accertamento, che costituisce il fondamento storico della pretesa. Invece, il testimone *de relato*, cioè di chi depone riferendo circostanze apprese da persone estranee al giudizio, riferisce sul fatto della dichiarazione di costoro⁽³²⁾; la rilevanza di quanto narrato *de relato* si pre-

esprimere appunto l'accettazione della separazione personale per mero consenso – come detta il combinato disposto *ex artt.* 158, 1° comma, c.c., e 711, 3° comma, c.p.c. – o, secondo alcuni, sino a che non venga emesso il decreto di omologazione; anche in questo caso si ritiene che una tale evenienza - salva ovviamente l'ipotesi di riconciliazione con ripresa della comunione di vita - non incide sulla valenza della causa di addebito nel successivo giudizio di separazione personale giudiziale; cfr. sulla questione, Cass., 24 agosto 1990, n. 8712, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2826; nonché, Cass., 20 marzo 2008, n. 7540, in banca dati *Pluris*. Un tale ambito tematico è invero denso di spinosi interrogativi procedurali, sui quali v., G. SAVI, *La garanzia della difesa nel giudizio di divorzio a ricorso congiunto ed in quello di separazione consensuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1503, spec. p. 1528 ss.

⁽³¹⁾ Si cfr. in particolare, Cass., 23 marzo 2017, n. 7414, in banca dati *Pluris*; Cass., 17 febbraio 2016, n. 3137, *ivi*; Cass., 15 gennaio 2015, n. 569, *ivi*; Cass., 26 aprile 2012, n. 6519, *ivi*; Cass., Sez. lav., 10 gennaio 2011, n. 313, *ivi*; Cass., 9 giugno 2009, n. 13263, *ivi*; Cass., 3 aprile 2007, n. 8538, *ivi*.

⁽³²⁾ D'uopo rilevare come proprio nell'ipotesi del testimone che deponga *de relato* nominando la sua fonte di riferimento estranea alle parti (perciò non quello che riferisce di quanto appreso dalla parte – incapace a testimoniare – ed a questa favorevole), l'art. 257,

senta attenuata perché indiretta, ma, ciononostante, può assumere rilievo ai fini del convincimento del giudice, nel concorso di altri elementi oggettivi e concordanti che ne possano suffragare (o smentire) la credibilità, primo fra tutti la consistenza di quanto effettivamente attestato. Cosicché, mentre alla deposizione su quanto riferito al testimone da una delle parti interessate all'esito del contenzioso non può riconoscersi valore probatorio, nell'ipotesi di circostanze riferite come apprese da estranei, il valore probatorio è comunque indiziario⁽³³⁾, collocandosi la sua valutazione nell'alveo della prova per presunzioni⁽³⁴⁾, come tale sensibile alle dinamiche processuali del contraddittorio in concreto instauratosi secondo le rispettive allegazioni, ed in particolare di quelle inerenti le contestazioni⁽³⁵⁾ ed il loro livello di specificità e congruità logica, come quelle inerenti la vicinanza degli interessi⁽³⁶⁾ ed i rapporti personali.

Peraltro, numerose le precisazioni che si segnalano nel governo di tale delicata scelta decisoria, ad iniziare da quella inerente la testimonianza che abbia ad oggetto le dichiarazioni rese da una parte contro sé medesima, ammissioni che invero possono incarnare la prova di una confessione stragiudiziale⁽³⁷⁾ (la quale, come noto, può essere dimostrata anche per testimo-

1° comma, c.p.c., consente di approfondire la conoscenza dei fatti onde ottenere sul punto una testimonianza piena, attraverso l'escussione del testimone cd. di riferimento; cfr., in ordine all'eventuale peso probatorio logico desumibile dalla mancata escussione del teste di riferimento, Cass., Sez. lav., 19 gennaio 2017, n. 1320, in banca dati *Pluris*.

⁽³³⁾ Sulla falsariga del valore probatorio dei documenti provenienti da terzi estranei alla lite; v., Cass., 12 marzo 2008, n. 6620, in banca dati *Pluris*.

⁽³⁴⁾ Utile richiamare il noto canone secondo cui in tema di prova per presunzioni semplici (che consente di desumere da un fatto noto il fatto ignoto, secondo connessione critica dettata dalle regole dell'esperienza e dotata di elevata valenza probabilistica), gli elementi assunti a fonte di prova non devono essere necessariamente più d'uno, prescrivendo l'art. 2729 c.c., la gravità e la precisione, mentre il requisito della "concordanza" inerisce all'eventuale concorso di più elementi presuntivi. Cfr., *ex multis*, Cass., 30 gennaio 2014, n. 2082, in banca dati *Juris*; Cass., 10 aprile 2013, n. 8781, *ivi*; Cass., 29 luglio 2009, n. 17574, *ivi*; Cass., 11 settembre 2007, n. 19088, *ivi*.

⁽³⁵⁾ Cfr., Cass., 12 marzo 2008, n. 6620, cit.

⁽³⁶⁾ Cfr., Cass., 17 febbraio 2016, n. 3137, cit.

⁽³⁷⁾ Cfr., Cass., Sez. lav., 19 gennaio 2017, n. 1320, cit.; Cass., 3 aprile 2007, n. 8358, cit.

ni, seppur nei limiti dettati dall'art. 2735, 2° comma, c.c.). Sotto il profilo eminentemente rituale si impone la precisazione secondo cui in caso di testimonianza *de relato* non si verte in ordine all'ammissibilità o meno della deposizione, bensì in tema di valutazione della sua rilevanza, funzione e concludenza credibile⁽³⁸⁾; e l'altra inerente la peculiare attenzione che l'ordinamento esige dal giudice nell'escussione del testimone, attribuendogli il potere-dovere di sondare con zelo l'attendibilità dei testimoni e di acquisire tutte le possibili informazioni (a chiarimento e verifica di ogni eventuale dissonanza e contraddizione, anche con altri elementi di prova raccolti), indispensabili per una giusta decisione⁽³⁹⁾.

In verità, questo quadro appena ripercorso, costituisce l'approdo della più recente giurisprudenza di legittimità; non sono mancati difatti segnali di confusione concettuale e dimostrativi di una certa sommarietà.

Alcuni arresti segnalano l'obiettivo perplessità, intrinsecamente contenuta nella stessa distinzione delle due ipotesi di testimonianza *de relato*, che recente dottrina non ha mancato di segnalare⁽⁴⁰⁾.

Difatti, si assume in essi che anche la testimonianza *de relato ex parte*, possa assurgere a valido elemento di prova quando sia suffragata da circostanze oggettive e soggettive ad essa estrinseche (qualche massima contiene l'errore refuso di "intrinseche") o da risultanze probatorie acquisite al processo, che concorrano a confortarne efficacemente la credibilità; assumendo perciò anch'essa il valore indiziario sopra descritto.

In tal senso un certo numero di pronunce della Corte di legittimità⁽⁴¹⁾, in

Merita di essere evidenziato che in ciò si rinviene anche la risalente distinzione tra la testimonianza *de relato partium* favorevole alla stessa parte antagonista e quella ad essa contraria; potendo però solo quest'ultima costituire prova dell'intervenuta confessione stragiudiziale; in tal caso rileva, ma su ben altro piano probatorio.

⁽³⁸⁾ Cfr., Cass., Sez. lav., 10 gennaio 2011, n. 313, cit.; Cass., 26 aprile 2004, n. 7926, in banca dati *Pluris*.

⁽³⁹⁾ Cfr., a titolo esemplificativo, il caso emblematico descritto in Cass., 24 settembre 2015, n. 18896, in banca dati *Pluris*.

⁽⁴⁰⁾ R. CREVANI, *La prova testimoniale*, cit., p. 287 ss.

⁽⁴¹⁾ Cass., 24 giugno 2008, n. 17188, in banca dati *Pluris*; Cass., 12 marzo 2008, n. 6620, *ivi*; Cass., 19 maggio 2006, n. 11844, *ivi*; Cass., 8 febbraio 2006, n. 2815, *ivi*; Cass., Sez. lav.,

merito alle quali preme però evidenziare come risultino aver tratto occasione o da casi in cui la prova testimoniale da vagliare si stagliava unicamente come *de relato ex parte*, in assenza di confliggenti testimonianze, anche *de relato* da terzi estranei alla lite; oppure occasionati dalla presenza di elementi probatori dal significato contrastante; od ancora, in senso pianamente sovrapponibile agli altri elementi probatori acquisiti; ciò induce a dubitare dell'esatta consapevolezza dell'apparente contraddizione che si individua nell'insegnamento nomofilattico in parola (invero non ultimo), che risulta pertanto meritevole di prudente considerazione, tanto più che la recente giurisprudenza ha meglio approfondito e chiarito, come risulta negli arresti menzionati.

L'irrelevanza probatoria può peraltro apparire conclusione "ruvida", pur ad esempio se il narrato del testimone *de relato ex parte* risulti esattamente conforme a parte importante od addirittura a tutti gli altri elementi acquisiti, inducendo a seguire lo stesso criterio valutativo e decisorio adottato per la testimonianza *de relato* da estranei.

Se il principio deve rispondere al criterio guida di assicurare l'esercizio e la tutela dei diritti – pur nel pieno rispetto dell'esigenza di adeguata valutazione del diverso spessore di affidabilità delle fonti di prova per la declaratoria di verità sui fatti controversi, secondo lo stesso canone guida del libero convincimento del giudice –, e se la regola di giudizio da ricavare per entrambe le *species* di testimonianza *de relato* non può in effetti ricondursi sul medesimo piano di valore, non rinvenendosi proprio la possibilità di equipararne la rilevanza, appare comunque ragionevole interrogarsi in questi termini: la conclusione è necessariamente quella di relegare la testimonianza *de relato ex parte* alla totale irrilevanza processuale, tanto da non meritare alcuna considerazione?

In verità la Suprema Corte si esprime in termini di rilevanza probatoria «sostanzialmente nulla»⁽⁴²⁾, non in termini di irrilevanza processuale.

6 novembre 1996, n. 9702, *ivi*; Cass., 15 gennaio 1996, n. 269, *ivi*; Cass., 8 febbraio 1991, n. 1328, *ivi*. D'uopo segnalare come il primo di questi arresti, esprima comunque il seguente testuale tratto motivo: «Riconosciuta, difatti la valenza probatoria minima della testimonianza de relato ex parte (...)».

⁽⁴²⁾ Con la conseguenza prima, già evidenziata ed emergente praticamente in tutti gli arresti citati, come nella pronuncia in commento, secondo cui non può certo rinvenirsi

Amnesso che possa tradursi in termini di assoluta noncuranza, una tale conclusione può profilarsi anch'essa in sostanza irrispettosa del ridetto principio di valutazione del "materiale" complessivamente disponibile nel vaglio decisorio.

L'incidenza della narrazione offerta dal testimone che riferisce quanto appreso dalla stessa parte in lite, comunque, si può collocare in posizione di minima rilevanza, talmente residuale da risultare in buona sostanza relegata al più all'opera di riscontro, confronto e verifica di un percorso valutativo già raggiunto attraverso altri elementi.

A meglio riflettere, i limiti certi in cui collocare tale elemento che componga l'attività istruttoria, sono determinati, da un lato, proprio dalla sua fonte: quanto riferito dal testimone è come se lo avesse affermato la stessa parte da cui il teste lo ha appreso; fonte sì mediata che se non può collocarsi tra le allegazioni delle parti, essendo queste riservate alla disponibilità appunto delle parti, comunque non è irrilevante che la parte ne abbia richiesto ed ottenuto l'ammissione.

Dall'altro lato, certo non è proibito all'organo giudicante di prendere in considerazione anche tale elemento.

Questo quadro è già ragione sufficiente per affermare come si palesi razionale l'operato del Giudice del merito che una volta assunto l'elemento probatorio in parola, reputi poi opportuno calare in qualche modo la propria attenzione anche su tale emergenza, non foss'altro che a riscontro delle allegazioni della parte, partendo proprio dalla consapevolezza che quanto emerso attraverso la testimonianza che ha riferito *de relato ex parte* risulta sostanzialmente nullo, ma ciò non di meno la sua assunzione consiglia poi di tenere un qualche conto dell'elemento risultato, saggiandone in concreto l'effettiva portata ed efficacia.

D'altronde, come visto, il metodo decisorio è improntato alla ponderata valutazione complessiva.

nella stessa voce dell'uno o dell'altro coniuge, seppur mediata dalla testimonianza di quanti abbiano raccolto la notizia del fatto da tale fonte, la prova dell'addebito a carico dell'altro, ovvero la prova che all'interno della coppia era già maturata una situazione di intollerabilità grave ed irreversibile per il protrarsi della convivenza.

Allora, è il metodo della disamina da condurre nel singolo caso concreto che rivendica – ed in ogni caso consiglia –, accurata considerazione, cosicché retto si profila il percorso motivato che non manchi alla valutazione dell'elemento probatorio qui in discussione.

Da rimarcare come la riflessione appena evidenziata assume peculiare valenza proprio nelle controversie di natura “familiare”, in relazione precipua alla dimostrazione in giudizio di circostanze afferenti comportamenti intimi e riservati⁽⁴³⁾, ovvero peculiari esternazioni della parte verso terzi⁽⁴⁴⁾.

Proprio questa la preoccupazione che ha guidato la Corte marchigiana; il Collegio, procedendo con obiettivo scrupolo, non si è sottratto al compito di analizzare tutti gli elementi emersi e, così, ha dato conto compiuto delle ragioni della conclusione raggiunta; l'*iter* logico seguito non è semplicemente l'attestazione di una cura motivata rafforzativa del convincimento decisorio raggiunto *aliunde*, è in primo luogo consono all'oggetto della statuizione ed ai valori che ad essa sono sottesi; si tratta infatti di dichiarare od escludere l'addebitabilità dell'inafausta sorte di crisi dell'unione matrimoniale tra quel singolo uomo e quella singola donna, che ha visto prodursi l'intollerabilità dell'ulteriore protrarsi della convivenza, fondata sui comportamenti tenuti da ognuno ed in reciproco, in violazione di questo o quel dovere od obbligo, giuridicamente rilevante; abbiamo sopra evidenziato come l'obbligo reci-

⁽⁴³⁾ Come ben rilevato da Cass., 8 febbraio 2006, n. 2815, cit.

⁽⁴⁴⁾ Si pensi, oltre alla classica confidenza verso amici e parenti eventualmente alla ricerca di conforto e consiglio, all'ipotesi del coniuge che si sottopone a cicli di trattamento psico-terapeutico od altre cure di sostegno in qualche modo connesse a vicende relazionali, ad incapacità, impotenze e simili; il racconto del paziente viene in vario modo recepito dallo psicologo, dall'operatore sociale, dal sanitario medico e simili; non è neppure raro che tali cure e sostegni riguardino la “coppia” in unico contesto; accade con una certa frequenza anche il ricorso al consiglio informale presso l'autorità di pubblica sicurezza, ovvero al ministero religioso, magari invocati di una qualche iniziativa in chiave di conforto o di conciliazione, cosicché questi soggetti finiscono in vario modo per ricevere narrazioni confidenziali, sollecitazioni, ambasce e simili. Sono soltanto esempi, con la precisazione che frequentemente il testimone *de relato actoris* assomma su di sé anche la conoscenza diretta di questo o quell'elemento, magari appreso e riscontrato anche *de relato* da terzi, quali in primo luogo i familiari conviventi, il ceto parentale o le amicizie correnti, o comunque in similari rapporti relazionali, quali quelli che corrono in ambiti associativi o comunitari.

proco alla fedeltà⁽⁴⁵⁾ sia un accertamento che in sostanza ha ad oggetto la lealtà esercitata o meno dall'uno, dall'altro o da entrambi, cosicché prendere in considerazione ogni elemento allegato e disponibile appare intrinsecamente connaturato, esigibile persino in termini di ovvietà.

È in questa ottica che la sentenza in commento considera minuziosamente le allegazioni proposte e le rispettive prove, cioè, partendo dalle allegazioni affermate e dalle contestazioni contrapposte, passando per le ammissioni esplicite e le mancate contestazioni, dal dato circostanziale emergente dai documenti a quello riferito dai testimoni, dagli elementi logici di confronto, concordanza e discordanza, poi a quelli presuntivi ed indiziari, sino al dato del comportamento processuale, confrontando il risultato di conoscenza che ogni elemento consente di trarre, senza mancare di attribuire il peso ed il grado di attendibilità propria di ognuna delle fonti; in tal modo, il convincimento di verità raggiunto risulta allora frutto di sforzo compiuto, per aver comunque considerato anche la diretta voce dei coniugi, come espressa in sede di audizione personale e prima ancora espressa verso i testimoni assunti o comunicata loro in via epistolare.

7. Tirando le somme di queste riflessioni occasionate dal caso in commento, la sintesi è in primo luogo quella secondo cui tutti gli elementi di conoscenza dei fatti e delle circostanze che hanno dato causa alla crisi del rapporto matrimoniale, acquisite nel corso del giudizio, meritano considerazione, secondo il criterio per cui è il quadro d'insieme che guida la dinami-

⁽⁴⁵⁾ Oltre ai cenni in punto rinvenibili nelle ntt. 19, 20 e 27, opportuna l'ulteriore considerazione secondo cui nella specie il Collegio di merito ha mantenuto ferma la tutela che deriva dall'applicazione del diritto positivo vigente, mostrando che non ricorrono spazi per interpretazioni abrogative del dovere di fedeltà, che nei fatti non può che svilire l'intrinseca natura, l'importanza ed il valore sociale dell'istituto matrimoniale (la cui affermazione si rinviene in primo luogo negli artt. 2, 3 e 29 Cost.), da tempo come "sotto assedio", secondo una certa cantilena ideologica di "anacronismo", nel tentativo di trasformarne i suoi connotati, peraltro lontano dalla sede propria, cioè quella legislativa. La cortesia del lettore è rinviata a quanto da ultimo considerato in termini attinenti, in G. SAVI, *Il riconoscimento dell'assegno divorzile: dal parametro del «tenore di vita» dei con-sorti alla verifica dell'autosufficienza personale del richiedente?*, loc. cit.; ID., *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-coniugale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*, loc. cit.

ca della valutazione decisoria, in un equilibrio di concludenza, affidabilità, confronto, prevalenza, delle fonti di convincimento; cosicché anche le fonti che hanno un valore probatorio sostanzialmente nullo, possono risultare comunque di una qualche utilità secondaria nella formazione del complessivo costruito logico.

Il momento di maggiore difficoltà è proprio la declinazione di questo equilibrio che sorregge il dovere decisorio.

Difatti, affidarsi ad automatismi valutativi, diciamo maggiormente “sbri-gativi”, che escludano a priori la rilevanza di questo o quell’elemento probatorio, comunque emerso, può in sostanza costituire segno di inadeguatezza, se non una potenziale insidia, il che è comunque meritevole di essere segnalato; ma certo davvero grave risulterebbe, all’opposto, quella valutazione che trascuri le regole fondamentali di esperienza, fissate dal nostro ordinamento positivo, secondo il consolidato diritto vivente.

La chiosa ultima è quindi, ancora una volta, in direzione dell’impegno di Giustizia, che deve mostrare accuratezza sia formale che sostanziale e, prima ancora, di non temere alcun confronto o verifica, elevando anche per tale via l’autorevolezza obiettiva dei giudicati.

Gli amministratori non esecutivi nella società capitalistica

[MASSIMO BILLI^(*)]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina della amministrazione delegata introdotta con la riforma del diritto societario. – 3. Funzioni delegabili e di competenza esclusiva. – 4. Disciplina delle responsabilità gestorie tra passato e presente. – 5. Doveri di agire informato e potere individuale d'informarsi nel rapporto tra consiglio ed organi delegati. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La delega di competenze gestorie nella società per azioni, permette all'autonomia statutaria spiccata elasticità nella configurazione e razionalizzazione del potere amministrativo ed assicura uno snellimento dell'attività gestoria⁽¹⁾.

Sul piano effettuale la delega genera sempre tre ordini di conseguenze: *a)* incide sull'articolazione intraorganica del consiglio, autorizzando uno o più amministratori a svolgere, individualmente ovvero collegialmente, attività di gestione; *b)* condensa sopra i delegati la cura della funzione attribuita e la relativa responsabilità; *c)* modifica la prestazione gestoria e, di conseguenza anche

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Sul punto v. M.S. DESARIO, *L'amministratore delegato nella riforma delle società*, in *Società*, 2004, p. 940, che afferma: «sono fin troppo note le motivazioni sottese alla nascita, nonché all'indiscusso successo, della figura dell'amministratore delegato. Nelle più complesse organizzazioni imprenditoriali collettive, nelle quali si registrano corposi investimenti a opera di un numero non trascurabile di soci, questi ultimi a ragione ottengono di poter esprimere personalità di propria fiducia nell'organo gestorio, che in conseguenza tende a divenire pletorico e a configurarsi conclusivamente come una stanza di compensazione e di ponderazione di un più o meno ampio ventaglio di interessi e istanze sovente non coincidenti»; A. PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1969, p. 63 ss.; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, p. 61 ss.; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni, Profili funzionali*, Torino, 1976; G.D. MOSCO, *Commento sub art. 2381, in Società di capitali. Comm. Nicolini-Stagno d'Alcontres*, II (artt. 2380-2448 c.c.), Napoli, p. 593; F. BARACHINI, *La nuova disciplina dell'amministrazione e dei controlli delle s.p.a.*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Pisa, 2004, p. 2001. In senso critico cfr. S. VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1968, p. 192.

il regime di responsabilità dei deleganti, il cui contenuto va ad identificarsi nel catalogo dei doveri valutativi *ex art.* 2381 c.c., oltre che nella partecipazione deliberativa alle materie non delegabili⁽²⁾.

La sua indubbia utilità spiega perché la delega abbia incontrato una rilevante diffusione nella prassi del sistema di amministrazione pluripersonale⁽³⁾. Nella riforma del diritto societario del 2003 il legislatore è intervenuto in materia, precisando i poteri e i doveri del consiglio di amministrazione unicamente in occasione del rilascio di deleghe, considerando la presenza di consiglieri delegati come una articolazione del tutto ordinaria dell'amministrazione delle società per azioni.

La designazione di delegati a cui viene assegnata la gestione dell'impresa cambia inevitabilmente la posizione degli amministratori che delegano le funzioni: quest'ultimi, infatti, si limitano ad individuare i tratti di politica generale dell'impresa, affidando ai delegati l'incombenza di darne attuazione, ovviamente entro i limiti di volta in volta previsti nell'atto di delega⁽⁴⁾.

Se il riconoscimento della funzione pratica della delega di poteri non mostra peculiari problematicità, ben diversa è la qualificazione della natura giuridica dell'istituto. Dottrina e giurisprudenza hanno elaborato diverse teorie in proposito; nonostante ciò il problema è tuttora aperto e attuale, perché nessuna delle soluzioni sinora proposte risulta adeguata rispetto al fenomeno analizzato.

Il rapporto di delega, secondo una prima interpretazione, intercorre direttamente fra i delegati e il consiglio di amministrazione ed avrebbe natura di mandato, e questo in quanto gli amministratori delegati o il comitato esecutivo non sarebbero «*un altro organo della società, ma semplicemente un'emanazione diretta del consiglio di amministrazione*»⁽⁵⁾. Tale ricostruzione, che fa leva

⁽²⁾ Ciò è vero nei limiti che l'intera gestione operativa sia stata attribuita ai delegati.

⁽³⁾ Cfr. A. NEGRI CLEMENTI, *Il sistema delle deleghe di funzioni gestorie*, EGEA, 2013.

⁽⁴⁾ Queste valutazioni confermano che la delega costituisce un modulo organizzativo destinato ad instaurare una suddivisione orizzontale delle funzioni gestorie: e cioè proprio nella misura in cui essa emette di separare l'attività di "alta amministrazione" dalla "gestione esecutiva".

⁽⁵⁾ Cfr. A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, II, Milano, 1948, p. 370.

sull'impianto, a questo punto superato, collocava gli amministratori come meri mandatari della società riproponendo così lo stesso modello anche nei confronti degli stessi delegati⁽⁶⁾.

Per altra dottrina, invece, la delega stabilirebbe un *nuovo rapporto giuridico* fra delegati e società, separato da quello di amministrazione⁽⁷⁾. Secondo questa tesi, la delega avrebbe natura contrattuale e, a fondamento, vengono specificati diversi elementi contrattualistici dell'istituto, autonomi e distinti riguardo al preesistente rapporto di amministrazione, come la necessaria *accettazione*, espressa o tacita, da parte del soggetto designato, nel senso che l'efficacia della nomina è subordinata all'accettazione e alla esistenza di un *compenso aggiuntivo* per l'attività delegata⁽⁸⁾. Anche tale teoria non convince: tanto l'accettazione da parte del chiamato a svolgere funzioni delegate, quanto la presenza di un compenso aggiuntivo per l'esercizio delle stesse, non costituiscono aspetti determinati della presenza di un nuovo rapporto tra le parti. L'accettazione si inserisce su un rapporto già in corso, precisamente quello di amministrazione, mentre il compenso non è, di per sé, indicativo di un nuovo rapporto per di più contrattuale; una retribuzione particolare attribuita all'amministratore delegato potrebbe essere giustificata in relazione alla maggiore attività che è chiamato a svolgere, così come

⁽⁶⁾ Cfr. U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, IV, Milano, 1919, p. 370; A. MARGHERI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Il codice di commercio commentato*, Torino, 1914, p. 517; U. PIPIA, *Trattato di diritto commerciale*, II, Torino, 1914, p. 517; A. SRAFFA, *Compromessi e società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, II, p. 132; T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, II, *Società commerciali*, Roma, 1933, p. 352.

⁽⁷⁾ Cfr. G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 450 ss.; l'autore afferma che trattasi di «un contratto di un tipo a sé stante che ha per oggetto la prestazione di lavoro in senso ampio, avente contenuto di attività prevalentemente giuridica e in posizione che per taluni aspetti è di autonomia e per altri è di subordinazione»; in senso critico v. F. GALGANO, *La società per azioni*, 2^a ed., in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ. Galgano*, VII, Padova, 1988, pp. 129-130.

⁽⁸⁾ In senso contrario, A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 67; il quale sostiene che «una particolare retribuzione assegnata all'amministratore delegato (...) non sembra che abbia caratteristiche diverse da certe indennità (...) attribuite ai lavoratori subordinati. Come la presenza di tali indennità non fa sorgere un nuovo rapporto contrattuale, lo stesso motivo vale, nel nostro caso, per escludere un contratto autonomo».

accade ai lavoratori subordinati in particolari condizioni di aggravio della prestazione.

La giurisprudenza, in alcune pronunce⁽⁹⁾, ha accostato la delega dei poteri gestori alla cd. *delegazione dei poteri* efficaci in sede amministrativa⁽¹⁰⁾ attribuendole la funzione di autorizzare il singolo delegato ad esercitare distintamente poteri che sono in realtà di competenza dell'organo amministrativo nel suo complesso⁽¹¹⁾. A ben vedere, la delegazione di diritto amministrativo, non risulta perfettamente corrispondente con la delega dei poteri gestori disciplinata ai sensi dell'art. 2381 c.c.

L'organo delegato, nell'ambito della delega operante in sede amministrativa, agisce in nome proprio, pertanto risponde direttamente dei provvedimenti posti in essere nell'esercizio della delega; essa consiste in «un atto amministrativo di natura organizzatoria con il quale un organo investito in via originaria della competenza a provvedere in una data materia delegante trasferisce ad un altro organo delegato la legittimazione ad adottare uno o più atti che rientrano nella sua sfera di competenza». Nel caso della delega dei poteri gestori ai sensi dell'art. 2381 c.c., non vi è alcun conferimento di

⁽⁹⁾ Per un'analisi particolareggiata, v. Cass., 6 agosto 1962, n. 2402, in *Dir. fall.*, 1962, II, p. 814; in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1843; Cass., 26 luglio 1967, n. 1969, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 443; Cass., 7 ottobre 1967, n. 2295, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1965.

⁽¹⁰⁾ La delega di poteri deve distinguersi dalla concessione di servizio che interviene tra un ente pubblico ed un soggetto privato la delega di poteri ha luogo, invece, tra due soggetti pubblici, dall'avvalimento che comporta lo sfruttamento di altro organo per attività amministrativa che continua ad essere imputata all'organo titolare della competenza dalla delega di firma che non comporta il trasferimento dell'esercizio del potere ma esclusivamente il potere di manifestare all'esterno la volontà dell'organo apponendo la firma in calce al provvedimento. Sulla delega di diritto dei poteri in sede amministrativa, v. G. MIELE, *Delega diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 905 ss.; F. FERRERO, *La delegazione amministrativa*, Perugia, 1935; F. FRANCESCHINI, *La delegazione amministrativa*, Milano, 1950; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, p. 264; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1954, p. 350; G. LANDI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1978, p. 216.

⁽¹¹⁾ Ad una più approfondita valutazione, non sembra in realtà corretta l'identificazione tra la delega e l'autorizzazione: il delegatario, infatti, esercita delle attività non per conto proprio ma per conto del delegante, mentre gli atti compiuti dall'autorizzato verrebbero imputati al suo autore.

poteri né tanto meno di funzioni: i delegati, difatti, sono già titolari dei poteri e delle funzioni delegate e, la delega, permette loro di esercitarli distintamente o tramite un gruppo più ristretto nel segno dell'efficienza e rapidità gestoria. È lo stesso consiglio a delegare a singoli amministratori o ad una parte di esso alcune competenze gestorie, conservando un controllo sulle stesse, e restando legittimato ad avocarle a sé in qualsiasi momento. Ed è per questo che la delega deve avere come destinatari esclusivi soggetti già nel consiglio di amministrazione, escludendo, a priori, la stessa possibilità di delegare soggetti estranei al consiglio⁽¹²⁾. Ancora, l'attività degli organi della Pubblica Amministrazione è completamente sottoposta alla legge ed è disciplinata da principi giuspubblicistici molto rigidi, mentre i principi che disciplinano la delega di potere amministrativo nella società capitalistiche sono più flessibili, specie alla luce della riforma del 2003.

La soluzione che, meglio delle altre, coglie la vera natura giuridica della delega dei poteri gestori è quella che colloca l'istituto in argomento quale semplice sviluppo dello stesso rapporto di amministrazione. Gli organi delegati riproducono sostanzialmente un'articolazione interorganica del consiglio di amministrazione autorizzata ad esercitare separatamente poteri che sono in realtà di competenza dell'organo amministrativo nel suo complesso, nel segno della funzionalità e flessibilità; non c'è trasferimento di poteri, l'organo consiliare, invero, non si priva della propria competenza sulle materie delegate e, pur delegando alcune sue funzioni, conserva in ogni caso il potere di dare direttive ed assumere a sé operazioni rientranti nella delega⁽¹³⁾, ciò per la sua competenza gestoria concorrente e sovrordinata.

2. La disciplina degli obblighi degli amministratori verso la società e della relativa responsabilità degli stessi è stato uno degli aspetti più interessati dalla riforma del 2003. Il lavoro del legislatore, difatti, si è orientato, da una par-

⁽¹²⁾ Perché la delega realizzerebbe un'intollerabile rinuncia da parte dell'organo consiliare ai propri poteri gestori.

⁽¹³⁾ Così A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 71. In senso sostanzialmente analogo, A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950; G. FRÈ, *Società per azioni*, in *Comm. cod. civ. Scioloja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, p. 415.

te ad introdurre un più rigido principio normativo della diligenza richiesta agli amministratori, non più la diligenza del mandatario *ex art. 1176 c.c.*, ma la diligenza «*richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*»⁽¹⁴⁾, dall'altra a smorzare il carico dell'obbligo di vigilanza sullo svolgimento della gestione sociale previsto dal previgente articolo 2392 c.c., che aveva condotto, troppo spesso, a dure condanne nei confronti di amministratori non delegati⁽¹⁵⁾.

A proposito nella Relazione alla riforma⁽¹⁶⁾ si legge che «*l'eliminazione dal precedente secondo comma dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione, sostituito da specifici obblighi ben individuati v. in particolare gli articoli 2381 e 2392 tende, pur conservando la responsabilità solidale, a evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza di azioni esperite da procedure concorsuali, finisce per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili*».

La rimozione del vincolo di vigilanza posto in capo agli amministratori, cui fanno da paragone, nella struttura della responsabilità degli amministratori ridisegnata dalla riforma, l'obbligo di agire in modo informato e la procedimentalizzazione dei flussi informativi tra organi deleganti e organi

⁽¹⁴⁾ L'art. 2392 c.c., pre-riforma del 2003 imponeva agli amministratori di adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo «*con la diligenza del mandatario*». L'art. 2392 c.c. novellato, impone, all'opposto, agli amministratori di adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo «*con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*».

⁽¹⁵⁾ In merito v. V. BUONOCORE, *La riforma delle società*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 9, nel commentare i principi ispiratori della riforma del 2003 che hanno condotto all'abolizione dell'obbligo di vigilanza in capo agli amministratori, ha affermato che «*è stato proprio questo obbligo o, per essere precisi, l'interpretazione data alla norma che lo conteneva a costituire la base del novanta per cento delle azioni di responsabilità contro gli amministratori (...) vi sono sentenze in cui l'inesperienza dei giudici è arrivata al punto di pretendere che per ogni punto all'ordine del giorno gli amministratori si tuffassero nei polverosi archivi delle società per informarsi personalmente (...)*».

⁽¹⁶⁾ Relazione al d.lgs. n. 6/2003, par. 6, III, 4 responsabilità; il testo della Relazione ministeriale è reperibile in M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI (a cura di), *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, Milano, 2006, p. 3.

delegati introdotti dall'articolo 2381 c.c.⁽¹⁷⁾, rappresenta un'importante ridefinizione dei limiti della responsabilità solidale degli amministratori deleganti per fatti dannosi derivanti dall'attività illecita degli amministratori delegati⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ L'art. 2381 c.c. post riforma dispone che «Salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri. Se lo statuto o l'assemblea lo consentono, il consiglio di amministrazione può delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti. Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione. Non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli articoli 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501-ter e 2506-bis. Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggiore rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società o dalle sue controllate. Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società».

⁽¹⁸⁾ Sui poteri-doveri di controllo degli amministratori non esecutivi v., nella disciplina anteriore al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1985, p. 212 ss.; O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Tratt. delle società per azioni Colombo-Portale*, Torino, rist. 1999, p. 307 ss.; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, p. 104 ss.; V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, p. 230 ss.; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 193 ss. Sugli obblighi di vigilanza dei consiglieri deleganti nell'ordinamento attuale, v., per tutti, F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, p. 105 ss.; N. ABRIANI, P. MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. Cottino*, IV, Padova, 2010, 1, p. 618 ss.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 241 ss.; P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, II, Torino, 2006, p. 501 ss.; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro generale dei principi sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, p. 843 ss.

Nello stesso modo l'auspicata ridefinizione dei contenuti precettivi del dovere di diligenza posto in capo agli amministratori dalla previgente formulazione dell'articolo 2392 c.c. ha recepito, infatti, soluzioni ermeneutiche che da tempo consentivano di esigere dall'amministratore una diligenza più qualificata di quella del buon padre di famiglia⁽¹⁹⁾.

Delle problematiche sollevate dalla previgente disciplina in merito al rapporto di solidarietà passiva astringente, per le condotte dannose poste in essere direttamente dagli amministratori delegati, anche a tutti gli altri componenti dell'organo collegiale, si tratta di appurare come incida la riforma del diritto societario⁽²⁰⁾.

La nuova disciplina ribadisce la facoltà del consiglio di amministrazione di delegare le proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo o ad uno o più amministratori delegati previo consenso dei soci espresso statutariamente o attraverso una delibera assembleare⁽²¹⁾. Si assiste, inoltre, ad un ampliamento del novero delle attribuzioni non delegabili; in particolare, alle attribuzioni previste nella previgente stesura dell'art. 2381 c.c., quali la redazione del bilancio d'esercizio, art. 2423 c.c., gli aumenti di capitale *ex art.* 2443 c.c., gli adempimenti in materia di riduzione del capitale sociale per perdite, artt. 2446 e 2447 c.c. Si è aggiunta, inoltre, la non delegabilità delle competenze consiliari relative all'emissione di obbligazioni convertibili, attribuita dallo statuto agli amministratori art. 2420-*ter* c.c., la reda-

⁽¹⁹⁾ V. G. FRÈ, G. SBISÀ, *Della società per azioni*, I, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 839, gli autori sostengono in merito che l'originaria formulazione del codice civile riferendosi alla diligenza del buon padre di famiglia appare poco aderente alla realtà se la si riferisce alle società di maggiori dimensioni la cui amministrazione richiede un apprezzamento dei fenomeni economici, finanziari e politici che va al di là delle qualità tradizionali del buon padre di famiglia.

⁽²⁰⁾ Riforma introdotta con il d.lgs. n. 6/2003 in attuazione della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001, reperibile in M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI (a cura di), *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, cit., p. 99.

⁽²¹⁾ La seconda parte dell'art. 4, 8° comma, lett. a) della legge delega demanda al legislatore delegato di «precisare contenuti e limiti delle deleghe a singoli amministratori o comitati esecutivi», v. G. ARNÒ, G. IANNI, *La riforma del diritto societario. Commento alla Legge delega 3 ottobre 2001, n. 366*, Torino, 2002.

zione del progetto di fusione art. 2501-*ter* c.c., e del progetto di scissione art. 2506-*bis* c.c.

Come già rilevato, con la riforma si assiste alla evidenziazione, molto precisa, dei compiti e, dunque, dei doveri, vuoi degli organi delegati vuoi di quelli deleganti, art. 2381 c.c., 3° e 5° comma⁽²²⁾. In particolare, i delegati devono: *a)* curare che gli assetti amministrativo, organizzativo e contabile siano adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa; *b)* allestire i piani strategici, industriali e finanziari; *c)* riferire almeno ogni sei mesi o nelle più brevi scadenze previste per statuto ai deleganti e all'organo interno di controllo sull'andamento generale della gestione, sulla prevedibile sua evoluzione nonché sulle maggiori operazioni, per caratteristiche o dimensioni, compiute dalla società e dalle controllate. Per parte loro e, in pressoché perfetta simmetria, i deleganti devono: *a)* valutare l'adeguatezza degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile della società; *b)* esaminare i piani strategici, industriali e finanziari; *c)* valutare il generale andamento della gestione. Da ciò si desume come tutta la nuova intelaiatura poggi, assai positivamente, *sul flusso informativo* che deve scorrere dai delegati verso i deleganti⁽²³⁾. Si deve, anzi, aggiungere che la regola dell' "agire in modo informato" perviene a dignità di modello generale di condotta del buon amministratore, tanto che la mancanza informativa integra, addirittura, motivo autonomo di impugnativa della deliberazione assunta in presenza di amministratori interessati⁽²⁴⁾. E il dovere, posto a carico di "ciascun amministratore", di «chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società» postula, a sua volta, l'obbligo di pretendere le periodiche informazioni alle quali allude l'art. 2381, 5° comma, c.c., vigilando sia sul rispetto

⁽²²⁾ Cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle società*, Milano, 2004, p. 65.

⁽²³⁾ Cfr. C. ROMANO, *Sub art. 2381*, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003, p. 402 ss., spec. p. 410, dove l'autore parla addirittura di «ruolo nevralgico di una compiuta regolamentazione dei flussi informativi».

⁽²⁴⁾ Cfr. P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, p. 837.

formale dell'adempimento sia sull'aspetto sostanziale dello stesso operando gli eventuali controlli. Gli amministratori, dunque, non potranno andare esenti da responsabilità né attraverso l'allegazione di un'insufficiente spontanea informazione da parte degli organi delegati, né adducendo l'ignoranza dei fatti pregiudizievoli che avrebbero potuto conoscere esercitando il loro potere-dovere di esigere informazioni ovvero informazioni più puntuali.

Dunque, «il nuovo codice (...) sembra (...) essersi orientato» nel senso di richiedere «in ogni caso agli amministratori di vigilare sull'andamento generale della gestione sociale, il che non implica una permanente attività di controllo sull'opera degli amministratori delegati, ma piuttosto il dovere di sorvegliare che tale gestione della società sia diretta al conseguimento di un utile mediante l'esercizio dell'attività economica che costituisce l'oggetto sociale. (...) La legge insomma non vuole amministratori inerti che si limitino a fare atto di presenza alle riunioni del consiglio, indifferenti agli interessi della società e senza coscienza della responsabilità che si sono assunta accettando l'ufficio a cui sono stati chiamati dai soci, ma non vuole nemmeno che questi amministratori siano tenuti responsabili per non aver saputo quello che, nonostante la loro diligenza e la loro buona volontà, non potevano sapere (...)»⁽²⁵⁾.

Per quanto riguarda il regime della responsabilità, in primo luogo l'art. 2392, 1° comma c.c. prevede espressamente che «*gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto*» non più con la diligenza del mandatario, bensì «*con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*». In secondo luogo, fermo restando il principio che gli amministratori «sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza» dei «doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto», il riferimento all'obbligo di vigilare «sul generale andamento della gestione» viene sostituito con il richiamo all'art. 2381, 3° comma, c.c., contenente la descrizione analitica dell'insieme dei rapporti tra organi delegati e organi deleganti, con la specificazione delle rispettive competenze e, correlativamente, delle rispettive responsabilità.

⁽²⁵⁾ Così G. FRÈ, G. SBISÀ, *Della società per azioni*, I, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 842.

È previsto, inoltre, un controllo sindacale *obbligatorio* e non più facoltativo sull'attività del comitato esecutivo⁽²⁶⁾. In questo modo si eliminano i dubbi in merito al differente regime di intervento dei sindaci alle adunanze degli organi collegiali. Si ricorda che nel sistema vigente i sindaci *devono* assistere alle riunioni dell'assemblea e del consiglio di amministrazione mentre *possono* assistere a quelle del comitato esecutivo; si prevede, inoltre, che la relazione dei delegati sul generale andamento della gestione venga sottoposta anche all'esame del collegio sindacale.

3. Dopo aver detto della delega gestoria nel s.p.a. è utile ai fini della nostra argomentazione passare in rassegna le funzioni c.d. indelegabili, ovvero quelle funzioni che il legislatore vuole perentoriamente di competenza dell'organo collegiale e che, così, quest'ultimo non può, a sua volta, trasferire per delega a propri componenti. Al di là dei limiti convenzionali, la legge mette un limite legale riguardo alla estensione della delega gestoria, indicando una serie di operazioni indelegabili art. 2381, 4° comma, c.c. Tra queste, in aggiunta riguardo alla disciplina previgente, vi sono la decisione relativa all'emissione di obbligazioni convertibili, art. 2420-*ter* c.c., e la redazione dei progetti di fusione e di scissione, artt. 2501-*ter* c.c. e 2506-*bis* c.c. Ancora, come già anticipato in precedenza, non possono essere oggetto di delega: la redazione del bilancio di esercizio art. 2423 c.c.; l'aumento del capitale sociale di competenza consiliare art. 2443 c.c.; i vari obblighi previsti in caso di riduzione del capitale sociale per perdite artt. 2446 e 2447 c.c. In passato, la dottrina aveva già fissato l'indelegabilità della decisione di emissione di titoli convertibili in azioni⁽²⁷⁾. Limitatamente, invece, alle obbligazioni non convertibili è possibile l'attribuzione della delega. Il principio che se ne consegue è che sono indelegabili le operazioni già assegnate dall'assemblea all'organo amministrativo, perciò deve ritenersi che

⁽²⁶⁾ Secondo l'art. 2405, 1° comma, c.c. novellato: «I sindaci devono assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo»; merita ricordare che per le società quotate un analogo controllo obbligatorio dei sindaci sull'attività del comitato esecutivo è già previsto, *de iure condito*, dall'art. 149, n. 2 del T.U.I.F decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, "legge Draghi".

⁽²⁷⁾ Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 386.

al medesimo principio siano assoggettate quelle funzioni che per disposizione statutaria possono essere conferite al consiglio di amministrazione, di gestione o di sorveglianza e non all'assemblea straordinaria art. 2365, 2° comma, c.c.

Necessita a questo punto domandarsi per quale motivo il legislatore abbia escluso dalla delega proprio queste materie provando a rintracciare anche il filo conduttore in grado di giustificare l'affiancamento di istituti assai eterogenei.

A ben vedere «queste materie presentano un aspetto che le accomuna: riguardano, infatti, tutte quante momenti dell'attività sociale nei quali i profili più propriamente amministrativi e gestori si raccordano con la dimensione organizzativa»⁽²⁸⁾.

Ciò che è ulteriormente conveniente chiedersi è se esistano o meno altre funzioni indelegabili, al di là dell'evidente numero chiuso di cui al richiamato art. 2381, 4° comma, c.c.⁽²⁹⁾. Dunque, penso che al riguardo si debba decidere per una risposta positiva. Deriva, infatti, improbabile, anzi perfino contraddittorio riguardo alla nuova configurazione dell'organo delegante emergente dalla novella, che possa, ad esempio, formare oggetto di delega la valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile della società, o ancora quella del generale andamento della gestione aziendale, che la legge vuole sia collegiale nonché effettuata sulla base di apposita relazione dei delegati medesimi. Stessa cosa per quanto riguarda la disamina dei piani strategici, industriali e finanziari, quando, appunto, approntati, il che compete sempre ai delegati, o la cooptazione per sostituire amministratori cessati anticipatamente⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. A. BORGIOLO, *L'amministrazione delegata*, cit., p. 159; dello stesso tenore G.D. MOSCO, *Commento sub art. 2381*, cit., p. 596, che parla di «attribuzioni fondamentali, che sono quelle capaci di incidere oltre che sulla gestione anche sul profilo organizzativo della società».

⁽²⁹⁾ Cfr. P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Tratt. dir. comm. Cottino*, IV, 2, Padova, 2004, p. 209 s., secondo cui si sarebbe potuta prevedere l'indelegabilità delle decisioni assolutamente primarie, come la cessione dell'azienda ed altre, ovvero, stante la difficoltà di individuare legislativamente tali operazioni, imporre agli statuti di «rendere indelegabili le decisioni gestorie di rilevanza primaria», seguendo l'esperienza del modello tedesco. Cfr. ID., *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 247 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, Società*, Bologna, 2005, II, p. 148.

4. Prima della riforma del 2003, le maggiori perplessità si sono evidenziate in ordine alla precisazione dei compiti e delle responsabilità degli amministratori privi di delega. Il ricorso allo schema dell'amministrazione delegata, determinava e, determina tutt'ora, l'applicazione di un diverso sistema di responsabilità rispettivamente per i delegati e per i deleganti: i primi direttamente responsabili nell'ambito delle materie loro assegnate; mentre, i secondi assoggettati ad una responsabilità indiretta per omessa vigilanza sull'operato dei primi⁽³¹⁾.

Il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione non aveva dato buona prova di sé in passato⁽³²⁾, in quanto eccessivamente generico e di disagiata assolvimento da parte dei titolari, i quali, in conseguenza, spesso si erano ritrovati responsabili per colpa nella vigilanza⁽³³⁾. Basti pensare alle realtà societarie di maggiori dimensioni ove il potere gestorio è fortemente concentrato nelle mani degli organi delegati; in tal caso, risulta alquanto improbabile che costoro possano realmente assolvere una reale vigilanza. Vi era infatti la necessità, di carattere pregiudiziale, di stabilire cosa dovesse intendersi per vigilanza sul generale andamento della gestione nonché precisare gli strumenti operativi a disposizione degli amministratori deleganti per esplicitare detta vigilanza nonché per neutralizzare, o quanto meno ridurre, gli atti dannosi istruiti dai delegati. Anche da questo punto di vista, l'originario impianto codicistico non appariva coerente; se da un lato, infatti, imponeva ai componenti del consiglio specifici doveri di controllo sull'attività dei delegati, dall'altro, non si preoccupava di garantire che costoro fossero messi nella condizione di poter effettivamente adempiere a detti doveri.

⁽³¹⁾ Cfr. art. 2392, 2° comma, c.c. anteriforma.

⁽³²⁾ Sostanzialmente incontroverso si è presto rivelato il convincimento che l'imposizione agli amministratori, ad opera dell'art. 2392 c.c., di uno specifico dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione dovesse indurre ad ammettere, pur in assenza di analogo riconoscimento positivo, il conferimento ai medesimi amministratori di corrispondenti poteri istruttori, strumentali all'adempimento di tale dovere. Rilievo, questo, rinvenibile in O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino, 1976, p. 100.

⁽³³⁾ In realtà, in forza di una sorte di responsabilità oggettiva per fatti e condotte direttamente ascrivibili ai soli consiglieri delegati.

Il sistema cambia con la riforma del 2003. Alla previsione di un nuovo sistema di doveri e di poteri dell'organo amministrativo in presenza di deleghe, non poteva non adeguarsi il regime della responsabilità. In primo luogo, il nuovo art. 2392, 1° comma c.c., si richiama alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze, tecniche e professionali, di ciascun amministratore, abbandonando il generico riferimento alla diligenza del mandatario contenuto nella precedente versione dell'art. 2392 c.c.⁽³⁴⁾; quest'ultima, era quella del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176, 1° comma c.c. per l'adempimento di obbligazioni di mezzi, quale appunto quella degli amministratori verso la società. Il riferimento alle specifiche competenze segna la presa d'atto dell'esistenza di diversi livelli di competenza professionale degli amministratori in relazione ai quali valutare la diligenza richiesta. La differenza rispetto alla natura dell'incarico risiede nella riferibilità del criterio in parola non più alle funzioni attribuite, ma alla diligenza esigibile dalla specifica competenza di quell'amministratore⁽³⁵⁾. Seguendo tale

⁽³⁴⁾ Cfr. L. ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, p. 6, precisa che «la responsabilità *de qua* pur all'esito della riforma rimane di natura contrattuale [di conseguenza opera tuttora la presunzione di colpa di cui all'art. 1218 codice civile] e non ha, quindi, carattere oggettivo, sicché non si estende all'amministratore che sia immune da colpa e che abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, dandone notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale art. 2392, 3° comma, c.c. L'immunità da colpa, evidentemente, va valutata tenendo conto della suddivisione dei ruoli e delle diverse funzioni assolute nell'ambito del consiglio di amministrazione [pur all'esito della riforma, in ogni caso, la valutazione della diligenza degli amministratori costituisce oggetto di un giudizio *ex ante*, da riferire, cioè, alle circostanze oggettive e soggettive del momento in cui sono stati posti in essere gli atti dai quali si assume scaturito il pregiudizio per la società. A fondare la responsabilità dell'organo gestorio, inoltre occorre imprescindibilmente che si dia prova da parte della società, attrice in giudizio, del nesso di causalità tra gli atti di *mala gestio* ed il pregiudizio lamentato ossia che il danno sia da ricondurre eziologicamente agli atti dolosi o colposi ascritti all'organo gestorio: gli amministratori, invero, sono tenuti a rispondere del pregiudizio sol nella misura in cui sia ad essi casualmente imputabile». Sul punto Cfr. Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Società*, 1999, p. 557, con nota di F. FUNARI, *La responsabilità degli amministratori: azione sociale e azione dei creditori*, dove si afferma l'esigenza di una rigorosa verifica della sussistenza di un rapporto di consequenzialità causale tra la condotta illecita ed il danno.

⁽³⁵⁾ Cfr. A. ROSSI, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società. Comm. Maffei Alberti*, I, Padova, 2005, p. 793.

prospettiva, la personalizzazione diventa massima, configurandosi conseguentemente un innalzamento dello standard di riferimento anche alla luce del *curriculum vitae* dell'amministratore. Dunque, sarà fondato un giudizio di responsabilità per difetto di diligenza non solo se l'amministratore assuma una decisione senza valutarne i prevedibili risultati o senza calcolarne i rischi connessi, ma anche qualora egli non utilizzi le attestate competenze in suo possesso in merito alle quali è ragionevole presumere sia stato eletto. Ammesso che di concorso possa parlarsi: se c'è una distinzione di incarichi c'è anche una distinzione di doveri per ciascun incarico. Solo dalla violazione dello specifico dovere incombente sul singolo amministratore può derivare una responsabilità, che va ad aggiungersi a quella degli altri amministratori e la rende quindi solidale.

Dire, poi, che i predetti sono solidalmente responsabili a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto delegate ad uno o più amministratori non vuol dire che in questa ipotesi essi non siano in alcun modo responsabili. Vuole solo significare che essi saranno responsabili non per lo stesso titolo, e quindi in via solidale per lo stesso danno, ma sarà tenuta distinta la loro responsabilità perché trova origine in un altro titolo, e cioè nella violazione di specifici, distinti ed univoci doveri imposti dalla legge e dallo statuto.

Un'ulteriore fonte di responsabilità, contemplata quale articolazione del dovere di diligente amministrazione, è rappresentato dalla condotta omissiva degli amministratori che, potendo prevedere il pregiudizio per la società, non si siano attivati per evitare o attenuare la portata dell'atto dannoso, art. 2392, 2° comma c.c. In tal caso, la società dovrà provare, oltre al danno, sia la conoscenza *ex ante* del fatto idoneo a cagionare pregiudizio, sia il nesso causale ovvero l'atteggiamento passivo. Gli amministratori, dal canto loro, saranno tenuti a dimostrare l'adempimento, vale a dire di aver fatto quanto potevano per impedire il compimento dell'atto o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. Come già evidenziato, la precedente disciplina prevedeva, disgiuntamente rispetto al suddetto dovere di intervento, anche un generico obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, dovere che è stato rimosso dal legislatore della riforma, il quale ha introdotto un

esplicito richiamo al 3° comma dell'art. 2381 c.c.⁽³⁶⁾.

In realtà, non può pensarsi che il legislatore della novella abbia inteso rimuovere *tout court* il dovere di vigilare sul generale andamento della gestione e ciò in quanto tale rimozione condurrebbe ad un esito inaccettabile, ovvero sia un organo amministrativo collegiale sollevato da ogni onere conoscitivo nei confronti dei titolari delle deleghe. Quindi, il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione viene meglio definito nelle sue modalità di adempimento, ossia attraverso l'esame dei piani strategici, industriali e finanziari approntati dall'amministratore delegato, valutando l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili messi a punto dai titolari di deleghe, ed infine, supervisionando il generale andamento della gestione. Questa è la portata che si ritiene debba essere ascritta alla nuova formulazione dell'art. 2392, 2° comma, c.c., che prevede una responsabilità solidale di ciascun amministratore "in ogni caso" precisando che essa sussiste «fermo quanto disposto dal comma terzo art. 2381 c.c.», ove appunto, risultano evocati i compiti di controllo che in presenza di una delega dei poteri gestori sono di competenza dei deleganti⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ In quest'ottica, viene sottolineato dalla Relazione al d.lgs. n. 6/2003 l'eliminazione dal previgente art. 2392, 2° comma, c.c. dell'*obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione*, «sostituita da specifici obblighi ben individuati», volti, appunto, ad evitare indebite estensioni delle responsabilità solidale, *Relazione* al d.lgs. n. 6/2003, par. 6, III, 4 responsabilità; il testo della Relazione ministeriale è reperibile in M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI (a cura di), *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, cit., p. 227.

⁽³⁷⁾ Si veda O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Società*, 2003, p. 803; S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in ID. (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 64, G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture del governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 25, M. SPIOTTA, *Art. 2392*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario al D.lgs 17 gennaio 2003, n. 6*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, artt. 2325-2409 c.c., Bologna, 2004, p. 763; P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Tratt. dir. comm. Cottino*, IV, 2, Padova, 2004, p. 216, il quale afferma che la responsabilità per "omessa vigilanza", pur non essendo espressamente contemplata, deve ritenersi tuttavia "indirettamente sancita" proprio dal rinvio che l'art. 2392, 2° comma, c.c. opera nei confronti dell'art. 2381, 3° comma, c.c. Ancora più netta è la posizione di G.D. MOSCO, *Commento sub art. 2381*, cit., p.

5. Se si volesse individuare un motto che possa riassumere la nuova disciplina introdotta dalla riforma in tema di delega dei poteri gestori, incisivo sarebbe “*informare ed informarsi?*”. Come ampiamente rilevato, il legislatore ha provveduto alla istituzionalizzazione di un sistema di flussi informativi tra organi delegati ed organi deleganti⁽³⁸⁾, che impone ai primi un obbligo di informazione, onera i secondi di un dovere di essere informati e sottopone entrambi al più generale principio secondo cui gli amministratori sono tutti tenuti ad agire in modo informato⁽³⁹⁾.

L'introduzione di una compiuta disciplina dell'informazione endoconsigliare probabilmente costituisce, assieme alla modifica del regime di responsabilità degli amministratori, che, del resto, ad essa risulta strettamente connessa e risponde ad una logica comune⁽⁴⁰⁾, l'innovazione sistematicamente

601, il quale in particolare reputa che «da sostituzione del dovere di vigilanza con i nuovi obblighi previsti dall'art. 2381, comma 3, c.c. non può essere intesa in senso meccanistico e formale, dovendosi invece tener conto della evidente interazione tra gli obblighi in questione, e tra essi e l'obbligo di intervento, nonché del principio unificante della diligenza, per poi allora concludere che in definitiva l'art. 2381, comma 3, c.c. non pone solo obblighi distinti e sequenziali, ma un obbligo che resta complessivo e continuativo di vigilanza sulla gestione». Per l'opinione che con la riforma il dovere di vigilanza sarebbe invece venuto definitivamente meno, cfr. N. ABRIANI, *Le regole di governance delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina*, cit., p. 15; A. DE NICOLA, *Art. 2381*, in *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 99; M. IRREA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 154, secondo l'autore il nuovo dovere di valutazione del generale andamento della gestione (art. 2381, 3° comma, c.c.) non sarebbe in alcun modo equiparabile al previgente dovere di vigilanza.

⁽³⁸⁾ Sul punto si veda P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.* 2003, I, p. 423.

⁽³⁹⁾ V. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 68 ss., sostiene che, nell'amministrazioni delegata, l'attenuazione della collegialità che nasce dalla delega all'esercizio di una parte cospicua di poteri gestionali «*fa sorgere istituzionalmente un problema di asimmetria informativa tra amministratori delegati ed organi delegati*»; nonché P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., p. 499 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 380, nt. 81; G. MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 737 ss.

⁽⁴⁰⁾ In questa sede, è sufficiente, accennare alla sostituzione dell'indistinto dovere di *vigilanza sul generale andamento della gestione* imposto dalla formulazione originaria dell'art. 2392,

più rilevante introdotta dalla riforma del diritto societario nella disciplina dell'organo amministrativo della società azionaria⁽⁴¹⁾.

Il legislatore colma in tal modo un'evidente lacuna normativa dell'ordinamento previgente, ove nessuna disposizione interveniva a regolare in modo espresso, i rapporti tra le varie articolazioni dell'organo amministrativo, e al silenzio delle fonti, quando in qualche raro caso non aveva posto riparo la prassi virtuosa in uso presso il singolo consiglio di amministrazione. Aveva fatto molto più spesso seguito una situazione che vedeva gli amministratori privi di delega, interessarsi dalla gestione sociale solo se sollecitati dagli organi delegati, ovvero, quando neppure questo avveniva, solo in occasione della predisposizione del progetto di bilancio. La dottrina, argomentando sulla mancanza di una precisa definizione dei doveri di informazione idonea a determinare un "costo da incertezza", ne evidenzia i riflessi concreti, laddove ricorda che «l'amministratore non delegato sapeva di essere tenuto a chiedere delle informazioni, ma non sapeva quando questo diritto di informarsi si trasformava in un dovere di attivazione. L'amministratore delegato sapeva di dover rendere delle informazioni al Consiglio, ma non sapeva quali e quando»⁽⁴²⁾. Il legislatore della riforma avverte suddetta difficoltà ed interviene sulla trasmissione, sull'acquisizione e sullo scambio di informazioni nell'ambito

2° comma, c.c. – l'arbitraria estensione dell'ambito applicativo del quale, nel sistema previgente, aveva costituito la chiave di volta per preoccupanti abusi interpretativi volti a trasfigurare surrettiziamente la responsabilità per inadempimento degli amministratori delineata dal codice in una onnipervasiva fattispecie di responsabilità oggettiva – con il più puntuale e circoscritto dovere di *agire in modo informato* introdotto dal nuovo art. 2381, 6° comma, c.c.

⁽⁴¹⁾ Per un quadro sul significato sistematicamente centrale, anche in chiave tipologica, della nuova disciplina dell'informazione endoconsiliare si vedano: G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 23 ss.; ID., *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Società*, 2005, 1466; e P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza*, cit., p. 836. Più in generale, per un esame dei più rilevanti elementi di innovazione introdotti dalla riforma e dei nuovi principi che, per effetto della stessa, governano il diritto italiano delle società di capitali, si rinvia a C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 2ª ed., Padova, 2006.

⁽⁴²⁾ Così P. MONTALENTI, *Le nuove regole di governance delle società per azioni: il punto di vista del giurista*, in N. ABRIANI, T. ONESTI (a cura di), *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Milano, 2004, p. 49.

dell'organo amministrativo, parzialmente riducendo, da un lato, lo spazio tradizionalmente assegnato all'autonomia statutaria in questo ambito, e regolando, dall'altro, in modo più preciso, le responsabilità connesse al dovere di informazione.

L'acquisizione e la circolazione dell'informazione da parte e tra gli amministratori ha, dunque, cessato di essere rimessa alla sola opera conformatrice, nel tempo rivelatasi inadeguata ad assolvere efficacemente ad un simile incumbente, dell'autonomia statutaria ed alla libera e, sostanzialmente indeterminata, iniziativa degli amministratori medesimi. Essa costituisce, invece, oggetto di una complessa trama di obblighi imperativamente ascritti ai componenti dell'organo gestorio, in forme ed intensità commisurate alle funzioni da questi concretamente assolte all'interno dello stesso, onde far sì che ciascuno di essi e, l'organo nel suo complesso, sia sollecitato e posto nella condizione di svolgere effettivamente, e non solo nominalmente, il suo ruolo in forza di un patrimonio di conoscenze a ciò adeguato.

Tra i doveri degli amministratori vi è quello, comune a tutti gli amministratori di società per azioni *in quanto tali*, indipendentemente dalla configurazione concretamente assunta dall'ufficio amministrativo, dall'esistenza di organi delegati, nonché dalle speciali funzioni dagli stessi eventualmente esercitate, il c.d. dovere *riflessivo* di informazione⁽⁴³⁾.

Pertanto, per la dottrina, la prima parte dell'art. 2381, 6° comma, c.c.⁽⁴⁴⁾

⁽⁴³⁾ È questa la definizione con la quale all'indomani della riforma, nell'opera di riordino sistematico della materia, si è inteso individuare e distinguere dagli altri il dovere in parola, così da sottolineare come si tratti di una situazione giuridica soggettiva avente ad oggetto il compimento di un'attività rivolta verso lo stesso soggetto della stessa onerato: la ricezione ed il possesso dell'informazione necessaria ad una diligente attività gestionale: G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 259 ss., cui si deve, più in generale, la tripartizione, cui nel prosieguo del presente scritto si farà riferimento, dei doveri informativi imposti ai componenti del consiglio di amministrazioni in doveri riflessivi di informazione degli amministratori non delegati, doveri transitivi di informazione degli organi delegati e doveri di interazione informativa del presidente del consiglio di amministrazione.

⁽⁴⁴⁾ La prima parte dell'art. 2381, 6° comma, c.c. dispone che «gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato».

racchiude il precetto primario, il *dovere di azione informata*, proiezione teleologica del dovere di informarsi, rispetto al quale la seconda parte della disposizione pone, in via strumentale, il potere dovere di informarsi⁽⁴⁵⁾. Per ritenere adempiuto il dovere di informarsi non basta aver compiuto quanto necessario per acquisire informazioni: l'imposto obiettivo finale è l'esercizio di una diligente attività gestionale, un'azione informata.

Riceve, con tale prescrizione, espressa enunciazione positiva il già accennato canone generale al quale è tenuta a conformarsi l'azione di ogni amministratore, i cui tratti caratterizzanti potevano dirsi già in precedenza ricostruiti in via interpretativa da dottrina e giurisprudenza⁽⁴⁶⁾, in forza del quale ciascun componente dell'organo amministrativo è chiamato a svolgere le sue funzioni, siano esse di gestione attiva, individuale o collegiale, oppure di controllo sull'operato degli amministratori esecutivi, in maniera *effettiva e consapevole*, sulla scorta di una conoscenza adeguata degli elementi e delle circostanze all'uopo rilevanti, da acquisirsi, ove necessario, all'esito di apposita attività istruttoria e/o di verifica dei dati appresi⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, cit., p. 355, asserisce che il «diritto all'informazione finisce per risolversi in un potere-dovere ogniqualvolta tale richiesta appaia *strumentale* all'obbligo di agire in modo informato».

⁽⁴⁶⁾ Sottolinea, peraltro, il carattere fortemente *innovativo* «di rottura» assunto dal riconoscimento normativo del dovere di agire in modo informato in ordine alla configurazione dei compiti e delle responsabilità degli amministratori, pur dando atto come la sua introduzione fosse stata anticipata dalla più avveduta elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di responsabilità degli amministratori per la quale si rinvia, *supra*, alle nt. 5 e 6, G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., pp. 272 e 287.

⁽⁴⁷⁾ Così già si esprimeva la Relazione governativa alla riforma, la quale chiariva come la nuova disciplina si proponesse di far sì che le scelte gestorie fossero «informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione» § III.4. È, peraltro, intuitivo che il contenuto precettivo del criterio di condotta dell'agire informato venga ad atteggiarsi diversamente – e da ciò può ricevere probabilmente spiegazione la formulazione *elastica* prescelta dal legislatore – a seconda che lo stesso debba applicarsi all'amministratore investito di piena ed individuale autonomia decisionale amministratore unico o delegato, oppure all'amministratore più semplicemente chiamato a concorrere alla gestione in qualità di componente di un organo pluripersonale consigliere di amministrazione non esecutivo. Nell'un caso si esige che l'amministratore adotti le scelte imprenditoriali allo stesso demandate sulla scorta di un processo istruttorio

Un tema certamente interessante risiede nel cercare di capire la portata innovativa dell'esplicitazione del dovere di azione informata⁽⁴⁸⁾: questo era, cioè, già implicito nel dovere di amministrare con diligenza contemplato dal 2392, 1° comma, c.c.⁽⁴⁹⁾ secondo una certa dottrina «l'art. 2381, sesto comma, c.c. reca in sé una visione fortemente innovativa dell'amministrazione, nella quale l'informazione è l'anello di congiunzione tra gestione e controllo, tra i due poli, cioè, in cui si riassume il concetto di amministrazione dell'im-

che garantisca il compimento di una consapevole e ponderata valutazione del contesto di riferimento, delle alternative disponibili e delle possibili conseguenze; nell'altro, che ciascun consigliere curi di disporre del patrimonio cognitivo adeguato a permettergli di far valere, nel dibattito consiliare, la propria opinione in maniera consapevole, senza recepire supinamente l'indirizzo espresso dagli organi delegati, onde garantire la ponderazione e/o la composizione degli orientamenti espressi e, più in generale, l'efficace controllo sulla gestione operativa dell'impresa sociale. Per una più diffusa disamina dei temi evocati può, nuovamente, rinviarsi a G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 274.

⁽⁴⁸⁾ È importante ricordare come già la legge delega avesse individuato nel principio dell'agire in modo informato il fondamentale criterio al quale, in sede di attuazione della delega, avrebbero dovuto vincolarsi tanto le modalità di esercizio delle funzioni gestorie, quanto la valutazione della correttezza dell'operato dei singoli componenti dell'organo amministrativo art. 4, 8° comma, lett. g, l. 3 ottobre 2001, 366.

⁽⁴⁹⁾ L'art. 2392, 1° comma, c.c., dispone che «gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze».

V. S. SCOTTI CAMUZZI, *I poteri di controllo degli amministratori «di minoranza» membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?», in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 790, così si esprimeva prima della riforma: «Ebbene, mi pare che la vigilanza altro non sia che un controllo benché poi il terzo momento, quello del provvedere, sia regolato, anche indipendentemente dal dovere di vigilanza, dalla successiva seconda parte dell'art. 2392. Certo, nel caso previsto dall'art. 2392, un controllo generico: in quanto la verifica il riscontro è fatto non sui singoli atti, ma sull'attività. Mi pare che questo dovere di vigilanza significhi proprio di dovere stare svegli e accorti, per valutare se il consiglio deve intervenire, o le cose possono essere lasciate alla gestione dei delegati e della direzione [nt. 3: Non è inutile rilevare che la riduzione del controllo alla 'vigilanza sintetica' si verifica soltanto con riferimento alle attribuzioni delegate; sicché, se la delega è limitata, tale riduzione non sussiste.]. È per così dire vincente la nozione, empirica forse, ma calzante, del G. Frè: "La legge non vuole amministratori inerti che si limitano a fare atto di presenza alle riunioni del consiglio". Essi, pertanto, devono essere informati e chiedere informazioni, dentro e fuori il consiglio. Ma è proprio vero che l'amministratore ha il potere di informarsi anche fuori dal consiglio, e forse che l'informazione, in senso stretto Frè non parla di ispezioni, esaurisce il momento conoscitivo del controllo?».*

presa. E segnatamente dell'impresa di grandi dimensioni che faccia ricorso al mercato dei capitali di rischio». Si tratterebbe quindi di una precisazione del ruolo dell'amministratore unico o delegato libero nelle proprie scelte gestionali, ma tenuto a seguire «razionali *itinerari* decisionali»; e allo stesso tempo di quello che si pone come condeliberante che – «attraverso la conoscenza dei fatti» – contribuisce alla gestione bilanciando e controllando l'attività dei delegati. La finalizzazione ad un'attività di controllo va considerata con particolare cautela e forse comunque non è da intendersi come controllo puntuale, analitico e continuo.

Al riconoscimento normativo del dovere di informarsi si accompagna e, non avrebbe potuto essere altrimenti, pena, come già osservato, il sostanziale avvilito del precetto, quello del convergente *potere* e non diritto⁽⁵⁰⁾ degli amministratori medesimi di ricercare, domandare e ricevere, là dove sono serbati, i dati e gli elementi necessari all'adeguata conoscenza della gestione sociale e delle operazioni da intraprendere. Dispone, in tal senso, il cit. art. 2381 c.c., 6° comma, secondo cui «ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni

⁽⁵⁰⁾ I rapporti intercorrenti tra l'amministratore e l'informazione sulla gestione e sull'organizzazione sociali è in prima battuta connotata dal carattere della *doverosità*, venendo l'informazione innanzitutto in rilievo quale oggetto dell'obbligo di azione informata gravante sull'amministratore; e, solo in via successiva e strumentale all'esecuzione del comportamento doveroso, quale posizione pretensiva all'acquisizione dei dati e delle informazioni occorrenti allo svolgimento dei compiti gestori in conformità al canone legale di condotta imposto all'amministratore. La prerogativa considerata, d'altro canto, è assentita e deve essere esercitata per l'attuazione, nuovamente doverosa, di un interesse oggettivamente altrui, quale certamente deve considerarsi l'interesse sociale, indipendentemente dalle varie ricostruzioni nel tempo fornite circa la natura ed il contenuto dello stesso; ed assume una connotazione propriamente organizzativa, quale momento di conformazione dell'organizzazione societaria e dello svolgimento della sua attività, al di fuori della logica orizzontale del rapporto giuridico e del binomio diritto/dovere sul quale la stessa si fonda. Si tratta, dunque, di caratteristiche non compatibili con la figura del diritto soggettivo, tradizionalmente inteso come libera e discrezionale facoltà di realizzazione dell'interesse del suo titolare alla conservazione o al conseguimento di un bene della vita il cui esercizio è rimesso all'incoercibile autodeterminazione dello stesso. E che, invece, devono indurre a qualificare la situazione considerata, al pari delle altre nelle quali si manifestino le attribuzioni organiche dell'amministratore sociale, in termini di potere o, meglio, di potestà.

relative alla gestione della società». Formulazione, questa, che, per un verso, testualmente legittima, chiaramente con riguardo al funzionamento di strutture amministrative pluripersonali nelle quali si diano deleghe gestorie, ciascun consigliere a pretendere un'esaustiva informativa sull'intera conduzione dell'attività societaria, escludendo che allo stesso siano opponibili veti o rifiuti che, precludendogli la conoscenza della materia sulla quale sarebbe chiamato ad intervenire, lo ridurrebbero ad acritico esecutore degli indirizzi degli amministratori esecutivi. Ma, per altro verso, induce ad individuare nei consiglieri delegati e, a maggior ragione, nell'eventuale amministratore unico, i soggetti istituzionalmente dotati, in conseguenza delle loro funzioni gestorie di vertice, di un potere di accesso diretto ed illimitato ai dati ed ai documenti della società, in quanto tali costituiti naturali custodi delle informazioni sociali e primaria fonte di loro divulgazione agli altri consiglieri⁽⁵¹⁾.

Nell'architettura generale dei canali informativi delineata dall'art. 2381 c.c., il dovere di informarsi gravante su tutti gli amministratori trova simmetrico complemento nel dovere, imposto, sempre nel ricorrere della distinzione funzionale, reputata tipica della società azionaria, tra amministratori esecutivi e non esecutivi, agli organi delegati, di trasmettere agli altri consiglieri, e pure per loro tramite agli altri organi della società, le informazioni prescritte dall'ordinamento, nei termini e con le modalità dallo stesso specificati, il c.d. dovere *transitivo* di informazione⁽⁵²⁾.

In dottrina si ritiene che «la valutazione della condotta dell'amministratore sembra ora scindersi in due momenti» uno legato al grado di informazione con cui l'amministratore arriva all'azione da compiere, l'altro connesso al grado di diligenza nell'esecuzione dell'attività con conseguente agevolazione dell'onere probatorio dell'attore in quanto è sufficiente dimostrare l'inadeguatezza dell'istruttoria rispetto alla decisione imprenditoriale per arrivare a conseguenze giuridicamente rilevanti in termini di revoca o, dimostrato anche il nesso di causalità, di responsabilità»⁽⁵³⁾. Contiene bene

⁽⁵¹⁾ Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 325.

⁽⁵²⁾ Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 176 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. A. MURATORE, *Commento agli artt. 2497-bis e 2497-ter*, in *Il nuovo diritto societario*.

il senso del rapporto tra dovere di azione informata e dovere di diligenza la Relazione: «*Nell'adempimento de doveri imposti dalla legge o dallo statuto gli amministratori devono usare la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico: il che non significa che gli amministratori debbano, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione*»⁽⁵⁴⁾. La locuzione “rischio calcolato” fa affiorare la delicatezza del tema che viene affrontato, siccome si deve ritenere che gli imprenditori, nel nostro caso, indirettamente, gli amministratori, non possano essere frenati nell'*intraprendere* attività, che, per definizione, implica l'assunzione di rischi.

Si è affermato che «*agire diligentemente significa anche agire in modo informato, e agire in modo informato significa adottare, o contribuire ad adottare, scelte che costituiscono il punto di arrivo di un percorso non necessariamente portatore di esito positivo, ma il cui possibile esito negativo sia stato valutato e consapevolmente accettato*»⁽⁵⁵⁾. Gli autori che si pongono in questa prospettiva contestano la tesi di chi vede nel dovere di agire in modo informato un livello minimo di diligenza, quella cui sarebbe tenuto un consigliere delegante, per sostenere che si tratti non di un livello della diligenza, ma di un dovere le cui connotazioni saranno commisurate alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze dell'amministratore.

Commentario al D.lgs 17 gennaio 2003, n. 6, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 2186.

⁽⁵⁴⁾ Relazione al d.lgs. n. 6/2003 par. 6, III, 4 responsabilità; il testo della Relazione ministeriale è reperibile in M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI (a cura di), *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, cit., p. 227.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, cit., p. 300 ss., conclude che «in un giudizio fondato invece unicamente sulla violazione del dovere di diligenza, l'indeterminatezza sia del criterio valutativo che della stessa prestazione comportava la necessità di ricostruire tutte le condotte astrattamente diligenti che il convenuto avrebbe potuto percorrere, per poi evidenziare che quella in concreto adottata esulava dal novero di essere: trasformandosi spesso il giudizio in un esercizio di fantasia rappresentatrice».

L'art. 2392 c.c. richiama la natura dell'incarico, profilo oggettivo, e le specifiche competenze, profilo soggettivo, di ciascun amministratore: questi due parametri in rapporto fra loro determinano, di fronte alla specifica decisione gestoria da adottare, il livello di informazione richiesto a ciascun amministratore nel caso concreto, che sarà così valutato in base all'incarico ricoperto ed in base al proprio bagaglio di conoscenze. Il richiamo ai principi di corretta amministrazione in realtà poco aggiunge a ciò che già discende dal dovere di diligenza e da quello di azione informata. Da tali considerazioni si fa discendere la possibilità, in caso di amministrazione collegiale, di «ammettere o escludere la responsabilità in relazione al concorso che da ogni amministratore ci si attendeva in considerazione della natura dell'incarico e delle sue specifiche competenze»⁽⁵⁶⁾.

La circostanza che la riforma preveda doveri degli organi delegati nettamente diversi rispetto a quelli dei consiglieri senza delega si riflette direttamente sulle rispettive responsabilità. Sebbene, infatti, sia stata conservata la responsabilità solidale di amministratori, sindaci e revisori contabili, la posizione di ciascuno dei vari soggetti solidalmente responsabili va valutata distintamente, in relazione ai diversi obblighi che fanno loro capo⁽⁵⁷⁾. La diversificazione degli obblighi degli organi delegati rispetto a quelli dei consiglieri senza deleghe determina una maggiore estensione della responsabilità dei primi rispetto a quella dei secondi, in conformità al loro diverso ruolo, ai loro diversi poteri e alla loro diversa retribuzione. Il sistema dei flussi informativi ha delle evidenti ricadute sulla rinnovata disciplina della responsabilità solidale degli amministratori.

In tal modo, il legislatore non solo ha onerato gli amministratori esecutivi dell'obbligo, implicito nel riconoscimento normativo, in favore degli altri

⁽⁵⁶⁾ F. VASSALLI, *Commento all'art. 2381*, in *Comm. romano al nuovo diritto delle società d'Alessandro*, 2, II, Padova, 2011, p. 37, secondo l'autore è «pacifico che i principi di correttezza professionale, e perciò le disposizioni che fanno ad essi riferimento relativamente all'amministrazione e gestione della società, concernono prevalentemente la materia del conflitto di interessi».

⁽⁵⁷⁾ Come sottolinea la Relazione alla legge di riforma, Relazione al d.lgs. n. 6/2003, par. 6, III, 4 responsabilità; il testo della Relazione ministeriale è reperibile in M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI (a cura di), *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali*, cit., p. 227.

amministratori, del già menzionato potere di domandare informative supplementari cit. art. 2381, 6° comma, c.c., di offrire al consiglio ogni informazione sulla gestione sociale dallo stesso richiesta e ritenuta necessaria per lo svolgimento delle sue funzioni, così introducendo un dovere di informazione di natura *atipica* ed *occasionale*. Ma si è, ancora prima, premurato di regolare un flusso informativo *tipico* e *costante* tra consiglieri incaricati della gestione corrente e consiglieri chiamati alla loro supervisione, predeterminando e, per quanto possibile, *standardizzando* il contenuto di un nucleo essenziale di informazioni sulla organizzazione e sulla attività della società dovute, anche in assenza di sollecitazione, dai titolari degli organi delegati al consiglio nella sua interezza, nonché la periodicità, le forme, i momenti ed i luoghi della sua comunicazione.

E così, l'art. 2381, 5° comma c.c.⁽⁵⁸⁾, obbliga gli organi delegati a fornire al consiglio, ed al collegio sindacale, con cadenza almeno semestrale, un'adeguata informativa circa lo stato attuale dell'attività dell'impresa societaria, il «generale andamento della gestione», lo sviluppo della stessa in chiave prospettica, la «sua prevedibile evoluzione», ed i più rilevanti affari conclusi nel recente passato, le «operazioni di maggior rilievo, per dimensioni e caratteristiche, effettuate dalla società».

Informativa destinata ad estendersi ulteriormente, come è possibile ricavare dalla lettura del 3° comma del medesimo articolo, alla rappresentazione dell'«assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società» ed all'illustrazione, ove elaborati, dei suoi «piani strategici, industriali e finanziari».

⁽⁵⁸⁾ La norma recita che «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate».

Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

Il richiamo dell'art. 2392 c.c., 2° comma, al 3° comma dell'art. 2381 c.c., impone un ripensamento dei termini in cui l'argomento si pone: la conoscenza dei fatti pregiudizievoli si vale di strumenti di ricerca e di acquisizione che, anche se noti, non godevano di nessuna legittimazione sotto il regime previgente e, quando al loro uso non facesse schermo la ritrosia dei singoli amministratori, erano per lo più destinati ad infrangersi sul muro di un'informazione generica e solitamente inutile. Al contrario, l'aver previsto che gli organi deleganti divengano destinatari di un flusso costante e tendenzialmente completo di informazioni inerenti la gestione della società, peraltro rinvigorito da una tipizzazione degli obblighi imposti a questo riguardo a carico degli organi delegati e da un potere individuale di informazione, sembra voler precostituire un argine di qualche rilievo in questa direzione, dacché così ogni amministratore delegante, non investito di compiti gestionali, anche se minimamente diligente, dovrebbe poter contare almeno in principio su un ventaglio di conoscenze potenzialmente in grado di porlo al riparo dalla responsabilità solidale dell'art. 2392 c.c. Risulta, in tal modo, delineata un'informazione tipica, articolata e completa, volta a rendere edotto il consiglio in maniera esaustiva della struttura e dell'andamento passato, presente e futuro dell'impresa societaria, da rendersi indifferentemente in forma orale nel corso dell'adunanza consiliare ovvero tramite apposita relazione scritta trasmessa, previamente, a ciascun componente dell'organo amministrativo e sindacale in vista di una successiva disamina collegiale del suo contenuto. Purché ciò avvenga in modo sufficientemente analitico, e quindi anche con l'ausilio di un'adeguata rappresentazione contabile dei fatti di gestione comunicati e delle relative conseguenze, da non tradire la *ratio* normativa⁽⁵⁹⁾.

L'autonomia statutaria può avere voce in capitolo non solo in relazione alla periodicità dell'informazione⁽⁶⁰⁾, ma anche rispetto alle modalità di co-

⁽⁵⁹⁾ Sul punto, v. G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., p. 192 ss., cui si rimanda anche per ulteriori approfondimenti circa il perimetro ed il contenuto dell'informazione gestoria obbligatoria.

⁽⁶⁰⁾ Cfr., P. ABADESSA, *Nuove regole in tema di procedimento assembleare e tutela delle minoranze*, *Riv. soc.*, 2002, p. 1476; S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, cit., p. 64; G.D. MOSCO, *Commento sub art. 2381*, cit., p. 599. *Contra* L. ENRIQUES, in *associazione-*

municazione dei flussi, fermo restando il limite derivante dalla necessità di equivalenza rispetto a tutti i destinatari dei flussi stessi, con il risultato che non sarebbe legittima una clausola che preveda tempi o contenuti diversi per l'informazione diretta ai sindaci rispetto a quella indirizzata al consiglio di amministrazione. La stessa disposizione, dopo aver dettato la periodicità almeno ogni sei mesi con cui gli organi delegati devono riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione, la sua prevedibile evoluzione e le operazioni di maggior rilievo compiute dalla società e dalle sue controllate⁽⁶¹⁾, chiude tale schema con la previsione di un obbligo in capo agli organi delegati di rispondere *in consiglio* ad ogni richiesta di informazioni relative alla gestione sociale.

preite.it, secondo cui l'obbligo degli organi delegati di riferire almeno ogni sei mesi al consiglio comporterebbe un inutile e dispendioso incremento della frequenza delle riunioni del collegio, con inevitabile aumento dei costi relativi, ragion per cui sarebbe auspicabile una semplificazione su tale punto, prevedendo quanto meno la derogabilità statutaria di tale norma anche nel senso di ampliare la cadenza temporale di adempimento dell'obbligo di informazione.

⁽⁶¹⁾ Rispetto alla posizione di chi F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 52, ragionando dall'asimmetria tra 3° comma e 5° comma dell'art. 2381 c.c., ritiene che il consiglio debba solo valutare il generale andamento della gestione, e non anche la sua prevedibile evoluzione, bisogna registrare la posizione di P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., p. 503, il quale sostiene che «l'impressione che la legge, riferendo l'obbligo di valutazione del consiglio al solo andamento generale della gestione, abbia fatto uso di una espressione brachilogica, comprensiva di tutte le informazioni fornite dai delegati, trova un solido fondamento nel silenzio osservato anche a proposito delle operazioni di maggior rilievo, rispetto alle quali non si riuscirebbe a trovare nessuna ragione idonea a giustificarne una ipotetica esclusione dall'area dell'attività valutativa del consiglio. Se, poi, a ciò si aggiunge che, ove si escludesse – come assume la dottrina criticata – l'obbligo del consiglio di guardare al futuro, limitando il proprio campo di osservazione al passato ed al recente, si finirebbe inevitabilmente per trasformare il suo profilo da organo di governo in organo di mero controllo, non credo che possano residuare dubbi per concludere che l'organo collegiale – al di là della stretta lettera della legge – è comunque onerato a valutare tutti elementi, sia fattuali che prospettici, contenuti nei rapporti periodici degli organi delegati ed a prendere, se del caso, coerenti iniziative a tutela dell'interesse della società: art. 2392, comma 2°, c.c.». Sulla stessa lunghezza d'onda G.D. MOSCO, *Commento sub art. 2381*, cit., p. 599, il quale sostiene che la valutazione «comprende – parrebbe, ovviamente, al di là dell'incompletezza formale dell'art. 2381, co. 3 c.c. – la probabile evoluzione dell'andamento sociale e le operazioni più rilevanti».

In virtù della riforma del 2003, il consiglio di amministrazione e, nella specie, gli amministratori privi di delega, sono chiamati ad assolvere i nuovi compiti sulla base delle informazioni messe periodicamente a disposizione dagli organi delegati. Ma non solo, in funzione delle informative pervenute scatterà l'obbligo degli amministratori non esecutivi di attivarsi, dal momento che lo stesso art. 2381, 6° comma, c.c., impone di agire in modo informato, riconoscendo a ciascuno di essi il diritto-dovere di pretendere che siano in consiglio fornite informazioni circa la gestione della società. Pertanto vi è spazio per la ricerca individuale di informazione. Non esiste però un solo modo di agire informato, valido per tutti gli amministratori, se sono più di uno, della società, ma ciascun amministratore agisce in base ai doveri specifici che gli sono imposti dall'aver assunto un determinato incarico nella struttura dell'organo amministrativo. Così l'amministratore delegato avrà un determinato dovere di agire, che è differente dal dovere che è in capo a chi delegato non è. Ulteriormente anche i delegati possono avere compiti diversi, corrispondenti ai diversi ambiti cui sono delegati. Ad ognuno incomberà, quindi, un diverso dovere di "agire in modo informato". A ciascuno, però, nello svolgimento dei peculiari doveri derivanti dal proprio specifico incarico, sarà richiesto di raggiungere il massimo livello di completezza d'informazione richiesto da tale incarico.

L'organo delegante non assume, dunque, una posizione di mero controllo passivo, ma anche attivo, che si estrinseca sia nei diversi specifici obblighi di valutazione ed esame della struttura e dell'organizzazione, che nel dovere di reazione rispetto all'*an* e al *quantum* dell'informazione giunta. La stessa tipizzazione dei doveri di controllo gravanti sugli amministratori deleganti assume rilievo, e si giustifica, proprio alla luce della previsione di un continuo scambio informativo tra organi delegati e consiglio.

In quest'ottica l'obbligo di agire in modo informato sembrerebbe in sostanza coincidere con l'espunto dovere di vigilanza sulla gestione sociale, motivo per cui i deleganti sarebbero solidalmente responsabili per culpa in vigilando qualora non abbiano prevenuto o impedito l'attività dannosa dei delegati⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ Così, G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, p. 122; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ. Galgano*, XXIX, 2003, p. 279.

Tuttavia, è possibile individuare tra le due fattispecie delle difformità; infatti, il «dovere di agire in modo informato si dispiega in un ambito applicativo ridotto rispetto al precedente obbligo di vigilanza sull'andamento della gestione»⁽⁶³⁾. Il generale dovere di vigilanza prescindeva da qualsiasi altro dovere previsto dalla legge o imposto dallo statuto in capo agli amministratori. A ciò si aggiunge che il 3° e il 6° comma dell'art. 2381 c.c. presuppongono come fonte informativa primaria tutti gli atti di cui i deleganti vengono messi a conoscenza dai delegati, non postulando di per sé, un generale dovere di ulteriori indagini a carico dei deleganti⁽⁶⁴⁾.

Il quadro che si ricava dall'esame delle nuove disposizioni risulta sufficientemente chiaro. In particolare, attraverso la previsione di un sistema tipizzato di informazioni che gli organi delegati sono tenuti a mettere a disposizione del consiglio di amministrazione, nonché attraverso l'esatta individuazione dei doveri gravanti sui delegati e deleganti, il legislatore ha cercato di ovviare agli inconvenienti che avevano caratterizzato il regime anteriore⁽⁶⁵⁾. Il carattere innovativo della riforma emerge proprio ove si consideri che gli amministratori privi di delega non sono più tenuti a dimostrare di aver fatto tutto il possibile per evitare il compimento di atti pregiudizievoli da parte dei delegati. La riforma ha completamente modificato l'impostazione che caratterizzava la disciplina anteriore, prevedendo un criterio che consente di predeterminare il comportamento richiesto. Infatti, la condotta dei deleganti si presta ad essere censurata solo ed esclusivamente in relazione a

⁽⁶³⁾ Cfr. M. SPIOTTA, *Commento art. 2392*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario al D.lgs 17 gennaio 2003, n. 6*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, II, p. 775.

⁽⁶⁴⁾ Sul punto, si veda l'analisi di G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione endoconsiliare degli amministratori di s.p.a.*, in *Società*, 2005, p. 1473.

⁽⁶⁵⁾ L'opinione secondo cui l'intervento del legislatore in materia è chiaramente diretto a contenere gli eccessi che si erano riscontrati nel sistema anteriore riscuote unanime consenso in dottrina: tra gli altri, v. L. NAZZICONE, *Art. 2380-2396*, in L. NAZZICONE, S. PROVIDENTI, *Società per azioni. Amministrazione e controlli artt. 2380-2409-noviesdecies c.c.*, *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, 5, Milano, 2003, p. 34, A. DE NICOLA, *Art. 2392*, cit., p. 565; O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Società*, 2003, p. 803; G.D. MOSCO, *Commento sub art. 2381*, cit., p. 601.

quei fatti e situazioni di cui gli stessi deleganti siano venuti effettivamente a conoscenza, ovvero che essi sarebbero stati in grado di conoscere, qualora avessero correttamente vigilato sull'osservanza dei doveri informativi posti a carico dei delegati.

È chiaro come, tanto il dovere di agire in modo informato quanto il diritto dei deleganti di ottenere informazioni, vanno ad incidere in misura rilevante sul comportamento dovuto dai deleganti in adempimento dei propri compiti e, conseguentemente si ripercuotono anche sulla valutazione delle responsabilità in caso di asserita violazione. Questo esclude che i componenti del consiglio di amministrazione siano autorizzati ad assumere un atteggiamento passivo e di mera ricezione informativa nell'esercizio delle loro funzioni. In altre parole, è da escludere che costoro possano limitarsi ad attendere le informazioni dai delegati ed a controllare il relativo contenuto. Al contrario, essi sono tenuti a sindacare la completezza e l'eshaustività dell'informazione ricevuta ed hanno l'obbligo di attivarsi operosamente, laddove riscontrino eventuali lacune o notizie o dati non attendibili o qualsiasi altro elemento che possa arrecare danno alla società⁽⁶⁶⁾. Necessita, inoltre, che tale nucleo

⁽⁶⁶⁾ Secondo F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 23; ID., *Sub art. 2392*, in *Società di capitali. Comm. Niccolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, p. 680, la nuova disciplina pone a carico degli amministratori un dovere di informazione "anche di tipo attivo". Ma v. altresì S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, cit., p. 64, il quale in particolare reputa che il diritto di informazione dell'amministrazione «finisce per risolversi in un potere-dovere ogni qual volta tale richiesta appaia strumentale all'obbligo di agire in modo informato». Nel senso che la norma escluda ogni possibilità di atteggiamento passivo da parte degli amministratori, cfr. P. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, cit., p. 507; O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, cit., p. 803; *contra*, A. ROSSI, *Commento all'art. 2392*, cit., p. 807, ove «l'affermazione secondo cui il sistema introdotto dalla riforma, segnando il passaggio da una generale vigilanza attiva ad una specifica vigilanza "passiva", implicherebbe un eccesso di deresponsabilizzazione degli amministratori non esecutivi, i quali potrebbero sentirsi autorizzati a sedere in comode poltrone beandosi della placida ignoranza dei peggiori fatti di gestione nella quale gli organi delegati scelgano di lasciarli». Tale opinione non sembra condivisibile; infatti, sebbene agli amministratori non sia più richiesta, come invece accadeva in passato, un'ubiquità ed indefettibile vigilanza, ciò nondimeno costoro «non possono nemmeno per converso assistere avulsi a quanto transita in

essenziale di informazioni fluisca all'interno dell'organo amministrativo e sia reso effettivamente attingibile da parte di ciascun componente dello stesso. In caso contrario, verrebbe compromessa la capacità degli amministratori deleganti, non impegnati nella gestione operativa dell'impresa societaria di assolvere al compito, loro conferito dall'ordinamento, di controllo sull'operato degli organi delegati. E, più in generale, diventerebbe mera esteriorità la stessa *collegialità* dell'azione del consiglio di amministrazione – la quale, evidentemente, presuppone la possibilità di una consapevole partecipazione di tutti i suoi membri al processo decisionario⁽⁶⁷⁾ – sì da pregiudicare l'attuazione delle funzioni ponderatorie e/o compositive⁽⁶⁸⁾ alle quali propriamente risponde la natura collegiale dell'organo⁽⁶⁹⁾. È da escludere, inoltre, il pericolo di un surrettizio ampliamento delle responsabilità gestorie dei deleganti, considerando che il diritto di informazione dell'amministrazione, pur essendo rimesso all'iniziativa individuale del singolo, è in ogni caso destinato a sfociare in ambito collegiale, ossia nel contesto di una adunanza consiliare⁽⁷⁰⁾.

consiglio, come sedi accadimenti esterni si trattasse e non di processi decisionali». L'esigenza che la formalizzazione e la procedimentalizzazione dei canali informativi non comporti un'attenuazione dell'attività di vigilanza è avvertita pure con riguardo al collegio sindacale.

⁽⁶⁷⁾ Sul tema v. M. IRREA, *Le delibere del consiglio di amministrazione. Vizi e strumenti di tutela*, Milano, 2000, p. 446 ss.

⁽⁶⁸⁾ Sul punto si veda M. IRREA, *Le delibere del consiglio di amministrazione*, cit., p. 452, secondo cui ogni qual volta «si accerti che gli amministratori non costituiscono una semplice *longa manus* del socio di maggioranza da cui prendono ordini, ma siano dotati di autonomia e competenza, la collegialità non ha solo funzione ponderatoria, ma anche quella di comporre le diverse opinioni in ordine alle prospettive e alle scelte di impresa».

⁽⁶⁹⁾ La dottrina, con impostazioni e conclusioni spesso non coincidenti, è solita individuare le funzioni alle quali propriamente risponde il principio della collegialità dell'organo amministrativo pluripersonale di società azionarie in quelle di ponderazione nella formazione delle scelte imprenditoriali, di coerenza ed unità dell'azione gestoria e di composizione tra i molteplici interessi che possano assumere rilievo nella dialettica societaria. Per una disamina critica del tema, si veda, per tutti, M. STELLA RICHER jr., *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in B. LIBONATI (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, 1995, p. 277 ss.

⁽⁷⁰⁾ Nel senso di riconoscere la centralità della riunione consiliare si rinvia a quanto osservato, all'indomani della riforma, da G. FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 636 ss, si veda, inoltre, G.M. ZAMPERETTI, *La convocazione e l'ordine*

Il consiglio, tuttavia, viene a trovarsi in una posizione di sostanziale debolezza rispetto agli organi delegati, per quanto riguarda la gestione dei predetti flussi informativi. Non vi è, infatti, alcun strumento che possa essere utilizzato per far fronte all'eventuale inerzia se non, addirittura, al rifiuto dei delegati nel fornire l'informazione richiesta. L'unico mezzo utilizzabile per "sanzionare" l'operato dei delegati è rappresentato dalla revoca degli stessi. Trattasi, comunque, di un rimedio che, nella prospettiva qui valutata, risulta chiaramente inadeguato, vuoi perché implica la definitiva rimozione della carica dell'amministratore delegato inerte, cosa che potrebbe non essere opportuna; vuoi soprattutto in quanto tale misura, ove disposta, non permette comunque al consiglio di raggiungere il fine desiderato e che, come detto, è semplicemente quello di ottenere l'informazione richiesta.

I segnalati limiti della disciplina appaiono ancora evidenti, non appena si ponga mente alla circostanza che i titolari delle funzioni delegate dispongono di un potere assai ampio di scelta, tanto per quello che concerne la selezione delle informazioni da mettere a disposizione del consiglio, quanto in ordine alle modalità con cui presentare una simile informativa. Non può escludersi che gli amministratori delegati decidano di offrire agli altri amministratori tanti e tali dati e informazioni, determinando il pericolo che quest'ultimi vengano chiamati a rispondere anche di tale ulteriore attività valutativa. Senza dimenticare, poi, le modalità adottate dagli organi delegati per fornire le suddette informazioni: si pensi all'ipotesi di informazioni eccessivamente analitiche o difficilmente decifrabili sia pur nel contesto di una riunione consiliare. Ebbene, in questi casi, la previsione di specifici doveri di controllo degli amministratori privi di delega, potrebbe non essere suffi-

del giorno del consiglio di amministrazione di s.p.a., in *Società*, 2006, p. 284; A. DE NICOLA, *Art. 2392*, in *Comm. rif. società Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, *artt. 2380-2396*, (Egea) Milano, 2005, p. 562. È proprio in questa prospettiva, del resto, che merita di essere apprezzato il "nuovo" ruolo del presidente del consiglio di amministrazione, al quale in effetti l'art. 2381 c.c. riconosce, oltre ai tradizionali poteri "organizzativi" convocazione, fissazione dell'ordine del giorno e coordinamento della riunione, anche il compito di provvedere affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri, giungendo così ad attribuire a detta figura la funzione di "garante" dei flussi informativi endoconsiliari.

ciente ad evitare un automatico e generalizzato coinvolgimento degli stessi deleganti nelle responsabilità gestorie gravanti sugli organi delegati.

6. In particolare, si è detto che nel sistema generale delineato dalla riforma del 2003, elemento costitutivo della fattispecie integrante la responsabilità sociale degli amministratori non esecutivi – accanto alla condotta d’inerzia, al fatto pregiudizievole antidoveroso altrui e al nesso causale tra i medesimi – è quello della colpa. In altri termini la fattispecie sostanziale omissiva precisata dal novellato art. 2392 c.c., ha inteso superare ogni possibile riconduzione della responsabilità degli amministratori non esecutivi alla mera carica ricoperta, avendola ancor più esplicitamente condizionata all’elemento della colpa⁽⁷¹⁾.

L’art. 2392 c.c., stabilisce che la colpa può consistere o nell’inadeguata conoscenza del fatto altrui, o nel non essersi il soggetto con diligenza utilmente attivato al fine di evitare l’evento, aspetti entrambi ricompresi nell’essere “immuni da colpa”⁽⁷²⁾. Dunque, la colpa dell’amministratore non esecutivo può consistere, sotto il primo aspetto, ignoranza del fatto altrui, nel non aver rilevato colposamente i segnali dell’altrui illecita gestione, pur percepibili con la diligenza della carica, in quanto solo la responsabilità omissiva dolosa presuppone la conoscenza effettiva del fatto illecito o reato in itinere quale elemento essenziale della fattispecie, laddove l’imputazione per colpa richiede la mera conoscibilità dell’evento, mediante la conoscibilità dei predetti “sintomi” o “segnali di allarme”; sotto il secondo aspetto, la colpa consiste nel non essersi utilmente attivato al fine di evitare l’evento, e, dunque, l’amministratore non esecutivo non risponde in modo automatico per ogni fatto dannoso aziendale ed in ragione della mera “posizione di garanzia” ricoperta, ma solo in presenza di un difetto di diligenza. Nell’illecito colposo non si richiede, pertanto, la conoscenza dei predetti segnali dell’altrui gestione inadempiente, ma la loro concreta conoscibilità e ciò prende agli schemi propri della colpa. La “cono-

⁽⁷¹⁾ Così Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giur. comm.*, 2017, p. 549, con nota di F. RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di «sistema»?*

⁽⁷²⁾ Cfr. art. 2392 c.c., 3° comma, c.c.

scibilità” non si valuta, però, in via esclusiva alla stregua dei flussi informativi tracciati dall’art. 2381 c.c. e per canali formali o predeterminati: ma l’individuabilità dell’evento, negli illeciti colposi, può scaturire anche e, persino, in contrasto con le informazioni rese dall’amministratore o dagli amministratori esecutivi, da segnali inequivocabili, dunque percepibili con l’ordinaria diligenza da parte dell’amministratore non operativo; onde sussiste poi l’obbligo giuridico di intervenire per impedire il verificarsi dell’evento, costituendo, in caso contrario, l’omissione una concausa del danno. Agli amministratori privi di deleghe è richiesto di non essere passivi destinatari delle informazioni rese sua sponte dall’organo delegato, ma di assumere l’iniziativa di richiedere informazioni, in particolare allorché sussistano quei “segnali di pericolo” o “sintomi di patologia”, quali “indici rivelatori” o “campanelli di allarme” del fatto illecito posto in essere – o che sta per essere posto in essere – dagli organi delegati. In osservanza del potere-dovere di richiedere informazioni, ad essi si impone l’attivazione di non predeterminate fonti conoscitive, le quali non possono ragionevolmente ridursi all’informazione resa in seno al consiglio di amministrazione; nel contempo, l’amministratore non esecutivo è tenuto ad intraprendere tutte le iniziative, rientranti nelle sue attribuzioni, volte ad impedire gli eventi medesimi, in ciò concretandosi l’obbligo di agire informati. In conclusione, il sistema della responsabilità degli amministratori privi di deleghe posto dagli artt. 2381 e 2392 c.c., come innovati dalla riforma del diritto societario, conforma l’obbligo di vigilanza dei medesimi non più come avente ad oggetto “il generale andamento della gestione”, quale controllo continuo ed integrale sull’attività dei delegati, ma richiedendo loro, secondo la diligenza esigibile sin dal momento dell’accettazione della carica, di informarsi ed essere informati, anche su propria sollecitazione, degli affari sociali, e di trarne le necessarie conseguenze. Il perdurante dovere di controllo in capo ai medesimi può precisarsi come obbligo di informazione attiva e passiva, nonché di conseguente attivazione, al fine di scongiurare le condotte dei delegati da cui possa derivare danno alla società; quel che è definito il “dovere di agire informato”.

Dalle questioni sin qui illustrate, emerge come il tema della responsabilità degli amministratori costituisca uno degli aspetti più rilevanti della disciplina

societaria, in cui il bilanciamento di interessi, che solitamente sottende all'adozione di norme giuridiche, coinvolge situazioni parimenti meritevoli di tutela e che, quindi, rendono particolarmente delicata l'azione del legislatore e ancor più importante l'apporto all'opera di quest'ultimo che nasce dalle riflessioni di dottrina e giurisprudenza.

Nonostante la prassi giurisprudenziale degli ultimi anni non ci abbia ancora consegnato risultati che possano definirsi consolidati in merito ai risvolti applicativi della riforma del 2003, va certamente salutato con favore lo sforzo di conciliare le attese proprietarie che sottendono al conferimento degli incarichi di gestione con l'esigenza di coloro i quali accettano i predetti incarichi a non essere destinatari di affermazioni di responsabilità per fenomeni di cattiva gestione che prescindano dal loro concreto contributo e, soprattutto, si traducano in un sindacato della loro perizia manageriale. Per completezza, si rileva, infine, che le considerazioni sin qui svolte possono, comunque, riferirsi esclusivamente alle ipotesi in cui l'organizzazione amministrativa della società sia connotata da una formale attribuzione di deleghe. Non potendo in questa sede svolgere una riflessione esaustiva in merito, è appena il caso di osservare che, nell'ipotesi in cui l'attività illecita sia posta in essere da un amministratore non formalmente munito di delega, gli altri amministratori non potranno invocare l'altrui attribuzione di una «competenza di fatto» relativa alla scelta di gestione rivelatasi lesiva, per esimersi dalla propria responsabilità solidale rispetto alla stessa. Tra i doveri che la legge prescrive agli amministratori di osservare diligentemente, vi è, infatti, la ripartizione dei ruoli e delle responsabilità in seno all'organo amministrativo contenuta nel novellato articolo 2381 c.c. La violazione di tale sistema di regole costituisce, quindi, un'evidente violazione del dovere di diligenza che l'articolo 2392 c.c. pone in capo agli amministratori.

In memory of Ennio Russo (Antonio Palazzo)

Issue 2018 of Review “Diritto e Processo” in memory of Ennio Russo (Napoli, 1933, 18th September – Roma, 2018, 11th January), University professor, lawyer, jurist, mentor and friend.

Ennio Russo è stato uno dei più eminenti studiosi del diritto civile italiano. Allievo del Professore Salvatore Pugliatti, i suoi interessi spaziavano a tutto tondo nelle fondamentali branche delle scienze umane: filosofia, arte, letteratura, sociologia e, ovviamente, diritto. È stato tra i cinque fondatori della Facoltà di Economia dell’Università di Roma “Tor Vergata”, ove ha ricoperto gli insegnamenti a carattere privatistico sin dal 1987. Ha insegnato nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Perugia sino alla seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso, ricoprendo per vari anni l’incarico di insegnamento del Diritto civile, ove ha contribuito fattivamente alla creazione di una Scuola che valorizzasse i migliori allievi del Diritto privato e li avviasse alla carriera accademica. Negli ultimi anni era titolare del medesimo insegnamento nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma.

In particolare, in questa occasione, desideriamo ricordare Ennio Russo con particolare riguardo ai suoi scritti giuridici, ove ha fornito contributi ancor oggi fondamentali nello studio dell’interpretazione giuridica, delle situazioni giuridiche soggettive, del diritto di famiglia, della compravendita.

Tra i tanti significativi saggi scientifici dell’ultimo periodo vogliamo in questa sede richiamare: *L’interpretazione delle leggi civili*, Torino, Giappichelli, 2000; *Interpretazione della legge civile e “ragione giuridica”* (a cura di), Padova, Cedam, 2003; *Le convenzioni matrimoniali (artt. 159-166 bis c.c.)*, in *Codice civile. Commentario* Schlesinger-Busnelli, Milano, Giuffrè, 2004; *Diritti soggettivi (classificazione dei)*, in *Enc. giur.*, Agg., XIV, Roma, Ist. Treccani 2006; *Diritto soggettivo, I) Teoria generale*, *Enc. giur.*, Agg., XIV, Roma, Ist. Treccani, 2006; *L’interpretazione dei testi normativi comunitari*, Milano, Giuffrè, 2008; *Studi sul diritto di famiglia*, Roma, Gangemi, 2009; *Della vendita. Disposizioni generali. Delle obbligazioni del venditore, (artt. 1471-1482)*, in *Codice civile. Commentario* Schlesinger-Busnelli, Milano, Giuffrè, 2013; *L’evizione (artt. 1483-1489 c.c.)*, in *Codice civile. Commentario* Schlesinger-Busnelli, Milano, Giuffrè, 2016.

È inoltre Autore, insieme agli Allievi Giovanni Doria e Giorgio Lener, del manuale *Istituzioni delle leggi civili*, Padova, Cedam, giunto alla sua 6^a ed., 2018, ancora oggi adottato, nel Dipartimento di Giurisprudenza e in quello di Economia dell'Università degli Studi di Perugia, per la preparazione degli studenti del Corso di Istituzioni di diritto privato.

In memory of Vincenzo Scalisi (Antonio Palazzo)

Issue 2018 of Review “Diritto e Processo” in memory of Vincenzo Scalisi (Ucria, 1940, 20th May – Messina, 2018, 5th December), University professor, lawyer, jurist, mentor and friend.

Vincenzo Scalisi è stato uno dei più importanti studiosi del diritto civile italiano. Autore di numerosi lavori monografici, saggi, voci enciclopediche ed articoli, e titolare di cattedra *Jean Monnet*, ha ricoperto, nell’Università di Messina, la carica di Direttore del Dipartimento di Diritto Privato e Teoria del Diritto. Inoltre, è stato promotore della costituzione del Centro EURODIP S. Pugliatti, nonché Direttore dello stesso, assumendo nella richiamata veste varie iniziative allo scopo di promuovere attività di formazione e ricerca nei diversi settori del diritto privato oggetto di regolamentazione europea. Condirettore della “Rivista di diritto civile” e della “Rivista Europea”, ed altresì condirettore della collana “Studi di Diritto Privato”, nonché della collana “Pubblicazione del Centro EURODIP S. Pugliatti”, i suoi fondamentali contributi spaziano dalla teoria generale del diritto, al diritto civile, al diritto privato dell’Unione Europea.

Tra i tanti significativi saggi scientifici dell’ultimo periodo vogliamo in questa sede richiamare: *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, Giuffrè, 2005; *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011; *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell’epoca della postmodernità*, Milano, Giuffrè, 2012; *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2012.

In memory of Alessandro Mancinelli (Antonio Palazzo)

Issue 2018 of Review “Diritto e Processo” in memory of Alessandro Mancinelli (Pescara, 1969, 2nd October – Perugia, 2018, 3rd June), University researcher, lawyer and jurist.

Alessandro Mancinelli è stato un valente giovane studioso del diritto romano. Allievo del Professore Giuliano Crifò, ha collaborato con la *Accademia Romanistica Costantiniana*, Centro di Ricerca dell’Ateneo di Perugia. Dopo avere conseguito il dottorato di ricerca, è stato più volte titolare di assegni di ricerca presso le Università di Perugia, Roma “La Sapienza” e Roma Tre, nonché di insegnamenti romanistici presso la Link Campus University of Malta in Roma e poi presso l’Università degli Studi di Perugia. Nel 2006 è entrato a far parte del gruppo di ricerca, diretto da Andrea Giardina, impegnato nel progetto della edizione delle *Variae* di Cassiodoro, nel cui ambito gli venivano affidati la traduzione e il commento di documenti accomunati da un’unica tematica o da tematiche affini: diritto delle persone, diritto processuale, promozioni all’interno della prefettura al pretorio. Dal 2015 era ricercatore a tempo determinato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Perugia.

Oltre alla cura di volumi dell’Accademia Romanistica Costantiniana, della ristampa del I volume degli *Scritti giuridici vari* di Pietro Bonfante e alla pubblicazione di inediti di Antonio d’Emilia, tra le sue pubblicazioni, si ricordano in particolare: *Sul centralismo amministrativo di Teoderico. Il governo della Spagna in età ostrogota*, in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana*, 13, Napoli, 2001; *Traduzioni e commenti alle Variae di Cassiodoro*, in A. GIARDINA, G. CECCONI, I. TANTILLO (a cura di), *Cassiodoro, Varie*, 2, Roma, L’Erma di Bretschneider, 2014; *Traduzioni e commenti alle Variae di Cassiodoro*, in A. GIARDINA, G. CECCONI, I. TANTILLO (a cura di), *Cassiodoro, Varie*, 5, Roma, L’Erma di Bretschneider, 2015; *Processare per ricompensare. Casi nella Roma repubblicana*, Tricase, 2015; *Aspetti giuridici del trionfo in un processo del 241 a.C. L’*exemplum* di Val. Max. 2,8,2*, in *SDHI*, 81, 2015; *Il libro 11 delle Variae di Cassiodoro: modelli pratici per l’attività della prefettura al pretorio*, in *Dopo il Teodosiano. Il diritto pubblico in Occidente nei secoli V-VIII*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017.

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 it 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 18° – 2018