



TECNOLÓGICO
DE MONTERREY.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2019

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 Coordinator Andrea Sassi - Università di Perugia

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*; Giovanni Bruno, *Università di Roma Tor Vergata*; Francesco D. Busnelli, *Scuola Superiore S. Anna Pisa*; Luisa Cassetti, *Università di Perugia*; Hedley Christ, *University of Brighton*; Marco Comporti, *Università di Siena*; Cristina Costantini, *Università di Perugia*; 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*; Maurizio Oliviero, *Università di Perugia*; Andrea Orestano, *Università di Perugia*; Massimo Paradiso, *Università di Catania*; Andrea Pierini, *Università di Perugia*; Calogero Pizzolo, *Universidad de Buenos Aires*; Vito Rizzo, *Università di Perugia*; Umberto Santarelli, *Università di Pisa*; 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 (FBK-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: Sabrina Brizioli; Silvio Pietro Cerri; Roberto Cippitani; Elisabetta Mazzilli; 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

2019

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

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

Da questo anno Diritto e Processo (Derecho y Proceso – Right & Remedies), in preparazione del ventesimo anniversario dalla fondazione, che cadrà nel 2020, nel concentrare la propria attenzione in misura sempre maggiore sui temi di stretta attualità, si arricchisce di un Focus sul diritto dell'ambiente.

Environmental Law and Policy rappresenta un esperimento editoriale il cui scopo è quello di aprire una finestra sugli strumenti giuridici di tutela ambientale, attraverso contributi di ricercatori esperti della materia.

Nel rispetto dei settori scientifici di provenienza dei singoli Autori e della interdisciplinarietà della Rivista, ciascun contributo conduce un'indagine accurata e specialistica di una ben individuata tematica afferente la vasta materia ambientale. Gli studi e i lavori di ricerca, che nella forma di articoli, sintesi di progetti o indagini scientifiche sono riuniti nel Focus, non si occupano del medesimo topic né si inseriscono nella trattazione di una stessa tematica prestabilita o scelta dal Comitato scientifico. Tale scelta editoriale è, per la verità, rara nell'attuale panorama degli Special Issue di Riviste in materia ambientale: questi, infatti, nella maggior parte dei casi, sono connotati da un fil rouge tematico rispetto al quale i contributi sono soltanto delle argomentazioni specialistiche, seppur di alto livello scientifico.

Environmental Law and Policy rappresenta, piuttosto, uno spazio libero di confronto e al tempo stesso un laboratorio scientifico in cui ciascun esperto della materia ambientale ha la possibilità di esprimersi attraverso le personali ricerche ed esperienze professionali e introdurre dei nuovi profili di studio ed attualissimi temi di indagine. Esso è stato ideato e organizzato con lo scopo di permettere la divulgazione di una nuova dottrina del diritto ambientale, una letteratura scientifica di una emergente generazione di studiosi che si muovono, interagiscono e collaborano per dar vita ad una virtuosa cooperazione la cui finalità è la conoscenza di un settore in continua evoluzione.

Ringrazio la Dottoressa Sabrina Brizioli per l'impegno profuso.

Antonio Palazzo
Editor in Chief

INDEX

Articles

- 7-32 OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA
Della proprietà nelle fonti comunitarie
- 33-60 ELISABETTA MAZZILLI
La separación y el divorcio “a la carta”: la gestión de la crisis conyugal tras las últimas reformas del derecho de familia en España y en Italia
- 61-90 FRANCESCA TIZI
Gli accordi stragiudiziali di risoluzione della crisi coniugale nello spazio giudiziario europeo
- 91-112 FRANCESCO SCAGLIONE
Rapporto di filiazione e diritto al mantenimento
- 113-136 DANIELE CORVI
Riflessioni sull’abuso del diritto
- 137-172 ALESSANDRA LANGELLA
Il principio di proporzionalità nella ricerca biomedica
- 173-194 DANIELE CHIAPPINI
Artificial Intelligence and Legal Capacity: an Introduction to Robotic Subjectivity
- 195-228 VINCENZO LEMMI
La disciplina dei titoli di debito delle società a responsabilità limitata nel sistema italiano
- 229-252 SIMONE FRANCESCO COCIANI
La fatturazione di operazioni soggettivamente inesistenti. Profili critici
- 253-278 LORENZO PELLI
Frode nell’esercizio del commercio agroalimentare e tutela del consumatore

Focus: Environmental Law and Policy

- 279-310 SERGIO MESSINA
Sovranità e crisi ecologica. Per una democrazia “verde” oltre lo Stato
- 311-360 MARIO PAGANO
Overcoming plaumann in Eu environmental litigation. An analysis of Engos legal arguments in actions for annulment
- 361-382 CARLO VITTORIO GIABARDO
Climate change litigation and tort law. Regulation through litigation
- 383-410 GIADA GIACOMINI
Indigenous peoples and climate change: The Yaneshba people’s case from a participatory justice perspective
- 411-440 SABRINA BRIZIOLI
Shifting variables in regulating genetic resources: definition, legal status and access

Overviews

- 441-518 *Nascita da gestazione per altri e diritto allo status* (nota a Cass., Sez. un. civili, 8 maggio 2019, n. 12193) [ANDREA SASSI, STEFANIA STEFANELLI]
- 519-535 *Dell’arricchimento senza causa* [OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA]
- 536-557 *Contratação pública e subvenções* [ANA RAQUEL COXO]
- 558-584 *Accesso alle risorse genetiche in Grecia, Italia, Spagna, Francia* [GIULIA BINAGLIA]
- 585-598 *Il matrimonio del Generale. Tra vecchio e nuovo diritto, la mai sopita questione della riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici in materia di nullità del matrimonio* [FRANCO ALUNNO ROSSETTI]

In Memoriam

- 599 *In memory of Giuseppe Palazzolo* [ANTONIO PALAZZO]
- 600 *In memory of Federica Marabini* [ANTONIO PALAZZO]

OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA^(*)

DELLA PROPRIETÀ NELLE FONTI COMUNITARIE

Abstract: The article studies the property through the analysis of the European Legal System. Particularly, it analyses – based on the principle of “sussidiarietà” – the many positions of doctrine on the concept of ownership: right of the person, social function, solidarity, fiscal capacity and equality.

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema della legislazione comunitaria in materia di proprietà. – 2. Le competenze della CEE. – 3. In generale: le posizioni interpretative sulla legislazione comunitaria in tema di proprietà. – 4. L'evoluzione della normativa comunitaria in tema di proprietà. – 5. Normativa comunitaria e principio di sussidiarietà. – 6. La disciplina comunitaria in materia di proprietà. – 7. L'individuazione del concetto di proprietà nella legislazione comunitaria. – 8. La tendenza ad inquadrare il diritto di proprietà tra i diritti della persona. – 9. Le soluzioni intermedie. – 10. Le soluzioni ispirate al principio della funzione sociale. – 11. Le soluzioni ispirate al principio di fiscalità. – 12. Nostra posizione.

1. — *Introduzione al problema della legislazione comunitaria in materia di proprietà.*

È convinzione diffusa tra gli operatori giuridici quella secondo cui il diritto tendenzialmente altro non sia se non la veste delle trasformazioni, che si realizzano nella società, con cui la politica dà veste formale alle trasformazioni della realtà. È, dunque, evidente che le riforme reali e, di conseguenza, il diritto esprima una forte carica ideologica.

È ben noto, poi, che le norme giuridiche, essendo espresse attraverso formule verbali, debbano essere interpretate dagli operatori giuridici, dovendo le stesse essere in concreto applicate.

Da qui la conseguenza che, quando occorre “sistemare” o applicare le regole contenute in una specifica riforma normativa, si creino – per così dire – quanto meno due o più gruppi di giuristi-tifosi.

^(*) Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

I giuristi conservatori, ad esempio, anche in presenza di riforme fortemente innovative, tendono, gattopardescamente, ad accreditare la tesi secondo cui la riforma “ha cambiato tutto, perché nulla cambi”. Essi, dunque, tendono ad accreditare l’assenza o il depotenziamento della portata innovativa della nuova normativa.

I giuristi progressisti, al contrario, sono tendenzialmente inclini ad amplificare la portata innovativa della riforma assunta in sede normativa.

Se queste sono le dinamiche del dibattito giuridico, è chiaro che esse si accentuano, quando l’oggetto della discussione sono le riforme, che vengono apportate al diritto di proprietà, visto che, come aveva già tempo posto in luce Filippo Vassalli, esso assume un’assoluta centralità all’interno del diritto privato.

A mo’ di esempio, si ricordi le polemiche, cui ha dato luogo l’entrata in vigore dell’art. 42 della Costituzione.

A di là delle ovvie implicazioni che tale disposizione aveva a livello di gerarchia delle fonti, si poteva ritenere che essa avesse rappresentato una svolta fondamentale rispetto all’art. 832 c.c.?

Si consideri che tale prescrizione normativa, come è stato ripetutamente osservato, nel ribadire rispetto alla proprietà il tradizionale concetto di limite, aveva addirittura previsto che il proprietario potesse essere tenuto a rispettare obblighi. In altri termini, al proprietario non potevano essere imposti solo comportamenti negativi (come volevano le teorizzazioni tradizionali), ma egli poteva anche essere tenuto ad adottare comportamenti positivi.

A ciò si aggiunga che, nel corso della codificazione, era stato lungamente discusso se alla proprietà potesse essere imposto lo scopo di perseguire una funzione sociale: soluzione che, poi, fu scartata – sostanzialmente per ragioni di politica del diritto –, quantunque non sia possibile ipotizzare che tale dibattito non abbia inciso sulla definizione del contenuto del diritto in esame.

2. — *Le competenze della CEE.*

Detto questo, a fronte della successiva formulazione dell'art. 42 Cost., una prima schiera di operatori giuridici – che solo per comodità chiamerò conservatrice – si mosse alla ricerca di garanzie costituzionali al diritto di proprietà. Al riguardo fu richiamato prevalentemente la garanzia che l'ultimo comma della art. 42 Cost. prevede rispetto alla espropriazione o valorizzando il contenuto economico sostanziale del diritto di proprietà o, ancora, asserendo una pretesa priorità del concetto tradizionale di tale diritto.

La seconda schiera di operatori giuridici – che, ancora una volta per comodità chiamerò progressista – negava, invece, l'esistenza della garanzia di un contenuto minimo della proprietà, adducendo che la Costituzione, al 2° comma dell'art. 42, assicura ad essa solo una garanzia formale, che si realizzerrebbe in concreto, in virtù della copertura con la riserva di legge a cui è demandata la determinazione dei modi di acquisto, di godimento ed i limiti di tale diritto.

Prescrizione questa che, peraltro, subisce una radicalizzazione, visto che la medesima norma prevede ancora che il diritto in esame debba essere disciplinato in modo che esso persegua lo scopo di assicurarne la funzione sociale e sia reso accessibile a tutti.

Questo particolare dibattito, in ogni caso, si chiudeva tendenzialmente a favore della seconda schiera di operatori di diritto: i dati semantici, con cui è stata espressa la disciplina del diritto in esame, pongono chiaramente in luce che essa ha una forte ispirazione dirigistica e tali dati non possono essere obliterati, per sostenere che la disciplina riservata a quest'ultimo istituto sia ispirata ai postulati del *faissez faire*. Infatti, non solo la “funzione sociale” si pone in una certa misura in opposizione con gli scopi ed i poteri individuali; ma anche il principio del tendenziale e generalizzato accesso ai beni, postula che qualcuno sia privato del relativo diritto, visto che le risorse, per definizione, sono limitate.

Il dibattito, dunque, si dipanava lungo queste direttive, quando, con il proliferare della legislazione comunitaria, essa è andata a prendere in considerazione anche il diritto di proprietà. Allora, i vari autori, assumendo che la

regola enunciata dal 1° comma dell'art. 117 Cost. – che sembrava autorizzare la soluzione secondo cui le specifiche normative nazionali non potessero non adeguarsi innanzi tutto alla normativa comunitarie – hanno iniziato ad elaborare soluzioni, che si supponeva fossero avvalorate dal nuovo sistema di gerarchia delle fonti.

Gli operatori giuridici, tuttavia, anche, in questo caso, tendono a piegare il dato normativo alle proprie vedute, attraverso la svariate manipolazione di quest'ultimo.

3. — *In generale: le posizioni interpretative sulla legislazione comunitaria in tema di proprietà.*

Ebbene la CEE, malgrado, sostanzialmente, fosse stata istituita, per assicurare la libera concorrenza, oltre che per agevolare l'integrazione fra stati membri, abolire i dazi doganali e gli ostacoli al libero scambio, con l'adozione dell'art. 17 della Carta di Nizza (che grazie alla successiva adozione del trattato di Lisbona ha assunto anch'essa la "forza" di un trattato) detta una disciplina più minuziosa del diritto di proprietà.

Si consideri, però, che la proprietà non figura né tra le materie oggetto di competenza esclusiva della Comunità, né tra quelle oggetto di competenza concorrente (artt. 3 e 4, in *G.U.* del 26 ottobre 2012), anche se, poi, una poco comprensibile prescrizione contenuta nello stesso testo normativo (art. 352) prevede che «se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione previa approvazione del Parlamento europeo».

Sebbene non sia ben chiaro a che cosa alluda l'espressione "azione", si deve presumere che essa individui un atto normativo dell'Unione, visto che

essa agisce mediante l'utilizzo di norme. Orbene, ove così fosse, tale norma, ad avviso di chi scrive, contrasterebbe all'evidenza con la nostra Costituzione⁽¹⁾ – ma aggiungerei anche con tutti i principi di diritto –, se è vero che essa riserva, all'Unione, quando sia indispensabile – e sia pure con l'adozione di procedure particolari –, una competenza di carattere generale, affidando alla stessa il potere di decidere quando ricorra il presupposto⁽²⁾ di derivazione schmittiana della “necessità”. Ci sia consentito il rilievo, ma tale soluzione ci ricorda tanto il ben noto postulato secondo cui sovrano è chi decide sullo stato di eccezione.

Per restituire alla norma in esame una parvenza di legittimità, occorrerebbe fare una ipotesi – a dire il vero alquanto fantasiosa –, ossia bisognerebbe supporre che essa vada interpretata anche alla luce del contenuto dell'art. 345 del medesimo testo normativo, il quale dispone che «i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli stati membri».

Riguardata da questa prospettiva il già richiamato art. 352 sembrerebbe amplificare il principio di sussidiarietà, nella misura in cui sostanzialmente esso attribuisce agli organi comunitari la competenza ad assumere, addirittura, “azioni” anche nelle materie in cui tali organi non hanno alcuna competenza normativa. La differenza, che sussiste tra il principio enunciato dalla norma in esame ed il principio di sussidiarietà va, infatti, individuato nel fatto che gli interventi operati in nome di quest'ultimo principio possono avvenire solo nei settori di competenza dell'Unione.

(1) Al riguardo si rinvia alle limpide pagine di un giurista puntuale come V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1975, p. 124 ss., il quale, peraltro, perviene a soluzioni ben più radicali da quelle enunciate nel testo.

(2) In questo caso non è in discussione se le leggi ordinarie, che autorizzano la ratifica dei Trattati, determinare possano un'alterazione del sistema delle fonti del diritto. In quest'ultimo caso, come è noto, si è stati tentati di dare risposta positiva al problema – non senza perplessità – richiamando l'art. 11, 1° comma, Cost., che attribuisce allo Stato la competenza di consentire, in condizioni di parità, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra Nazioni. Ma tale soluzione non è estendibile alla norma esaminata nel testo, poiché in quest'ultimo caso la non si è in presenza di una “limitazione della sovranità”, bensì ad una potenziale abdicazione della stessa. Tanto più che a decidere, quando sia necessario consentire alle limitazioni di sovranità è la Convenzione.

Da ciò consegue che nella fattispecie in esame, come lo stesso art. 352 prevede, la competenza comunitaria si viene a radicare, in virtù di quella fonte di diritto che i politologi e i costituzionalisti designano con il termine “necessità”.

Ora, se è pur vero che l'Italia – in presenza di specifici presupposti ed allo scopo di perseguire determinati scopi – accetta che vengano apportate limitazioni alla propria sovranità, nondimeno tali limitazioni devono derivare da convenzioni internazionali, non a caso l'art. 11, 2° comma Cost. fa riferimento all'espressione “consente”, laddove l'art. 352 del testo normativo in esame prevede una potenziale e totale cessione di sovranità, effettuata sulla base di una regola giuridica adottata dagli organi comunitari.

Per quanto più strettamente attiene al diritto di proprietà, si è già posto in evidenza che, nell'ordinamento comunitario, non si rinviene alcuna norma che attribuisca competenza all'Unione nella disciplina di tale diritto, da qui la conseguenza che gli eventuali interventi normativi degli organi comunitari in questa materia possano essere assunti solo in caso di necessità – ad esempio, disciplina nazionale carente o lacunosa – e nel rispetto delle procedure previste dalla norma in esame.

4. — *L'evoluzione della normativa comunitaria in tema di proprietà.*

Ritorniamo al diritto di proprietà per osservare che, per una più completa comprensione della legislazione comunitaria, si deve fare un passo indietro, per chiarire che la norma richiamata era stata preceduta dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il quale era stato firmato dagli stati membri a Parigi in data 20 marzo 1952.

Tale norma è una delle prime a prendere in considerazioni il diritto di proprietà ed essa al 1° comma puntualmente dispone che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi internazionali».

«Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di metter in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

Orbene, è chiaro che la prima disposizione giuridica, contenuta nella richiamata norma, è chiaramente priva di qualsiasi valore prescrittivo, poiché, dal punto di vista giuridico, significa poco disporre che ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. A meno che essa non la si raccordi con la seconda parte della disposizione in esame, che indirettamente prende in considerazione l'espropriazione. Ma, ove così fosse la prima disposizione dovrebbe essere considerata sostanzialmente superflua.

Per quanto riguarda la seconda parte della norma – ossia quella che dovrebbe regolare l'espropriazione – essa è all'evidenza priva di qualsivoglia valore prescrittivo, visto che la stessa enuncia regole, che erano già contenute nel nostro ordinamento giuridico: dal 3° comma dell'art. 42 era già possibile desumere che l'espropriazione era fin d'allora governata dal principio di legalità (legge e diritto internazionale), nonché dalla ricorrenza di un motivo di interesse generale o che, dir si voglia, di pubblica utilità.

A nostro avviso, maggior rilievo riveste l'ultima parte della norma in esame, poiché, laddove essa dispone che le regole precedenti non pregiudicano la competenza degli Stati membri di adottare norme finalizzate a regolare l'uso dei beni, ribadisce un principio che – salvo, come si è visto, alcune eccezioni connesse alle competenze esclusive della Comunità – da sempre governa la legislazione comunitaria. Si tratta del principio di sussidiarietà, a cui di recente ha dato rilievo normativo l'art. 69 del TFUE del 2012.

5. — *Normativa comunitaria e principio di sussidiarietà.*

Una breve e forse superflua riflessione sul principio appena richiamato di sussidiarietà.

Tale principio, sulla base della normativa comunitaria, si andato specifi-

cando nei concetti di sussidiarietà verticale e orizzontale adesso costituzionalizzati⁽³⁾.

La prima nozione sarebbe utile ad identificare di partecipazione degli enti minori alle istituzioni superiori, laddove la nozione di sussidiarietà orizzontale identificherebbe i problemi connessi ai rapporti tra soggetti pubblici e privati nella gestione dei così detti beni comuni.

Ma è stato accennato che, tradizionalmente, tale principio è stato adoperato per significare, sul piano prescrittivo, che gli enti superiori possano sostituirsi a quelli inferiori, ove essi non siano in grado di svolgere – o, comunque, non pongano in essere – specifiche funzioni. Tanto è vero che si rammenterà che qualche decennio fa le privatizzazioni delle società partecipate dallo Stato furono realizzate, proprio attraverso il richiamo a tale principio. Esso è stato adesso costituzionalizzato dall'ultimo comma dell'art. 118 Cost., il quale dispone che gli enti locali, agevolano l'autonoma iniziativa di cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interessi generali, sulla base del principio di sussidiarietà.

Detto questo, è evidente che il 2° comma dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione dei diritti dell'uomo, laddove prescrive che gli stati possano adottare le leggi da esse repute necessarie, per regolare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o ammende ha inteso significare che la mancata adozione di tali leggi avrebbe giustificato l'applicazione del 1° comma di tale norma, che, peraltro, come si è detto, è quasi priva di rilievo prescrittivo, legittimando così, in definitiva, l'intervento "sostitutivo" della normativa comunitaria.

Per completezza, si deve rammentare che il principio in esame viene espressamente richiamato dall'art. 51 della Carta di Nizza, il quale dispone che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

Ciò posto, è chiaro che il principio di sussidiarietà, a cui si rifanno tali nor-

⁽³⁾ F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco*, s.a., pp. 91 e 124 ss.

me non è né quello né quello verticale, né quello orizzontale, bensì l'ultimo da noi identificato. Esso, infatti, non detta solo in parte – in particolare la seconda norma da noi richiamata – una regola relativa a supposti rapporti tra enti minori ed enti superiori o connessi alla partecipazione dei singoli alla gestione dei così detti comuni. La prescrizione in esame vuole significare, piuttosto, che la Comunità può giustificare il proprio intervento sul diritto di proprietà solo in presenza di una inattività degli Stati membri, ossia nelle ipotesi in cui il diritto di proprietà risulta disciplinato da regole lacunose o non esaurienti. Ma la prescrizione in esame ha, a ben vedere, una portata ulteriore: essa, sostanzialmente, consente agli stati membri di derogare alla disciplina enunciata dalle regole comunitarie, ove i legislatori nazionali ritengano che ciò sia necessario, sia pure nel rispetto dei principi tipizzati dalla normativa comunitaria.

6. — *La disciplina comunitaria in materia di proprietà.*

Per riuscire ad inquadrare la normativa comunitaria, in materia di proprietà occorre ripetere che essa, in origine non attribuiva all'Unione alcuna competenza⁽⁴⁾. Infatti, l'art. 345 del TFUE disponeva letteralmente che «I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

A parte ogni considerazione in ordine alla formulazione di tale norma, se si fa un buon governo delle regole ermeneutiche, da essa si desume che la normativa primaria europea non disciplina la materia della proprietà in vigore nei vari stati dell'Unione.

Tale organo, nel corso degli anni, si è appropriata di tale competenza ed ha finito per dettare nel corso degli anni una disciplina non del tutto omogenea.

Inizialmente è stata dotata una norma piuttosto “liquida”, se è vero che il 1° comma dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea per

⁽⁴⁾ Sul problema, cfr. M. TRIMARCHI, *La proprietà – Per un sistema aperto italo-europeo*, Torino, 2015, p. 23 ss.

la salvaguardia dell'uomo e delle libertà – firmato a Parigi il 20 marzo 1952 –, dettava una disciplina del tutto laconica del diritto di proprietà. Il successivo 2° comma della norma in esame, finiva per depotenziare la portata prescrittiva contenuta nel comma precedente, dal momento che disponeva che la regola dettata al 1° comma della norma in esame non avrebbe pregiudicato il diritto degli stati ad adottare regole da essi considerate opportune, per regolare l'uso dei beni. Il comma in esame, tuttavia conteneva una prescrizione di difficile interpretazione, giacché, come si è accennato, disponeva che gli Stati, nel disciplinare l'uso dei beni, dovessero perseguire scopi di interesse generale ed assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi ed ammende.

Si diceva che la soluzione, adottata dalla norma in esame è quanto meno oscura, giacché non è ben chiaro se essa, nel prevedere che dovessero essere perseguiti gli scopi di interesse generale, nonché assicurare il pagamento delle imposte e delle ammende, si riferisse agli interessi, alle imposte ed alle ammende dell'Unione o dei vari stati nazionali. Senza contare che sembra discutibile che, nel disciplinare il diritto di proprietà, debba essere anche assicurato il pagamento delle ammende, tenuto conto che esse conseguono alla consumazione delle contravvenzioni, ossia le stesse rappresentano la sanzione a cui sottostà colui il quale commette un reato. Ciò posto non si riesce a comprendere quale punto di contatto presenti la disciplina della proprietà con le ammende. E, poi, non si riesce a comprendere perché dare rilievo al pagamento delle imposte e delle ammende, tenuto conto, che esso integra la fattispecie dell'obbligazione, dunque, i soggetti obbligati rispondono sia personalmente (art. 1218 c.c.) che patrimonialmente dei relativi adempimenti, ossia in quest'ultima ipotesi con tutti i loro beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.). La norma, dunque, non si segnala, in ragione della propria linearità, anzi essa è chiaramente incomprensibile.

7. — *L'individuazione del concetto di proprietà nella legislazione comunitaria.*

Torniamo così alla regola dettata dall'art. 17 del Convenzione di Bruxelles, che è quella più importante, che si rinviene nella normativa comunita-

ria – dopo quelle appena esaminate – contenuta nel Protocollo addizionale firmato a Parigi il 20 marzo 1952, visto che la prescrizione enunciata da tale norma, come si è accennato, ha autorizzato, sul piano interpretativo, conclusioni poco persuasive.

Orbene, dispone l'art. 17 della convenzione di Bruxelles che «ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta».

Iniziamo con l'esame dell'ultimo inciso normativo: sebbene sia del tutto superfluo soffermarsi sull'ultimo comma dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles. Tuttavia sembra opportuno esaminare tale norma poiché vi è stato qualcuno che ha inteso ravvisare in essa una svolta epocale negli ordinamenti giuridici.

Ora che tale assunto sia destituito di fondamento lo dimostra il fatto che i beni immateriali – tali sono le creazioni intellettuali –, a partire dalla legislazione coeva alla codificazione napoleonica, sono liberati dal giogo del monopolio – concezione tipica dell'età medioevale – per essere contemplati quale oggetto di proprietà e, dunque, come beni in senso giuridico⁽⁵⁾.

Con la conseguenza che disporre che la proprietà intellettuale è protetta equivale a prescrivere che tali entità sono beni in senso giuridico – ossia entità rispetto alle quali le norme regolano il loro uso – e, dunque, equivale ad affermare – se ci è consentito un linguaggio colorito – che, grazie alla legislazione comunitaria, è stata scoperta l'acqua calda.

Per il resto, la formulazione della norma in esame non presenta un contenuto sostanziale diverso rispetto al nostro codice civile e, direi, in qualche modo anche rispetto alla Costituzione italiana, se si eccettua la circostanza

⁽⁵⁾ Al riguardo, ci sia consentito il rinvio ad O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 229 ss.

che anch'essa opera un riferimento al diritto di godere, laddove è ben noto che l'attività di godimento fa parte del contenuto del diritto proprietà, ma non rappresenta un diritto. Occorre precisare, peraltro, che non si tratta di un riferimento del tutto perspicuo, visto che le prospettive normativistiche tendono a considerare irrilevante tale facoltà: esse, infatti, accreditano la tesi secondo cui il diritto di proprietà si risolve in un mero rapporto giuridico.

Senza contare che coloro che si ispirano a concezioni imperativistiche, assumono che tale facoltà sia irrilevante, sotto il profilo giuridico.

La norma prosegue, come il nostro codice e la stessa Costituzione italiana, richiamando il "diritto di disporre" ed essa sollecita, dunque, le stesse considerazioni, che sono state svolte rispetto al "diritto di godere". La norma prosegue disponendo che ogni individuo ha il diritto di lasciare i propri beni in eredità. Tale disposizione sembrerebbe contraddire il ben noto principio liberale, che postula l'esigenza di assicurare ai soggetti la parità nei punti di partenza. La norma sembra porsi anche in contrasto con l'ultimo comma della nostra Costituzione, il quale, in sintonia con i principi liberali, dispone che spetta allo Stato la competenza a stabilire i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

La legge ordinaria, dunque, è competente a regolare la materia successoria, ma è evidente che, essendo la Costituzione una fonte sovraordinata, essa non potrà che dare attuazione ai principi costituzionali. Si viene così a profilare un contrasto tra la Costituzione italiana e la norma comunitaria, contrasto che, in astratto, dovrebbe essere risolto, dando la prevalenza alla prima, essendo la stessa la legge fondamentale del nostro ordinamento giuridico.

Ancora, la norma in esame, prescrive che i proprietari siano titolari del diritto di godere, di disporre, di usare i propri beni, purché li abbiano acquistati legalmente.

La norma appena richiamata è quanto meno oscura. Che la proprietà dei beni, normalmente debba essere acquistata legalmente è lapalissiano, ma proprio per tale ragione una norma con tale contenuto non andrebbe scritta. Che cosa significa infatti: forse che, per acquistare la proprietà dei beni, la relazione debba instaurarsi necessariamente in maniera legittima? Il nostro codice, peraltro, dispone, all'art. 1158 del codice civile che il possessore

acquista la proprietà dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari dopo vent'anni. Dalla circostanza che la norma faccia riferimento al possessore, senza chiarire se esso debba essere di buona o di mala fede, si desume che la relazione possessoria possa essere stata instaurata anche in maniera illegittima. Il nostro codice civile addirittura dispone che l'usucapione possa maturare, anche nel caso in cui la relazione possessoria sia stata instaurata in maniera violenta o clandestina, ma soggiunge che, dal momento in cui è cessata la violenza o la clandestinità, inizi a decorrere il termine utile per la produzione dell'effetto acquisitivo a titolo originario.

Orbene, a parte il fatto che le relazioni possessorie illegittime non implicano che esse si siano instaurate in maniera violenta o clandestina, resta il fatto che anche, ove così fosse, dal momento in cui la violenza è cessata inizia a decorrere il termine, perché si produca l'acquisto a titolo originario del bene.

Ancora, l'art. 1141 c.c. dispone che si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato ad esercitarlo semplicemente come detenzione. È chiaro che colui che esercita il potere di fatto è un detentore, con la conseguenza che la norma prevede una inversione dell'onere della prova, nel senso che sarà colui che rivendica la proprietà del bene che dovrà provare che chi esercita il potere di fatto è un mero detentore.

Sempre l'art. 17 della norma comunitaria, con una prescrizione che riecheggia le soluzioni contenute nella nostra Costituzione e nel nostro codice civile, dispone che nessuno possa essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. La norma, all'evidenza regola l'istituto dell'espropriazione: infatti, la "perdita" della proprietà è un effetto che consegue solamente ai provvedimenti di espropriazione, altrimenti nel lessico normativo si fa riferimento, prevalentemente, alle espressioni: "trasferimento", "acquisto".

Orbene, il nostro codice civile all'art. 834 dispone che nessuno possa essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblica interesse, legalmente dichiarato, e contro il pagamento di una

giusta indennità. Ancora una volta, l'espressione "privato" è adoperata, per alludere ai provvedimenti ablatori. Anche il codice prevede, poi, che debba essere la legge a dichiarare la sussistenza di un pubblico interesse ed entrambi fanno riferimento alla nozione di giusta indennità.

Pure la nostra Costituzione al 3° comma dell'art. 42 dispone che la proprietà privata possa essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

Ancora una volta, il testo normativo fondamentale italiano, dispone, in primo luogo, che il provvedimento ablatorio possa essere adottato esclusivamente nelle ipotesi prevedute dalla legge, solo in presenza di motivi di interessi generali. Nella norma in esame, peraltro, nulla si dispone in ordine alla misura dell'indennità. Ma, probabilmente, si deve supporre che in questo caso la norma in questione preveda una riserva relativa di legge: essa, dunque, affida alla competenza del legislatore ordinario, non solo il dovere di determinare il contenuto del diritto di proprietà ed i suoi limiti, ma ad esso assegna anche il compito di perseguire la funzione sociale.

È stata la legislazione ordinaria a farsi carico, fin dal secolo XIX, ad esprimere norme che, a seconda dei periodi ed in varia misura, prevedessero, in base a quali criteri dovesse essere quantificata l'indennità.

I provvedimenti ablatori reali hanno sempre tentato di realizzare una mediazione nell'opposizione reale, che sempre si è posta tra interesse pubblico ed interesse del privato. Nondimeno occorre osservare che siffatta mediazione, probabilmente, non sempre è stata risolta in maniera lineare: la compressione dell'indennità comporta, infatti, la deplorabile conseguenza di scaricare a carico dei privati le riforme pubbliche, laddove il loro costo dovrebbe essere distribuito, attraverso l'imposizione fiscale.

Ad ogni modo, l'unica differenza che sembra sussistere tra le varie norme si può, in definitiva, individuare nella circostanza che la normativa comunitaria, al contrario delle altre disposizioni, consiste nel fatto che la prima prescrive che il pagamento debba avvenire in tempo utile. Il che implica che i tempi di corresponsione dell'indennità debbano essere più brevi.

Sempre la prima parte del testo comunitario dispone che l'uso dei beni debba essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale.

La norma è ridondante, poiché è ovvio che l'uso dei beni (ossia fra l'altro, la proprietà dei beni) debba essere regolato dalla legge nei limiti dell'interesse generale. La norma, da una parte, esprime un considerevole livello di garantismo e, dall'altra, una considerevole ispirazione verso i valori sociali, sebbene, come si scriverà, vi sia stato chi, in maniera discutibile, ha ritenuto che essa sia permeabile all'ideologia liberale.

La norma, contenuta all'art. 51 del testo normativo in esame si chiude, ribadendo il principio di sussidiarietà e disponendo, con una regola contraddittoria, che gli Stati membri rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le proprie competenze e prosegue, prescrivendo che la presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati.

Da ultimo, il testo comunitario dispone che solo le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e l'art. 53 della normativa in esame conclude il quadro dei principi comunitari, disponendo che nessuna disposizione della presente Carta possa essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti.

In definitiva, dalla regola in esame è dato desumere che la normativa comunitaria riserva una tutela "forte" ai soli diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, mentre non si può dubitare che il diritto di proprietà non possa essere annoverato tra tali posizioni soggettive, visto che esso ha essenzialmente contenuto economico.

8. — *La tendenza ad inquadrare il diritto di proprietà tra i diritti della persona.*

Poc'anzi è stato posto in luce, che in questa materia vengono avanzate due opposte ipotesi interpretative, adesso occorre chiarire che, già da qualche tempo, è stata elaborata una soluzione, per così dire intermedia. In tale contesto, è stato ad esempio, posto in luce che, pur a voler ammettere che il diritto di

proprietà sia da considerare una situazione soggettiva rilevante, poiché regolata come tale nella nostra Costituzione italiana, nondimeno essa debba essere considerata un diritto fondamentale solo perché è collocato nella prescrizione giuridica, collocata nel titolo secondo della Carta di Nizza rubricata libertà⁽⁶⁾. Un tale assunto presupporrebbe l'accoglimento di una oramai superata concezione naturalistica di tale diritto, prova ne sia che Stefano Rodotà, che ha contribuito alla redazione ed alla preparazione della Carta, riteneva che la formulazione proposta dalla Carta di Nizza in tema di proprietà non richiama l'individualismo possessivo, imperante nel corso del secolo XIX e affermava espressamente che una siffatta concezione sarebbe un'erronea, proprio un errore di lettura, giacché, se mai, è corretta l'opposta soluzione.

Tale assunto veniva ricavato dalla seguente riflessione: relativamente al primo problema, vale a dire in ordine alla possibilità di considerare il diritto di proprietà, quale situazione soggettiva fondamentale, si osserva che, è oramai da tempo, che si distingue, a seconda abbiano contenuto personale o patrimoniale.

Gli operatori giuridici hanno, infatti, acquisito tale soluzione, partendo dall'esame della normativa costituzionale, che tutela i diritti della persona tra le prime regole della Costituzione, laddove ai diritti, aventi contenuto patrimoniale ed economico, viene assicurata una tutela più debole.

Ai diritti della persona il testo costituzionale riserva una tutela, che quasi può essere reputata incondizionata, laddove sia rispetto al diritto di proprietà che alla libertà di iniziativa economica, il testo costituzionale prevede che possano essere assoggettati legittimamente a varie limitazioni.

Prova ne sia che sul diritto di proprietà possono essere costituiti sia diritti personali che reali di godimento senza che ciò comporti una violazione della normativa costituzionale, tanto è vero che il giudice delle leggi ha reputato tali limitazioni pienamente compatibili con le prescrizioni giuridiche contenute nel nostro testo normativo fondamentale.

I diritti della persona, dal punto di vista positivo sono inviolabili, imprescrittibili ed indisponibili, mentre se ci si muovesse in una logica giusnatu-

⁽⁶⁾ M. TRIMARCHI, *La proprietà – Per un sistema aperto italo-europeo*, cit., pp. 46-47.

realistica – peraltro, non divisibile –, si potrebbe sostenere che un diritto fondamentale presenti le ulteriori caratteristiche della immutabilità, dell'intangibilità, nonché della indispensabile riconoscibilità da parte dell'ordinamento giuridico: giacché queste non sono proprie situazioni soggettive, in quanto i diritti fondamentali, non possono che essere tutelati e garantiti.

Orbene, le situazioni, caratterizzate da un contenuto patrimoniale, non presentano assolutamente tali caratteristiche: esse sono, infatti, sebbene siano connotate dal tratto dell'imprescrittibilità, nondimeno ad esse, forse, è estraneo il tratto dell'invulnerabilità e della indisponibilità. Tanto è vero che la Carta di Nizza contempla tali diritti come fondamentali, sebbene in maniera discutibile, poiché essi si sostanziano in situazioni con contenuto economico.

Tale testo normativo non distingue, dunque, tra i diritti personali, che sono suscettibili di essere violati ed i diritti economici, che, al contrario, possono essere violati, prova ne sia che essi sono suscettibili di essere oggetto di provvedimenti ablatori reali.

Si deve, dunque, supporre che la normativa europea reputa il diritto della persona come fondamentale, poiché esso si può considerare, in qualche modo, costituzionalizzato, sia a livello europeo, che dal diritto di quasi tutti gli stati che fanno parte dell'Unione. Ed è ben noto che, se una situazione soggettiva può essere considerata come fondamentale, essa è difficilmente modificabile.

Le precedenti riflessioni inducono, dunque, a supporre che la tesi di quegli autori, che ritengono, che l'art. 17 del Trattato di Nizza contenga una disciplina, da cui si possa desumere che il diritto di proprietà sia illimitato, non possa essere condivisa.

Codesta soluzione è suggerita da diverse considerazioni: prima di tutto, coloro che sono inclini a ritenere che la norma prima richiamata delinei una soluzione liberistica rispetto al diritto di proprietà non considerano che tale prospettiva si pone in contrasto con la nostra tradizione. A ciò si aggiunga che le norme, enunciate dalla Carta devono essere interpretate ed applicate, tenendo conto dei principi costituzionali comuni e condivisi da tempo. A siffatti principi è estranea una concezione liberistica della proprietà privata, dal momento che essi sono permeabili anche a valori di carattere sociale.

D'altra parte, non è possibile sostenere che la normativa europea si ispiri del tutto a principi di carattere liberistico, se è vero che essa assegna, ad esempio, rilievo a valori quali la salute e l'ambiente, prescrizioni queste che, inevitabilmente, finiscono per incidere sia sul diritto di proprietà che sull'uso dei beni produttivi.

Per queste ragioni, non è del tutto corretto ritenere che la norma, enunciata dall'art. 17 della Convenzione di Nizza, soltanto, perché è inserita nel titolo, contenente le regole relative alla libertà, sia una norma che si ispiri alle ideologie liberiste.

9. — *Le soluzioni intermedie.*

È stato esattamente osservato che esistono molteplici difficoltà nell'individuare punti di riferimento idonei a valutare la democraticità e la legittimazione dell'Unione poiché non sempre sono applicabili criteri con riferimento agli Stati nazionali dovuta ai suoi caratteri, tra cui principalmente l'assenza di *demos*⁽⁷⁾.

Su tale circostanza ci si è soffermati nelle pagine precedenti e come testimonianza l'art. 352, *ex art.* 308 del TCE, che di fatto assegna all'Unione competenze del tutto arbitrarie.

La prima norma, come è stato già osservato, si pone, in contrasto con l'art. 11 della nostra Costituzione, il quale prevede che il nostro paese acconsenta alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra Nazioni.

Ora non si può certo affermare che l'Unione europea persegua tali scopi, essendo stata la stessa istituita al fine di perseguire ben altre finalità.

La prospettiva, che è stata poc'anzi definita come conservatrice, parte dal presupposto che il diritto di proprietà sia ricompreso tra i diritti, regolati nel capo relativo alla Libertà, con la conseguenza che la proprietà sarebbe

⁽⁷⁾ Così, esattamente, F. BENATTI, *Il diritto in un'Unione Europea in cerca di legittimità*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 22.

annoverata tra i diritti di libertà: da qui viene desunta la soluzione secondo cui il riferimento al concetto di individuo pone in luce una concezione individualistica del diritto di proprietà.

Da qui consegue che l'art. 17 della Carta di Nizza sembrerebbe riconoscere al diritto di proprietà una rilevanza quale posizione soggettiva fondamentale, che ha ad oggetto l'interesse del titolare del diritto di proprietà, che può essere limitato per legge in presenza di interessi generali, purché ci si ispiri al criterio di proporzionalità e non si leda la sostanza del diritto di proprietà.

Tale prospettiva, però, appare poco persuasiva, se è vero che essa è all'evidenza si ispira ad un'ideologia di impronta liberistica, che contraddice i principi a cui si rifà il nostro testo costituzionale. Prova ne sia che, rispetto al diritto di proprietà successivamente viene chiarito, che il concetto di interesse generale ricomprende sia valori sociali, che di natura economica generale.

In quest'ottica, si osserva che una rilevanza assoluta assume l'espressione, adoperata dalla regola enunciata dall'art. 17 della Carta di Nizza, che protegge la «proprietà dei beni, che ha acquistato legalmente»⁽⁸⁾.

In tale contesto la questione, che ha sollevato i più rilevanti dissidi, si identifica con il problema connesso alla quantificazione, che spetta al titolare del diritto di proprietà, che subisce il provvedimento di espropriazione, giacché esiste contrasto tra coloro i quali ritengono che la quantificazione dell'indennità debba avvicinarsi al valore reale del bene e coloro che suppongono che nella quantificazione dell'indennità debba darsi rilievo ad interessi di carattere sociale.

Una parte degli operatori giuridici pensano che la nozione di giusto indennizzo postuli un' eccessiva tutela dei proprietari.

Mentre esistono tendenze interpretative della norma, desumibile dall'art. 42, 3° comma, della Costituzione italiana, le quali sono propugnatori di una diversa soluzione: facendo riferimento il testo normativo appena richiamato, alla nozione di indennizzo e non già di giusto indennizzo, pervengono

⁽⁸⁾ M. COMPORTI, *Relazione introduttiva*, in ID. (a cura di), *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 7.

alla conclusione secondo cui l'indennizzo non debba necessariamente corrispondere al valore reale del bene.

Si verrebbe così a delineare una sostanziale divergenza tra il maggior numero delle Costituzioni europee e l'art. 12 della Carta e l'art. 42 del testo costituzionale italiano.

Orbene, la Carta, nel fare riferimento al valore di mercato della risorsa oggetto del provvedimento ablatorio reale, dà rilievo ad un'indennità minore, purché sia equa, soluzione, questa, diffusa, maggiormente, nei sistemi costituzionali dei paesi europei.

I principi, accolti maggiormente dagli ordinamenti dei vari stati nazionali, prevedono un'indennità minore rispetto al valore di mercato, a patto che essa sia equa, mentre nel nostro paese l'indennizzo – adombrando una soluzione, che, come è stato già chiarito non è divisibile – non corrisponde propriamente al criterio del prezzo pieno di mercato, con la conseguenza che è discutibile che tale indennizzo sia reputato equo, poiché esso è inferiore al reale valore del bene oggetto del provvedimento espropriativo.

Sembra il caso di far constatare che la prospettiva appena riferita riecheggia le posizioni vetero-liberali di John Locke⁽⁹⁾, tenuto conto che siffatta prospettiva sembra riecheggiare posizioni ispirate al giusnaturalismo.

10. — *Le soluzioni ispirate al principio della funzione sociale.*

Hanno preso così l'avvio alcune perspicue riflessioni, che in precedenza sono state definite progressiste. Si assume come punto di partenza che l'art. 17 della Carta di Nizza, per osservare, al riguardo, che esso contempla il diritto di proprietà come una posizione soggettiva fondamentale. Tale impostazione si pone, all'evidenza, in contrasto con i valori, che emergono dai sistemi costituzionali, che si ispirano al principio della funzione sociale.

⁽⁹⁾ J. LOCKE, *Trattato sul governo*, trad. it., Roma, 1995, p. 22 ss., sebbene, a dire il vero, le posizioni del filosofo inglese sembrano più avanzate rispetto a quelle riportate nel testo, visto che esse danno una cospicua rilevanza al lavoro, come titolo di acquisto a titolo originario del diritto proprietà.

Tali sistemi, invero, valorizzano, per così dire, il contenuto economico del diritto di proprietà, in aderenza ai valori sociali, espressi dalla normativa comunitaria, privilegiando così i valori desumibili dal nostro testo costituzionale⁽¹⁰⁾.

Da tale assunto viene, correttamente, dedotto che, ove si accogliessero i principi desumibili dalla norma comunitaria e, segnatamente, dall'art. 17 della Carta di Nizza, si otterrebbe il deplorable risultato – in quanto ottenuto attraverso un discutibile governo delle regole, che disciplinano la gerarchia delle fonti del diritto – di non applicare l'art. 42 della Costituzione, assegnando così prevalenza ai dati emergenti dalla normazione europea.

La tesi, che viene criticata da quegli autori, che si ispirano ad una interpretazione progressista delle regole giuridiche, risulta ancor più persuasiva.

Si consideri, infatti, che, riconoscendo alla proprietà privata la caratteristica di diritto fondamentale di libertà, si perverrebbe alla incongruenza di rendere tale diritto del tutto incompatibile con il concetto di funzione sociale, che permea l'intera disciplina dei testi costituzionali – che si rifanno a tale concetto –, tanto più se si tiene conto che, con il richiamo alla funzione sociale, si è voluto definitivamente superare la vieta dicotomia tra proprietà e libertà, che, a voler concedere tutto, è stata relativamente diffusa sino alla fine del XIX secolo.

La diffusa tendenza secondo cui le fonti europee depotenziano o vanificano il concetto di funzione sociale, può essere considerata plausibile solo se si reputa che il diritto europeo prevalga su quello costituzionale.

Al riguardo, non è un caso che in quasi tutti gli stati dell'Unione europea, venga riconosciuto il primato del diritto europeo, sebbene entro i limiti connessi all'identità costituzionale di ciascuno di essi.

Il principio solidaristico, tipico del diritto del lavoro postula la tutela dei diritti sociali e della funzione sociale della proprietà ed essi sono strettamente connessi in un fondamentale principio sociale e, dunque, concorrono a definire la Costituzione italiana.

⁽¹⁰⁾ C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2019, p. 47 ss.

Se il principio sociale costituisce un contro limite al primato del diritto europeo, ne consegue la prevalenza delle norme attuative della funzione sociale, in caso di conflitto con norme o sentenze europee, che, al contrario, garantiscano prevalenza alle libertà economiche.

In conclusione, dunque, le attuali politiche e giurisprudenze delle fonti sovranazionali adottano soluzioni contrarie, ma tale circostanza non può implicare la svalutazione dei principi sociali della Costituzione, giacché lo scopo della normativa costituzionale è anche quello di costituire un freno a tendenze che, se dispiegate liberamente, possono indurre a vanificarlo.

11. — *Le soluzioni ispirate al principio di fiscalità.*

In una prospettiva di rilievo si muove anche quell'impostazione che parte dal presupposto che la così detta Costituzione economica italiana non si rifà né ad un modello di economia di mercato, né tantomeno al principio generale della concorrenza⁽¹⁾.

In prospettiva storica l'art. 41 Cost. costituisce il punto di confluenza della tradizione liberale, del dirigismo socialista e del solidarismo cattolico.

L'art. 42 Cost., da parte sua, assicura la tutela costituzionale del diritto di proprietà e reputa siffatta tutela non originale e naturale, ma soltanto garantita, mediante la tecnica della riserva di legge a cui viene demandato il compito di determinare il contenuto di tale diritto, con la finalità di garantire la funzione sociale ed i limiti.

I diritti di proprietà, dunque, vista la loro rilevanza sono garantiti nel loro nucleo essenziale, pur non essendo predefiniti nel *quantum*.

Parimenti i diritti sociali, grazie alla stessa prescrizione costituzionale, sono disponibili e decidibili nel loro contenuto se perseguono scopi di giustizia sociale e distributiva, di interesse generale e di pubblica utilità.

Detto in altri termini, così come non sono intangibili le quote di *welfare* spettanti per legge a ciascun in sede di redistribuzione dei redditi, così analo-

⁽¹⁾ F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco*, Palermo, 2019, p. 36 ss.

gamente non sono intangibili e, dunque, non vanno salvaguardate in termini assoluti e prioritari, nemmeno, devono essere salvaguardate in assoluto e in senso proprietario, neanche le quote proprietari individuali.

Anche da tale considerazione viene desunto che dalla normativa comunitaria si possa desumere la rilevanza dei diritti fondamentali disciplinati dalla Carta di Nizza e, dunque, anche del diritto di proprietà, che sostanzialmente corrisponde alle situazioni soggettive reali disciplinati dalla CEDU. A ciò si aggiunga che tale corrispondenza è possibile superare unicamente, ove il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa al diritto di proprietà.

Da tale normativa viene desunto che essa possa costituire la premessa, da cui ricavare che il diritto fondamentale di proprietà nelle intenzioni di coloro che hanno redatto la Carta dovesse avere una rilevanza superiore rispetto ai diritti sociali. Tale circostanza ha come inevitabile conseguenza che i legislatori nazionali non è possibile procedere al bilanciamento dei diritti di proprietà con i diritti sociali. Siffatta soluzione ha come presupposto che le limitazioni che conseguono a tale bilanciamento rischi di determinare una riduzione della tutela dei medesimi diritti fondamentali di proprietà rispetto a quelli CEDU, riduzione non consentita dal 3° comma dell'art. 53.

Dall'analisi svolta viene desunto, ancora, che l'applicazione della norma appena richiamata dovrebbe avere come conseguenza, da un lato, l'attribuzione in via di principio al diritto di proprietà della stessa natura di diritto fondamentale, che esso riveste, a stare alla CEDU e, dall'altro lato, l'eventualità che la sua disciplina sia migliorativa rispetto a quella dettata dalla CEDU medesima.

L'autore ritiene che il richiamo delle regole prima ricordate della Carta di Nizza e dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, autorizzi a concludere che gli stati membri non possano bilanciare i diritti di proprietà con quelli sociali a scopo di giustizia sociale, nonché di pubblica utilità⁽¹²⁾.

Da ciò si desume che l'ordinamento UE non dispone espressamente, contrariamente a quanto è possibile desumere dal testo costituzionale ita-

⁽¹²⁾ In senso analogo C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, loc. cit.

liano, la possibilità di funzionalizzare il diritto di proprietà a fini sociali, ma prevede soltanto che tale diritto subisca limitazioni, che non incidano sulla struttura di quest'ultimo, in presenza di ragioni di pubblica utilità. Ciò implica che la normativa europea possa avere l'effetto vincolante di invalidare le diverse opzioni fatte, nel senso del bilanciamento, dai singoli ordinamenti giuridici nazionali sulla base dei principi fondamentali di solidarietà, capacità contributiva ed uguaglianza.

Ma così opinando, si perverrebbe ad una soluzione non condivisibile per l'ordinamento giuridico del nostro paese, dal momento che si finirebbe di riservare al diritto di proprietà una situazione soggettiva piena caratterizzata dal tratto dell'esclusività, nonché poco permeabile ai valori sociali determinati dalla legislazione e circoscritte la sfera privata completamente libera da interferenze di carattere politico. Così facendo, però non si terrebbe nella dovuta considerazione la circostanza che il diritto di proprietà è un mezzo rilevante dell'autonomia privata meritevole di tutela e, come gli altri diritti sociali, è pur sempre una situazione fondamentale con caratteristiche peculiari a cui la legge assicura una tutela incondizionata.

Sulla scia di una dottrina relativamente diffusa, il nostro autore perviene così al risultato secondo cui la norma, che disciplina il diritto di proprietà, contenuta nella Carta di Nizza, non è equiparabile alle regole desumibili dall'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU. La prima regola, infatti, non sembra configurare la tutela dei consociati contro l'espropriazione di una cosa in senso giuridico, allo scopo di costruire su di essa un'opera pubblica, ma al contrario sembra dar luogo alla configurazione di una tutela del consumatore, il quale è infatti, prevista dall'Unione Economica contro i comportamenti non in linea coi i principi della concorrenza dei produttori. Prima di tutto si vuole scongiurare le intese finalizzate a fare lievitare i prezzi in maniera artificiosa.

In questa prospettiva sembra opportuno recuperare, in buona sostanza, la finalizzazione a scopi sociali del diritto di proprietà privata, che opera l'art. 17 della Carta di Nizza e, nel contempo, depotenziare il divieto di ridurre la rilevanza della tutela rispetto a quella CEDU.

12. — *Nostra posizione.*

Se eccettua la tesi che fa propria una deplorabile concezione liberista del diritto di proprietà, le altre prospettive evidenziano un raffinato ed encomiabile sforzo interpretativo. Queste ultime si propongono l'encomiabile scopo di superare una apparente concezione fatta proprio dall'autorità comunitaria. La prima concezione si sostanzialmente si basa su un argomento alquanto debole, ossia dalla collocazione della norma relativa alla proprietà sotto il titolo "libertà". Ora è evidente che la collocazione di una norma sotto uno specifico titolo non ha l'attitudine da incidere sulla sua configurazione o sul suo contenuto.

La criticata prospettiva liberistica del diritto di proprietà assume che la normativa comunitaria si sarebbe rifatta ad una concezione liberistica e si tenta di superare questo limite, attraverso il richiamo alla carta costituzionale del nostro paese. Questo sforzo interpretativo assume come suo presupposto l'idea persuasiva che la nostra Costituzione debba prevalere – tenuto conto della posizione che essa occupa nella gerarchia delle fonti – alla normativa europea.

È stato, del resto, più volte osservato che l'art. 11 della Cost. letteralmente prevede che l'Italia «consente in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

Da tale prescrizione giuridica si desume, dunque, che le limitazioni di sovranità debbano avere lo scopo di assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni.

Orbene, non si può certo sostenere che la Comunità europea abbia la finalità di assicurare la giustizia e la pace fra Nazioni: essa, infatti, persegue, in linea di massima, scopi economici.

Ma un'attenta lettura dei testi normativi attualmente in vigore consente di acquisire una soluzione più radicale. Ho avuto modo di chiarire che non sussistono divergenze di rilievo tra la configurazione che al diritto di proprietà dà la normativa comunitaria e quella che ad esso riserva i nostri testi legislativi.

Occorre, poi, considerare che la normativa comunitaria si ispira al principio generale e sostanziale di sussidiarietà: il che implica che la comunità europea è chiamata ad assolvere un ruolo di supplenza e quasi sostitutivo. In altri termini, essa ha una funzione di supplenza. Nel senso che essa può intervenire solo nei casi in cui la legislazione dei vari stati membri presenti delle carenze.

ELISABETTA MAZZILLI^(*)

LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO “A LA CARTA”:
LA GESTIÓN DE LA CRISIS CONYUGAL TRAS
LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA
EN ESPAÑA Y EN ITALIA

Abstract: In the last few decades, the legal institution of marriage has witnesses a progressive reduction of judicialization and has in practice become a “private affair” of the spouses. The reformed separation and divorce system, allows for the personalization of the solutions offered in case of matrimonial crisis and a less interference of the public system in such a private issue. In fact, marriage has lost its “public value”, and the public powers just maintain a minimum role of legality control and protection of the minors’ best interest. The strong similarity between Spanish and Italian system regarding the privatization process of the matrimonial issues is highlighted in this text.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La evolución de la legislación hacia la identificación del matrimonio con un “asunto privado” de los cónyuges. – 3. El papel actual de los poderes públicos en la gestión de la relación conyugal. – 3.1. La gestión de la fase “fisiológica” de la relación conyugal. – 3.2. La gestión de la fase “patológica” de la relación conyugal. – 4. El acercamiento del Derecho de familia a un sistema de separación y divorcio “a la carta”. – 4.1. El impacto de las reformas legislativas en la gestión de la crisis conyugal. – 4.2. Un paralelo con el sistema jurídico italiano. – 5. Conclusiones.

1. — *Introducción.*

En los últimos años, la intervención de los poderes públicos en el ámbito de la gestión de los asuntos matrimoniales, tanto relativos a la fase “fisiológica” de la relación como “patológica” o de crisis, ha ido disminuyendo notablemente, debido principalmente a una progresiva desjudicialización de los procedimientos.

En particular, el matrimonio, desde una institución de valor casi público

^(*) Universidad Pública de Navarra.

ha pasado a ser un “asunto privado” de los cónyuges, en el que los poderes públicos solamente mantienen un papel residual, que la mayoría de las veces se limita a garantizar el nivel mínimo de legalidad y a tutelar los intereses superiores de los menores.

La continuidad del vínculo matrimonial, tras las reformas de los últimos años, se basa exclusivamente en la voluntad privada de los cónyuges y en última instancia en el *affectus* conyugal, lo cual constituye en la actualidad el punto álgido de la aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad al ámbito familiar.

El reformado sistema de separación y divorcio, por lo tanto, es el fruto más evidente de esta dinámica de transición a la dimensión privada de la resolución de los conflictos surgidos entre los cónyuges, que permite una mayor personalización de las soluciones a las controversias familiares, y una menor injerencia de lo público en la esfera íntima del matrimonio.

El análisis normativo operado en este artículo se cierra con un estudio comparado entre el sistema jurídico español y el italiano, que trata de evidenciar el fuerte paralelismo existente entre los dos ordenamientos – en términos temporales, de contenido y de límites impuestos a la autonomía de los cónyuges – en relación con el proceso de privatización de los asuntos matrimoniales, haciendo hincapié particularmente en el ámbito de las crisis conyugales.

2. — *La evolución de la legislación hacia la identificación del matrimonio con un “asunto privado” de los cónyuges.*

Los cambios legislativos en el ámbito del Derecho de familia acaecidos en los últimos años, adquieren una importancia fundamental debido a que formalizan el fin de una idea de matrimonio como de un acto sustraído a la autonomía de los cónyuges y con un valor casi público. Lo que se da en la actualidad, de hecho, es una idea de matrimonio como un acto de autonomía privada de los cónyuges, que éstos pueden libremente modificar o hacer cesar, casi completamente desvinculado de la injerencia de la esfera pública.

Con la transición desde una concepción institucional a una comunitaria e igualitaria de la familia, el hecho de pertenecer a una familia fundada en el matrimonio ya no constituye de por sí un obstáculo a la autonomía privada de sus miembros. En otras palabras, el *status* familiar y la libertad contractual intrafamiliar no sólo han devenido completamente compatibles sino que ésta última ha sido particularmente impulsada por el legislador.

De hecho, siguiendo la rápida evolución del Derecho de familia en España, se puede claramente notar cómo ésta ha llevado a una fuerte privatización de la regulación de los asuntos matrimoniales.

Esta evolución acaece en un contexto de evidente vaciamiento del carácter institucional del matrimonio en favor del principio de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, considerados individualmente y ya no como comunidad social de afectos e intereses.

La autonomía privada ha venido a ser, por lo tanto, el elemento privilegiado dentro del matrimonio. De ahí que el acuerdo se convierta en el instrumento preferencial para la disciplina de las relaciones familiares.

El proceso de privatización recibió históricamente su mayor empuje a partir de la consagración del principio de igualdad en los arts. 14 y 32.1 de la Constitución española de 1978.

Con anterioridad a ese momento, el modelo de familia tradicional se caracterizaba por el concepto de *unidad* de la misma⁽¹⁾, que a su vez se fundaba en el *matrimonio*, y particularmente en el principio de *indisolubilidad* del

⁽¹⁾ Sobre este punto, L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Prólogo*, en E. ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Civitas, Madrid, 1999, p. 21, describe la familia patriarcal como una «unidad política o cuasipolítica en la cual son notorios los vínculos de sujeción y de autoridad»; A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, en *Rev. der. patrimonial*, 10/2003, p. 68, afirma que: «La vida familiar y profesional comporta una *entidad unitaria*, los hijos y la mujer son los colaboradores del cabeza de familia. La familia constituye una *unidad social* cerrada al exterior (...)» [la cursiva es mía]. En la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 (Publicada en «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1958, páginas 730 a 738), se afirmaba que en la sociedad conyugal «por exigencias de la *unidad matrimonial*, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido» [la cursiva es mía].

mismo⁽²⁾, considerado como característica esencial⁽³⁾ del vínculo y la mejor manera de proteger a los miembros de la familia.

La fundamentación del concepto tradicional de “familia” en el *matrimonio* se mantiene hasta el siglo XX, lo cual emerge de los mismos textos internacionales que suelen hablar de “familia” limitadamente al ámbito del matrimonio⁽⁴⁾.

Esta particular estructura familiar era fruto de una concepción social generalizada que inevitablemente terminó reflejándose en el campo jurídico⁽⁵⁾,

⁽²⁾ El art. 52 del Código civil de 1889 dictaba: «El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges». El principio de indisolubilidad del matrimonio estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1931 (art. 43.2: « El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para uno y otro sexo, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso de justa causa») y de la Ley de 2 de marzo de 1932. Restaurado con posterioridad tras la derogación de esta ley, el divorcio vincular se instauraría definitivamente en España con la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

⁽³⁾ Para un *excursus* acerca de los conceptos de “unidad” e “indisolubilidad” como propiedades esenciales del matrimonio, cfr., entre otros, M.A. NOVALES ALQUÉZAR, *Las obligaciones personales del matrimonio en el derecho comparado*, I, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, p. 250 ss.

⁽⁴⁾ Cfr., entre otros, el art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre de 1948 («Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio»); el art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 23 de marzo de 1976 («Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello»); el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 3 de enero de 1976 («Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges»); art. 16.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 («Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares») [Las cursivas son mías].

⁽⁵⁾ Sobre este punto, A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil*, cit., p. 68 afirma que: «las grandes codificaciones del XIX respetan en gran parte este modelo

a partir de la redacción originaria del Código civil de 1889, en el que se consagraba la *indisolubilidad* del vínculo conyugal (art. 52)⁽⁶⁾ y se preveía expresamente la *superioridad* del marido respecto de la mujer, a través tanto de las previsiones relativas a su deber de obediencia (art. 57)⁽⁷⁾, a la fijación de la residencia (art. 58)⁽⁸⁾ y a la incapacidad de obrar de la mujer (arts. 60 a 62)⁽⁹⁾, como de la supremacía de la *potestas* del padre respecto de aquella de la madre en relación con los hijos menores (arts. 154 a 172 Cód. civ. de 1889)⁽¹⁰⁾.

En este contexto, la existencia de una “regla moral” impositiva de un particular «deber de tolerancia intrafamiliar», derivado de los vínculos de solidaridad y altruismo entre los familiares⁽¹¹⁾, encarnaba una forma de cautela frente al peligro de ruptura de la armonía doméstica, que se vería quebrantada en los casos de ruptura de los lazos de afecto o de la convivencia, como en caso de crisis conyugal.

asegurando al cabeza de familia una posición jerárquicamente superior e imponiendo a los familiares un deber de obediencia».

⁽⁶⁾ El art. 52 dictaba: «El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges».

⁽⁷⁾ El art. 57 dictaba: «El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido».

⁽⁸⁾ El art. 58 dictaba: «la mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia (...)».

⁽⁹⁾ El art. 60 dictaba: «el marido es el representante de su mujer. Ésta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador (...)»; el art. 61: «Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse (...)»; y el art. 62: «son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos (...)»

⁽¹⁰⁾ En particular, el art. 154 dictaba: «El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados (...)» y el art. 159 establecía: «El padre, o en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad».

⁽¹¹⁾ Cfr., entre otros, G.J. BOSQUES HERNÁNDEZ, (*Comentario a la Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil derivada de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiales. El día a quo para ejercer la acción es el momento en que se concluye el derecho del padre a relaciones con su hijo*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Mayo-Agosto 2010, núm. 83, p. 902; A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil*, cit., p. 67 ss.; J. FERRER RIBA, *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2001, p. 11.

La transición hacia un sistema familiar en el que se valorase en mayor medida a los miembros individualmente considerados y sus derechos respecto a la familia como categoría unitaria y bien social, empezó con la declaración de la *igualdad de sexos* en el matrimonio contenida en la Constitución Republicana de 1931 (art. 43), seguida a nivel autonómico por la *Llei sobre la capacitat jurídica de la dona i dels conyuges* de la *Generalitat de Catalunya* de 19 de junio de 1934 y a nivel estatal por la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932.

Más adelante, la *igualdad interconyugal* inspiró la reforma introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, que derogó la previsión tanto de la potestad marital⁽¹²⁾ como de la licencia marital, poniendo fin a la restricción de la capacidad de obrar de la mujer casada (art. 62.1 Cód. civ.)⁽¹³⁾.

No mucho después, intervinieron la ya citada previsión constitucional del principio de igualdad (arts. 14 y 32.1 CE de 1978) y la reforma de Derecho de familia de 1981, que llevó a la formulación del *principio de igualdad* a través de la redacción del art. 66 del Cód. civ.⁽¹⁴⁾ y a la previsión del ejercicio conjunto de la patria potestad (art. 156.1 Cód. civ.), así como a la de-

⁽¹²⁾ La nueva formulación del art. 57 Cód. civ. introducida por la citada ley dictaba: «El marido y la mujer se deben respeto y *protección recíprocos*, y actuarán siempre en el interés de la familia» [la cursiva es mía]: como se ve, la protección deja de ser unilateral (antes era un atributo exclusivo del marido) y desaparece el deber de “obediencia” de la mujer. Sin embargo, la Ley del 1975 deja rastros de la potestad marital en el art. 58 Cód. civ., que preveía que fuese el *pater familias* quien tuviera el derecho de decidir acerca de la fijación de la residencia en caso de desacuerdo entre los cónyuges, a diferencia del actual art. 70 Cód. civ. que prevé la intervención judicial.

⁽¹³⁾ Especial atención merece también la formulación del art. 63 Cód. civ. conforme a la Ley de 2 de mayo de 1975, por el cual se suprime la representación automática de la esposa por parte del marido: «Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente».

⁽¹⁴⁾ Para un *excursus* acerca del principio de igualdad de los cónyuges en clave evolutiva, cfr. M^ªC. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario al artículo 66 del Código civil*, en M. AMORÓS GUARDIOLA, et al., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, 1, Tecnos, Madrid, 1984, p. 314 ss.; A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Reuters, 2009, p. 48 sostiene que en este marco se inserta también la sustitución en el art. 67 Cód. civ. de la expresión “protección” por “ayuda mutua”, puesto que el significado del primer término se considera «claramente desigualatorio».

saparición de otros rastros de justificación legal de la jerarquía familiar⁽¹⁵⁾.

La doctrina mayoritaria reconoce que la inevitable evolución del concepto de familia ha conllevado la superación de la antigua primacía del interés colectivo respecto de los intereses de cada miembro individualmente considerado⁽¹⁶⁾.

En particular, la Constitución española de 1978, recoge esta transformación en cuanto concibe la familia como «un medio para el libre desarrollo de la personalidad individual de sus miembros, donde ya no existe un objetivo supraindividual, sino que, al contrario, el interés individual de sus integrantes prevalece»⁽¹⁷⁾. De ahí que en la actualidad la familia, al no tener en sí misma «ningún reconocimiento legal superior o distinto del que se atribuye a los miembros que forman parte de ella»⁽¹⁸⁾, no puede considerarse una realidad

⁽¹⁵⁾ En este marco se insertan, entre otros, la supresión del *ius puniendi* del *pater familias* respecto de los hijos (la redacción del art. 154 Cód. civ. tras la reforma de 1981 sólo mantenía el derecho a “corregir” razonable y moderadamente a los hijos, eliminando la facultad de “castigarles”; la actual redacción del art. 153 Cód. civ. tampoco prevé esta facultad residual de corrección, suprimida por Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; además, tras la reforma introducida por la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el precepto destaca el deber de respeto de los padres hacia los hijos, deber proyectado en general sobre sus derechos y en particular sobre su integridad física y mental) y la reforma del art. 154 del Código civil con la supresión de los términos “tributar [respeto]” y “reverencia”, los cuales, según L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN [*Familia y Derecho*, 1ª ed, Civitas, Madrid, 1984, p. 187] aludían respectivamente a una «profunda subordinación jerárquica» y a una «situación cuasirreligiosa».

⁽¹⁶⁾ Cfr., entre otros, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, *Diario La Ley*, núm. 6676, Sección Doctrina, 21 Marzo 2007, Año XXVIII, Ref. D-70, Editorial La Ley (La Ley 1163/2007), p. 1 ss.; L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, Tomo I (*Derecho de familia*), 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 32; FERRER RIBA, *Relaciones familiares y límites*, cit., p. 3 ss.; E. ROCA TRÍAS, *La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, en J.A. MORENO MARTÍNEZ (COORD.), *Perfiles de la Responsabilidad civil en el Nuevo Milenio*, Dykinson, Madrid, 2000 p. 540; D. VARGAS ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, p. 115 ss.

⁽¹⁷⁾ D. VARGAS ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, cit., p. 119.

⁽¹⁸⁾ E. ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, cit., p. 70. La autora añade que «cuando el artículo 39.1 CE asume su protección, lo hace como valor instrumental, no como valor *a se*».

autónoma⁽¹⁹⁾, sino más bien un instrumento al servicio del individuo que sirve para conseguir las finalidades previstas en el art. 10 CE⁽²⁰⁾. En particular se ha llegado a afirmar en la doctrina la prevalencia del interés individual sobre el familiar en todos los casos de conflicto en los que el interés individual estriba en el ejercicio de un derecho fundamental⁽²¹⁾.

Seguidamente, cabe señalar la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que somete la gestión de la crisis matrimonial a la voluntad de los cónyuges, restringiendo notablemente las exigencias legales, con la eliminación de las causas de separación y la reducción de los plazos legales, y la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que introduce en el ordenamiento jurídico español la separación y el divorcio extrajudicial.

Se puede por lo tanto afirmar que en el sistema jurídico español, la reinterpretación constitucional “evolutiva” del contenido de la institución del matrimonio⁽²²⁾ y la desaparición del modelo legal de familia tradicional, que han ido de la mano del fuerte impulso legislativo al principio del libre

⁽¹⁹⁾ Sobre este punto, A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil*, cit., p. 69, niega que la familia pueda seguir siendo considerada como «un cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado». De hecho, como sostienen L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, Tomo I (*Derecho de familia*), cit., p. 32, «el sistema (familiar) es individualista»; los mismos hablan de una «reprivatización de los fenómenos familiares» y sostienen que «la voluntad individual encuentra una nueva fuerza para configurar la vida familiar». L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Prólogo*, cit., p. 21, apunta que a pesar de la evolución del concepto de familia, los llamados «teóricos del corporativismo», pretendieron «resucitar la familia como sujeto político» y que el mismo Antonio Cicu, a partir de finales de 1920, pretendió introducir la familia en el Derecho público.

⁽²⁰⁾ Así E. ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, cit., p. 69 ss. La autora añade (p. 80) que «el concepto de *interés familiar* responde a estos criterios y nunca a la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de los individuos del grupo familiar». Sobre este punto, D. VARGAS ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, cit., p. 119, afirma que en virtud de los arts. 1.1, 9.2, 10, 14, 18, 32 y 39.1 CE, «se pasó a ubicar en primer lugar, y como centro del derecho, a la persona y no a la familia».

⁽²¹⁾ Cfr., entre otros, A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil*, cit., p. 70; E. ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, cit., p. 76.

⁽²²⁾ Así la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2012 (RTC 2012, 198).

desarrollo de la personalidad, han puesto las bases de la privatización del matrimonio.

3. — *El papel actual de los poderes públicos en la gestión de la relación conyugal.*

3.1. — *La gestión de la fase “fisiológica” de la relación conyugal.*

Con la progresiva privatización de la familia, se entiende cada vez más que muchos de los términos y condiciones de la relación matrimonial puedan ser pactados de forma privada por los mismos cónyuges en virtud de su autonomía negocial⁽²³⁾.

En este contexto, el papel de los poderes públicos en la gestión de los asuntos conyugales se ve cada vez más reducido a una intervención de carácter residual, dirigida a garantizar la legalidad del procedimiento y la tutela de los derechos fundamentales y de intereses superiores, *in primis* el interés superior de los hijos menores de edad.

Esto es así tanto en la fase “fisiológica” de la relación conyugal, como en la fase “patológica” o de crisis.

Por lo que se refiere a la fase “fisiológica”, la autonomía privada de los cónyuges encuentra su fuente de legitimación en el art. 1323 Cód. civ., con los límites derivados respectivamente de los arts. 1255 y 1261 Cód. civ. que, aunque se prevean en general en sede contractual, sin embargo bien se pueden aplicar a los contratos “atípicos”⁽²⁴⁾ originados en sede familiar. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2006⁽²⁵⁾ consideró que «la autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo que crean más

⁽²³⁾ Así L. AGUILAR RUIZ, *Pacto prematrimonial de fijación de indemnización a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz de 26 de julio de 2013*, en *Rev. der. patrimonial*, 33/2014, p. 423. Sobre el tema de la privatización de la familia cfr. en particular: L. AGUILAR RUIZ, C. HORNERO MÉNDEZ, *Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial*, en *Rev. jur. notariado*, 57/2006, pp. 9-44.

⁽²⁴⁾ Así define los contratos entre cónyuges la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) de 3 de febrero de 2006 (RJ 2006, 622).

⁽²⁵⁾ *Ibidem*.

conveniente para sus intereses», siempre que concurren «los elementos del artículo 1261 del Código civil, es decir, consentimiento, objeto y causa y no deben traspasar los límites que el artículo 1255 del Código civil impone a la autonomía de la voluntad, es decir que no deben ser contrarios a “las leyes, a la moral ni al orden público”».

La autonomía de los cónyuges se manifiesta también de manera específica tanto en la posibilidad de realizar los denominados “negocios jurídicos de Derecho de familia”⁽²⁶⁾, entre los cuales se pueden distinguir *in primis* las capitulaciones matrimoniales (arts. 1325 y ss. Cód. civ.), como en todas aquellas otras normas del Código civil que prevén la regla del acuerdo por lo que se refiere a las determinaciones relevantes en el área del Derecho de familia, entre ellas el art. 156.1 (acuerdo de los cónyuges relativo al ejercicio de la patria potestad) y el art. 70 (determinación de común acuerdo del domicilio conyugal)⁽²⁷⁾ del Código civil.

En esta fase “fisiológica” de la relación conyugal, los poderes públicos intervienen de forma residual, esto es cuando falte el acuerdo de los cónyuges, para garantizar la legalidad de los acuerdos o para desbloquear una situación de desacuerdo que de prorrogarse en el tiempo, podría perjudicar el interés de los hijos menores.

⁽²⁶⁾ Expresión empleada por L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia*, en P.J. VILADRICH BATALLER (Dir.), *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., 2ª ed., Pamplona, 1989, p. 37 ss.

⁽²⁷⁾ El art. 70 Cód. civ. encuentra un paralelo en el art. 144 del Cód. civ. italiano, que prevé la determinación de común acuerdo no sólo del domicilio conyugal, sino también de la dirección de la vida familiar. Sobre este punto, cfr. G. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, en *Dir. fam.*, 1994, p. 563 ss., quien afirma que: «la norma di cui all’art. 144 c.c. introduce la regola dell’accordo per il governo della famiglia nel suo complesso, attribuendo a ciascuno dei coniugi il potere di attuare l’indirizzo concordato. In questa sede è sufficiente rilevare come rimandare all’accordo dei coniugi l’indirizzo della vita familiare si traduce nel generale riconoscimento della volontà negoziale dei coniugi per quanto attiene alle determinazioni rilevanti nel campo del diritto di famiglia. L’art. 144 c.c. costituisce, quindi, la fonte di legittimazione di ogni manifestazione negoziale dei coniugi».

En el caso de las capitulaciones matrimoniales, la imperativa necesidad de que éstas y los eventuales pactos modificativos consten en escritura pública, permite que un oficial público – en este caso un Notario – garantice su legalidad. Además, el art. 1328 Cód. civ., considerando que será nula «cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge», admite la intervención de un juez para poder declarar la nulidad de esas cláusulas, y así poder garantizar el respeto de la ley y del principio de igualdad entre los cónyuges.

Por lo que se refiere al acuerdo relativo al ejercicio de la patria potestad, en el caso de un eventual desacuerdo entre los cónyuges, el art. 156.2 Cód. civ. permite el recurso al Juez por parte de cualquiera de los dos. El papel del juez, en caso de simple desacuerdo se limita a la atribución de “la facultad de decidir” al padre o a la madre. Se trata de «un juicio de conveniencia basado en el interés del menor»⁽²⁸⁾. Esto es, que el juez no se sustituye a los cónyuges, sino que determina cuál de los progenitores discrepantes tiene derecho a adoptar la decisión, aunque valorando indirectamente, «cuál de las dos posiciones enfrentadas es la que mejor se acomoda a los intereses del menor»⁽²⁹⁾.

La intervención judicial aumenta considerablemente de importancia a medida en que los desacuerdos se convierten en reiterados o en el caso en que concurra alguna otra causa que «entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad»: en este caso, el juez podrá privar a uno de los progenitores, total o parcialmente, del ejercicio de la patria potestad⁽³⁰⁾, o

⁽²⁸⁾ AAP Barcelona, de 25 de febrero de 2008 (JUR 2008, 173828); en sentido parecido: AAP Madrid de 12 de febrero de 1999 (AC 1999, 70) y AAP Barcelona de 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 143330).

⁽²⁹⁾ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario al artículo 156 del Código Civil, Los desacuerdos ocasionales*, en *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 1595.

⁽³⁰⁾ Según R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario*, cit., la “atribución” del art. 162.2 «se refiere al ejercicio» de la patria potestad, aunque «ello no obsta para que la atribución del ejercicio exclusivo o parcial a un progenitor pueda equipararse en la práctica a una *privación parcial de su potestad*».

sustituirse a los cónyuges para determinar la distribución entre ellos de las diversas funciones⁽³¹⁾.

Por su parte, en el caso de la determinación conjunta del domicilio conyugal también se prevé que en caso de discrepancia, sea el juez el que resuelva la cuestión, teniendo en cuenta el “interés de la familia”. Está claro que un solo cónyuge no puede establecer unilateralmente el domicilio conyugal, debido a que ese comportamiento violaría el principio de igualdad de los cónyuges⁽³²⁾, sin embargo, en caso de desacuerdo, se permite que la intervención del juez sea solicitada por uno sólo de ellos⁽³³⁾. Este procedimiento podría interpretarse como una restricción del principio de autonomía de decisión del otro cónyuge, cuya voluntad se vería suplantada por la decisión judicial. El carácter residual de la intervención judicial, en este caso, resulta evidente frente a la imposibilidad de encontrar un acuerdo y quizás menos evidente frente a la necesidad de respetar la autonomía privada de ambos cónyuges.

⁽³¹⁾ Sobre este punto, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario*, cit., afirma que la distribución de funciones no es una solución distinta respecto de la atribución parcial de la patria potestad a uno de los cónyuges, pues «habría que delimitar qué parte de la potestad puede ejercer el otro progenitor privado de esa parte del contenido de su autoridad; con lo que, lógicamente, el juez no tendrá otro recurso que realizar una distribución de funciones».

⁽³²⁾ Cfr. STS de 15 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1036), que establece que «la obligación de convivencia de los cónyuges en manera alguna puede venir impuesta por el marido en el domicilio que éste fije» y que “al no lograrse tal acuerdo no procede imponerlo el marido por su propia voluntad, sino por el juez correspondiente competente previa petición al respecto».

⁽³³⁾ Cfr. sobre este punto, entre otras, la STS de 15 de febrero de 1983, *cit.*, que establece que «(...) sin perjuicio de que *a instancia del otro cónyuge* pueda el juez determinar lo procedente en interés de la familia» [la cursiva es mía]. Cfr. también en este sentido el art. 90.1.a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que establece lo siguiente: «1. Se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de esta Ley cuando los cónyuges, *individual o conjuntamente*, soliciten la intervención o autorización judicial para: a) *Fijar el domicilio conyugal* o disponer sobre la vivienda habitual y objetos de uso ordinario, si hubiere desacuerdo entre los cónyuges (...)» [la cursiva es mía].

3.2. – *La gestión de la fase “patológica” de la relación conyugal.*

Por lo que se refiere a la fase “patológica” de la relación conyugal, en la actualidad existe una creciente tendencia a transferir al ámbito de la autonomía privada de los cónyuges la gestión de la resolución de las controversias, a través de técnicas como la mediación familiar. Dicha tendencia, que se refleja también en algunos instrumentos legislativos, está dirigida a gestionar los conflictos de manera extrajudicial, lo cual resulta extremadamente eficiente a nivel de prevención del creciente problema de la congestión de los tribunales y de la consecuente lentitud de la justicia⁽³⁴⁾.

Además, las soluciones extrajudiciales terminan respondiendo más y mejor a las exigencias individuales de los cónyuges y resultan de gran utilidad a fines de evitar exacerbar el conflicto intraconyugal. De hecho, el procedimiento judicial implica un proceso largo e invasivo, en el que la decisión acerca de la regulación de las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales de la separación y del divorcio se termina delegando a los abogados y a un juez. Por eso, no es tan infrecuente que la parte que menos se sienta identificada con el fallo de la sentencia, por considerarlo injusto e inaceptable, termine incumpliendo su dictado, o apelando⁽³⁵⁾.

Desde hace tiempo se persigue una línea legislativa dirigida a aumentar la autonomía del matrimonio en la gestión de las crisis, aunque por otro lado se intenta mantener un control público mínimo para garantizar la legalidad de los acuerdos y la efectividad del principio de igualdad de los cónyuges, así como para tutelar los intereses de los menores. Según Roca Trías, en los

⁽³⁴⁾ Cfr. en este sentido G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria: su elogio no exento de críticas*, en *Rev. der. priv.*, 2/2014, p. 102, que considera el aligeramiento del trabajo de la administración de la justicia en los casos de separación y divorcio extrajudicial; en sentido contrario: J. BAUTISTA LÓPEZ, *El divorcio ante notario*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012 (BIB 2012, 404), p. 1, que considera que «el problema actual de la Justicia en España no radica simplemente en un excesivo volumen de asuntos, sino que son otras muchas las circunstancias que contribuyen al colapso de los tribunales y que necesitan ser abordadas».

⁽³⁵⁾ M.N. BUGETTI, *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 269 ss.

procesos de Derecho de familia «los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de algunos de ellos»⁽³⁶⁾: esta misma consideración se debería poder aplicar en la actualidad, a los casos de solución extrajudicial de los conflictos intraconyugales.

El ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad del acuerdo entre los cónyuges para determinaciones cuales los pactos en previsión de la ruptura conyugal⁽³⁷⁾, los pactos privados de separación de hecho, la determinación de la pensión compensatoria (art. 97.1 Cód. civ.) y el convenio regulador (art. 90 Cód. civ.). Completan este marco de medidas dirigidas a otorgar la primacía a la autonomía privada de los cónyuges, las modificaciones introducidas por la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, que afecta a la regulación de las crisis matrimoniales permitiendo en algunos casos la separación o divorcio extrajudicial.

Estas figuras impulsan la “privatización del matrimonio”, debido a que confieren a la voluntad de los cónyuges la categoría de «primera fuente jurídica de ordenación o regulación de los efectos derivados de la crisis matrimonial»⁽³⁸⁾. La intervención de los poderes públicos en relación con estas medidas se encuentra, por lo tanto, fuertemente limitada y la mayoría de las veces se reduce a un control de legalidad, tal y como nos aprestamos a analizar.

⁽³⁶⁾ E. ROCA TRIAS, *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, cit., p. 81. La autora añade que «la intervención del Juez en los procesos de Derecho de familia garantiza a los particulares el pleno disfrute de sus derechos fundamentales y es necesaria para evitar la preponderancia de uno de los miembros del grupo sobre los otros (...)».

⁽³⁷⁾ Cfr. sobre este punto J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)*, en *Boletín de Derecho de familia*, núm. 81, julio de 2008 y, en el mismo sentido, M.P. GARCÍA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de familia*, en *Nuevos retos de Derecho de familia, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho catalán en Tossa de mar*, Documenta universitaria. Universidad de Girona, 2004, pp. 99-100, que sostiene que se puede afirmar sin recelos que la doctrina y la jurisprudencia tienden a admitir la conveniencia de la suscripción de los “pactos en previsión de la ruptura matrimonial”.

⁽³⁸⁾ Así J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)*, cit., en referencia específicamente a la figura del convenio regulador.

En particular, en el caso de los pactos en previsión de la ruptura conyugal el juez, ejerciendo su capacidad moderadora en aplicación del art. 1154 Cód. civ., que «puede tener perfecta aplicación, directa o analógica, en el caso que nos ocupa»⁽³⁹⁾, puede modificar equitativamente ciertas “sanciones” de índole económica previstas para el caso de producirse el divorcio, como aquellas previsiones de indemnización que no respeten los límites impuestos por el principio de proporcionalidad acerca del importe a corresponder respecto de la situación económica de ambos cónyuges⁽⁴⁰⁾, así como por el principio de reciprocidad⁽⁴¹⁾.

Los pactos privados de separación de hecho se reconocen en la jurisprudencia como negocios extrajudiciales plenamente válidos y jurídicamente eficaces⁽⁴²⁾. Se ha llegado a afirmar que «los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 Cód. civ.), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de Derecho de familia, tienen carácter contractual, por lo que para su vali-

⁽³⁹⁾ M.P. GARCÍA RUBIO, *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil*, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LVI-4, octubre 2003, pp. 1670-1671.

⁽⁴⁰⁾ Respecto de este punto, cfr. en particular J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)*, en *Boletín de Derecho de familia*, núm. 82, sept. 2008, p. 4.

⁽⁴¹⁾ Cfr. sobre el punto C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pp. 94-95, que apuesta por el principio de reciprocidad matizado por un tipo de proporcionalidad, por así decir, “individualizada”. De hecho afirma la autora que: «La cláusula debería existir para ambos (...) aunque parece razonable que, habida cuenta de las posibles diferencias patrimoniales entre ambos, se ajuste en su caso la cuantía a la situación económica de cada uno» y esto porque «si la situación económica de cada uno de ellos fuera muy distinta, una misma cláusula podría no suponer un gran esfuerzo económico para uno de los esposos y sin embargo ser especialmente gravosa para el otro», poniendo en peligro la igualdad de derechos de los cónyuges.

⁽⁴²⁾ Cfr., entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1619) que considera que tales convenios extrajudiciales integran un negocio jurídico de Derecho de familia plenamente eficaz como contrato consensual y bilateral. La sentencia en cuestión afirma que «se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas».

dez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 Cód. civ.), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter “*ad solemnitatem*” o “*ad substantiam*” para determinados actos de disposición⁽⁴³⁾ y que «nos encontramos con un convenio acordado por los cónyuges, no para su presentación ante la autoridad judicial y conseguir la homologación del mismo en un proceso de separación; se trata de un auténtico contrato de naturaleza privada, en el que los cónyuges de forma complementaria a la escritura de capitulaciones matrimoniales (...) vienen a regular para el futuro las cuestiones económicas atinentes a los mismos, y ello a raíz de una crisis matrimonial surgida, y por la cual deciden *separarse de hechos*»⁽⁴⁴⁾.

La validez de estos acuerdos, fundados en el libre ejercicio de la facultad de autorregulación de los cónyuges, ampliamente reconocida por la Jurisprudencia y la doctrina registral⁽⁴⁵⁾ «no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial»⁽⁴⁶⁾ y la intervención de los poderes públicos se limita, por lo tanto, a su posible revisión por parte de los Tribunales de instancia cuando el acuerdo resulte contrario a la legalidad, arbitrario, absurdo, manifiestamente erróneo, o contradiga las reglas de la lógica que son las del buen sentido humano o recto criterio⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴³⁾ Así Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1619), *cit.*

⁽⁴⁴⁾ SAP Las Palmas, Sección Segunda, sentencia de 18 de septiembre de 1997, que reconoce la validez y eficacia jurídica del convenio de separación de hecho como negocio extrajudicial. Esta doctrina fue confirmada por la STS de 15 de febrero de 2002, núm. 116 (RJ 2002, 1619), *cit.* en un sucesivo recurso de apelación.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993, 365), STS de 7 de marzo de 1995, STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3251), STS de 19 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9110), STS de 27 de enero de 1998 (RJ 1998, 110) y STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9649). Para la doctrina registral, cfr. las resoluciones de la DGRN de 31 de marzo (RJ 1995, 2669), de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8086) y de 1 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6593).

⁽⁴⁶⁾ Así Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil) de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1619), *cit.*

⁽⁴⁷⁾ Cfr. entre otras, STS de 11 de junio de 1999 (RJ 1999, 4290), STS de 19 de junio de 1999 (RJ 1999, 4613); STS de 20 enero de 2000 (RJ 2000, 223), STS de 8 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1511), STS de 14 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1833), STS de 19 de septiembre

Por lo que se refiere al acuerdo dirigido a la determinación de la pensión compensatoria, el control de legalidad está garantizado por la intervención del Secretario judicial o del Notario ante el cual hay que formalizar el convenio.

La intervención del Juez se prevé solamente en caso de ausencia o imposibilidad de alcanzar un acuerdo definitivo. En este caso el Juez determinará con sentencia el importe de la pensión teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, «los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges». Esto es, que se intenta mantener la primacía de la autonomía de los cónyuges, respetando en la medida de lo posible su voluntad.

En el convenio regulador del art. 90 Cód. civ., el control por parte de los poderes públicos se traduce, en el caso de presentarse el convenio ante el Secretario judicial o Notario, en un control por parte de éstos acerca de la justicia del acuerdo respecto de ambos cónyuges y de los hijos [«Cuando (...) el Secretario judicial o Notario (...) considerasen que, a su juicio, (...) pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados»], y en su poder de dar por terminado el expediente. En este caso, a los cónyuges sólo les quedará la opción judicial para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

En el caso de presentarse el convenio desde un principio ante el órgano judicial, el Juez someterá su aprobación al respeto del interés de los hijos y del principio de igualdad de los cónyuges («si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges»). Es interesante notar como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1993 se afirma que «la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes»⁽⁴⁸⁾.

Incluso las medidas contenidas en el mismo convenio que hubieran sido

de 2000 (RJ 2000, 7632), STS de 28 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7036), STS de 1 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1159).

⁽⁴⁸⁾ STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993, 365).

acordadas ante el Secretario judicial o en escritura pública están sustraídas al poder de modificación del juez, y sólo podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo entre los cónyuges (art. 90.3 Cód. civ.).

Con la Ley de Jurisdicción voluntaria se ha alcanzado un justo compromiso bajo el punto de vista de la intervención de los poderes públicos en la gestión autónoma de la crisis matrimonial: los cónyuges pueden agilizar el proceso de separación o divorcio, obviando el procedimiento judicial y presentando un convenio regulador que respete el contenido legal (art. 90 Cód. civ.); pero al mismo tiempo, esta “autonomía” no llega a ser completamente arbitraria, porque el legislador mantiene una forma de “control estatal” que se ejerce a través de la intervención del Notario o del Secretario Judicial, que en calidad de funcionarios públicos dependientes del Ministerio de Justicia, aunque no ejerzan funciones jurisdiccionales, sin embargo garantizan la legalidad del procedimiento y del convenio regulador.

Lo mismo sucede, y aún en mayor medida, con la excepción recogida en el art. 82.2 Cód. civ., que no permite esta solución agilizada en caso de existir hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores. En estos dos casos, el legislador considera que se aplicará el procedimiento establecido en el art. 81 Cód. civ., en aras a la defensa del principio interés superior del menor, cuya relevancia supera la necesidad de privatizar la relación conyugal y agilizar el procedimiento de separación o divorcio, impidiendo obviar el control judicial. En este caso, por lo tanto, la intervención de los poderes públicos en el cauce conyugal se traduce en la obligación de instar un procedimiento judicial y se justifica por la garantía de tutela de intereses superiores.

4. — *El acercamiento del derecho de familia a un sistema de separación y divorcio “a la carta”.*

4.1. *El impacto de las reformas legislativas en la gestión de la crisis conyugal.*

Como es sabido, la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, enfocada a dar trascendencia a la voluntad del individuo con el fin de tutelar

mejor, en el marco del principio de igualdad jurídica, su *derecho al libre desarrollo de la personalidad y su libertad*⁽⁴⁹⁾, introdujo el divorcio acausal.

Con esta reforma, se ha eliminado la necesidad de que uno de los cónyuges incurra en una de las causas de separación o divorcio para obtener la declaración judicial de la medida respectiva.

Así que el terminarse del matrimonio depende en la actualidad del proceso decisional de cada uno de los cónyuges, que ya no deben alegar razones ni causas justificadas, a parte de su voluntad, que puede ser exclusivamente unilateral e incluso totalmente arbitraria.

De ahí que el resultado de la aplicación al matrimonio del derecho al libre desarrollo de la personalidad sea la conformación de un sistema de separación y divorcio basado exclusivamente en el *affectus* entre las partes.

De paso, para restringir aún más los vínculos legales a la libertad de los esposos, se ha reducido notablemente el plazo de espera para poder interponer la demanda dirigida a obtener la declaración judicial de separación o divorcio, que de un año ha pasado a ser tres meses⁽⁵⁰⁾ desde la celebración del matrimonio.

En conclusión, esta reforma, que se centra en el cónyuge individualmente considerado, supedita el mantenimiento de la unión matrimonial al arbitrio de cualquiera de los cónyuges, eliminando toda medida restrictiva, tanto temporal – excepto el término, en ciertos casos derogable, de los tres meses⁽⁵¹⁾, como causal.

⁽⁴⁹⁾ Sobre este punto, vid. Exposición de Motivos de la Ley de Reforma comentada.

⁽⁵⁰⁾ Este término, además, es derogable cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

⁽⁵¹⁾ Sobre la función del plazo de tres meses, cfr. M. MARTÍN-CASALS, *La separación vincular y la disolución del matrimonio*, en F. LLEDÓ YAGÜE, A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (Dir.), Ó. MONJE BALMASEDA (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*, I, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 266-267, afirma que: «No queda clara cuál es la finalidad del mantenimiento de un plazo, que la regulación actual reduce de un año a tres meses. Propiamente, no es un plazo de reflexión, ya que en los países donde existe se computa desde el momento de la presentación de la petición o demanda y se requiere siempre, sea cual sea el

El procedimiento judicial, por lo tanto, se ha simplificado notablemente, y la autonomía decisional de cada uno de los cónyuges ha alcanzado la primacía entre las características del proceso.

De ahí que este relativamente nuevo sistema de separación y divorcio por vía judicial constituye un importante hito en el proceso de privatización de las relaciones conyugales.

Por otro lado, con la introducción de la más reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que ha modificado, entre otras, la redacción de los arts. 82 y 87 Cód. civ., se ha creado una nueva forma de separación y divorcio “extrajudicial” que agiliza y “privatiza” aún más la gestión de las crisis conyugales.

En particular, según la nueva formulación del art. 82 Cód. civ., el procedimiento para poner fin al vínculo matrimonial se concreta en un mutuo acuerdo de separación, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, que se traduce en la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario. En el convenio, junto a la voluntad inequívoca de separarse, los cónyuges determinan las medidas regulatorias de los efectos derivados de la separación o divorcio, según los términos del art. 90 Cód. civ.

Idéntico procedimiento de carácter extrajudicial se prevé para el caso de que los cónyuges quieran divorciarse: el art. 87 del Cód. civ., de hecho, remite al procedimiento del art. 82 Cód. civ. en cuanto al respeto de la forma y del contenido del convenio, así como a la concurrencia de los requisitos y circunstancias que se requieren en caso de separación.

Los efectos del acuerdo privado de separación de los cónyuges, que se traducen en la efectividad de la separación y por ende en la suspensión de la vida común de los casados y en el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, tal y como prevé

tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio. Tal vez podría apuntarse que se establece para evitar decisiones precipitadas o viscerales al inicio del matrimonio o como indicio de seriedad y veracidad de la relación matrimonial establecida, aunque la drástica reducción del plazo y su extrema brevedad ponen fácilmente en entredicho cualquier función práctica que se le asigne».

el art. 83 Cód. civ., se producen desde el momento en que los cónyuges otorgan su consentimiento en escritura pública, aunque, para que el acuerdo tenga plenos efectos frente a terceros de buena fe, se requiere la inscripción de una copia de la escritura pública en el Registro Civil.

Tales efectos, por lo tanto, están totalmente equiparados a los de una sentencia judicial firme.

Es de notar que con esta Reforma, si bien el art. 81 Cód. civ., que regula la separación judicial, no ha sido modificado de forma esencial en su contenido, el legislador ha introducido una novedad que se expresa, al principio del artículo, en estos términos: «*Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio*».

Así que mientras del art. 82.2 Cód. civ. se desprende que la presencia de hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores es circunstancia *excluyente* de la aplicación del sistema de separación y divorcio extrajudicial («No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores»), del art. 81 Cód. civ. podemos deducir que se trata de una circunstancia en la que el cauce judicial se hace obligatorio.

Por lo tanto, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria no solamente introduce un nuevo sistema extrajudicial de gestión de las crisis conyugales, notablemente simplificado y que mejor responde a las exigencias de las partes, sino que reserva expresamente la aplicación del procedimiento judicial a situaciones determinadas – en particular, a los casos en los que existan hijos menores con las condiciones indicadas anteriormente – en las que se hace más evidente la necesidad de una garantía institucional de los intereses implicados.

4.2. – *Un paralelo con el sistema jurídico italiano.*

Paralelamente a como ha sucedido en España, en Italia el proceso de privatización de las crisis conyugales ha llevado a formas de negociación dirigidas a obtener acuerdos extrajudiciales que confieren a los cónyuges el poder de disponer de su vínculo matrimonial.

La doctrina italiana, lleva años evidenciando la progresiva privatización de la relación matrimonial acompañada por los respectivos cambios normativos en este sentido⁽⁵²⁾.

La Corte de Casación ha repetidamente confirmado este proceso de privatización, estableciendo que cada cónyuge es titular del derecho subjetivo de separarse, divorciarse y reconstituir una nueva familia⁽⁵³⁾.

Entre los cambios normativos que han contribuido notablemente a acelerar este fenómeno, destaca la ley sobre filiación núm. 219/2012, desarrollada por el decreto legislativo núm. 154/2013, que ha equiparado el *status* jurídico de los hijos nacidos dentro del matrimonio al de los hijos nacidos fuera del matrimonio, suprimiendo cada referencia a los términos “hijos legítimos” e “hijos naturales”⁽⁵⁴⁾. Con esta modificación, según una parte de la doctrina, se ha terminado quitando aún más valor a la institución matrimonial, que antes confería el *status* de hijos legítimos⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Cfr., entre otros, M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, en *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Milán, 1998, p. 829; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, en ID. (Dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, I, 1, 2ª ed., Milano, 2011, p. 3; A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, en A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Trattato di Diritto civile. 4. La filiazione e i minori*, 2ª ed., Utet, Torino, 2018, p. 44, que habla de la irrelevancia de la falta de prole a efectos de seriedad del vínculo conyugal, siendo el vínculo fundado «non più sul progetto procreativo ma sull'affettività (...)». Sobre este punto, vid. las importantes análisis de A. PALAZZO, *Eros e jus*, Mimesis, Milano-Udine, 2014, *passim*.

⁽⁵³⁾ Cfr., entre otras, Sentencia de la Corte de Casación italiana de 19 de marzo de 2014, núm. 6289.

⁽⁵⁴⁾ El art. 2 de la Ley 219/2012 que preveía una delega al Gobierno para la revisión de las disposiciones vigentes en tema de filiación, establecía que: «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi di modifica delle disposizioni vigenti in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità per eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'articolo 30 della Costituzione, osservando (...) i seguenti principi e criteri direttivi: a) sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai “figli legittimi” e ai “figli naturali” con riferimenti ai “figli” (...)».

⁽⁵⁵⁾ Cfr. M. SESTA, *Negoziante assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, en *Fam. e dir.*, 2015, p. 295; C. MAGLI, *Assegno di divorzio e progressione di carriera del coniuge obbligato: presupposti e limiti dell'aspettativa del coniuge debole*, en *Fam. e dir.*, 2015, p. 380 ss., que habla de un “debilitamiento” del vínculo conyugal debido a tres factores: a) las modifi-

Así que el matrimonio se ha convertido en un asunto privado de los cónyuges, libres no sólo de poner fin a los efectos del mismo, sino sobre todo de evitarlo, ahora que la relación de hecho tiene la misma eficacia jurídica del matrimonio con respecto a los hijos⁽⁵⁶⁾.

La reforma llevada a cabo por la Ley núm. 55/2015 de 6 de mayo⁽⁵⁷⁾, que modifica la Ley del Divorcio (Ley núm. 898/1970 de 1 de diciembre), redujo notablemente el plazo legal de espera para poder pedir el divorcio.

En la actualidad, los cónyuges que quieran empezar un procedimiento judicial de divorcio deben llevar viviendo separados por lo menos doce meses desde la primera comparecencia frente al presidente del tribunal en el procedimiento de separación personal contenciosa y seis meses en caso de separación personal consensual.

caciones legislativas acerca de la filiación (unificación de los *status*) que atestiguan la tendencia a concentrar el sentido jurídico del matrimonio exclusivamente en la relación entre los cónyuges; *b*) la proposición de ley sobre el divorcio breve (hoy *Legge 6 maggio 2015, n. 55, vid. infra*) y *c*) la Ley núm. 162/2014 de 10 de noviembre de conversión del *Decreto Ley de 12 de septiembre de 2014, núm. 132* que introduce la Convención de “*negoziiazione assistita*” (*vid. infra*). Sobre el punto cfr. G. DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, en *Iustitia*, 2012, I, p. 129, que ya hablaba de una tendencia cada vez más fuerte a la superación del matrimonio como lugar constitutivo de los *status*; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Antonio Palazzo e il positivismo degli interessi nel XXI Secolo*, Editorial, en esta *Revista*, 2017, p. 251, consideran que los estudios del Profesor Palazzo han llevado a una superación del concepto de *status* como expresión y actuación de un interés público absoluto, a tutela esencialmente de la unidad y del patrimonio familiar, y como concepto derivado de la pertenencia a un grupo familiar: ahora el *status* y deriva más bien del reconocimiento de una o más relaciones intersubjetivas, y esta construcción jurídica es consecuencia directa de los cambios sociales acerca de los conceptos de familia y paternidad/maternidad. Sobre el concepto de *status*, cfr. también A. SASSI, *Accertamento e titolarità nel sistema della filiazione*, cit., p. 40 ss., que habla de un fuerte cambio de perspectiva, puesto que ya no es el pertenecer al grupo familiar lo que atribuye legitimación al individuo. El mismo autor describe el “individualismo” de los estados civiles, como sistema en el que se atribuye relevancia al estado de filiación en sí mismo considerado, sin importar la tutela de la unidad y del patrimonio del grupo familiar.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. M. SESTA, *Negoziiazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 295 ss.

⁽⁵⁷⁾ *Legge 6 maggio 2015, n. 55 “Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi”*.

El término originario de tres años ha sido sustituido por estos términos más reducidos, tal y como ha sucedido en el caso español, aunque el sistema italiano se puede considerar algo más conservador, debido a que la reducción de estos términos no ha sido tan drástica como ha acaecido en España, donde el término de tres meses es incluso derogable en determinados casos, y por el hecho de conservar un sistema de divorcio causal.

Aunque en forma menor, se puede afirmar que esta reforma puso las bases del proceso de privatización del divorcio, puesto que la reducción de los plazos es un paso importante hacia la promoción de la autonomía de los cónyuges que quieran poner fin a su vínculo matrimonial.

La reforma de Derecho de familia italiano más reciente, que introdujo la Convención de Negociación Asistida y la separación o divorcio ante el Alcalde⁽⁵⁸⁾, constituye el fruto todavía más evidente de este proceso *in fieri*.

Con el Decreto Ley de 12 de septiembre de 2014, núm. 132, sobre “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile*”, convertido con relevantes modificaciones en la Ley núm. 162/2014 de 10 de noviembre, se introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico italiano la posibilidad para los cónyuges de obtener la separación y el divorcio actuando de manera conjunta, solamente con la asistencia de los abogados o, alternativamente, concluyendo el acuerdo de separación o divorcio en presencia del Alcalde, con la presencia discrecional de un abogado.

En particular, el art. 6 del Decreto Ley núm. 132/2014⁽⁵⁹⁾ introduce la Convención de “*negoziata assistita*” en el ámbito de las crisis matrimoniales, en la que, con la asistencia de por lo menos un abogado por parte, se intenta alcanzar la separación o el divorcio a través de una solución consensual.

⁽⁵⁸⁾ Para un análisis completa y detallada de la reforma, cfr. S. STEFANELLI, *Divorzio breve e negoziazione della crisi coniugale*, en A. DIDONE (Cur.), *Le riforme del processo civile*, Milano, 2015.

⁽⁵⁹⁾ Art. 6 (“*Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*”) del Decreto Ley 12 septiembre 2014, n. 132 coordinado con la Ley de conversión de 10 de noviembre de 2014, núm. 162.

El acuerdo de “negoziiazione assistita” se transmite al Tribunal competente, en la persona del fiscal, que controla la regularidad del acuerdo y otorga su visto bueno.

El acuerdo alcanzado a través de la “negoziiazione assistita” produce los mismos efectos y sustituye de pleno derecho las medidas judiciales que se adoptan en el procedimiento judicial de separación o divorcio.

Esta solución agiliza notablemente el procedimiento para obtener la separación y el divorcio, permitiendo a los cónyuges alcanzar soluciones consensuales, sin tener que recurrir a la vía judicial tradicional.

Paralelamente a como sucede en el sistema español, esta privatización del conflicto encuentra sus límites en presencia de hijos menores o de hijos mayores de edad incapaces o con grave hándicap o económicamente dependientes de sus padres.

De hecho, en estos casos, el fiscal sólo autorizará aquellos acuerdos que «responden al interés de los hijos»; en caso contrario, transmitirá el acuerdo en un plazo de cinco días al Presidente del Tribunal que ordenará la comparecencia de las partes en un plazo máximo de treinta días, para empezar un procedimiento judicial ordinario.

A pesar de que la privatización de la solución a la crisis conyugal sea bastante evidente en este procedimiento, sin embargo también se prevé una intervención judicial importante, para garantizar la legalidad del procedimiento y el interés de los menores.

Otra forma de solucionar la crisis conyugal que refleja la privatización del Derecho de familia es la separación o divorcio ante el Alcalde, regulada en el art. 12 del Decreto Ley 132/2014⁽⁶⁰⁾.

En este procedimiento, no se prevé la intervención judicial, debido a que los cónyuges pueden redactar un acuerdo de separación o divorcio ante el Alcalde del Ayuntamiento del lugar de domicilio de uno de ellos o del lugar

⁽⁶⁰⁾ Art. 12 (“*Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all’ufficiale dello stato civile*”) del Decreto Ley 12 septiembre 2014, n. 132 coordinado con la ley de conversión 10 noviembre 2014, núm. 162, cit.

en el que se inscribió el certificado de casamiento, con la presencia facultativa de un abogado.

Como medida para garantizar la autenticidad de las declaraciones recibidas, el Alcalde avisa a los esposos de que éstos deberán volver a comparecer frente a él, en un plazo no inferior a 30 días, para confirmar sus intenciones, anteriormente expresadas en el acuerdo. La falta de comparecencia equivale a falta de confirmación del acuerdo.

El acuerdo tiene los mismos efectos de la sentencia judicial de separación o divorcio.

Este procedimiento probablemente respete más el principio de autonomía de los cónyuges y sea mayormente fiel al proceso de privatización de la resolución de las crisis conyugales, debido a que el control se lleva a cabo por el Alcalde, que es un órgano administrativo, mientras que en el caso de la “*negoziiazione assistita*”, el control se lleva a cabo por el fiscal que es un órgano judicial.

De todas formas, este procedimiento tampoco se permite en presencia de hijos menores o de hijos mayores de edad incapaces o con grave hándicap o económicamente dependientes de sus padres.

En estos casos, la necesidad de garantizar la justicia y la legalidad del procedimiento de separación o divorcio implica sustituir el procedimiento extrajudicial por un procedimiento judicial ordinario.

Esto confirma que el proceso de privatización de la gestión de las crisis conyugales en el sistema italiano⁽⁶¹⁾, al igual que sucede en el sistema español, a pesar de aligerar el sistema judicial⁽⁶²⁾ y valorar la autonomía decisional de las partes en la gestión de sus relaciones privadas, en determinados casos se enfrenta con la intervención de los poderes públicos, encontrándose como

⁽⁶¹⁾ Sobre el punto, cfr. G. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, en *I Contratti*, 2015, p. 722 ss., que habla de un «*processo di degiuridificazione della famiglia coniugale*» y considera que «*il controllo pubblico tende ad arretrare rispetto alle scelte ed agli accordi tra i coniugi*».

⁽⁶²⁾ Vid. acerca de este punto las reflexiones del prof. A. PALAZZO, *Translatio Iudicii e negoziiazione assistita*, en *Libero osservatorio del Diritto*, 2/2015, que habla de «*degiurisdizionalizzazione*».

límites principales el control de legalidad de los acuerdos y el respeto del interés superior de los menores.

5. — *Conclusiones.*

El análisis llevado a cabo en este artículo muestra cómo la evolución de la legislación española en el ámbito del Derecho de familia, en particular tras las últimas reformas en materia de separación y divorcio, ha llegado a configurar el matrimonio como un “asunto privado” de los cónyuges, libremente disponible por su parte.

Con base en el principio de autonomía privada, de hecho, el legislador ha impulsado la gestión autónoma por parte de los cónyuges de las vicisitudes del vínculo matrimonial, manteniendo un control de legalidad mínimo.

De hecho, salvo en caso de presencia de hijos menores de edad, que por su situación requieren la intervención de los poderes públicos para garantizar la defensa de sus intereses, considerados superiores y merecedores de una tutela reforzada, en todos los demás casos se ha llegado a normalizar la resolución extrajudicial de los conflictos conyugales.

En este marco, adquiere una importancia fundamental la reforma llevada a cabo por la Ley de Jurisdicción Voluntaria que introduce unas medidas dirigidas a desjudicializar el proceso de separación y divorcio, aun con los límites descritos.

Y muy parecidamente, en el ordenamiento italiano, la Ley sobre “*Negoziato Assistito*” también ha acabado modificando el panorama legislativo en el mismo sentido, abriendo la vía extrajudicial para la gestión de las vicisitudes del vínculo conyugal.

El fuerte paralelismo entre la reforma española y la italiana no se limita al ámbito temporal, siendo estas leyes casi coincidentes en el tiempo, sino que se extiende al desarrollo de su contenido y a los casos en que se prevé la intervención de los poderes públicos. De hecho, en ambos ordenamientos, la estructura del procedimiento extrajudicial es muy parecida y los límites impuestos para garantizar el nivel mínimo de legalidad y la tutela de los in-

tereses de los hijos menores marcan la línea divisoria con el proceso judicial ordinario.

Estas reformas constituyen, por lo tanto, la cumbre del descrito proceso de acercamiento a la voluntad privada de los cónyuges de la gestión de los asuntos matrimoniales, dirigido a valorizar su autonomía decisional y a desgravar el sistema judicial.

En conclusión, se puede afirmar que efectivamente en la actualidad el matrimonio es un “asunto privado” de los cónyuges, no sólo en la fase de vigencia del vínculo, por lo que se refiere a su estructuración y organización, sino también en la fase de ruptura del mismo, por lo que atañe no sólo a la exigüidad de los plazos legales y a la acausalidad del sistema de separación y divorcio, sino sobre todo a la forma extrajudicial y convenida que puede asumir el procedimiento.

FRANCESCA TIZI^(*)

GLI ACCORDI STRAGIUDIZIALI DI RISOLUZIONE DELLA CRISI CONIUGALE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO

Abstract: The interest in the Alternative Dispute Resolution proceedings (ADR) has now involved family matters, not only on a national level, but also within the European Community areas. Therefore this increases active initiatives in relation to the judicial cooperation with regard to civil matters. The document, in accordance with the recent Regulation no. 1111/2019, examines the legal acknowledgment of the Italian family law agreements of separation and divorce, now generally effective within the European judicial system.

SOMMARIO: 1. Quadro generale. – 2. Le fonti dell’Unione Europea. – 3. La natura giuridica degli accordi matrimoniali: l’accordo redatto di fronte al Sindaco. – 3.1. Accordo negoziato munito di nullaosta/autorizzazione del Procuratore della Repubblica. – 3.2. Accordo negoziato autorizzato dal Presidente del Tribunale. – 4. Gli accordi di cui agli artt. 6 e 12, l. n. 162/2014 nella prospettiva del reg. n. 2201/2003. – 5. La circolazione dei c.d. divorzi privati nello spazio giudiziario europeo secondo il reg. n. 1111/2019. – 6. La circolazione degli accordi di responsabilità genitoriale contenuti nell’accordo di negoziazione assistita. – 7. Segue. Le disposizioni a contenuto alimentare.

1. — *Quadro generale.*

Il sempre più acceso interesse per i c.d. metodi stragiudiziali di risoluzione dei conflitti ha ormai coinvolto anche l’ambito familiare⁽¹⁾. È, infatti, in tale contesto che s’inserisce il d.l., 12 settembre 2014, n. 132, recante *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in*

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Più in generale, quando si parla di metodi stragiudiziali di risoluzione dei conflitti ci si intende riferire a percorsi in cui le parti, grazie all’aiuto di un terzo o dei propri legali e in virtù di un dialogo aperto e trasparente, intervengono in prima persona nella risoluzione della controversia tra di loro insorta.

materia di processo civile – convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014, n. 162 – con cui, in maniera fortemente innovativa rispetto al passato, vengono estese anche a separazione e divorzio forme di risoluzione della crisi di coppia stragiudiziali e alternative al ricorso al giudice⁽²⁾.

Più nel dettaglio, vengono introdotti nell'ordinamento italiano due nuovi facoltativi⁽³⁾ mezzi di risoluzione della crisi familiare che, superando il, fino ad allora invalicabile, limite della necessaria fase giurisdizionale⁽⁴⁾, consentono all'accordo delle parti di conseguire esso stesso l'effetto di incidere, modificandolo, sullo *status* di coniugi, di determinarne i rapporti patrimoniali, di prevedere – il caso è solo quello della negoziazione assistita⁽⁵⁾ – la stessa regolamentazione dei rapporti genitori-figli.

La previsione di separazioni e divorzi basati sul ricorso a forme semplificate, non giurisdizionali, non si esaurisce in ambito nazionale rappresen-

⁽²⁾ Sull'innovatività del percorso cfr. F. DANOVÌ, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio (commento agli artt. 6 e 12 legge 10 novembre 2014, n. 162)*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, 3ª ed., Milano, 2015, p. 2524.

⁽³⁾ In tal senso E. D'ALESSANDRO, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio – la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1278, spec. nt. 5, nota come gli strumenti di nuovo conio non siano perfettamente fungibili ai procedimenti giurisdizionali. Infatti, solo ricorrendo al giudizio statale i coniugi possono usufruire del gratuito patrocinio, nonché godere della difesa di un unico congiunto rappresentante tecnico. I modelli “*degiurisdizionalizzati*” di risoluzione della crisi coniugale non hanno, dunque, portata generale, ma sono praticabili unicamente per la «*separazione personale*», per la «*cessazione degli effetti civili del matrimonio*», ovvero, per il suo «*scioglimento nei casi di cui all'art. 3, primo comma n. 2, lett. b, della legge n. 898/70 e successive modifiche*» e, in tale ultimo caso, unicamente per l'ipotesi di protratta separazione dei coniugi, nonché per la modifica delle condizioni di separazione e divorzio.

⁽⁴⁾ Sulla natura costitutiva necessaria dei procedimenti di separazione personale e di divorzio sino all'intervento legislativo del 2014, v., per tutti: G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1980; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, pp. 25 ss. e 221 s.; V. CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in A. GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e di divorzio*, 2ª ed., Torino, 2011. Ma v. anche I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, pp. 453 ss. e 492 ss., che nega la natura costitutiva delle azioni di invalidità del matrimonio e di stato.

⁽⁵⁾ Come meglio di seguito indicato nel testo, le previsioni relative al rapporto genitori-figli sono estranee agli accordi di fronte al Sindaco di cui all'art. 12, l. n. 162/2014. Sul punto v. *amplius infra*.

tando, invero, un fenomeno che – sebbene in maniera non omogenea – si è sviluppato in tutto lo spazio europeo⁽⁶⁾. Tale tendenza ha assunto un’inevitabile rilievo euro-comunitario suscitando un vivo interesse sul versante della cooperazione giudiziaria civile che va dall’ambito spaziale di operatività delle norme interne che li disciplinano, alla possibilità di siglare accordi di separazione e divorzio disciplinati da leggi sostanziali straniere, all’importante questione relativa alla circolazione nello spazio giudiziario europeo⁽⁷⁾ degli accordi stragiudiziali di separazione e divorzio.

Il presente scritto ha ad oggetto il solo tema della circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi in materia di divorzio e separazione formatesi nell’ordinamento italiano ai sensi degli artt. 6 e 12, l. n. 162/2014. Gli aspetti problematici che analizzeremo nelle pagine che seguono sono il frutto dell’operare di una duplicità di fattori: da un lato, una legislazione europea che solo recentemente, nonché per singole previsioni, ha iniziato a prenderli esplicitamente in considerazione, dall’altro lato, una normativa nazionale che non sempre riesce ad offrire una certa qualificazione giuridica degli accordi in parola.

2. — *Le fonti dell’Unione Europea.*

Principiando dal primo profilo occorre evidenziare come, sebbene il 2 luglio di quest’anno sia stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione

⁽⁶⁾ Invero, il fenomeno assume una dimensione ben più ampia di quella europea. Per le diverse esperienze europee si v. in Francia la l. n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 che ha effettivamente prodotto una degiurisdizionalizzazione del divorzio. In commento alla legge francese cfr., per tutti, V. EGÉA, *Il divorzio consensuale senza giudice nel diritto francese (traduzione italiana)*, in C. BESSO, M. LUPANO (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice?*, Torino, 2018, p. 79 ss. Per lo sviluppo anche in Inghilterra di metodi alternativi alla risoluzione del conflitto anche in materia di famiglia v. M.F. MOSCATI, *Risoluzione dei conflitti alternativa al giudizio e diritto di famiglia in Inghilterra*, *ivi*, p. 98 ss.

⁽⁷⁾ Individua i temi indicati nel testo E. D’ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale civile europeo*, in C. BESSO, M. LUPANO (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice?*, cit., p. 109 ss., spec. p. 110.

Europea legge 178 il testo del reg. n. 1111/2019⁽⁸⁾, che introduce nuove regole sul riconoscimento di separazioni e divorzi basati sul ricorso a forme semplificate, tuttavia le problematiche relative alla loro circolazione nello spazio giudiziario europeo solo in parte trovano risposta nel nuovo regolamento a causa della tecnica normativa utilizzata.

La circolazione dei provvedimenti in materia matrimoniale è, invero, in linea generale, caratterizzata dal fatto che a livello di normazione europea questi non sono presi in considerazione come decisioni unitarie, ma scomposti per singole previsioni in ragione del rapporto su cui incidono⁽⁹⁾.

Più nel dettaglio, mentre il nuovo reg. n. 1111/2019, che sostituisce il reg. n. 2201/2003 (*Bruxelles II-bis*)⁽¹⁰⁾, a sua volta sostitutivo del previgente reg. n. 1347/2000, disciplina competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di sottrazione di minori, la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione giudiziaria in materia di obbligazioni alimentari continua, invece, ad essere disciplinata dal reg. n. 4/2009⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ Il nuovo regolamento è stato adottato dal Consiglio europeo il 25 giugno 2019 con la speciale procedura stabilita per il settore del diritto di famiglia che prevede l'unanimità dei membri del Consiglio previa consultazione del Parlamento Europeo.

⁽⁹⁾ Sulla tecnica normativa utilizzata dal legislatore comunitario v., per tutti, C. SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1287 ss., spec. p. 1294.

⁽¹⁰⁾ Per un'analisi del reg. n. 2201/2003 v., per tutti, M.A. LUPOI, *Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Manuale di diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 107 ss.

⁽¹¹⁾ Per un commento al reg. n. 4/2009 cfr., tra più: L. QUERZOLA, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari*, in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Manuale di diritto processuale europeo*, cit., p. 143 ss. Oltre ai provvedimenti indicati, la materia familiare trova regolamentazione anche in altre fonti di non specifico rilievo per il tema trattato quali i regg. nn. 1103/2016 e 1104/2016 (che attuano la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, il primo, e parti delle unioni registrate il secondo).

Pertanto, come è immediatamente percepibile, la circolazione degli accordi stragiudiziali di separazione e divorzio può astrattamente ricadere – a seconda del contenuto dell'accordo – ora (per le previsioni concernenti lo *status* coniugale nonché per quelle relative alla responsabilità genitoriale) sotto la disciplina del reg. n. 1111/2019, ora (per le obbligazioni alimentari) sotto quella del reg. n. 4/2009.

Si è, dunque, di fronte ad un panorama solcato da interventi assolutamente frammentari. La conseguenza è che la nuova disciplina di cui all'art. 65, reg. n. 1111/2019, se risolve alcune problematiche relative al riconoscimento degli accordi negoziati/di fronte al Sindaco⁽¹²⁾, non interviene ove la regolamentazione in questi contenuta si estenda anche alle obbligazioni alimentari, per cui continua ad operare, invece, il reg. n. 4/2009, che non contiene alcun esplicito riferimento a strumenti stragiudiziali di risoluzione della crisi matrimoniale.

Le problematiche legate alla frammentarietà della normativa comunitaria sono, peraltro, amplificate dalla mancata uniformità delle discipline regolamentari che, non solo prevedono differenti modalità di riconoscimento ed esecuzione delle determinazioni, ma anche un'eterogenea tipologia di atti extragiudiziali idonei alla circolazione nello spazio giudiziario europeo.

Le maggiori criticità, come di seguito ampiamente indicato, si sono concentrate sulla procedura di cui all'art. 6, che, nel prevedere un accordo privato assoggettato al *controllo giurisdizionale*, lo comprime tra una normativa nazionale incapace di conferirgli una chiara qualificazione giuridica ed una legislazione europea che limita la circolazione ad alcuni soltanto degli atti stragiudiziali⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ In particolare per le previsioni concernenti lo *status* coniugale e, per gli accordi di negoziazione assistita, anche quelle concernenti i rapporti genitori/figli.

⁽¹³⁾ Se il reg. n. 1111/2019 risolve il problema della circolazione nello spazio giudiziario europeo delle previsioni concernenti lo *status* coniugale ed i rapporti genitori-figli, queste continuano a sussistere per quanto riguarda, invece, le disposizioni in tema di obbligazioni alimentari.

3. — *La natura giuridica degli accordi matrimoniali: l'accordo redatto di fronte al Sindaco.*

Più nel dettaglio, gli accordi in materia matrimoniale di cui alla l. n. 162/2014 sono oggetto di due specifiche disposizioni: l'art. 6, che disciplina la negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte, e l'art. 12 che regolamenta, invece, l'accordo dei coniugi redatto di fronte al Sindaco in qualità di Ufficiale dello Stato Civile.

Se entrambe le disposizioni in parola sostanziano la rappresentazione plastica di come il diritto di famiglia si stia ormai inconfondibilmente dirigendo «*nel segno di una sempre maggiore rilevanza della volontà delle parti e di una crescente "consensualizzazione" degli istituti*»⁽¹⁴⁾, queste disciplinano però strumenti di risoluzione della crisi di coppia assolutamente differenti per presupposti di applicazione e modalità procedurali.

Mentre, infatti, il ricorso alla procedura di cui all'art. 12 della citata legge è possibile solo in assenza di «*figli minorenni ovvero maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti*» ovvero di «*patti di trasferimento patrimoniale*»⁽¹⁵⁾, la negoziazione assistita investe, invece, un'area più estesa, in quanto applicabile anche a fattispecie in cui vi siano figli minori, ovvero, i coniugi intendano regolamentare i loro rapporti patrimoniali. Inoltre, mentre nella negoziazione assistita permane, ancorché nella forma dell'intervento del Procuratore della Repubblica, un controllo giurisdizionale, più o meno pregnante a seconda che vi siano o meno figli minori, nella procedura di cui all'art. 12, fonte esclusiva di risoluzione della crisi familiare è l'accordo delle parti su cui il Sindaco, in qualità di Ufficiale di Stato Civile, esercita una verifica dei soli aspetti formali.

Più nel dettaglio, partendo dall'accordo di cui all'art. 12, occorre eviden-

⁽¹⁴⁾ Sono parole di F. DANOVÌ, *L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze*, in *Riv. arbitrato*, 2016, p. 49 ss., spec. p. 57.

⁽¹⁵⁾ La questione relativa alla portata del divieto normativo di trasferimenti patrimoniali necessita di essere precisata. E, infatti, la terminologia utilizzata dal legislatore del 2014, il quale espressamente si riferisce a *patti di trasferimento* e non *patti patrimoniali*, ha fin dall'entrata in vigore della legge, sollevato problemi interpretativi. Sul punto, *amplius, infra*, § 7.

ziare come questo si formi attraverso la manifestazione⁽¹⁶⁾ della volontà dei coniugi di separarsi o divorziare – da confermare a distanza di trenta o più giorni⁽¹⁷⁾ – all’Ufficiale dello Stato Civile che la recepisce nell’atto da lui redatto e sottoscritto⁽¹⁸⁾.

L’accordo per espressa disposizione del 3° comma dell’art. 12 «*tiene luogo dei provvedimenti giudiziari*» che definiscono i procedimenti interessati. L’*equiparazione ai provvedimenti giudiziari* – peraltro limitata agli effetti che possiamo definire principali ovvero modificativi del vincolo coniugale nonché economici⁽¹⁹⁾ – sostanzia la più significativa novità introdotta dalla l. n. 162/2014⁽²⁰⁾, in quanto realizza il trasferimento di una materia, tradizionalmente affidata

⁽¹⁶⁾ La volontà dei coniugi deve essere manifestata all’Ufficiale di Stato Civile personalmente. È possibile che le parti si presentino di fronte all’Ufficiale di Stato Civile accompagnati dai loro avvocati. La circolare ministeriale n. 19/2014 chiarisce, poi, come l’assistenza di uno o più avvocati, risultando meramente facoltativa, non gli conferisca alcun diritto di rappresentanza delle parti.

⁽¹⁷⁾ Ex art. 12, 3° comma, l. n. 162/2014, l’Ufficiale di Stato Civile rivolge ai coniugi l’invito a comparire nuovamente per confermare tale volontà. La disposizione ha un duplice scopo: accanto alla funzione di garantire un’adeguata ponderazione delle parti circa l’importanza della dichiarazione resa, atteso che il c.d. *diritto di ripensamento* è limitato alle sole determinazioni relative al divorzio o alla separazione, non anche a quelle di modifica delle condizioni di separazione e divorzio, questa – come indicato dalla circ. min. n. 19/2014 – assolve anche la funzione di consentire, nel periodo che va dalla data dell’atto e quella della sua conferma, all’ufficio dello stato civile di svolgere i relativi controlli. Se la mancata comparizione di fronte all’Ufficiale di Stato Civile a distanza di trenta o più giorni equivale alla mancata conferma dell’accordo, questa produce, invece, gli effetti di un provvedimento giudiziale decorrente non già dal di della seconda comparizione, bensì dalla data dell’atto contenente l’accordo (sul punto cfr. la Circ. n. 19/2014).

⁽¹⁸⁾ Quello operato dall’Ufficiale di Stato Civile è un controllo meramente formale. In tal senso v.: S. CAPORUSSO, *Art. 12*, in F. SANTANGELI (a cura di), *La nuova riforma del processo civile. Degiurisdizionalizzazione, processo e ordinamento giudiziario nel d. legge 132/2014 convertito in legge 162/2014*, Roma, 2015, p. 137; M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss., spec. p. 524; F. DANOVÌ, *Il d. legge n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 949 ss., spec. p. 953.

⁽¹⁹⁾ Sulla regolamentazione dei rapporti economici tra coniugi v. *infra*, § 7.

⁽²⁰⁾ Così M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, spec. p. 284, che definisce tale intervento legislativo “*rivoluzionario*”.

alla magistratura, alla pubblica amministrazione (Sindaco o di un suo delegato *ex art. 1, d.p.r. n. 393/2000*).

Con la disposizione in parola si è inteso attribuire ad un atto proveniente da un organo amministrativo gli effetti dell'atto giurisdizionale, ma non per questo il provvedimento assume natura diversa da quella propria dell'organo emittente: è la stipula di fronte al Sindaco, quale Ufficiale dello Stato Civile, ad attribuire – e né altrimenti potrebbe essere – natura di atto pubblico all'accordo redatto in quella sede.

Se appare, dunque, chiaro come l'accordo stipulato dai coniugi di fronte al Sindaco possa circolare nello spazio giudiziario europeo alla stregua di un qualsiasi atto pubblico a cui lo Stato di origine attribuisce efficacia esecutiva, maggiori complicazioni mostra, invece – come anticipato – la circolazione nello spazio giudiziario europeo della negoziazione assistita munita di null osta ovvero di autorizzazione del Procuratore della Repubblica.

3.1. – *Accordo negoziato munito di null osta/autorizzazione del Procuratore della Repubblica.*

Anche l'art. 6, 3° comma, l. n. 162/2014, prevede espressamente che l'accordo negoziato munito di null osta o autorizzazione della procura della Repubblica produce «*gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari*» che definiscono i procedimenti di separazione e divorzio.

Tale *equiparazione degli effetti* della negoziazione assistita ai corrispondenti atti giurisdizionali non è, però, sufficiente a garantire la circolazione nello spazio giudiziario europeo delle sue singole previsioni relative alla modificazione dello *status* di coniuge o di adozione dei provvedimenti di affidamento e mantenimento dei figli o dell'altro coniuge come fossero contenute in sentenze di analogo contenuto.

Allo stesso modo questo non appare riconducibile all'atto pubblico, il quale – come indicato – trae la sua autorità dalla competenza di colui che lo forma. E, infatti, sebbene l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale si sia negli ultimi anni orientata a riconoscere agli avvocati alcuni poteri di certificazione, sino a giungere in alcuni ambiti ad attribuirgli la qualifica di pub-

blico ufficiale⁽²¹⁾ e nonostante – in deroga alle regole dettate per la negoziazione assistita di cui ai precedenti artt. 2-5, l. n. 162/2014 – l'art. 6 disponga espressamente la necessità che l'accordo in materia di separazione ecc. venga raggiunto attraverso un procedimento caratterizzato dalla presenza di almeno un avvocato per parte, chi scrive è dell'idea che l'attività dell'avvocato, come quella successivamente svolta dal Procuratore della Repubblica, rappresentino solo un'attività di controllo dell'operare della volontà privata.

Ma spieghiamo meglio questo essenziale passaggio.

La presenza di un avvocato per parte⁽²²⁾ è finalizzata a garantire le diverse posizioni coinvolte e appare – senza collidere con il carattere negoziale dell'istituto – il risultato dell'imprescindibile necessità di ponderare gli interessi coinvolti⁽²³⁾.

I coniugi, assistiti dunque dagli avvocati, conclusa la convenzione di ne-

⁽²¹⁾ Come rilevato da C. SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, cit., p. 1293, mentre l'art. 5, 2° comma, l. n. 162/2014 riconosce all'avvocato il potere di certificare l'autografia delle firme, nonché la conformità dell'accordo di negoziazione assistita all'ordine pubblico, l'art. 6, 1° comma, l. n. 53/1994, nel conferirgli poteri di notifica via pec, giunge a considerare l'«avvocato o il procuratore legale, che compila (la relazione o le attestazioni di cui agli articoli 3, 3-bis e 9) o le annotazioni di cui all'articolo 5, (...) pubblico ufficiale ad ogni effetto».

⁽²²⁾ La previsione di cui all'art. 6, 1° comma, l. n. 162/2014 relativa alla presenza di almeno due difensori (uno per parte), in deroga al disposto di cui all'art. 2 della citata legge, è invero stata oggetto di critica della dottrina (S. CAPORUSSO, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione personale e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 711 ss.) che ha evidenziato come la stessa appaia collidere con la possibilità, riconosciuta alle parti, in sede di separazione consensuale (art. 711, 1° comma, c.p.c.) e divorzio congiunto (art. 4, 16° comma, l. div.), di conferire mandato ad un unico e condiviso difensore di fiducia.

⁽²³⁾ Conseguentemente, questi proprio in considerazione della particolare rilevanza dei compiti e delle responsabilità che la legge gli assegna devono, non solo essere uno per parte (così Trib. Palermo, 25 marzo 2016, in *Dir. fam.*, 2016, p. 834, con nota di G. GIAIMO, *Negoziazione assistita nelle controversie familiari e difesa personale della parte. Appunti comparatistici*), ma anche inevitabilmente, soggetti distinti ed indipendenti rispetto ai loro assistiti (così Trib. Torino, 13 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2016, p. 2162, con nostra nota *Negoziazione assistita in materia di famiglia – questioni varie in tema di negoziazione assistita in materia familiare*, che in relazione alla facoltà delle parti di farsi assistere da avvocati appartenenti allo stesso studio ha espresso il principio per cui «il requisito della presenza di almeno due difensori (uno per parte) non è soddisfatto là dove i due avvocati facciamo parte dello stesso studio legale»).

goziazione assistita in forma scritta⁽²⁴⁾, dovranno, se questa riesce, verosimilmente in duplice originale, siglare e sottoscrivere l'accordo, unitamente agli avvocati, che ne certificano l'autografia e la conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico (artt. 5 e 6, l. n. 162/2014)⁽²⁵⁾.

Tuttavia, tale accordo, a differenza di quello di cui all'art. 2, l. n. 162/2014, per produrre gli effetti del provvedimento giurisdizionale di analogo contenuto, dovrà – a cura anche di uno solo degli avvocati – essere trasmesso, entro dieci giorni, alla competente procura della Repubblica⁽²⁶⁾, che dovrà, a sua volta, provvedere entro i successivi cinque giorni al controllo richiesto dalla legge⁽²⁷⁾.

Le modalità e l'ambito del controllo del Procuratore della Repubblica, come accennato, variano in modo significativo a seconda delle diverse fattispecie.

⁽²⁴⁾ L'accordo è preceduto dalla convenzione di negoziazione. Questa è una sorta di primo accordo che le parti stipulano al fine di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere amichevolmente la loro vicenda. Secondo E. D'ALESSANDRO, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio – la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, cit., p. 1280, se sicuramente nella convenzione deve essere indicato l'oggetto della negoziazione, nulla esclude, essendo il contenuto della convenzione rimesso alla libertà negoziale dei coniugi, che questi scelgano di limitarlo ai soli «*profili relativi allo status, riservandosi di negoziare in altra sede i profili economici della separazione o del divorzio*».

⁽²⁵⁾ Nell'accordo, ai fini del rispetto dei requisiti previsti dalla legge, gli avvocati dovranno, altresì, indicare di aver tentato la conciliazione delle parti, informandole anche della possibilità di esperire la mediazione familiare, nonché, in presenza di prole minore ecc., dell'importanza per il figlio di trascorrere tempi adeguati con ciascun genitore (art. 6, 3° comma, l. n. 162/2014).

⁽²⁶⁾ La competenza spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario civile competente in caso di separazione consensuale, di divorzio congiunto ovvero di modifica delle condizioni di separazione o divorzio a norma degli artt. 706 c.p.c. e 4, l. n. 898/1970 sul divorzio.

⁽²⁷⁾ Trattasi, in conformità a quanto richiesto dall'art. 152, 2° comma, c.p.c., di termini ordinatori e non perentori. Sebbene gli indicati termini siano espressamente previsti dal testo dell'art. 6, l. n. 162/2014 per il solo caso di coppie con figli, non sembra che la lacuna normativa comporti significative conseguenze. E, infatti, le diverse Procure si sono di fatto organizzate nel disciplinare i tempi entro cui provvedere predisponendo specifiche linee guida. In tal senso v. anche F. DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 1141 ss., spec. p. 1143, nt. 3.

Segnatamente, in assenza di figli minori, l'art. 6, l. n. 162/2014 prevede semplicemente che il Procuratore della Repubblica⁽²⁸⁾, ove non ravvisi irregolarità, «*comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3*»⁽²⁹⁾. Viceversa, ove nella risoluzione della crisi di coppia siano coinvolti anche i figli minorenni, la necessità di tutelarne l'interesse comporta un controllo – che prende il nome di autorizzazione – da parte del Procuratore della Repubblica ben «*più pregnante e capillare*» e tale da espandersi «*al merito dell'intesa raggiunta dalle parti e alla sua effettiva rispondenza all'interesse dei soggetti minori*»⁽³⁰⁾.

Insomma, in presenza di figli minorenni, il sindacato del Procuratore della Repubblica non si limita ai profili formali, ma si estende al merito dell'accordo e, in particolare, alla sua rispondenza all'interesse dei soggetti da tutelare. Inoltre, ove il Procuratore non ravvisi l'accordo negoziato conforme all'interesse dei minori, lungi dal munirlo di autorizzazione, lo trasmette al Presidente del Tribunale, chiamato – *ex art. 6* – nei successivi trenta giorni a fissare «*la comparizione delle parti e provvede[re] senza ritardo alla trattazione del procedimento*».

Prima di verificare, il tipo di controllo effettuato dal Presidente del Tri-

⁽²⁸⁾ In tal caso l'intervento del Procuratore della Repubblica mira a certificare la mera regolarità formale dell'accordo. Il suo controllo è, dunque, limitato al rispetto della competenza, all'esistenza ed alla forma scritta dell'accordo di negoziazione assistita, all'assenza di figli bisognosi di protezione e alla presenza di almeno un avvocato per parte, nonché alla verifica dell'attività dei difensori (ovvero dell'avvenuta certificazione da parte loro dell'autografia delle sottoscrizioni dei coniugi, della dichiarazione di conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, nonché dell'adempimento delle informative richieste dall'art. 6, 3° comma, l. n. 162/2014).

⁽²⁹⁾ La comunicazione del nullaosta, come della stessa autorizzazione, sostanzialmente per gli avvocati un momento proceduralmente assai significativo, dato che rappresenta il *dies* da cui decorre il termine di dieci giorni per provvedere alla trasmissione della copia autenticata dell'accordo all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto per l'espletamento dei relativi adempimenti pubblicitari. La ritardata trasmissione, tanto dell'accordo autorizzato che di quello munito di nullaosta, è sanzionata dall'art. 6, 4° comma, l. n. 162/2014.

⁽³⁰⁾ Sono parole di F. DANOVI, *Il p.m. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 69 ss., spec. p. 77.

bunale e, quindi, la natura del provvedimento pronunciato all'esito del procedimento di fronte a lui instaurato e concentrandoci per ora sull'accordo munito di nullaosta o autorizzazione del Procuratore della Repubblica, occorre, da quanto si qui indicato, rilevare come ciò che è destinato a circolare nello spazio giudiziario europeo – sebbene assoggettato al duplice vaglio degli avvocati e del Procuratore – sia, non già un atto giurisdizionale, ma un semplice *accordo privato* cui la legge riconosce *efficacia esecutiva*⁽³¹⁾.

3.2. – *Accordo negoziato autorizzato dal Presidente del Tribunale.*

Il discorso è, invece, diverso quando il Procuratore della Repubblica, non ravvisando la rispondenza dell'accordo all'interesse dei minori, non lo autorizza, disponendone la trasmissione al Presidente del Tribunale.

La problematica relativa al controllo operato dal Presidente del Tribunale è fortemente connessa al tipo di provvedimento conclusivo del procedimento instaurato di fronte a lui, qualificazione quest'ultima importantissima per determinarne le modalità di circolazione nello spazio giudiziario europeo.

Più nel dettaglio, la generica formulazione – che non individua né le forme né i limiti operativi del Presidente del Tribunale – dell'art. 6, l. n. 162/2014 ha portato la giurisprudenza, soprattutto nelle sue prime applicazioni, a prospettare diverse linee interpretative.

Secondo un primo orientamento offerto dal Tribunale di Torino⁽³²⁾, il Presidente del Tribunale, lungi dal valutare lui stesso la conformità dell'accordo all'interesse dei minori, si limiterebbe ad invitare le parti ad uniformarsi alle prescrizioni del Procuratore della Repubblica. Il ruolo del Presidente del Tribunale sarebbe, dunque, secondo l'impostazione in parola, solo quello

⁽³¹⁾ Ciò in quanto l'attività svolta dalla Procura della Repubblica, anche nel caso in cui il controllo sia più pregnante spingendosi sino alla valutazione di merito dell'accordo, giammai potrà qualificarsi come attività giurisdizionale, rimanendo mero atto di controllo di un atto avente natura privatistica.

⁽³²⁾ Cfr. Trib. Torino, 15 gennaio 2015, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 390, con nota di F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*.

di illustrare alle parti i rilievi del Procuratore della Repubblica, senza mai potersi discostare da quanto indicato da quest'ultimo. Conseguentemente – sempre a detta del Giudice torinese – in caso di mancata accettazione delle parti delle modifiche all'accordo proposte dal Procuratore della Repubblica, l'unica via sarebbe il deposito del ricorso per separazione consensuale o divorzio congiunto⁽³³⁾.

Una tale linea interpretativa è stata, di lì a pochi mesi, avversata dal Tribunale di Pistoia⁽³⁴⁾ che, sulla scia di parte della dottrina⁽³⁵⁾, ha, invece, optato per la completa *ri-giurisdizionalizzazione* del procedimento: il passaggio alla fase presidenziale comporterebbe esso stesso automaticamente l'apertura di un procedimento giurisdizionale identico, per forme e contenuti, a quello di separazione consensuale o, alternativamente, di divorzio su domanda congiunta.

Accanto a tali primi indicati orientamenti, la successiva giurisprudenza⁽³⁶⁾ sembra, invece, essersi uniformata in senso completamente diverso: questa

⁽³³⁾ Più nel dettaglio, secondo Trib. Torino, 15 gennaio 2015, cit., la mancata ricezione delle indicazioni del Procuratore della Repubblica sarebbe di ostacolo all'autorizzazione presidenziale che dovrebbe disporre l'archiviazione del fascicolo a causa dell'impossibilità di procedere. Conseguentemente, i coniugi, che non intendano modificare l'accordo secondo quanto ipotizzato dal Procuratore della Repubblica, saranno costretti ad instaurare un giudizio ordinario. *Contra*, F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 394, che criticamente, s'interroga sull'economia processuale di tale scelta.

⁽³⁴⁾ Trib. Pistoia, 16 marzo 2015, in *Ilfamiliarista*, con nota di L. COSMAI.

⁽³⁵⁾ Cfr. F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 394; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2015, p. 156; D. BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in *judicium.it*, 2014; C. CECHELLA, *La negoziazione dei diritti del minore*, in M. BOVE (a cura di), *Scritti offerti dagli allievi a F.P. Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 145 ss., spec. p. 161; M.A. LUPOLI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 295.

⁽³⁶⁾ Il primo ad sostenere tale impostazione è stato il Trib. Termini Imerese, 24 marzo 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 1079, con nostra nota, *Prime riflessioni sui poteri presidenziali, ex art. 6, 2° comma, d.l. n. 132/2014, convertito in legge n. 162/2014*. Successivamente l'orientamento in parola è stato seguito da: Trib. Palermo, 1° dicembre 2016, cit.; Trib. Torino, 13 maggio 2016, cit.; Trib. Torino, 20 aprile 2016, in *Dir. fam.*, 2015, p. 1385, con nota di R. MASONI, *Negoziazione assistita in ambito familiare e problemi procedurali connessi*.

individua in capo al Presidente del Tribunale gli stessi poteri valutativi attribuiti al Procuratore della Repubblica. La mancata autorizzazione dell'accordo da parte di quest'ultimo comporta – in quest'ottica – la necessità che le parti, lungi dal dover intraprendere la via giudiziale, chiedano direttamente al Presidente del Tribunale, nel procedimento *ex art. 6, 2° comma, l. n. 162/2014*, l'approvazione delle clausole dell'accordo aventi ad oggetto la posizione dei figli in contrasto con i rilievi del Procuratore della Repubblica.

Insomma, secondo tale ultima impostazione, la mancata autorizzazione dell'accordo negoziato produrrebbe di per sé «*il trasferimento dalla Procura della Repubblica al Presidente del Tribunale del compito di valutare se l'accordo è conforme all'interesse dei minori*»⁽³⁷⁾, mentre la trasformazione del procedimento di negoziazione assistita in procedimento giurisdizionale sarebbe possibile solo a seguito di espressa domanda di parte⁽³⁸⁾.

Se, dunque, quello da ultimo enunciato appare essere un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, possiamo dire che l'idea al momento dominante è che neanche il procedimento istaurato di fronte al Presidente del Tribunale si concluda con un atto di natura giurisdizionale. L'attività presidenziale svolta all'esito del diniego di autorizzazione della Procura della Repubblica non è qualificabile quale attività giurisdizionale in senso proprio, bensì di volontaria giurisdizione che, se inidonea alla risoluzione della controversia su diritti soggettivi, nonché alla formazione di un accertamento con efficacia di giudicato, è, tuttavia, compatibile con la funzione valutativa della conformità dell'accordo all'interesse della prole. Quindi l'atto reso all'esito della valutazione presidenziale altro non è che un accordo formatosi nell'ambito di un giudizio.

⁽³⁷⁾ Così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 10ª ed., Milano, 2019, p. 109.

⁽³⁸⁾ Il riconoscimento in capo al Presidente del Tribunale degli stessi poteri valutativi del Procuratore della Repubblica appare coerente anche con l'idea per cui quest'ultimo, nel negare l'autorizzazione, non avrebbe l'onere di indicare specificamente e dettagliatamente alle parti i termini dell'accordo, ma «*soltanto il dovere di verificare se l'accordo risponde o no all'interesse dei figli*». Sulla mancanza di tale onere in capo al procuratore v. F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 395.

La, pur rapida, carrellata ricostruttiva del tipo di provvedimento ottenuto all'esito di tali metodi stragiudiziali di risoluzione della crisi familiare è – come indicato – molto importante per comprenderne le modalità di circolazione nello spazio giudiziario europeo delle loro singole disposizioni, soprattutto là dove le nuove vie stragiudiziali di risoluzione della crisi di coppia non siano prese in considerazione dal legislatore comunitario.

4. — *Gli accordi di cui agli artt. 6 e 12, l. n. 162/2014 nella prospettiva del reg. n. 2201/2003.*

Il reg. n. 1111/2019, che verrà a sostituire il reg. n. 2201/2003 ed entrerà in vigore a far data dal 1° agosto 2022, costituisce la base normativa della materia in oggetto, anche se non la esaurisce, essendo – come anticipato – le obbligazioni alimentari disciplinate dal reg. n. 4/2009⁽³⁹⁾.

Più nel dettaglio, questo mantiene il campo di applicazione del reg. n. 2201/2003 ed è riferibile a separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio [art. 1, n. 1, lett. a)] ovvero a tutti i provvedimenti concernenti lo *status* coniugale, oltre che ai rapporti genitori/figli minorenni [art. 1, n. 1, lett. b)]: il regolamento copre l'«*attribuzione, l'esercizio, la delega, la revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale*».

Il successivo n. 2 della disposizione in oggetto precisa poi come, nella responsabilità genitoriale, rientrino: «a) *il diritto di affidamento e il diritto di visita*; b) *la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi*; c) *la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano*; d) *la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto*; e) *le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore*»⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ In particolare è proprio l'art. 1, n. 4, lett. e), reg. n. 1111/2019, che individua tra le materie escluse le obbligazioni alimentari. Sul significato dell'espressione comunitaria obbligazioni alimentari v. *infra*, in nota, § 7.

⁽⁴⁰⁾ Come evidenziato da C. SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del*

Gli accordi raggiunti dai coniugi in sede di negoziazione assistita, così come di fronte al Sindaco, contenenti le disposizioni rientranti nell'ambito di applicazione del reg. n. 1111/2019 beneficiano, dunque, ora del nuovo regime di cui al suo art. 65 nella cui epigrafe si legge «*riconoscimento ed esecuzione degli atti pubblici e degli accordi*».

Con la previsione di un'apposita disposizione, che tiene conto della sempre maggiore presenza di una normazione statale mirante alla degiurisdizionalizzazione della crisi di coppia, il legislatore europeo ha inteso superare le difficoltà interpretative poste dal reg. n. 2201/2003.

Il reg. n. 2201/2003, che – si ricorda – rimarrà in vigore sino all'agosto 2022, è stato, infatti, oggetto di una duplice opzione interpretativa in ordine alla regolamentazione del riconoscimento ed esecuzione degli accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita come di fronte al Sindaco.

Segnatamente, accanto ad una lettura estensiva in grado di ascrivere gli accordi in questione alla nozione di decisione del titolare di «*competenze equivalenti a quelle del giudice*»⁽⁴¹⁾ considerando tali le competenze relativamente degli Avvocati, Procuratore della Repubblica o Sindaco⁽⁴²⁾, si pone, invece, chi più linearmente ritiene applicabile agli accordi di cui agli artt. 6 e 12, l. n. 162/2014 il regime di circolazione previsto dall'art. 46, reg. n. 2201/2003 il quale estende agli «*atti pubblici formati e aventi efficacia esecutiva in*

matrimonio, cit., p. 1296, in merito al reg. n. 2201/2003, ma ripetibile anche in riferimento al reg. n. 1111/2019, la previsione relativa alla responsabilità genitoriale del «*Regolamento in questione si applica indipendentemente sia dal tipo di autorità giurisdizionale emittente la decisione, sia dalla natura totalmente interna della statuizione, ben potendo esservi l'interesse al suo riconoscimento in uno Stato diverso da quello d'origine, come nel caso in cui uno dei coniugi, o un genitore, si trasferisca all'estero*».

⁽⁴¹⁾ Di cui al n. 2 della definizione dell'art. 2, reg. n. 2201/2003 per cui il termine «*“giudice”*»: designa il giudice o il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione» del regolamento in oggetto.

⁽⁴²⁾ Secondo E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, in C. BESSO, M. LUPANO (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice?*, cit., p. 116; la stessa circ. Min. giustizia del 23 maggio 2018 sembrerebbe, in relazione all'accordo negoziato munito di nullaosta/autorizzazione del Procuratore della Repubblica, aver optato per questa via, dal momento che questa stessa specifica come il certificato di cui all'art. 39, reg. n. 2201/2003 deve essere emesso al Procuratore della Repubblica che ha autorizzato l'accordo o rilasciato il nullaosta.

uno Stato membro nonché [a]gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine» le regole di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giurisdizionali⁽⁴³⁾.

Tuttavia, se la tecnica di riconoscimento di cui all'art. 46, reg. n. 2201/2003 non pone dubbi per la circolazione dell'efficacia esecutiva degli accordi negoziati nella parte in cui disciplinano i rapporti genitori/figli, qualche dubbio in più si pone in relazione al riconoscimento delle prescrizioni di questi relative alla modifica dello *status* di coniuge.

È, infatti, la stessa Corte di Giustizia, nella pronuncia *Sahyouni*, ad essersi espressa per una nozione di divorzio di cui al reg. n. 2201/2003 tale da «ricomprende[re] unicamente i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o sotto il suo controllo»⁽⁴⁴⁾, ingenerando il dubbio se il controllo per il rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione da parte del Procuratore della Repubblica sia di per sé sufficiente ad integrare l'intervento dell'autorità pubblica.

5. — *La circolazione dei c.d. divorzi privati*⁽⁴⁵⁾ *nello spazio giudiziario europeo secondo il reg. n. 1111/2019.*

Se, come auspicato dalla Corte di Giustizia nella citata decisione, l'inclusione dei c.d. divorzi di natura privata nell'ambito di applicazione del reg. n. 2022/2003 «richiederebbe scelte che ricadono sulla sola competenza del legislatore»⁽⁴⁶⁾, questo non è mancato e di lì a poco d'intervenire.

⁽⁴³⁾ In tal senso, C. SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, cit., p. 1297; E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, cit., p. 116.

⁽⁴⁴⁾ Corte giust., sent. 20 dicembre 2017, C-372/16, pubblicata in appendice in C. BESO, M. LUPANO (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice?*, cit., p. 159 ss., § 48.

⁽⁴⁵⁾ Il termine «*divorzio privato*» è stato per la prima volta utilizzato dalla Corte giust., sent. 20 dicembre 2017, C-372/16, cit., per indicare il divorzio, come anche la separazione, ottenuti in via stragiudiziale.

⁽⁴⁶⁾ Sono parole di Corte giust., sent. 20 dicembre 2017, cit., § 47.

Più nel dettaglio, all'art. 65, 1° comma, del nuovo regolamento si è infatti – come anticipato – espressamente previsto che gli atti pubblici e gli accordi in materia di separazione e divorzio siano riconosciuti automaticamente in tutti gli Stati membri qualora possiedano effetti giuridici vincolanti nello Stato di origine e siano stati registrati dall'autorità di uno Stato che risulti competente sulla base dei medesimi criteri di competenza che il regolamento stabilisce per l'attività delle autorità giurisdizionali.

Gli accordi di negoziazione assistita/di fronte al Sindaco nella parte in cui contengono previsioni concernenti lo *status* di separato/divorziato beneficiano, dunque, del regime di riconoscimento che il reg. n. 1111/2019 prevede per le decisioni dell'autorità giudiziale: il *riconoscimento* è automatico ed avviene perciò «*senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento particolare*», ma con la sola produzione di una copia dell'atto pubblico o dell'accordo in materia di separazione o divorzio e dell'apposito certificato di cui all'art. 66.

Ciascuna parte interessata può, in ogni caso, conformemente alle procedure di cui dall'art. 59 all'art. 62 far dichiarare in via giurisdizionale – alla stregua di quanto avviene per le decisioni dell'autorità giurisdizionali straniere – la presenza o l'assenza di motivi ostativi al riconoscimento dell'atto pubblico o dell'accordo negoziato⁽⁴⁷⁾. Più nel dettaglio, ostano al riconoscimento dell'atto pubblico o dell'accordo negoziato la contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto, ad altra decisione emessa nello Stato richiesto, ovvero ad altra decisione anteriore resa in altro Stato mem-

⁽⁴⁷⁾ L'art. 65, 1° comma, ultima parte, prevede l'applicazione, anche agli atti pubblici ed accordi in materia di separazione e divorzio, della sezione I del capo IV del regolamento. In particolare, in tale sezione all'art. 30 è disciplinato il riconoscimento delle decisioni in materia di separazione e divorzio. Il 2° comma della disposizione citata dispone: «*non è necessario alcun procedimento particolare per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno stato membro a seguito di una decisione di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio pronunciato in altro stato membro, contro la quale non sia più possibile proporre impugnazione secondo la legge di detto stato membro*». Mentre il successivo 3° comma riconosce ad ogni parte il potere «*conformemente alle procedure di cui all'articoli da 59 a 62 e, se del caso, alla sezione 5 del presente capo e al capo VI, [di] chiedere una decisione attestante l'assenza di motivi di diniego del riconoscimento di cui agli articoli 38 e 39*». L'art. 31 dispone inoltre: «*la parte che desidera invocare in uno Stato membro una decisione resa in un altro Stato membro deve produrre quanto segue: / a) una copia della decisione, che presenti le condizioni di autenticità prescritte; / e b) l'apposito certificato (...)*».

bro o in uno Stato terzo purché riconoscibile (art. 68, 1° comma, reg. n. 1111/2019)⁽⁴⁸⁾.

Insomma, i motivi ostativi al riconoscimento degli atti pubblici e degli accordi in materia di separazione e divorzio sono gli stessi previsti per le decisioni aventi analogo contenuto ad esclusione del riferimento alla violazione del contraddittorio in quanto non pertinente alla vocazione negoziale degli stessi⁽⁴⁹⁾.

Inoltre, al fine di rendere più semplice e sicuro il riconoscimento, su istanza di parte, l'autorità chiamata alla registrazione e comunicata alla Commissione («*l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente dello Stato membro*») deve a norma dell'art. 66, lett. a) del nuovo regolamento rilasciare un certificato utilizzando il modello contenuto nell'allegato VIII al regolamento che, il richiedente dovrà – unitamente alla copia dell'atto rilasciato dal Sindaco o dell'accordo di negoziazione munito di nullaosta o autorizzazione della Procura della Repubblica ovvero dell'autorizzazione del Presidente del Tribunale – produrre al momento della richiesta di riconoscimento⁽⁵⁰⁾.

La novità mira a facilitare la circolazione dei divorzi e delle separazioni

⁽⁴⁸⁾ Più in generale, quanto all'interpretazione dei motivi ostativi il riconoscimento occorre ricordare come la Corte di Giustizia, in più decisioni (v. a titolo esemplificativo: Corte giust., sent. 2 giugno 1994, C-414/92, in *Racc.*, 1994, I-2237; Corte giust., sent. 13 luglio 1995, C-474/93, in *Racc.*, 1995, I-2113; nonché più recentemente Corte giust., sent. 11 maggio 2000, C-38/98, in *Racc.*, 2000, I-2973), pronunciandosi in riferimento alle disposizioni in tema contenute nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (e al successivo reg. n. 44/2001), abbia, al fine di facilitare al massimo la circolazione nello spazio giudiziario europeo dei provvedimenti, adottato un'interpretazione restrittiva.

⁽⁴⁹⁾ L'art. 38, 1° comma, lett. b) prevede come motivo ostativo ulteriore, rispetto ai motivi indicati nel testo, al riconoscimento delle sentenze emesse in uno Stato membro in altro Stato membro anche il fatto che «*la decisione è stata resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non sono stati notificati o comunicati al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione*».

⁽⁵⁰⁾ Quanto indicato vale anche per le previsioni relative alla responsabilità genitoriale. Più nel dettaglio, i modelli sono due: quello di cui all'allegato VIII, per il caso in cui sia richiesto il riconoscimento della sola previsione relativa allo *status* di divorziato/separato, ovvero di cui all'allegato IX, per il caso in cui si richieda l'esecuzione della parte dell'accordo contenente la regolamentazione del rapporto genitori/figli.

basate su procedimenti semplificati, anche perché gli Stati che prevedono questo tipo di procedure sono tenuti a comunicare alla Commissione le autorità competenti al rilascio del certificato⁽⁵¹⁾.

Volgendo lo sguardo all'ordinamento italiano, poiché la l. n. 162/2014 nulla ha previsto per il caso in cui una parte sia interessata a far riconoscere l'atto contenente l'accordo in un altro Paese dell'Unione Europea⁽⁵²⁾, si ritiene che l'autorità competente per l'emissione del certificato non potrà, in linea di principio, che essere quella che ha formato l'atto⁽⁵³⁾. Il principio è già stato espresso nella circ. Min. giustizia del 23 maggio 2018, in relazione al reg. n. 2201/2003⁽⁵⁴⁾.

Conseguentemente, per l'adempimento in parola nel caso dell'accordo di cui all'art. 12, l. n. 162/2014, l'autorità dello Stato membro di origine da comunicare alla Commissione si ritiene possa essere l'Ufficiale di Stato Civile, mentre con riguardo agli accordi conclusi in sede di negoziazione assistita, la Procura della Repubblica che ha autorizzato l'accordo o rilasciato il nullaosta.

Ciò non solo perché, come evidenziato nella citata circolare, l'avvocato non è qualificabile come “*autorità*”, ma anche e soprattutto perché è il solo provvedimento conclusivo della Procura della Repubblica a rendere l'accordo valido ed efficace e, dunque, anche riconoscibile ed eseguibile all'estero, mentre ove il Procuratore della Repubblica «*si sia rifiutato di autorizzare l'accor-*

⁽⁵¹⁾ Chiaro è come, in quest'ottica, l'attività amministrativa, al pari di quella giurisdizionale, dovrà essere esercitata nel rispetto delle norme uniformi europee in materia di competenza, pena il mancato riconoscimento dei relativi atti negli altri Stati europei.

⁽⁵²⁾ Salvo chiaramente che prima dell'entrata in vigore del regolamento nell'ordinamento interno non siano previste delle modifiche legislative di adattamento.

⁽⁵³⁾ Come indicato da E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, cit., p. 116, nt. 8, in Francia è la legge ad individuare le autorità chiamate all'adempimento in oggetto. In particolare, l'art. 509-3 del codice di procedura civile francese attribuisce il compito di rilasciare il certificato al notaio presso cui è depositata la convenzione di divorzio *par consentement mutuel*.

⁽⁵⁴⁾ Sul punto la circolare citata nel testo prevede che il richiedente debba produrre, nello Stato in cui vuole ottenere il riconoscimento o l'esecuzione, a seconda del caso, uno dei certificati previsti dall'articolo 39 (allegato I: sulle decisioni in materia matrimoniale; allegato II: sulle decisioni relative alla responsabilità genitoriale).

do e l'autorizzazione sia stata adottata dal Presidente del Tribunale (ex art. 6, comma 2, del decreto-legge), sarà invece l'ufficio giudiziario a dover rilasciare il certificato in parola»⁽⁵⁵⁾.

Se per le previsioni concernenti lo *status* coniugale, che producono effetti *ex sé*, il riconoscimento è strumento necessario, ma anche sufficiente alla circolazione della loro efficacia nello spazio giudiziario europeo, le previsioni degli accordi di negoziazione assistita⁽⁵⁶⁾ relative alla responsabilità genitoriale possono, di contro, necessitare della collaborazione dell'altro genitore ovvero di un terzo e, in suo difetto, richiedere una coazione diretta o indiretta. Conseguentemente, nello spazio europeo la circolazione della loro efficacia non potrà prescindere dall'esecutorietà.

6. — *La circolazione degli accordi di responsabilità genitoriale contenuti nell'accordo di negoziazione assistita.*

Se nel reg. n. 2201/2003 l'*exequatur* del Paese richiesto dell'esecuzione costituisce elemento indispensabile per l'esecutorietà del provvedimento straniero – così è tanto per le decisioni giurisdizionali che per gli atti pubblici o accordi esecutivi – il nuovo reg. n. 1111, in linea generale, adotta il metodo semplificato dei regolamenti di seconda generazione abolendo al suo art. 34 la dichiarazione di esecutività delle «decisioni in materia di responsabilità genitoriale rese ed esecutive in un determinato Stato membro»⁽⁵⁷⁾.

Il principio è, poi più specificamente esteso, anche agli atti pubblici ed agli accordi in materia di responsabilità genitoriale. E, infatti, l'art. 65, 2°

⁽⁵⁵⁾ In tal senso è la circ. Min. giustizia del 23 maggio 2018.

⁽⁵⁶⁾ Qui la negoziazione assistita è l'unico istituto che viene in rilievo, non essendo possibile di fronte al Sindaco alcuna regolamentazione dei rapporti genitori figli. Sul punto v. *retro*, § 3.

⁽⁵⁷⁾ Con il regolamento in parola si abbandona, in altri termini, la necessità di atti recettivi da parte dello Stato richiesto dell'esecuzione. Con ciò il legislatore europeo estende anche alla responsabilità genitoriale l'impianto dei più recenti regolamenti quali, ad esempio, il reg. n. 1215/2012 in materia di riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale.

comma, reg. n. 1111/2019 espressamente dispone che «*gli atti pubblici e gli accordi in materia di responsabilità genitoriale aventi effetti giuridici vincolanti e che hanno efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti negli stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività*».

Quanto indicato – come più volte ribadito – vale nel nostro ordinamento solo per la negoziazione assistita, dal momento che gli accordi redatti di fronte al Sindaco, possibili solo in assenza di figli minorenni ecc., non possono contenere disposizioni relative alla regolamentazione del rapporto genitori/figli.

Se, dunque, in linea generale, si supera il procedimento di fronte al giudice dell'*exequatur* per la circolazione dell'efficacia dei provvedimenti giurisdizionali in materia di responsabilità genitoriale, prevedendo un giudizio di diniego di esecuzione, attivato dalla parte contro cui l'esecuzione è richiesta, solo in via eventuale, nello specifico, le determinazioni dell'accordo negoziato relative al rapporto genitori figli potranno efficacemente circolare nello spazio giudiziario europeo «*senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività*»⁽⁵⁸⁾. E, infatti, anche per l'esecutorietà delle determinazioni negoziali relative al rapporto genitori-figli basterà produrre copia autentica del provvedimento da eseguire ed il certificato di cui all'art. 66 lett. b) rilasciato dall'autorità giurisdizionale o dall'autorità competente dello Stato membro di origine comunicata alla Commissione di cui all'art. 103 in base al modello di cui all'allegato IX del regolamento.

L'art. 68, 2° comma, reg. n. 1111/2019 prevede come motivi ostativi la circolazione degli accordi in materia di responsabilità genitoriale: a) la manifesta contrarietà, tenuto conto dell'interesse del minore, dell'accordo

⁽⁵⁸⁾ Un tale meccanismo è attualmente previsto anche dal reg. n. 2201/2003 per le c.d. sole *decisioni privilegiate*. Si tratta delle decisioni giurisdizionali in materia di diritto di visita e di ritorno del minore, a cui anche il nuovo regolamento del 2019 dedica, in un'apposita sezione (sez. II, artt. 42-50), regole per un riconoscimento ed esecuzione ancor più rapidi e snelli. In particolare, nel reg. n. 1111/2019 sono previsti appositi limiti ai motivi di opposizione all'efficacia della loro circolazione nello spazio giudiziario europeo consistenti nella sola incompatibilità con una decisione successiva resa nello Stato membro in cui il riconoscimento è invocato oppure con una decisione successiva emanata in altro Stato membro o nello Stato terzo di residenza del minore e riconoscibile nello Stato richiesto.

all'ordine pubblico dello Stato richiesto; *b*) il mancato coinvolgimento nella conclusione dell'accordo di uno dei genitori che reclama la lesione della propria responsabilità genitoriale; *c*) l'incompatibilità con una decisione, un atto pubblico o un accordo successivo reso nello Stato in cui il riconoscimento è invocato; *d*) oppure con una decisione, un atto pubblico o un accordo successivo emesso in un altro Stato membro o nel Paese terzo di residenza abituale del minore, riconoscibile nello Stato richiesto.

Infine e questo appare il motivo ostativo alla circolazione delle prescrizioni degli accordi negoziati che preoccupa maggiormente, il 3° comma dell'art. 68, reg. n. 1111/2019 prevede il diniego di esecuzione degli accordi negoziati in materia di responsabilità genitoriale redatti «*senza che al minore capace di discernimento sia stata data la possibilità di esprimere la propria opinione*». La mancata previsione del diritto di ascolto dei figli minori nella negoziazione assistita rappresenta, infatti, un *vulnus* del sistema⁽⁵⁹⁾.

Ma cerchiamo di spiegare meglio questo importante passaggio, che indubbiamente costituisce un ostacolo oggettivo alla circolazione nell'eurozona degli accordi negoziati.

Ogni riferimento al diritto di ascolto del figlio minore capace di discernimento manca⁽⁶⁰⁾ tanto nella fase dell'accordo di fronte agli avvocati che in quella di competenza del Procuratore della Repubblica⁽⁶¹⁾. Ciò in contrasto

⁽⁵⁹⁾ Come evidenziato da E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, cit., p. 117, nt. 13, per ovviare al problema indicato in Francia si è previsto che, in caso di coppia con figli, il divorzio *par consentement mutuel* – redatto in presenza di almeno un avvocato per parte e registrato dal notaio – debba essere accompagnato dalla dichiarazione (su apposito modello predisposto) dei figli minorenni di non voler usufruire del diritto ad essere ascoltati dall'autorità giurisdizionale.

⁽⁶⁰⁾ F. DANOVÌ, *Il p.m. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam e dir.*, 2017, p. 69 ss., spec. p. 77. Sulla presenza di una lacuna in tal senso v. anche E. D'ALESSANDRO, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio – la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, cit., p. 1284.

⁽⁶¹⁾ Ciò, nonostante l'ascolto del minore appaia funzionale al tipo di valutazione richiestagli.

non solo con la normativa europea⁽⁶²⁾, ma anche con gli interventi legislativi, in materia minorile del 2012 e 2013⁽⁶³⁾, orientati, invece, a tenere in massima considerazione l'ascolto del minore capace di discernimento in relazione a tutte le determinazioni che lo coinvolgono⁽⁶⁴⁾.

Conseguentemente, se in dottrina⁽⁶⁵⁾ si è giunti a dubitare della stessa legittimità costituzionale delle norme che consentono la separazione e il divorzio stragiudiziale senza prevedere l'ascolto dei minori capaci di discer-

⁽⁶²⁾ Cfr., per tutti, M.G. RUO, *I figli nella negoziazione assistita in materia matrimoniale: minorenni, maggiorenni non indipendenti economicamente, incapaci e disabili gravi*, in ID. (a cura di), *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio e procedura davanti all'ufficiale di stato civile*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 117 ss., che sottolinea, sotto questo profilo, la mancata conformità dell'art. 6, l. n. 162/2014 alle fonti internazionali.

⁽⁶³⁾ L'ascolto del minore è ormai previsto in via generale alla disposizione di cui all'art. 315-bis c.c., introdotta nel codice con l. n. 219/2012 nonché in altre singole disposizione processuali. Il riferimento è agli artt. 336-bis e 337-octies c.c., rispettivamente, per i giudizi di crisi familiare e per «*i procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo fra i genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli*».

⁽⁶⁴⁾ Allo stesso modo, preme precisare come anche la giurisprudenza si sia sin da subito attivata per la tempestiva ricezione delle indicazioni provenienti dal diritto convenzionale, non soltanto al fine di riconoscere all'audizione del minore il giusto rilievo, ma anche al fine d'individuare – e ciò a prescindere dal fatto che il legislatore nulla abbia in proposito previsto – le conseguenze derivanti dalla sua mancata attuazione. Cfr., tra le altre, Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Dir. fam.*, 2010, p. 106, con nota di M.G. RUO, secondo cui «*l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003, e dell'art. 155-sexies c.c., introdotto dalla legge n. 54 del 2006, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore. Costituisce, pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione, in quanto il minore è portatore d'interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale*».

⁽⁶⁵⁾ F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 157, il quale profila l'incostituzionalità dell'art. 6, l. n. 162/2014, per violazione dell'art. 117 Cost., nella parte in cui quest'ultima disposizione statuisce limiti alla potestà legislativa ordinaria, non solo nelle norme Costituzionali, ma anche ne «*i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*».

nimento, si è certi del fatto che una tale mancanza possa indubbiamente rappresentare un limite alla circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi negoziati autorizzati dal Procuratore della Repubblica⁽⁶⁶⁾.

Discorso diverso deve, invece, essere fatto per l'accordo negoziato autorizzato dal Presidente del Tribunale, dal momento che in tal caso le forme e le garanzie previste agli artt. 336-*bis* c.c. e 38-*bis* disp. att. c.c. consentono il corretto esplicarsi dell'ascolto dei figli minorenni capaci di discernimento, nonché del diritto di difesa delle parti⁽⁶⁷⁾.

7. — *Segue. Le disposizioni a contenuto alimentare.*

Residua da esaminare la circolazione nello spazio giudiziario europeo delle disposizioni concernenti le obbligazioni *alimentari* contenute nell'accordo negoziato o redatto di fronte al Sindaco.

Va, innanzitutto, specificato come anche l'accordo redatto di fronte al Sindaco – nonostante le difficoltà interpretative del divieto di cui all'art. 12, 3° comma, l. n. 162/2014 – può, secondo la più recente interpretazione del Consiglio di Stato⁽⁶⁸⁾ contenere previsioni concernenti obbligazioni alimentari. Con ciò si riconferma il principio per cui tale accordo non si limiti alla sola modifica dello *status* coniugale, ma si estenda, invece, anche alla regolamentazione di alcuni rapporti patrimoniali tra i coniugi.

Ma cerchiamo di spiegare meglio questo importante profilo.

L'art. 12, 3° comma, della citata legge individua espressamente nel-

⁽⁶⁶⁾ Infatti, molto difficile appare in via interpretativa colmare le lacune normative derivanti dalla mancata previsione di idonee garanzie nella negoziazione per la corretta audizione del minore e del diritto di difesa delle parti. A ciò sarebbe, infatti, di ostacolo la stessa fisiologia dell'*iter* di formazione dell'accordo tanto di fronte agli avvocati che nella successiva fase di autorizzazione del Procuratore del Repubblica.

⁽⁶⁷⁾ In tal caso anche nel silenzio della legge può, dunque, in via interpretativa, ammettersi l'ascolto del minore capace di discernimento ad opera del Presidente del Tribunale.

⁽⁶⁸⁾ Cons. Stato, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Foro it.*, 2016, III, c. 636, con nota di G. CASABURI.

la previsione di «*patti di trasferimento patrimoniale*» una condizione giuridica impediante⁽⁶⁹⁾ l'accordo di fronte al Sindaco⁽⁷⁰⁾.

Tuttavia l'opacità della espressione legislativa utilizzata, fin dalla sua entrata in vigore, è stata oggetto di diversi interventi chiarificatori da parte del Ministero prima e della giurisprudenza poi.

Innanzitutto, la circolare ministeriale n. 19/2014 ha escluso qualsiasi contenuto di natura economica o finanziaria dell'atto di competenza dell'Ufficiale di Stato Civile. Tale circolare è stata, però, di lì a poco, superata dalla circ. n. 6/2015. Questa ha specificato come non rientrasse nel divieto normativo la previsione di «*un obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di assegno periodico, sia nel caso di separazione consensuale (c.d. assegno di mantenimento), sia nel caso di richiesta congiunta di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio (c.d. assegno divorzile)*» con conseguente limitazione del divieto in parola al solo pagamento dell'assegno *una tantum*⁽⁷¹⁾.

Invero, la indicata circolare del 2015, in un primo momento dichiarata illegittima e quindi annullata dal Tar Lazio⁽⁷²⁾, è stata riconfermata dalla successiva pronuncia del Consiglio di Stato⁽⁷³⁾. Più nel dettaglio, il Consiglio di Stato ha ribadito come l'espressione «*patti di trasferimento patrimoniale*» si riferisca ai soli accordi che «*banno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa*

⁽⁶⁹⁾ Allo stesso modo della presenza di figli minorenni.

⁽⁷⁰⁾ V. C. CARIGLIA, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio (ii parte) – separazione, divorzio e modifiche dinanzi al sindaco*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1744.

⁽⁷¹⁾ Pagamento costituito tanto dalla corresponsione di una somma di denaro che da una *datium in solutum* di beni mobili o immobili.

⁽⁷²⁾ Tar Lazio, 7 luglio 2016, n. 7813, in *Guida dir.*, 32/2016, p. 22. La sentenza del Tar Lazio si fondava sul presupposto che l'espressione «*patti di trasferimento patrimoniale*» avesse una portata ampia ed onnicomprensiva, proprio, perché diretta – in assenza della necessaria presenza di avvocati in tale procedura – alla tutela del c.d. coniuge debole. In altri termini, il Tar accoglieva i rilievi proposti nel ricorso proposto da due associazioni, l'AIAP (Associazione Italiana degli Avvocati per la Famiglia e per i Minori) e Donna chiama donna (Onlus). Tale ricorso era fondato sul rilievo per cui la tutela dei soggetti coinvolti non si realizzerebbe in assenza dell'assistenza obbligatoria degli avvocati.

⁽⁷³⁾ Cons. Stato, 26 ottobre 2016, n. 4478, cit.

determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto» (c.d. assegno *una tantum*), escludendo, ancora una volta, dal limite normativo di cui all'art. 12 ogni altra pattuizione di carattere economico con effetti obbligatori (c.d. assegno periodico).

Se, dunque, le determinazioni di natura alimentare possono essere contenute nell'accordo negoziato, come anche – nei termini indicati – in quello redatto di fronte al Sindaco, occorre ricordare come queste circolino, però, nello spazio giudiziario europeo solo nei termini di cui al reg. n. 4/2009⁽⁷⁴⁾, applicabile ad ogni determinazione in materia alimentare «derivante da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità»⁽⁷⁵⁾.

Tuttavia, nonostante il reg. n. 4/2009 sia animato dallo scopo di facilitare la riscossione dei crediti alimentari, la circolazione nello spazio giudiziario europeo delle statuizioni alimentari contenute negli accordi di cui alla l. n. 162/2014 appare molto dubbia.

Più nel dettaglio, la norma di riferimento è l'art. 48, reg. n. 4/2009, intitolato «applicazione del presente Regolamento alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici», il quale testualmente dispone: «1. Le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici esecutivi nello Stato membro d'origine sono riconosciuti in un altro Stato membro e hanno la stessa esecutività delle decisioni ai sensi del capo IV. 2. Le disposizioni del presente Regolamento sono applicabili, se del caso, alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici».

Orbene, se dubbi in merito alle modalità di circolazione delle previsioni contenute nell'accordo concluso di fronte al Sindaco, in quanto annovera-

⁽⁷⁴⁾ Allo scopo di facilitare la riscossione del credito alimentare derivante dai rapporti di famiglia, il legislatore europeo ha previsto la particolare disciplina di cui al reg. n. 4/2019.

⁽⁷⁵⁾ Occorre in proposito evidenziare come la Corte giust., sent. 27 febbraio 1997, C-220/95, ancorché con riferimento all'art. 5, n. 2, della convenzione di Bruxelles del 1968 (che disciplinava la materia alimentare sino all'entrata in vigore del reg. n. 4/2009) abbia offerto una definizione di obbligazione alimentare molto ampia e tale da ricomprendere ogni dazione patrimoniale diretta a garantire il sostentamento dei figli e del coniuge, in tale ultimo caso, anche nella forma del versamento forfettario di una somma di denaro o del trasferimento di un bene immobile. In altri termini, nell'ottica della Corte di Giustizia nella nozione in oggetto possono essere annoverati tanto i nostri crediti «alimentari» che quelli diretti al «mantenimento».

bile tra gli atti pubblici⁽⁷⁶⁾, non si pongono, questi si concentrano, invece, su quelle contenute negli accordi di negoziazione assistita. Ciò in quanto se, dal un lato, questi non appaiono, in mancanza di espressa integrazione legislativa o regolamentare, condividere la natura degli atti pubblici, dal momento che – come indicato – il ruolo dell’avvocato, nel silenzio della legge, non può essere equiparato a quello di una “*autorità amministrativa*” o il nullaosta/autorizzazione della Procura della Repubblica integrare «*atto autenticato da parte dell’autorità amministrativa*», dall’altro lato, manca nel reg. n. 4/2009 una disposizione, che analogamente all’art. 65, reg. n. 1111/2019, li contempra espressamente, ovvero, analogamente all’art. 46, reg. n. 2201/2003, li assuma, in quanto atti a cui lo Stato emittente riconosce efficacia esecutiva, tra gli atti idonei a circolare nello spazio giudiziario europeo diversi dai provvedimenti giurisdizionali.

A quanto consta, parrebbe, dunque, la stessa lettera della norma regolamentare ad escludere la circolazione nello spazio giudiziario europeo delle previsioni alimentari contenute nell’accordo di negoziazione assistita in materia familiare creando un’asimmetria tra le determinazioni rientranti nel reg. n. 1111/2019 e quelle coperte dal reg. n. 4/2009, determinazioni che, invece, costituiscono dal punto di vista delle parti un *unicum*.

Appare, allora, importante tentare di offrire un’interpretazione finalizzata a favorire la circolazione nell’ambito giudiziario europeo anche delle previsioni alimentare contenute nell’accordo negoziato.

Ciò è però possibile solo distinguendo tra accordo autorizzato dal Presidente del Tribunale e accordo munito di nullaosta/autorizzazione del Procuratore della Repubblica. Solo del primo, in quanto accordo formatosi nell’ambito di un giudizio⁽⁷⁷⁾, può invero ipotizzarsi – per la parte riguardante le obbligazioni alimentari nei confronti dei figli e dell’altro coniuge – la

⁽⁷⁶⁾ Sul punto, v. *retro*, § 3. Inoltre preme sottolineare come l’art. 2, n. 3, lett. b), del regolamento in commento riconduce alla nozione di atto pubblico «*qualsiasi convenzione in materia di obbligazioni alimentari conclusa con le autorità amministrative dello Stato membro d’origine o da queste autenticata*».

⁽⁷⁷⁾ Così E. D’ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, cit., p. 117.

circolazione nello spazio giudiziario europeo ai sensi del reg. n. 4/2019 alla stregua di una transazione giudiziaria approvata dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, in quanto atto formato nell'ambito di un procedimento che, sebbene non contenzioso, si svolge di fronte ad un giudice statale.

Tale soluzione non è, tuttavia, riproponibile anche per l'accordo negoziato munito di nullaosta/autorizzazione della Procura: l'attività del Procuratore della Repubblica non può essere equiparata «*all'approvazione del giudice richiesta dal Regolamento per la circolazione delle transazioni giudiziarie*»⁽⁷⁸⁾. Il Procuratore della Repubblica, sebbene organo appartenente alla magistratura, non svolge, infatti, non solo nel concedere il nullaosta, ma anche nell'autorizzare l'accordo dei coniugi, attività giurisdizionale in senso proprio, ma attività *lato sensu* amministrativa.

Per le previsioni alimentari contenute negli accordi negoziati muniti di autorizzazione o nullaosta del Procuratore della Repubblica resta, sicuramente, esperibile la via del decreto ingiuntivo europeo⁽⁷⁹⁾ di cui al reg. n. 1896/2006⁽⁸⁰⁾.

Individuate, dunque, nelle sole obbligazioni alimentari contenute nell'accordo redatto di fronte al Sindaco ovvero autorizzato dal Presidente del Tribunale le determinazioni idonee alla circolazione nello spazio giudiziario europeo, ne residuano ancora da analizzare le modalità di riconoscimento ed esecuzione.

⁽⁷⁸⁾ E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale europeo*, loc. cit.

⁽⁷⁹⁾ Il reg. n. 1896/2006 è stato aggiornato nei propri allegati dal reg. n. 936/2012. Più in generale, il decreto ingiuntivo europeo, adottando, come noto, il modello monitorio puro, ammette l'ingiunzione anche in assenza di prova documentale. Conseguentemente, lo stesso accordo negoziato, dotato di nullaosta o autorizzazione della procura della Repubblica, può costituire titolo idoneo per ottenere il decreto ingiuntivo europeo.

⁽⁸⁰⁾ Viceversa, la previsione relativa agli alimenti contenuta nella negoziazione assistita autorizzata o munita di nullaosta non può essere considerata “*credito non contestato*” suscettibile di circolare in virtù del reg. n. 805/2004. Ciò perché per costituire titolo certificabile come titolo esecutivo europeo anche il riconoscimento del debito deve avvenire nelle forme dell'atto pubblico [art. 3, n. 1, lett. d)]. Sui regg. nn. 805/2004 e 1896/2006, v. per tutti C. SILVESTRI, *La tutela del credito contrattuale nell'Unione Europea. Dalla domanda al riconoscimento ed esecuzione del provvedimento giudiziale*, Bologna, 2011, p. 257 ss.

In proposito occorre ricordare come il reg. n. 4/2009 preveda, in via generale, una diversa disciplina a seconda dell'applicabilità o meno al Protocollo dell'Aia del 2007 sulla legge delle obbligazioni alimentari.

Più nel dettaglio, gli atti extragiudiziari, equiparabili alle decisioni ai sensi dell'art. 48, circolano alle stesse condizioni di queste ultime che – a seconda che siano rese o meno in uno Stato firmatario il suddetto Protocollo – sono assoggettate a diverse regole di riconoscimento ed esecuzione.

Segnatamente, le decisioni giurisdizionali e, quindi, gli atti alle stesse equiparati, resi nei Paesi Europei che hanno sottoscritto il Protocollo del 2007 sono riconosciuti ed eseguiti senza la necessità dell'*exequatur* dello Stato richiesto, ma con la sola copia autentica del provvedimento e del certificato rilasciato dall'autorità dello Stato di origine di cui all'allegato I del regolamento (art. 20). Il diniego, totale o parziale, di esecuzione del provvedimento è possibile, su istanza del debitore, sono via successiva ed eventuale⁽⁸¹⁾.

Discorso parzialmente diverso deve, invece, essere fatto per il caso in cui le decisioni giurisdizionali e, dunque, gli atti extragiudiziari a queste equiparati, siano emessi in Paesi non firmatari il Protocollo dell'Aia del 2007.

Se, in particolare, l'art. 23 prevede il riconoscimento di tali provvedimenti negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, l'art. 26 ne subordina, invece, la circolazione nello spazio giudiziario europeo, ove esecutivi, al previo rilascio dell'*exequatur* dell'autorità incaricata dello Stato richiesto. Si tratta, tuttavia, anche in tal caso di una dichiarazione di esecutività pressoché automatica in quanto concessa, ai sensi dell'art. 30, senza il previo controllo dell'assenza di motivi ostativi, controllo possibile solo su istanza della parte interessata, in via successiva e eventuale alla concessione dell'esecutività.

⁽⁸¹⁾ Il particolare l'art. 21 prevede un divieto di esecuzione ove «*il diritto di ottenere l'esecuzione della decisione dell'autorità giurisdizionale d'origine è prescritto a norma della legislazione dello Stato membro d'origine o a norma della legislazione dello Stato membro dell'esecuzione, se quest'ultima prevede un termine di prescrizione più lungo*», ovvero ove «*inconciliabile con una decisione emessa nello Stato membro dell'esecuzione o con una decisione emessa in un altro Stato membro o in uno Stato terzo che soddisfi i requisiti necessari al suo riconoscimento nello Stato membro dell'esecuzione*».

FRANCESCO SCAGLIONE^(*)

RAPPORTO DI FILIAZIONE E DIRITTO AL MANTENIMENTO

Abstract: The essay analyses the content of children's right to parental maintenance following the Italian reform of the law on filiation. In particular, the child's spontaneous maintenance, unlike the judicial one, allows to fully realize his personality.

SOMMARIO: 1. Contenuto del diritto al mantenimento. – 2. Mantenimento spontaneo e giudiziale. – 3. Mantenimento e accertamento della filiazione.

1. — *Contenuto del diritto al mantenimento.*

Nell'ambito dello statuto dei diritti del minore configurato dall'art. 315-*bis* c.c., il diritto al mantenimento tutela l'interesse del figlio alla soddisfazione dei suoi bisogni essenziali attraverso prestazioni a carattere patrimoniale poste a carico dei genitori, indipendentemente dall'attribuzione formale della responsabilità genitoriale (v. art. 279 c.c.) oppure anche nel caso di sospensione o decadenza da quest'ultima. Esso deriva dall'accertamento o dall'attribuzione (nel caso di adozione) dello *status* di figlio ed è connesso alla sussistenza del rapporto di filiazione. L'obbligo di mantenimento, pertanto, è legato al rapporto di filiazione, anche quando il genitore non sia più titolare della responsabilità genitoriale. In particolare, nel caso di sospensione della responsabilità genitoriale in capo ai genitori adottivi, l'obbligo permane finché perdura lo *status* di figlio adottivo, che cessa unicamente con la revoca dell'adozione⁽¹⁾.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. Cass., 8 novembre 2010, n. 22678, in *Nuova giur. cin. comm.*, 2011, I, p. 217, con nota di J. LONG, *Obbligo dei genitori di mantenere la prole e rivalsa dell'ente pubblico per il rimborso della retta per l'ospitalità del minore in comunità familiare*. Nello stesso senso, v. Cass., 11 novembre 2010, n. 22909, in *CED Cassazione/2010*: «Il provvedimento del Tribunale per i minorenni

Il contenuto del diritto al mantenimento, quale diritto del figlio all'assistenza materiale, si determina, in base ad un principio di adattabilità, in relazione alle più varie esigenze che egli manifesta nel corso della sua vita, secondo le sue naturali capacità, inclinazioni e aspirazioni⁽²⁾. Deriva che il diritto *de quo* è finalizzato a consentire non soltanto il sostentamento del figlio, ma anche e soprattutto – più in generale – la piena realizzazione della sua personalità⁽³⁾. Sotto questo profilo, esso si differenzia dal diritto agli alimenti, che invece è subordinato allo stato di bisogno del beneficiario ed è limitato al soddisfacimento delle sue necessità elementari di vita⁽⁴⁾. Tra le

di sospensione dalla potestà non esonera i genitori adottivi dagli oneri economici, derivanti dall'obbligo di mantenimento del minore su di essi gravante, cui sono tenuti in forza del combinato disposto dell'art. 147 c.c. e dell'art. 48 della l. 4 maggio 1983, n. 184 a prescindere dall'esercizio della potestà, tant'è che tale obbligo permane, a talune condizioni, anche in caso di raggiungimento della maggiore età del figlio. Ne consegue che in caso di allontanamento del minore adottato dal nucleo familiare e di suo collocamento in una casa famiglia, le spese di ricovero rimangono a carico dei genitori adottivi, nei cui confronti il Comune, che le abbia anticipate, può rivalersi, salvo che essi alleghino e dimostrino lo stato d'indigenza».

⁽²⁾ Cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2013, pp. 611 ss. e 678 ss.

⁽³⁾ Cfr. A. TRABUCCHI, *Note introduttive agli artt. 147 e 148*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, II, Padova, 1992, p. 570, secondo il quale il mantenimento può considerarsi l'aspetto economicamente valutabile del più generale obbligo della cura del minore. Sul punto, v. anche M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2012, p. 288 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., 9 giugno 2015, n. 11882, in *Foro it.*, 2016, I, c. 902, secondo cui il contributo dovuto per il mantenimento della prole dev'essere rapportato al tenore di vita concretamente assicurato alla stessa nel corso della convivenza, da apprezzarsi non soltanto in relazione al livello economico-sociale del nucleo familiare, ma anche alle sostanze ed ai redditi dei genitori, nonché alla loro capacità di lavoro, professionale o casalingo, che rappresentano l'insieme delle risorse economiche a disposizione delle parti, in tal senso deponendo anche l'art. 147 c.c., il quale, imponendo ai genitori il dovere di mantenere, istruire ed educare la prole, perdurante anche a seguito della separazione e dello scioglimento del vincolo coniugale, obbliga i coniugi a far fronte ad una molteplicità di esigenze, non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma estese anche all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario e sociale, nonché all'assistenza morale e materiale ed all'opportuna predisposizione di una stabile organizzazione domestica, idonea a rispondere a tutte le necessità di cura e di educazione. Nello stesso senso, v. almeno Cass., 29 luglio 2015, n. 16042, in *leggiditalia.it*; Cass., 9 febbraio 2015, n. 2442, *ivi*.

tecniche di attuazione dell'obbligo di mantenimento da parte dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale rientrano l'amministrazione dei beni del figlio minore (art. 320 c.c.), l'usufrutto legale (art. 324 c.c.) e, nel caso di filiazione matrimoniale, il fondo patrimoniale (art. 167 c.c.)⁽⁵⁾. Il minore capace di discernimento partecipa indirettamente a queste tecniche, tutte le volte in cui, nell'ipotesi di nomina di un curatore speciale che lo rappresenti in luogo dei genitori (cfr. artt. 320, 6° comma, e 321 c.c.), la sua opinione venga ascoltata ed accolta dal giudice, trattandosi di questioni – patrimoniali ed esistenziali – che lo riguardano (cfr. art. 315-*bis*, 3° comma, c.c.)⁽⁶⁾.

Più in generale, il minore capace di discernimento, nel caso di cattiva amministrazione del suo patrimonio, può rivolgersi liberamente al pubblico ministero affinché questi promuova il procedimento innanzi al Tribunale, volto alla rimozione di uno o entrambi i genitori dall'amministrazione e alla

⁽⁵⁾ In argomento, v. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 682 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015, p. 24, con nota di L. BALLERINI, *Autonomia dei coniugi e limiti allo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale*, secondo cui va riconosciuta al figlio la legittimazione, sostanziale e processuale, a proporre opposizione avverso l'atto di scioglimento del fondo patrimoniale, posto in essere dai genitori prima che egli fosse nato, ma successivamente al suo concepimento. Cfr. anche G. SANTARCANGELO, *La risoluzione consensuale del fondo patrimoniale in presenza di figli minori*, in *Notariato*, 2014, p. 686 ss. Nel senso che il fondo patrimoniale può essere sciolto per mutuo dissenso anche in presenza di figli minori, senza necessità di autorizzazione giudiziale e con effetto immediato, v. Trib. min. Venezia, 7 febbraio 2001, in *Riv. not.*, 2001, p. 1189, con nota di M. VIANI, *Ancora sullo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale*, Trib. Milano, 6 marzo 2013, in *Dir. fam.*, 2013, p. 1417. In dottrina, v., per tutti, G. GABRIELLI, *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 318. Per l'orientamento opposto, secondo il quale, in presenza di prole minorenni, i genitori non sono legittimati ad estinguere convenzionalmente il fondo patrimoniale, v. Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, cit.; App. Bologna, 2 ottobre 2001, in *Notariato*, 2002, p. 27, con nota di A. BULGARELLI, *L'insostenibile irretrattabilità del fondo patrimoniale*, Trib. min. Perugia, 20 marzo 2001, in *Riv. not.*, 2001, p. 1189; Trib. Savona, 24 aprile 2003, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 67, con nota di M. CAPECCHI, *I limiti allo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale*. In dottrina, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 6° ed., Milano, 2017, pp. 140-141: «Deve invece escludersi che le parti possano estinguere il fondo in presenza di figli minori. La norma sulla indisponibilità dei beni del fondo attesta infatti che la tutela dei figli minori pone un limite all'autonomia dei coniugi. Con riguardo ai singoli beni il limite può essere rimosso mediante autorizzazione giudiziale nei casi di necessità od utilità evidente. Ma l'estinzione del fondo non può essere né necessaria né utile».

privazione, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale *ex* artt. 334 e 336 c.c., oltre che al risarcimento del danno da inadempimento degli obblighi genitoriali. Anche in questo caso, l'ascolto del minore da parte del Presidente del Tribunale o del giudice delegato (artt. 336, 2° comma, e 336-*bis* c.c.) può condurre ad un accoglimento della sua opinione, ove essa sia espressiva di un interesse ritenuto prevalente, in sede di giudizio di bilanciamento, su quello del genitore e/o di altri familiari.

Il fatto che il diritto al mantenimento sia preordinato a garantire una compiuta realizzazione della personalità del figlio emerge altresì da una consolidata opinione giurisprudenziale e dall'art. 337-*septies*, 1° comma, c.c.⁽⁷⁾, secondo cui il diritto al mantenimento spetta anche ai figli maggiorenni, a condizione che essi non siano ancora in grado, in modo incolpevole, di soddisfare col loro reddito personale i propri bisogni essenziali⁽⁸⁾. In proposito, il criterio-guida è quello secondo cui la cessazione dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti deve essere fondata su un accertamento di fatto che abbia riguardo all'età, all'effettivo conseguimento di un livello di competenza professionale e tecnica, all'impegno rivolto verso la ricerca di un'occupazione lavorativa nonché, in particolare, alla complessiva condotta personale tenuta, da parte dell'avente diritto, dal momento del raggiungimento della maggiore età⁽⁹⁾. Deriva che la valutazione delle circostanze che giustificano la ricorrenza o il permanere dell'obbligo dei genitori al mantenimento dei figli maggiorenni va effettuata dal giudice del merito, necessariamente, caso per caso e con criteri di rigore proporzionalmente crescente in rapporto all'età dei beneficiari, in modo da escludere che tale obbligo assistenziale, sul piano giuridico, possa essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, al di là dei quali si risolverebbe in forme di parassitismo di ex giovani ai danni dei

⁽⁷⁾ Ai sensi dell'art. 337-*septies*, 1° comma, c.c.: «Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salva diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto».

⁽⁸⁾ Nell'ipotesi di separazione o divorzio, il figlio divenuto maggiorenne, ma non economicamente autosufficiente, acquista una legittimazione *iure proprio* all'azione per ottenere dall'altro genitore il contributo al proprio mantenimento, concorrente con la legittimazione, anche essa *iure proprio*, del genitore convivente: Cass., 9 febbraio 2015, n. 2443, in *leggiditalia.it*.

⁽⁹⁾ Cass., 21 novembre 2019, n. 30491, in *leggiditalia.it*; Cass., 17 luglio 2019, n. 19135, *ivi*.

loro genitori sempre più anziani⁽¹⁰⁾. In quest'ottica, il genitore può ritenersi liberato dall'obbligo mantenitorio solo ove fornisca in giudizio la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, ovvero è stato posto nelle concrete condizioni di essere economicamente autosufficiente, senza averne però tratto utile profitto per sua colpa o per sua scelta⁽¹¹⁾. La casistica che può ricondursi al suddetto criterio può utilmente riportarsi qui di seguito: *a)* non può affermarsi l'obbligo del padre di mantenimento di due figli ultratrentenni, senza considerare che l'una, terminati gli studi universitari, aveva scelto di specializzarsi e l'altro, invece, aveva interrotto e cambiato reiteratamente i corsi di studio, senza conseguire il diploma di laurea⁽¹²⁾; *b)* il mero conseguimento di una laurea triennale non comporta di per sé il venir meno dell'obbligo mantenitorio senza che il genitore obbligato fornisca la suddetta prova liberatoria⁽¹³⁾; *c)* questa prova, viceversa, è fornita ogniqualvolta il figlio si sottragga volontariamente allo svolgimento di un'attività lavorativa adeguata e corrispondente alla professionalità acquisita ovvero dimostri totale negligenza e disinteresse nella prosecuzione degli studi uni-

⁽¹⁰⁾ Cass., 22 giugno 2016, n. 12952, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 236, con nota di G.A. PARINI, *I mobili "confini" del diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente indipendenti*; Cass., 9 maggio 2013, n. 11020, *ivi*, 2014, p. 240, con nota di C. MAGLI, *Sulla persistenza del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne*: l'obbligo dei genitori di concorrere tra loro al mantenimento dei figli, secondo le regole dell'art. 148 c.c. non cessa *ipso facto* con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi, ma perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso non dia la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, ovvero che il mancato svolgimento di un'attività economica dipende da un atteggiamento di inerzia o rifiuto ingiustificato dello stesso, il cui accertamento non può che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle aspirazioni, al percorso scolastico, universitario e post-universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il soggetto abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione. In argomento, v. G. CONTIERO, *Il mantenimento dei figli maggiorenni nella separazione e nel divorzio*, 2ª ed., Milano, 2017; e, in precedenza, D. ACHILLE, *Il mantenimento del figlio maggiorenne tra diritto positivo e prospettive di intervento legislativo*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 660 ss.; L. FERNANDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne nella giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 796 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., 8 febbraio 2012, n. 1773, in *CED Cassazione/2012*.

⁽¹²⁾ Cass., 22 giugno 2016, n. 12952, *cit.*

⁽¹³⁾ Cass., 26 aprile 2017, n. 10207, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 694.

versitari⁽¹⁴⁾; *d*) l'obbligo mantenitorio, pertanto, cessa qualora il figlio maggiorenne, benché dotato di un patrimonio personale, sia ancora dedito, a spese del genitore, agli studi universitari presso una sede diversa dal luogo di residenza familiare, senza aver ingiustificatamente conseguito alcun correlato titolo di studio o una possibile occupazione remunerativa⁽¹⁵⁾; *e*) l'obbligo in parola cessa con il raggiungimento, da parte del figlio maggiorenne, di uno "status" di autosufficienza economica consistente nella percezione di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita⁽¹⁶⁾, in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato, quale deve intendersi il compenso corrisposto al medico specializzando, in dipendenza di un contratto di formazione specialistica pluriennale⁽¹⁷⁾; *f*) la figlia maggiorenne di genitori separati, studentessa, priva di ogni autonomia economica e permanentemente abitante con la madre, conserva il diritto al mantenimento nei confronti del padre, anche se coniugata, ma non coabitante, con un giovane, anch'egli studente e non autonomo economicamente⁽¹⁸⁾.

In ogni caso, permane sempre l'obbligo di mantenimento dei genitori nei riguardi del figlio maggiorenne portatore di handicap grave *ex art.* 3, 3° comma, l. 5 febbraio 1992, n. 104, al quale, ai sensi dell'art. 337-*septies*, 2° comma, c.c., si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori⁽¹⁹⁾.

Il diritto al mantenimento è l'unico diritto del minore che dà luogo ad una vera e propria pretesa creditoria⁽²⁰⁾, *sub specie* di assegno di mantenimen-

⁽¹⁴⁾ Cass., 1° febbraio 2016, n. 1858, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 134, con nota di M.S. ESPOSITO, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne tra aspirazioni personali e colpevole inerzia*.

⁽¹⁵⁾ Cass., 6 dicembre 2013, n. 27377, in *CED Cassazione*/2013.

⁽¹⁶⁾ Cass., 13 dicembre 2016, n. 25528, in *leggiditalia.it*.

⁽¹⁷⁾ Cass., 8 agosto 2013, n. 18974, in *CED Cassazione*/2013.

⁽¹⁸⁾ Cass., 26 gennaio 2011, n. 1830, in *Dir. fam.*, 2011, p. 760.

⁽¹⁹⁾ V. art. 37-*bis* disp. att. c.c.: «I figli maggiorenni portatori di handicap grave previsti dall'art. 337 *septies*, secondo comma, del codice civile, sono coloro i quali siano portatori di handicap ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

⁽²⁰⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 364, secondo il quale il diritto al mantenimento «non ha carattere patrimoniale ma dà luogo a ordinarie pretese creditorie con riguardo alle singole prestazioni pecuniarie che il genitore è eventualmente tenuto a corrispondere nello svolgimento del rapporto di filiazione». Il diritto del figlio al mantenimento non fa parte del suo patrimonio, inteso ai sensi dell'art. 2740 c.c.; ne è escluso il

to determinato dal giudice, nei seguenti casi: *a)* provvedimento reso con la sentenza che dichiara la filiazione *ex art.* 277 c.c.; *b)* azione di mantenimento *ex art.* 279 c.c.; *c)* provvedimento del giudice in caso di crisi familiare *ex art.* 337-*ter*, 4° comma, c.c.; *d)* azione di adempimento *ex art.* 1218 c.c., in caso di inattuazione dell'obbligo mantenitorio da parte del genitore che ha già riconosciuto il figlio⁽²¹⁾.

In particolare, l'art. 337-*ter*, 4° comma, c.c., prevede che l'assegno periodico si determini, tra l'altro, in base: (a) alle attuali esigenze del figlio; (b) al tenore di vita da lui goduto in costanza di convivenza con entrambi i genitori; (c) alle risorse economiche di entrambi i genitori⁽²²⁾.

pignoramento (v. artt. 514 e 515 c.p.c.) e neppure può essere considerato nell'attivo fallimentare, ai sensi dell'art. 46, 1° comma, n. 2, r.d. n. 267/1942: cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 615, il quale osserva come «il carattere non patrimoniale degli obblighi genitoriali deriva anche dalla circostanza che l'adempimento di tali obbligazioni non comporta un pregiudizio dei creditori dei genitori. Questi ultimi non possono utilizzare strumenti di tutela, quali l'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901, 3° comma c.c., perché i genitori agiscono nell'adempimento di un dovere. Inoltre, in virtù del combinato disposto dell'art. 809 c.c. e dell'art. 742 c.c. le spese di mantenimento non possono ricadere nella disciplina della riduzione (art. 555 c.c.) e della collazione (art. 742 c.c.)».

⁽²¹⁾ Naturalmente, una volta che il credito mantenitorio sia stato accertato dal giudice e, quindi, sia liquido, l'ordinamento mette a disposizione del beneficiario del mantenimento alcuni strumenti di attuazione rapida del diritto; oltre all'applicazione delle norme sul procedimento monitorio (artt. 316-*bis*, 2° comma, c.c., e art. 633 ss. c.p.c.) potranno azionarsi i rimedi di cui agli artt. 156, 6° comma, c.c., 8, commi da 3 a 5, l. n. 898/1970, e 3, 2° comma, l. n. 219/2012. Sull'argomento, v. D. ACHILLE, *L'obbligo di mantenimento nel rinnovato quadro sistematico dei diritti del figlio*, in M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, p. 115 ss., spec. pp. 122-127.

⁽²²⁾ Cfr. Cass., 8 settembre 2014, n. 18869, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 340, con nota di L. MORAMARCO, *Ineludibilità del contributo del genitore separato o divorziato per le spese straordinarie*, secondo cui in tema di mantenimento della prole, devono intendersi per spese "straordinarie" quelle che, per la loro rilevanza, la loro imprevedibilità e la loro imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita dei figli, cosicché la loro inclusione in via forfettaria nell'ammontare dell'assegno, posto a carico di uno dei genitori, può rivelarsi in contrasto con il principio di proporzionalità e con quello dell'adeguatezza del mantenimento, nonché recare grave nocumento alla prole, che potrebbe essere privata, non consentendole le possibilità economiche del solo genitore beneficiario dell'assegno "cumulativo", di cure necessarie o di altri indispensabili apporti. Ma v. Cass., 18 settembre 2013, n. 21273, *ivi*, 2014, p. 105, con nota di L.C. NATALI, S. PISELLI, *La Suprema Corte interviene sulle spese "straordinarie" per i figli: il padre facoltoso deve pagare di più!*: non esiste duplicazione del contributo nel caso sia stabilito un

Nondimeno, mentre il criterio *sub a)* è l'unico applicabile nel caso di accertamento giudiziale della filiazione, viceversa quello *sub b)* è applicabile tanto nell'ipotesi in cui i bisogni essenziali del figlio vengano disattesi dal genitore che già esercita la responsabilità genitoriale, tanto in quella di affidamento del figlio a seguito della crisi familiare (separazione, divorzio, cessazione della convivenza, ecc.). In generale, l'obbligo di mantenimento non potrà comunque superare il limite massimo costituito dalle risorse economiche a disposizione del genitore, anche tenuto conto delle naturali capacità, inclinazioni e aspirazioni del figlio *ex art. 315-bis*, 1° comma, c.c.⁽²³⁾. Infatti, sebbene il principio di proporzionalità tra l'adempimento dell'obbligo mantenitorio e il reddito nonché la capacità di lavoro professionale o casalingo dei genitori, di cui agli artt. 316-*bis*, 1° comma, e 337-*ter*, 4° comma, c.c., valga solo nei rapporti interni tra i genitori e non nei confronti dei figli, rimane il fatto che l'interpretazione dell'art. 315-*bis*, comma 1°, c.c., alla luce del principio di ragionevolezza⁽²⁴⁾, conduce a ravvisare nelle concrete risorse finanziarie del genitore il limite di esigibilità del suddetto obbligo.

L'art. 337-*ter*, 4° comma, c.c., fa salvi gli «accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti» che derogano al principio di proporzionalità in relazione al reddito di ciascuno dei genitori nel mantenimento dei figli. Ma questi diversi accordi possono anche prevedere che il mantenimento dei figli si attui in un'unica soluzione: la Cassazione, in proposito, ha da tempo fissato il principio che l'obbligo di mantenimento dei figli minori (oppure maggiorenni non autonomi dal punto di vista economico) può essere legittimamente adempiuto dai genitori mediante un accordo che, in sede di separazione personale o di divorzio, attribuisca direttamente – o impegni il promittente

assegno di mantenimento omnicomprensivo con chiaro riferimento a tutti i bisogni ordinari e, contemporaneamente, si predisponga la misura della partecipazione del genitore alle spese straordinarie, dato che non tutte le esigenze sportive, educative e di svago rientrano tra le spese straordinarie.

⁽²³⁾ Cfr. M. COSTANZA, *I diritti dei figli: mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 531.

⁽²⁴⁾ Sul criterio interpretativo della ragionevolezza, cfr. N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, spec. p. 48 ss.; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2° ed., Milano, 2016; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss.

ad attribuire – la proprietà di beni mobili o immobili ai figli⁽²⁵⁾. Si tratta di negozi traslativi atipici con causa esterna e funzione solutoria, pienamente consentiti in base all'art. 1322 c.c., stante la meritevolezza dell'interesse (il mantenimento della prole) perseguito dalle parti⁽²⁶⁾.

2. — *Mantenimento spontaneo e giudiziale.*

La pretesa creditoria fatta valere in via giudiziale, quale obbligazione in senso tecnico, non potrà mai eguagliare il mantenimento spontaneo attuato dal genitore sul presupposto di una stabile e partecipata relazione affettiva col figlio.

Questa fondamentale differenza non riguarda il valore monetario della prestazione mantenitoria, bensì l'efficacia di quest'ultima ai fini di una compiuta realizzazione della personalità del minore.

Infatti, la considerazione dei bisogni essenziali del minore da parte del genitore fa parte integrante costituisce un aspetto essenziale della funzione educativa, che è necessariamente ancorata all'intensità e alla qualità della suddetta relazione affettiva, perché si attua attraverso un costante dialogo tra genitore e figlio.

In altri termini, come dimostrano gli studi più attenti di pedagogia dell'infanzia, la capacità del minore di amare e di esprimere le sue aspirazioni ed inclinazioni è profondamente condizionata da un'esperienza di amore intenzionale e partecipato nell'ambiente domestico⁽²⁷⁾.

Il rapporto affettivo tra genitore e figlio è salvaguardato espressamente dall'art. 316-*bis*, 1° comma, c.c., allorché dispone che, nell'ipotesi di insufficienza dei mezzi economici dei genitori per il mantenimento dei figli, gli altri ascendenti, in ordine di prossimità, sono obbligati «a fornire ai genitori

⁽²⁵⁾ Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, in *Vita not.*, 2014, p. 278; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3747, in *leggiditalia.it*; Cass., 2 febbraio 2005, n. 2088, *ivi*.

⁽²⁶⁾ Per un approfondimento del tema, cfr. F. SCAGLIONE, *La causa degli accordi traslativi in occasione della separazione consensuale tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1999, p. 890 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. A. BOBBIO, *Il bambino tra teoria ed educazione: visioni, interpretazioni e problemi di pedagogia dell'infanzia*, 2ª ed., Milano, 2008, p. 141; L. CENA, A. IMBASIATI, F. BALDONI, *La relazione genitore-bambino. Dalla psicoanalisi infantile alle nuove prospettive evoluzionistiche dell'attaccamento*, Milano, 2010, p. 77 ss.

stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli»⁽²⁸⁾.

Pertanto, non saranno i nonni a mantenere i nipoti, ma pur sempre i genitori, ai quali gli ascendenti forniranno il sostegno economico necessario⁽²⁹⁾.

Orbene, questi legami affettivi sono, all'evidenza, assenti tra il figlio e il genitore nei cui confronti il primo esperisca un'azione di stato in via principale per ottenere il riconoscimento ed il conseguente mantenimento.

Infatti, sebbene il minore, almeno tendenzialmente, agisca *ex art.* 269 c.c. per tentare di intraprendere un percorso affettivo col genitore del quale intende diventare figlio, rimane il fatto che il genitore mostra, all'opposto, di non nutrire un'affettività consapevole e matura nei riguardi del figlio, tanto da essersi sottratto all'assunzione della responsabilità genitoriale non rico-

⁽²⁸⁾ Cfr. Cass., 3 agosto 2015, n. 16296, in *leggiditalia.it*, che ribadisce il diritto del genitore, trentacinquenne studente universitario, a ricevere dagli ascendenti il sostegno economico necessario al mantenimento della prole. Viceversa, i pagamenti spontaneamente eseguiti in favore del nipote dal nonno paterno producono l'effetto, di cui all'art. 1180 c.c., di estinguere, anche contro la volontà della creditrice, l'obbligazione del padre, e, quindi, di paralizzare la domanda proposta dalla madre, ai sensi dell'art. 2033 c.c., di ripetizione delle somme corrisposte per il mantenimento in epoca precedente all'introduzione della causa: Cass., 17 febbraio 2011, n. 3916, *ivi*.

⁽²⁹⁾ Cfr. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 8ª ed., Padova, 2019, pp. 270-271, il quale osserva che «la norma presenta una fisionomia particolare rispetto alle altre disposizioni codicistiche che impongono obblighi alimentari, in quanto attribuisce il diritto di credito non alle persone i cui bisogni devono essere soddisfatti, bensì ad altri soggetti (i genitori) ai quali spetta *iure proprio* il diritto di pretendere l'adempimento di tale obbligazione». Ma v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 366: «L'opinione secondo la quale gli ascendenti sarebbero obbligati esclusivamente nei confronti dei genitori, non è condivisibile. L'interesse che dev'essere soddisfatto è infatti l'interesse del figlio, e la prestazione resa ai genitori costituisce un modo per soddisfare quell'interesse». In giurisprudenza, sul punto, v. Trib. Rieti, 20 novembre 2012, in *Dir. fam.*, 2013, p. 578, con nota di G. LUDOVICI, *La procreazione come unica ed esclusiva fonte dell'obbligo di mantenimento dei figli da parte dei genitori determina l'eccezionalità e la sussidiarietà dell'intervento degli ascendenti di grado superiore*. «L'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli – che investe contemporaneamente tutti gli ascendenti di pari grado di entrambi i genitori – va inteso non solo nel senso che l'obbligo degli ascendenti è subordinato e, quindi, sussidiario rispetto a quello, primario, dei genitori, ma anche nel senso che agli ascendenti non ci si possa rivolgere per un adeguato aiuto economico per il solo fatto che uno dei genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli, se l'altro genitore è in grado di mantenerli».

noscendolo spontaneamente e, in tal modo, commettendo anche un illecito.

Non è da escludere, però, che nel corso del rapporto di filiazione accertato giudizialmente vi sia una maturazione evolutiva della capacità di amare del genitore⁽³⁰⁾, ed in questa ipotesi può accadere che il mantenimento attuato *in concreto* da quest'ultimo corrisponda a quello derivante dal riconoscimento spontaneo del figlio, a dispetto dei limiti imposti dall'assegno giudiziale.

Viceversa, quando il diritto al mantenimento sia azionato per mezzo dell'art. 279 c.c., con accertamento dello *status* in via incidentale, il minore certamente non mostra di nutrire alcun rapporto affettivo che intende recuperare o coltivare, né intende essere sottoposto alla sua responsabilità genitoriale. È il caso, ad esempio, in cui il minore capace di discernimento che abbia compiuto i quattordici anni, sapendo che il padre biologico non è il coniuge della madre, decide di agire in giudizio per ottenere dal primo esclusivamente le somme di denaro occorrenti per il soddisfacimento delle sue esigenze⁽³¹⁾. Ciò sul presupposto che i genitori "legali" (titolari della responsabilità genitoriale) non siano in grado di assicurare la realizzazione concreta delle aspirazioni e dei bisogni del figlio a causa dell'insufficienza di mezzi economici a loro disposizione.

È evidente, pertanto, la diversità di questa ipotesi rispetto a quella in cui il *petitum* consiste proprio nell'accertamento della paternità o della maternità *ex art. 269 c.c.*, ove, invece, il mantenimento può essere la conseguenza del tentativo del minore di salvare, ove possibile, un rapporto innanzitutto affettivo col genitore⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Cfr. I. DE LIA, *L'amore verso i figli nelle diverse fasi del ciclo di vita*, in F. AQUILAR (a cura di), *Parlare d'amore. Psicologia e psicoterapia cognitiva delle relazioni intime*, Milano, 2015, p. 93 ss.

⁽³¹⁾ L'art. 250, 2° comma, c.c., stabilisce che «Il riconoscimento del figlio che ha compiuto i quattordici anni non produce effetto senza il suo assenso». L'età richiesta dalla legge al minore per decidere con quale genitore intende instaurare un rapporto di filiazione, che è innanzitutto un rapporto affettivo, è ovviamente la stessa per decidere di chiedere il mantenimento senza l'accertamento in via principale dello *status* di figlio. Si tratta però di limiti di età che rappresentano null'altro che presunzioni legali di capacità di discernimento del minore.

⁽³²⁾ Cfr. A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 459: «L'esperimento vittorioso dell'accertamento dichiarativo dello *status* consentirà all'attore la possibilità del recupero del rapporto affettivo col genitore laddove ancora possibile, il diritto di potersi riconoscere nella figura del procreatore in forza dello *status* così ottenuto e di prenderne il cognome, l'attivazione dei profili patrimoniali ed assistenziali di tipo mantenitorio ed alimentari possedendone ancora i requisiti ed infine ereditari».

A conferma di quanto detto, basti pensare alle indicazioni provenienti da altri ordinamenti europei. Il diritto tedesco, ad esempio, prevede che un figlio minorenni possa pretendere da un genitore, con cui non vive in casa, il mantenimento come tasso percentuale del rispettivo mantenimento minimo (*Mindestunterhalt*). Quest'ultimo si definisce secondo la doppia quota esente per il minimo di sussistenza materiale di un figlio (detrazione per carico di famiglia) ai sensi della legge sull'imposta sul reddito (§ 1612a BGB)⁽³³⁾.

In questa ipotesi, la pretesa creditoria fissata dal legislatore tedesco in favore del minore evidenzia la crisi della relazione affettiva tra genitore e figlio, mentre le rigide percentuali fissate nel §1612a BGB⁽³⁴⁾ rivelano l'assenza di qualsiasi riguardo, nella determinazione del mantenimento, alle capacità, inclinazioni e aspirazioni del minore. Bisogna, tuttavia, ricordare che in Germania il concetto di mantenimento minimo o *Mindestunterhalt* è diverso da quello generale di mantenimento o *Unterhalt*, che si determina, invece, secondo il tenore di vita del bisognoso e comprende la totalità dei bisogni di vita inclusi i costi di un'adeguata formazione professionale e, per una persona che necessita di un'educazione, anche i costi dell'educazione (§ 1610 BGB).

Orbene, nei casi di anaffettività genitoriale originaria, resa manifesta dal mancato riconoscimento, emerge con evidenza la difficoltà del giudice di valutare il *quantum* dell'assegno sulla base delle reali inclinazioni e aspirazioni del figlio; queste ultime, infatti, si manifestano in un clima affettivo sereno, e sono cosa ben diversa dalle "esigenze" che il minore può manifestare in un determinato momento della sua vita, le quali, ai sensi del già citato art. 337-ter, 4° comma, c.c., costituiscono il criterio per determinare l'assegno giudiziale di mantenimento.

Le indicazioni provenienti dall'ascolto del minore *ex art. 337-octies* c.c., renderanno evidenti esigenze e bisogni di quest'ultimo legati esclusivamente ad un rapporto di filiazione monogenitoriale, vale a dire che si è sviluppato soltanto con il genitore che ha già effettuato il riconoscimento.

⁽³³⁾ Cfr. W. SCHLÜTER, *BGB-Familienrecht*, 14ª ed., Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2012, p. 246 ss.

⁽³⁴⁾ Il mantenimento minimo, a seconda dell'età del figlio, ammonta mensilmente: 1. all'87% per il periodo fino al compimento del sesto anno di vita; 2. al 100% per il periodo dal settimo fino al compimento del dodicesimo anno di vita; 3. al 117% per il periodo dal tredicesimo anno di vita in poi.

Viceversa, il genitore tenuto a versare l'assegno di mantenimento non può valutare inclinazioni e aspirazioni di un figlio con cui non ha mai avuto alcun rapporto. In realtà, le esigenze del minore che non abbia instaurato rapporti con il genitore biologico, mancando l'accertamento di grado intermedio (atto di riconoscimento), trovano più coerente realizzazione nell'inquadramento della fattispecie nell'illecito aquiliano, sino a che l'accertamento di grado massimo (giudiziale) non venga effettuato. Diverso è il caso in cui vi sia la disgregazione del nucleo familiare a seguito di separazione o divorzio, con affidamento condiviso oppure esclusivo del minore, perché qui esisteva già un rapporto del figlio con entrambi i genitori; tuttavia, quella relazione affettiva, a causa della crisi familiare, è destinata certamente a mutare, e in alcuni casi può addirittura cessare, tutte le volte in cui, ad esempio, il minore sia vittima della sindrome di alienazione parentale (PAS)⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ La Sindrome di Alienazione Parentale è un disturbo che insorge nel contesto delle controversie per l'affidamento e definisce le situazioni in cui un genitore suggestiona i figli, così che il rapporto tra i figli stessi e l'altro genitore si degrada e, talvolta, si interrompe. In sostanza, un genitore (alienatore) attiva un programma di denigrazione contro l'altro genitore (genitore alienato). Per un caso esemplare di alienazione genitoriale, v. Trib. Cosenza, 29 luglio 2015, in *personaedanno.it*, ove il c.t.u. ha concluso per un "condizionamento programmato" della madre nei confronti dei figli teso a "logorare" la figura paterna, compresi anche i familiari del padre ed il posto in cui vive. Nell'atteggiamento dei due minori, il perito ed il Tribunale, mediante l'ascolto diretto di essi, hanno potuto constatare la sussistenza di un vero e proprio disturbo relazionale, avente le caratteristiche dell'alienazione parentale così descritta, da ultimo, nel DSM-5 pubblicato nel maggio 2013. Sull'argomento, v. soprattutto R.A. GARDNER, *Parental Alienation Syndrome (PAS): Sixteen Years Later*, in *Academy Forum* (A Publication of The American Academy of Psychoanalysis), 2001, 45(1): pp. 10-12, (*on line*); ID., *Recommendations for Dealing with Parents who Induce a Parental Alienation Syndrome in their Children*, in *Journal of Divorce & Remarriage* (Philadelphia: Routledge), 1998, 28 (3-4): pp. 1-23; R.A. GARDNER, S.R. SAUBER, D. LORANDOS, *The International Handbook of Parental Alienation Syndrome: Conceptual, Clinical and Legal Considerations*, Springfield, Illinois, 2006, spec. p. 33 ss.; P. CAPRI, *Esigenze psicologiche e diritti della persona minore di età nelle relazioni familiari anche sotto il profilo deontologico*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 1281 ss., spec. p. 1287: «La PAS è caratterizzata da otto sintomi primari e da quattro criteri aggiuntivi, nonché da tre livelli di intensità della sindrome (lieve, medio e grave), espressi dai figli come prodotto di una programmazione (o lavaggio del cervello) da parte di un genitore. La programmazione tende a limitare, o impedire, una relazione piena e soddisfacente fra i figli e l'altro genitore, spingendo i bambini a rifiutare quest'ultimo. (...) Dal punto di vista della psicologia giuridica, la PAS si sviluppa attraverso alcune fasi, definite *criteri aggiuntivi* rispetto agli otto sintomi primari: 1) Difficoltà del minore nel periodo di transizione da un genitore all'altro. Il minore, in questa fase, non desidera

Sembra, pertanto, farsi strada l'idea che il suddetto assegno sia solo la

incontrare il genitore, con scuse varie, tipo altri impegni o altro. Sono spesso presenti anche somatizzazioni che impediscono il contatto e la frequentazione. 2) Il comportamento del minore durante la permanenza a casa del genitore alienato appare provocatorio, con l'obiettivo di determinare la reazione del genitore alienato, confermandone la negatività. 3) Il legame del minore con il genitore alienante è caratterizzato da un rapporto esclusivo e invischiante, con la ricerca continua di approvazione. Nei casi più gravi il legame è simbiotico-patologico. 4) Il legame del minore con il genitore alienato prima della separazione o, in ogni caso, dell'alienazione era un rapporto positivo dal punto di vista qualitativo; pertanto, risulterà ingiustificato il cambiamento di comportamento». Cfr. anche G. CASSANO, I. GRIMALDI, *La PAS nelle aule giudiziarie*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 703 ss.; M. CASONATO, *Una situazione patologica controversa: l'alienazione parentale nei conflitti familiari*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 735 ss.

Contro l'ammissibilità della PAS, v. Cass., 20 marzo 2013, n. 7041, in *Dir. fam.*, 2013, p. 859: «Va cassata con rinvio la decisione dei giudici del merito che, nell'ambito di una controversia sull'affidamento del figlio minore, fondano la loro decisione di allontanamento dalla madre e affidamento al padre sulla base della sussistenza di una "sindrome da alienazione parentale" non esaminando le censure, specificamente proposte, sia in relazione alla validità, sul piano scientifico, di tale controversa patologia, sia in merito alla sua reale riscontrabilità nel minore e in sua madre»; la sentenza è annotata da C. CICERO, M. RINALDO, *Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale*, *ivi*, p. 871 ss. V. anche Trib. Milano, 13 ottobre 2014, in *leggiditalia.it*, secondo cui è inammissibile un accertamento tecnico d'ufficio su un minore avente ad oggetto la verifica della PAS, in quanto non inserita tra le patologie nel Manuale Diagnostico Statistico dei Disturbi Mentali, c.d. DSM-V. Tuttavia, l'edizione italiana del DSM-5 uscita nell'aprile del 2014, nella sezione "Altre condizioni che possono essere oggetto di attenzione clinica", sotto la voce "Problema relazionale genitore figlio", riporta queste parole testuali: «Problemi cognitivi possono comprendere attribuzioni negative alle intenzioni altrui, ostilità verso gli altri, o rendere gli altri il capro espiatorio, e sentimenti non giustificati di alienazione». Per un approfondimento del tema, v. *alienazionepar.altervista.org*. Ammette la rilevanza della condotta alienante del genitore, ma non in termini di patologia clinica, Trib. Milano, 11 marzo 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1212: «La condotta alienante del genitore collocatario di un figlio minore preadolescente (nella specie, nato nel 2009, da genitori non coniugati), intesa non in termini di patologia clinica, ma come insieme di comportamenti, anche non dolosi, per emarginare e neutralizzare l'altro genitore, al punto che il figlio ne abbia una visione distorta e rifiuti di frequentarlo, giustifica l'affidamento del minore stesso al comune di residenza, con collocamento provvisorio (adeguatamente monitorato dai servizi sociali) presso il primo genitore, cui vanno impartite idonee prescrizioni al fine di conseguire un superamento della richiamata alienazione, anche a mezzo di adeguato supporto psicologico al figlio, e con facoltà per l'ente, in caso contrario, di modificare tale collocamento» (nella specie, il Tribunale ha anche condannato il genitore alienante, la madre, che aveva chiesto infliggersi al padre le sanzioni di cui all'art. 709-ter c.p.c., al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata, ai sensi dell'art. 96, 3° comma, c.p.c.). *Sub specie* di lesione

liquidazione forfettaria di una somma di denaro, che tenga conto esclusivamente di esigenze manifestate dal minore in un contesto di relazioni affettive instabili e precarie e, quindi, in un quadro di squilibrio emotivo e di sofferenza psicologica di quest'ultimo. Il mantenimento giudiziale, in questa prospettiva, nulla ha a che vedere con il diritto del figlio, sancito solennemente dall'art. 315-*bis*, 1° comma, c.c., ad essere mantenuto (nonché educato, istruito ed assistito moralmente) dai genitori, «nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni»⁽³⁶⁾. In altri termini, il diritto del figlio, nella fase patologica, vale a dire della sua attuazione coattiva, perde la qualificazione “affettiva” che il legislatore ha voluto attribuirgli riferendosi, invece, alla fase fisiologica, ovvero della sua attuazione spontanea. Del resto, questa conclusione sembra avvalorata da un recente orientamento della Cassazione, ove si afferma che «nessun rendiconto è dovuto al marito che versa il mantenimento per la figlia minore anche se la madre, per non aver saldato le spese condominiali, lascia che la casa coniugale venga sottoposta ad azioni espropriative». Secondo la S.C., una siffatta soluzione si giustifica sulla base della considerazione che, qualora «in sede di separazione personale dei coniugi i figli siano stati affidati, con provvedimento presidenziale o con sentenza definitiva, ad uno dei coniugi, l'assegno posto a carico del coniuge non affidatario, quale suo concorso agli oneri economici derivanti dal mantenimento della prole, è determinato in misura

del diritto del figlio alla bigenitorialità è stata sanzionata *ex art. 709-ter* c.p.c. la condotta della madre che denigra il padre: Trib. Roma, 11 ottobre 2016, n. 18799, in *personaedanno.it*.

V. anche Cass., 8 aprile 2016, n. 6919, in *leggiditalia.it*: «In tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro genitore, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (PAS), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena». Nello stesso senso, da ultimo, Cass., 16 maggio 2019, n. 13274, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 789.

⁽³⁶⁾ Stessa conclusione vale, *a fortiori*, ove il mantenimento, come ricordato nel precedente paragrafo, sia effettuato in un'unica soluzione, per mezzo, ad esempio, di un trasferimento immobiliare.

forfettariamente proporzionata alle sostanze dei genitori, al numero ed alle esigenze dei figli. Il coniuge non affidatario non ha, quindi, diritto ad un rendiconto delle spese effettivamente sostenute per il suddetto mantenimento, salvo a far valere ogni rilevante circostanza in sede di revisione dell'entità dell'assegno». E si continua: «In realtà, non è dato intendere il fondamento normativo del richiesto rendiconto, laddove l'inconveniente prospettato in astratto dal ricorrente è semplicemente superabile, giacché, qualora si deducano e dimostrino fatti che rivelino la distrazione delle somme conseguite rispetto alla finalità di cura della prole, il giudice ben potrà procedere alla revisione delle disposizioni o degli accordi pregressi»⁽³⁷⁾.

Questa impossibilità da parte del coniuge separato non affidatario di interessarsi della destinazione concreta dell'assegno di mantenimento è la spia più evidente della scollatura esistente tra i reali interessi esistenziali del minore e la funzione dell'assegno *de quo*, che, di fatto, non è ancora qualificabile come patrimonio vincolato ad uno scopo⁽³⁸⁾.

3. — *Mantenimento e accertamento della filiazione.*

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, «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

⁽³⁷⁾ Cass., 18 giugno 2015, n. 12645, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1097.

⁽³⁸⁾ Il Tribunale per i minorenni potrà, al più, pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale *ex art.* 330 c.c. del genitore che violi i suoi doveri, adoperando le somme dell'assegno per scopi diversi dal mantenimento del figlio. Cfr. Trib. min. L'Aquila, 27 febbraio 2008, in *Dir. fam.*, 2008, p. 1333, secondo cui, qualora un genitore, sordo alle prescrizioni precedentemente emanate dal giudice a tutela della prole, si astenga dal provvedere al mantenimento ed alle altre necessarie cure, si rifiuti di partecipare agli incontri, disposti dal giudice ed organizzati dal Servizio sociale, con il figlio, ed impedisca la stipula con l'altro genitore di accordi ed intese diretti, sempre nell'interesse della prole, a regolare i rapporti parentali di ognuno, può essere dichiarato decaduto dalla potestà sul figlio; evenienza questa, che gli era stata, peraltro, già prospettata dal giudice.

matrimoniale, n.d.r.) ad essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi i genitori»⁽³⁹⁾. Tale diritto, pertanto, «prescinde dal riconoscimento giuridico dello *status* parentale. Esso sorge con la nascita giacché è responsabilità che consegue ad una situazione ontologicamente naturale e pertanto giuridica. Il genitore che ritarda il suo doveroso riconoscimento, fino al punto da far intervenire il giudice, non può allegare a proprio vantaggio il ritardo stesso»⁽⁴⁰⁾.

La nascita dell'obbligo mantenitorio è dunque ricollegata, dalla giurisprudenza della Cassazione, al fatto stesso della procreazione, e deriverebbe direttamente dall'art. 30, 1° comma, Cost., ai sensi del quale «è dovere e diritto

⁽³⁹⁾ Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Giur. it.*, 2013, p. 43, con nota di G. MALAVENDA, *Responsabilità dei genitori per violazione dell'obbligo di mantenimento dei figli naturali non riconosciuti*. Il caso riguardava la richiesta di risarcimento del danno di un figlio, ormai adulto, che lamentava la mancata assistenza materiale e morale da parte del genitore che si era rifiutato di riconoscerlo. La Corte, pur ritenendo inammissibile il ricorso principale e parte di quello incidentale, respinge la tesi secondo cui il riconoscimento della paternità (o la proposizione della relativa domanda) costituirebbe presupposto necessario per accedere alla tutela aquiliana, addotta dalla difesa del genitore condannato a versare un risarcimento di euro 25.000 per il danno non patrimoniale subito dal figlio a causa della propria condotta omissiva. Nello stesso senso, v. soprattutto Cass., 16 febbraio 2015, n. 3079, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 418; Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *leggiditalia.it*; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27653, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Gestione d'affari*, n. 4. La rilevanza del solo fatto della procreazione per il sorgere degli obblighi genitoriali nei confronti della prole è confermata, ma solo indirettamente, anche da Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 994, con nota di L. LENTI, *Responsabilità civile e convivenza libera*, che dà rilievo al fatto della convivenza *more uxorio* al fine di sancire la responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. di un convivente nei confronti dell'altro per violazione degli obblighi familiari, quale lesione di interessi giuridicamente rilevanti. Si trattava di un caso di improvviso allontanamento dell'uomo dall'abitazione nella quale viveva con la donna ed il bambino nato dalla loro unione per intraprendere una nuova relazione sentimentale, disattendendo la promessa di matrimonio fatta alla convivente e privando costei ed il bambino della necessaria assistenza morale e materiale, oltre a privare la donna, nel corso della convivenza, del diritto alla sessualità.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 13 dicembre 2011, n. 26772, in *leggiditalia.it*; Cass., 23 luglio 2010, n. 17914, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 129, con nota di M. ORTORE, *Ancora sui limiti temporali dell'azione di regresso nei confronti del genitore inadempiente*; Cass., 3 novembre 2006, n. 23596, *ivi*, 2007, p. 1107, con nota di ID., *Mantenimento del figlio e prescrizione dell'azione di regresso nei confronti del genitore inadempiente*; Cass., 2 febbraio 2006, n. 2328, *ivi*, 2006, p. 504, con nota di A. FIGONE, *Dichiarazione giudiziale di paternità, mantenimento del figlio e rimborso delle spese anticipate dall'altro coniuge*; Cass., 14 maggio 2003, n. 7386, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1289.

dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio».

Si tratta di un orientamento suffragato da un'autorevole opinione dottrinale, secondo cui, mentre «la *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 *stato di figlio* (...) è il presupposto per l'esercizio dei diritti connessi alla posizione di figlio»⁽⁴¹⁾.

Secondo questa impostazione, quindi, 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»⁽⁴²⁾.

Orbene, al riguardo è possibile accogliere una differente ricostruzione del fenomeno in esame, ponendosi in una diversa prospettiva ermeneutica.

Infatti, se si ritiene che l'accertamento dello stato di figlio abbia natura costitutiva⁽⁴³⁾, si deve coerentemente inferire che titolarità ed esercizio dei diritti di figlio coincidono e sono entrambi necessariamente conseguenti a tale accertamento, venendo così meno l'incidenza di ogni questione relativa all'efficacia retroattiva di quest'ultimo.

Pertanto, la domanda di mantenimento esperita dal figlio minore, rappresentato da uno dei genitori o da un curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.*⁽⁴⁴⁾,

⁽⁴¹⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 395.

⁽⁴²⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 428. Nello stesso senso, v. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 259 s.

⁽⁴³⁾ Cfr. *amplius* A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. dir. cin. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, pp. 3 ss. e 15 ss.

⁽⁴⁴⁾ 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

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⁽⁴⁵⁾, 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*.

Quanto alla *vexata quaestio* relativa alla domanda c.d. di “rimborso”, *sub specie* di azione di regresso, proposta dal genitore che ha sopportato le spese di mantenimento sin dalla nascita del figlio, v'è da dire che essa non può trovare accoglimento, essenzialmente perché non esiste alcuna obbligazione solidale a carico dei due genitori anteriormente all'accertamento della filiazione.

Ciò consegue alla circostanza 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

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: c.d. 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” (Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Lombardo c. Italia*; Corte EDU, 2 novembre 2010, *P. c. Italia*)».

⁽⁴⁵⁾ Cfr., in tal senso, Cass., 3 settembre 2013, n. 20137, in *leggiditalia.it*.

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.

In ogni caso, il genitore che, prima del riconoscimento, mantiene spontaneamente il figlio e, più in generale, se ne prende amorevole cura, adempie ad un'obbligazione naturale *ex art. 2034 c.c.*, ferme restando le conseguenze della sua condotta illecita.

Da quanto osservato discende che la domanda, esperita *iure proprio* dal genitore che ha riconosciuto il figlio nei confronti dell'altro, che invece non lo ha riconosciuto, va qualificata come azione risarcitoria extracontrattuale per lesione del *diritto alla genitorialità condivisa*. Ciascuno dei genitori, infatti, ha il diritto e il dovere di riconoscere la prole e prendersene cura, ottenendo però il sostegno morale e materiale dell'altro, per un esercizio condiviso della responsabilità genitoriale. Si tratta di un dovere che discende anche dal diritto alla bigenitorialità del minore, sancito dall'*art. 337-ter, 1° comma, c.c.* Infatti, se il figlio ha il diritto ad essere curato da entrambi i genitori, ciò significa, da un lato, che il minore è titolare di un diritto ad essere riconosciuto da essi, e, dall'altro, che questi ultimi hanno il dovere di riconoscerlo. Del resto, la Cassazione ha affermato che è ammissibile il risarcimento del danno non patrimoniale da reato (*art. 540 c.p.*: violazione degli obblighi familiari) a favore del coniuge che da solo abbia mantenuto i figli, purché quest'ultimo sia in grado di provare il pregiudizio patito⁽⁴⁶⁾.

L'azione di regresso, pertanto, può essere utilmente esercitata solo qualora, essendo stato il figlio già riconosciuto da entrambi i genitori, uno di essi si sottragga all'adempimento dell'obbligo di contribuire al mantenimento⁽⁴⁷⁾.

In questa prospettiva, l'illecito derivante dal mancato riconoscimento del figlio da parte di uno dei genitori è un illecito permanente e plurioffensivo, danneggiando sia l'altro genitore che il figlio stesso. Tuttavia, le due azioni aquiliane, esperite, l'una, dal genitore che ha mantenuto da solo il figlio fino all'accertamento della filiazione, e l'altra, dal figlio, danno luogo a due tipi

⁽⁴⁶⁾ Cass., 18 giugno 2015, n. 12614, in *leggiditalia.it*.

⁽⁴⁷⁾ Il Trib. Roma, 1° marzo 2019, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 1137, con nota di L. VIGNUDELLI, *L'adempimento dell'obbligazione alimentare, fra solidarietà sociale e vincolo giuridico*, sul presupposto che il mantenimento è un'obbligazione *ex lege* gravante sui genitori in virtù della loro stessa qualità, ha qualificato la prestazione svolta da uno di essi, a copertura delle esigenze del figlio anche per la quota dell'altro, alla stregua di una *negotiorum gestio*.

diversi di responsabilità civile. Infatti, mentre la responsabilità del genitore biologico, che si è sottratto al doveroso riconoscimento della prole, nei confronti dell'altro genitore, che invece la ha riconosciuta, è fondata sulla prova della sua colpa, quella, invece, nei confronti del figlio, è necessariamente una responsabilità oggettiva, tutelando esclusivamente l'interesse di quest'ultimo.

Resta così superata ogni ulteriore questione, dottrinale e giurisprudenziale, in ordine ai termini di prescrizione dell'azione di regresso di un genitore nei confronti dell'altro ed al *dies a quo* della loro decorrenza⁽⁴⁸⁾. Dalla natura permanente dell'illecito aquiliano, infatti, deriva la sostanziale imprescrittibi-

⁽⁴⁸⁾ Sul punto v., Trib. Roma, 1° aprile 2014, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 1013: «La prescrizione dell'azione di regresso, che spetta al genitore che ha sostenuto in via esclusiva sin dalla nascita gli oneri del mantenimento del figlio, decorre dal momento in cui ogni singola spesa è stata effettuata». La sentenza del Tribunale di Roma si pone in netta controtendenza rispetto all'orientamento consolidato della S.C., per la quale, invece, il termine di prescrizione decennale dell'azione di regresso è utilmente esercitabile solo a partire dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di accertamento della filiazione, in quanto, soltanto per effetto della relativa pronuncia si costituisce – sia pure con effetti retroagenti alla data della nascita – lo *status* di figlio non matrimoniale, che determina, ai sensi dell'art. 2935 c.c., il momento a partire dal quale il diritto può essere fatto valere e, quindi, il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione del diritto stesso: cfr. oltre a Cass., 3 novembre 2006, n. 23596, cit.; Cass. 2 febbraio 2006, n. 2328, cit.; Cass. 11 luglio 2006, n. 15756, in *leggiditalia.it*. In senso adesivo alla sentenza sopra citata del Tribunale di Roma, v. la nota di M. SESTA, *Prescrizione dell'azione di regresso per il mantenimento del figlio e dell'azione di risarcimento del danno da mancato riconoscimento*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 1021, secondo cui «l'impostazione che collega il termine di decorrenza della prescrizione dell'azione risarcitoria di cui si discute al momento dell'accertamento giudiziale della paternità o maternità naturale è contrario all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, facendo decorrere il relativo termine iniziale da un momento assolutamente incerto, quale quello in cui interviene la pronuncia giudiziale che accerta la paternità o la maternità naturale, tenuto conto dell'imprescrittibilità dell'azione di cui trattasi sancita dall'art. 270 c.c. Non solo, ma l'accoglimento di tale soluzione può addirittura dare luogo a risultati paradossali e certamente non auspicabili. Stante, infatti l'imprescrittibilità dell'azione per la dichiarazione di paternità e maternità naturale (art. 270 c.c.) e la possibilità che la stessa sia esercitata nei confronti degli eredi del genitore defunto (art. 276 c.c.), ben potrebbe accadere che tali eredi vengano chiamati a rispondere di eventuali condotte illecite del genitore defunto addirittura dopo anni dall'accettazione dell'eredità ed essendo per di più quest'ultima avvenuta senza beneficio di inventario poiché, in quel momento, non ne sussisteva alcuna ragione». In senso conforme, v. già G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 128.

lità dell'azione risarcitoria fino al momento dell'accertamento della filiazione, mentre, dal giorno del passaggio in giudicato della sentenza che accerta la genitorialità, l'azione si prescrive nel termine ordinario di cinque anni, essendo venuta meno la condotta illecita del genitore, derivante dalla mancata assunzione di responsabilità in ordine alla filiazione⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁹⁾ *Ma v. Trib. Roma, 1° aprile 2014, cit., secondo cui la prescrizione della domanda di risarcimento del danno conseguente al mancato riconoscimento ed alla violazione dei doveri genitoriali decorre dal momento in cui il figlio raggiunge l'indipendenza economica.*

DANIELE CORVI^(*)

RIFLESSIONI SULL'ABUSO DEL DIRITTO

Abstract: The essay analyses the evolution of the abuse of the right in the different European countries and the doctoral elaboration in the Italian legal system and its interactions with the institute of fraud to the law ex art. 1344 c.c. The doctrinal debate on analogies and differences between abuse of the law and fraud of the law will be reconstructed, also focusing on the important reflections of Community jurisprudence.

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo europeo del concetto di abuso del diritto. – 2. Le interrelazioni tra abuso del diritto e frode alla legge. – 3. Caratteri e “tipicità” dell’abuso del diritto.

1. — *Lo sviluppo europeo del concetto di abuso del diritto.*

Per abuso del diritto si intende, in generale, ogni forma anormale di esercizio di un diritto che, senza realizzare alcun interesse per il suo titolare, provoca un danno o un pericolo di danno per altri soggetti⁽¹⁾. Le prime teorie sull’abuso del diritto risalgono alla vecchia dottrina della *aemulatio*⁽²⁾. Un’antica quanto autorevole dottrina lo definiva come «una formula nuova ed imprecisa di vecchi concetti» riferendosi all’antica categoria degli “atti emulativi”⁽³⁾.

La formula abuso del diritto si rileva per la prima volta, nel secolo scorso, in materia di proprietà nella giurisprudenza francese⁽⁴⁾. Il divieto dell’abuso

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Su tutti vedi P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 218-219.

⁽²⁾ Per interessanti ricostruzioni, N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, Milano, 1962, p. 45 ss.; e A. DE VITA, *La proprietà nella esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969, p. 175 ss.; T. BALLARINO, *L’evoluzione della giurisprudenza francese in materia di divorzio tra coniugi aventi diversa cittadinanza*, in *Dir. internaz.*, 1960, p. 62 ss.

⁽³⁾ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 471.

⁽⁴⁾ Cass. civ., 3 agosto 1915, in *Daloz*, 1917, I, 705 *Coquerel c/Clément-Bayard*. La que-

del diritto non è espressamente disciplinato nella legislazione francese, pur se la giurisprudenza continua ad applicarlo richiamando l'art. 1134 del *Code civil*⁽⁵⁾, che prevede l'obbligo delle parti del contratto di agire secondo buona fede⁽⁶⁾. Allora fu posta la questione se ogni forma di esercizio del diritto soggettivo fosse da ritenersi legittima, in quanto estrinsecazione del diritto stesso, o se dovesse venir meno la tutela dell'ordinamento di fronte ad atti del proprietario che, pur essendo esplicazione del diritto, fossero ascrivibili dalla coscienza sociale come abusivi, in quanto non rispondenti ad alcuna meritevole esigenza⁽⁷⁾. Non è un caso che sia proprio l'esperienza francese ad elaborare l'abuso del diritto in quanto espressione dell'assolutezza dei principi affermati dopo la Rivoluzione francese⁽⁸⁾. Se da un lato la proclamazione dei diritti e la garanzia delle libertà attribuirono all'economia ciò che richiedeva, ovvero la certezza dei rapporti, dall'altro si assistette ad uno sviluppo dei rapporti assolutamente autonomo rispetto ad ogni controllo ed intervento dello Stato, favorendo inevitabilmente il verificarsi di abusi, in particolar modo in materia di proprietà, modello dello stesso diritto soggettivo nonché esplicazione dei principi di uguaglianza e di libertà⁽⁹⁾. Sarà, dunque, proprio la giurisprudenza francese a formulare il principio dell'abu-

stione concerne la collocazione di pertiche con spuntoni in un terreno da parte del proprietario: la condotta di per sé costituente esercizio del diritto è stata considerata abusiva in relazione agli interessi in rilievo poiché nelle vicinanze del terreno si trovava una fabbrica di palloni aerostatici la cui attività era ostacolata poiché i palloni planando si infilzavano negli spuntoni. Per la ricostruzione della vicenda vedi anche M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, p. 33.

⁽⁵⁾ Secondo il disposto normativo dell'art. 1134 del *code civil* «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*».

⁽⁶⁾ Cass. civ., 5 ottobre 1993, *Renault c/Rouvel Automobiles*, in *Juriclasseur Périodique*, 1994, II, p. 22224.

⁽⁷⁾ P. TERCIER, *L'abus de droit ed droit privé suisse*, in M. ROTONDI (a cura di), *L'abuso di diritto*, Padova, 1979, p. 443.

⁽⁸⁾ Sulle varie fasi che portano alla formulazione delle due norme cfr. G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 299 ss. Sul ruolo effettivo che le due disposizioni hanno avuto nella prassi giurisprudenziale tedesca in materia di repressione dell'abuso del diritto cfr. F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1979, p. 363.

⁽⁹⁾ J. BONNECASE, *La notion juridique de l'ordre public*, in *Etudes Capitait*, Paris, 1939, p. 18.

so⁽¹⁰⁾, mostrandosi attenta ad effettuare un controllo di tipo contenutistico del diritto soggettivo, rilevando plausibile la responsabilità del titolare del diritto, che nel suo esercizio abbia causato un danno ingiusto. La posizione assunta dalla giurisprudenza sollevò, come è facile intuire, contrastanti opinioni tra coloro che ritenevano l'assoluta insindacabilità dell'esercizio del diritto, se non nella misura in cui avesse oltrepassato i limiti stabiliti dalla legge, e coloro che ritenevano insufficiente ed inadeguato il profilo della legittimità formale, senza tuttavia riuscire ad elaborare un criterio unitario per determinare le fattispecie abusive di esercizio del diritto.

Si obietta, comunque, che la facoltà del soggetto di scegliere il mezzo per la realizzazione dei propri interessi costituisce non già il contenuto di un diritto soggettivo, ma piuttosto l'espressione della libertà individuale del soggetto medesimo; essa potrebbe configurarsi un abuso del diritto soggettivo⁽¹¹⁾ ma non abuso della libertà⁽¹²⁾. Ha respinto queste conclusioni la dottrina francese successiva⁽¹³⁾, cercando di delimitare, restringendolo, il fenomeno ad alcune categorie soltanto di diritti soggettivi. E così si è ritenuto che non solo non sono suscettibili di abuso i cosiddetti diritti discrezionali, che come tali sfuggirebbero a qualsiasi altro tipo di controllo, ma altresì che, nell'ambito dei restanti diritti, un discorso in termini di abuso possa farsi solo per i diritti determinati, ma non anche per i diritti indeterminati, i quali ultimi, per il loro contenuto generico, si avvicinerrebbero ai diritti discrezionali, onde per essi potrebbe porsi, eventualmente, il problema della quantità di esercizio consentito, ma non già la possibilità di un apprezzamento che valuti e sindachi il modo di esercizio della prerogativa.

Sulla scia dei francesi il BGB tedesco ha accolto testualmente il principio dell'abuso del diritto sancendo l'inaammissibilità dell'esercizio di un diritto,

⁽¹⁰⁾ Cass. civ., 3^{me} Ch., 11 luglio 2012, *pourvoi* n° 10-21.703.

⁽¹¹⁾ Alludiamo a L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Parigi, 1905, p. 32; ID., *De l'esprit des droits et leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 2006, p. 46. Sul pensiero cfr. A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits: réflexions sur le destin des théories de Jossierend*, Parigi, 1972, p. 64; G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 315.

⁽¹²⁾ Mutuiamo il termine da P. ROUBIER, *Les prérogative juridiques*, in *Arch. philos. droit*, 1960, p. 65; utilizza la stessa espressione anche P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 210.

⁽¹³⁾ P. ANCEL, C. DIDRY, *L'abuse de droit: une notion sans histoire? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au debut du XX siècle*, in AA.VV., *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, Saint Etienne, 2001, p. 51.

quando questo può avere soltanto lo scopo di nuocere ad altri. Tuttavia la norma in questione ha avuto scarsa fortuna nella concreta prassi giurisprudenziale. Ciò si spiega agevolmente alla luce della formulazione della disposizione, la quale implica l'esigenza della prova dello scopo esclusivo di nuocere in capo all'avente diritto. La giurisprudenza tedesca ha, in ogni caso, sviluppato in modo assai penetrante forme di controllo sul concreto esercizio dei diritti soggettivi, facendo leva su diverse disposizioni del BGB. In primo momento, il controllo giudiziale sull'esercizio dei diritti è stato fondato su di una disposizione in materia di responsabilità civile: il § 826 del codice, il quale stabilisce l'obbligo di risarcire il danno causato dolosamente in modo contrario ai "buoni costumi". Ma ancora più fecondo è stato il ricorso al principio generale della buona fede (secondo la terminologia germanica, della *Treu und Glauben*), codificato al § 242 del BGB⁽¹⁴⁾. Storicamente tale istituto, coniato a metà dell'Ottocento⁽¹⁵⁾, è stato in seguito riconosciuto nel diritto consuetudinario tedesco, usato per lo più dai giudici tedeschi nelle ipotesi di violazioni precontrattuali⁽¹⁶⁾. In tale contesto si intende far riferimento alla nozione obiettiva di buona fede, nel senso di standard di condotta al quale rapportare il concreto comportamento di un soggetto⁽¹⁷⁾. Il concetto è stato impiegato dalla giurisprudenza in modo molto ampio⁽¹⁸⁾, al di là della limitata formulazione della disposizione e della stessa intenzione del legislatore, con riferimento a tutti i settori del diritto privato. Movendo da tali basi, i giudici tedeschi hanno elaborato un articolato sistema di repressione di forme di inammissibile esercizio di diritti

⁽¹⁴⁾ Ai sensi della disposizione, il debitore è tenuto ad adempiere secondo quanto richiesto dalla buona fede e dalla correttezza (*Treu und Glauben*) nel rispetto dei doveri della morale sociale. Vedi anche il § 157 del BGB, in virtù del quale i contratti devono essere interpretati secondo buona fede. Cfr. Commissione per il diritto europeo dei contratti, in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2005, pp. 119-120. In dottrina, v. per un sintetico ma efficace inquadramento alla questione S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 18 ss.

⁽¹⁵⁾ R. VON JERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, Leipzig, 1861.

⁽¹⁶⁾ P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, p. 181.

⁽¹⁷⁾ S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, cit., pp. 30-31.

⁽¹⁸⁾ BFH, 6 giugno 1991, V R 70/89, in *BSzBl*, 1991, II, p. 867.

soggettivi o, secondo una terminologia largamente impiegata, di “abuso del diritto”⁽¹⁹⁾. In particolare, la giurisprudenza ha dato vita ad una abbondante casistica⁽²⁰⁾, spingendosi ai limiti dell’attività ermeneutica e spesso assolvendo ad un vero e proprio ruolo “creativo”⁽²¹⁾. Siffatto imponente materiale giudiziario è stato razionalizzato dalla dottrina e dalle stesse giurisdizioni superiori, in specie grazie all’individuazione e tipizzazione di gruppi di casi riconducibili al § 242⁽²²⁾. In particolare, sono state individuate ed elaborate in modo analitico una serie di sotto-figure di inammissibile esercizio di diritti soggettivi. Tra le ipotesi più importanti, mette conto ricordare il *venire contra factum*, cioè l’esercitare un diritto qualora ciò risulti in contraddizione con un comportamento precedentemente tenuto dal titolare; il rivendicare un diritto acquisito in modo disonesto dal titolare; il richiamarsi a vizi di forma in circostanze in cui ne derivino conseguenze eccessive; l’esercitare un diritto senza alcuna considerazione per i ragionevoli interessi della controparte. È inoltre ritenuto inammissibile rivendicare un diritto, dopo che il titolare abbia lasciato trascorrere un congruo periodo di tempo senza compiere atti di esercizio o senza reagire a violazioni, qualora ciò abbia determinato un

⁽¹⁹⁾ Vedi al riguardo Commissione per il diritto europeo dei contratti, nota 2 all’art. 1:201, in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 120 ss.; S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, cit., pp. 24-25. Un discorso a parte si richiede per quanto concerne il diritto tributario. Il § 42 della legge generale delle imposte del 1977 (*Abgabenordnung*) sanziona invero la fattispecie dell’abuso delle forme giuridiche, consistente nell’utilizzazione di una forma giuridica al fine dell’aggiramento di una norma tributaria. Su tale problematica, cfr. l’approfondita analisi di P. PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995, p. 77 (con ampie citazioni della dottrina tedesca).

⁽²⁰⁾ BFH, 28 gennaio 1992, VIII R 7/88, in *BSfBl*, 1993, II, p. 87; BFH, 7 novembre 1991, V R 116/86, in *BSfBl*, 1992, II, p. 271.

⁽²¹⁾ Una scuola di pensiero ampiamente rappresentata nella letteratura tedesca riconduce alla matrice dell’abuso del diritto anche la tematica della frode alla legge, con particolare riferimento al diritto internazionale privato: vedi al riguardo, con abbondanti citazioni della dottrina, E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972, pp. 442-443. Una costante attenzione alla dottrina tedesca è anche in U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969. Da ultimo, vedi sul punto, in generale, T. VON HOFMAN, *Internationales Privatrecht*, Monaco, 2000, p. 325.

⁽²²⁾ Fondamentale al riguardo si è rivelata la sistemazione di F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des 242 Bgb*, Tübingen, 1956, riprodotto in *Kleine juristische Schriften*, Göttingen, 1988, pp. 43-76.

affidamento nella controparte, e questo nonostante non sia ancora maturato il termine di prescrizione (c.d. *Verwirkung*)⁽²³⁾. Una siffatta tipizzazione delle ipotesi d'inammissibile esercizio di diritti soggettivi, come si è da più parti osservato, ha avuto il pregio di indirizzare le decisioni dei giudici all'interno di canali predefiniti, in modo più o meno preciso, salvaguardando in qualche misura le esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali⁽²⁴⁾.

L'esperienza tedesca ha esercitato una considerevole influenza sull'ordinamento giuridico di altri Stati europei quali quello greco e portoghese⁽²⁵⁾. Infatti, il codice civile greco, adottato nel 1940, riprende all'art. 288 la clausola generale di cui al § 242 del BGB. Dall'altro lato, l'art. 281 del medesimo codice, specialmente dedicato all'abuso del diritto, accoglie una formulazione assai più ampia rispetto al § 226 del BGB, stabilendo che l'esercizio di un diritto è vietato qualora ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità socioeconomica del diritto⁽²⁶⁾. È evidente come nella redazione della norma il legislatore greco sia stato influenzato dalle più articolate elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali straniere della teoria dell'abuso del diritto⁽²⁷⁾.

Invece l'articolo 334 del codice civile portoghese del 1966, dedicato in modo specifico all'abuso del diritto, stabilisce l'illegittimità dell'esercizio

⁽²³⁾ Relativamente a tali elaborazioni giurisprudenziali, vedi per tutti F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971, p. 43, nonché, più recentemente, ID., *Bonne foi et exercice de droit dans la tradition du civil law*, in *Revue internat. dr. comparé*, 1998, p. 1066 ss., ove si dà altresì conto di alcuni indirizzi volti ad un ripensamento della concezione tradizionale (p. 1082).

⁽²⁴⁾ Vedi sul punto S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, cit., p. 23, e gli autori ivi citati.

⁽²⁵⁾ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 28.

⁽²⁶⁾ Su tale disposizione, vedi C. FRAGISTAS, *Der Rechtsmissbrauch nach dem griechischen Zivilgesetzbuch*, in *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, 1952, p. 49; P. DELOUKAS, *Der Rechtsmissbrauch im griechischen Privatrecht*, in G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 55 ss.; S. SYMEONIDE, *The General Principles of the Civil Law*, in D. KERAMEUS (ed.), *Introduction to Greek Law*, Deventer, Boston, 1993, p. 60. Cfr. Commissione per il diritto europeo dei contratti, nota 4 all'art. 1:201, in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., pp. 121-122.

⁽²⁷⁾ Oltre agli autori citati alla nota precedente, vedi anche S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, cit., p. 50.

di un diritto quando il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede, dai buoni costumi o dallo scopo sociale o economico del diritto⁽²⁸⁾. Precedentemente a detta codificazione, e pur in assenza di alcuna base testuale espressa, una importante parte della letteratura portoghese si era già espressa in senso favorevole alla rilevanza della figura⁽²⁹⁾. Tale impostazione aveva altresì trovato una qualche eco nella giurisprudenza delle corti, le quali tuttavia avevano dimostrato una certa circospezione nell'applicazione dell'istituto⁽³⁰⁾. La nozione accolta dall'art. 334 del codice civile portoghese si caratterizza, dunque, per il riferimento ad una pluralità di criteri di identificazione dell'abuso, risultando abusivo l'esercizio di un diritto quando il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede (da intendersi in senso oggettivo), dai buoni costumi, dallo scopo sociale od economico del diritto stesso. Dato che tali criteri sembrano tra loro alternativi, può affermarsi che la norma apre notevoli spazi al giudice, nonostante la limitazione derivante dalla condizione per cui occorre che lo sconfinamento da detti limiti sia manifesto.

In effetti, un importante autore portoghese ha sottolineato come in tempi recenti le corti abbiano fatto crescente ricorso alla figura, tanto che, dopo quella tedesca, l'esperienza giurisprudenziale portoghese sarebbe oggi la più significativa a livello europeo⁽³¹⁾. In particolare, sulla scorta dell'impostazio-

⁽²⁸⁾ Codice civile portoghese, art. 334: «È ilegítimo o exercicio de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou economico desse direito». Cfr. anche l'art. 762, par. 2, del codice civile che sancisce in termini generali il principio di buona fede.

⁽²⁹⁾ V. già L. TITO ANTARES, *Do abuso do direito e da sua repercussao em Portugal:ensaio juridico*, Lisbona, 1936. Per più ampie citazioni sulla dottrina anteriore alla codificazione del 1966, cfr. F. A. CUNHA DE SA, *Abuso do direito*, Lisbona, 1973, nonché ID., *O abuso do direito na doutrina e na jurisprudência de Portugal*, in G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 29.

⁽³⁰⁾ In effetti, è comune l'osservazione per cui la codificazione dell'istituto dell'abuso del diritto nel codice civile del 1966 sia stata più il frutto dell'influenza degli autori che non l'espressione di tendenze già consolidate sul piano del diritto vigente. In particolare, all'abuso del diritto venne dedicata un'articolata regolamentazione nel progetto preliminare redatto da Vaz Serra largamente ispiratosi all'esperienza giurisprudenziale tedesca, in cui venivano analiticamente delineate diverse figure di esercizio abusivo. Nella redazione, da parte della commissione ministeriale, della norma definitiva si guardò poi, più semplicemente al modello fornito dall'art. 281 del codice civile greco.

⁽³¹⁾ M. MENEZES CORDEIRO, *Teoria general do direito civil*, I, Lisbona, 1987, p. 376, con

ne delineata da Vaz Serra ed analogamente a quanto avvenne in Germania, la letteratura portoghese tende a riportare i casi di applicazione concreta del principio dell'abuso del diritto ad un insieme di sotto-figure tipiche⁽³²⁾.

Successiva all'esperienza portoghese è quella spagnola che ha codificato il principio dell'abuso del diritto a seguito della riforma delle disposizioni preliminari al codice civile del 1974. La *ley de bases* relativa alla modifica del titolo preliminare conteneva nel preambolo un riferimento all'opportunità di dare espressione nel nuovo sistema ad alcuni dei principi generali, quali quello dell'abuso del diritto e della sanzione della frode alla legge⁽³³⁾. In ogni caso, anche precedentemente a tale riforma, la teoria dell'abuso del diritto aveva trovato importanti sostenitori in dottrina⁽³⁴⁾, trovando conferma in significative pronunce giurisprudenziali ed era stata accolta dal legislatore in riferimento a settori determinati⁽³⁵⁾. Per ciò che concerne la giurisprudenza, una svolta si ebbe con una sentenza del *Tribunal Supremo* del 1944, nella quale la corte superiore sancì in termini ampi e ragionati la dottrina dell'abuso del diritto⁽³⁶⁾. In particolare, se inizialmente la nozione di abuso accolta sembra-

ampie citazioni delle sentenze più recenti.

⁽³²⁾ M. MENEZES CORDEIRO, *Teoria general do direito civil*, loc. cit., richiama tra le ipotesi più importanti: *l'exceptio doli*; il venire *contra factum proprium*; la *suppressio*; la sproporzione manifesta tra utilità conseguita e danno arrecato; la maliziosa invocazione di vizi di forma.

⁽³³⁾ *Ley de Bases subra el título preliminar del Código Civil Español*, 17 marzo 1973.

⁽³⁴⁾ Nella letteratura giuridica spagnola, è ritenuta fondamentale l'opera di J. CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del derecho como limitacion del derecho subjetivo*, Madrid, 1917, p. 73.

⁽³⁵⁾ Di particolare interesse, per le vaste implicazioni, l'esplicito richiamo ai limiti dell'abuso del diritto e della frode alla legge operato nell'art. 9 della *Ley de Arrendamientos Urbanos*, così come riformata dal decreto 24 dicembre 1964. Per ulteriori indicazioni sulla legislazione anteriore alla riforma del codice civile del 1974, vedi A.F. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, *El abuso del derecho en la doctrina y en la jurisprudencia españolas*, in G. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 77-78.

⁽³⁶⁾ Sentenza 14 febbraio 1944 (R 293). Il Tribunale supremo affermò in particolare che: «los dereeeechos subjetivos, aparte de sus limite, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleologico y social (...). Incurrer en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de aparente ejercicio de su derecho, trapasa, en realidad, los liniero impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con danos para tercero o para la sociedad». Cfr. anche, in termini conformi, la sentenza del 22 settembre 1959 (R 3359). In dottrina, v. al riguardo U. OLIVA, *La teoría del abuso del derecho en el Tribunal Supremo*, in *Rev. Facultad der. Madrid*, 1944, p. 175 ss. V. anche L. DIEZ-PICAZO, A.

va coincidere con la figura degli atti c.d. di emulazione, già a partire da tale sentenza la teoria risulta articolata in senso assai più vasto⁽³⁷⁾. In effetti, l'art. 7 del nuovo *Titulo Preliminar* al codice civile stabilisce al primo paragrafo un obbligo generale di esercizio dei diritti conformemente alle esigenze della buona fede, mentre il secondo paragrafo si apre con l'affermazione per cui l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso non sono protetti dalla legge⁽³⁸⁾. La norma dice poi che ogni atto od omissione che per l'intenzione dell'autore, per il suo oggetto o per le circostanze in cui si realizza oltrepassa manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno per un terzo, dà luogo a risarcimento nonché all'adozione dei mezzi giudiziari ed amministrativi che impediscano la persistenza dell'abuso. Quest'ultimo, secondo la norma, può ricavarsi da vari indici, quali l'intenzione dell'autore ma anche l'oggetto dell'atto di esercizio o l'insieme delle circostanze in cui si inserisce il comportamento individuale. Si ritiene poi, come sostenuto dalla giurisprudenza contemporanea⁽³⁹⁾, che il giudice abbia un vasto margine di apprezzamento quanto all'individuazione di un abuso nell'esercizio di una situazione giuridica soggettiva.

Ultimo esempio di codificazione dell'abuso del diritto lo troviamo in Olanda all'art. 13 del libro terzo del nuovo codice civile, dedicato ai diritti patrimoniali ed entrato in vigore nel 1992. È comunque opportuno ricor-

GULLON, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1985, p. 445.

⁽³⁷⁾ Invero, la sentenza provvede ad indicare analiticamente gli elementi integrativi dell'abuso del diritto, tra i quali individua quello della immortalità o antisocialità del danno, che può manifestarsi tanto in forma soggettiva (quando il diritto è esercitato al solo fine di nuocere o in difetto di un interesse serio o legittimo) quanto in forma oggettiva (quando il danno deriva da un eccesso o da un'anormalità nell'esercizio del diritto).

⁽³⁸⁾ Ai sensi dell'art. 7: «1. *Los derechos deberan ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.* 2. *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto o omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con dano para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*».

Vedi anche l'art. 1258 del *código civil*, ai sensi del quale i contratti vincolano non soltanto quanto a ciò che è espressamente pattuito ma altresì «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley». Mette infine conto ricordare l'art. 57 del codice di commercio spagnolo.

⁽³⁹⁾ Vedi ad es. *Tribunal Supremo*, sentenze 5 febbraio 1959 (R. 456); 7 febbraio 1964 (R. 631); 7 luglio 1980 (R. 3301).

dare che la disciplina legislativa si è inserita nel solco di una consolidata esperienza giurisprudenziale di applicazione del principio⁽⁴⁰⁾. L'art. 3:13 si apre con una previsione generale, a termini della quale il titolare di un diritto non può compiere atti di esercizio dello stesso che si traducano in un abuso. La disposizione si presenta di particolare interesse soprattutto nella seconda parte, in cui provvede ad indicare alcune tipologie di esercizio abusivo di diritti soggettivi. Sono così richiamati l'esercizio di un diritto al solo scopo di nuocere ad altri oppure per una finalità diversa rispetto a quella per cui il diritto è stato riconosciuto. Del pari, è qualificato espressamente come abusivo l'esercizio di un diritto in circostanze tali che il titolare non avrebbe potuto ragionevolmente decidere di esercitarlo, attesa la sproporzione tra l'interesse dell'agente ed il danno in tal modo causato. Si è sottolineato l'eletticismo di tale formula, la quale impiega diversi tra i criteri di valutazione dell'abuso che sono stati di volta in volta suggeriti in dottrina o nel contesto della concreta esperienza giurisprudenziale degli Stati che accolgono il principio⁽⁴¹⁾. In effetti, il legislatore olandese ha inteso con tale disposizione codificare gli orientamenti emersi in materia nella giurisprudenza precedente⁽⁴²⁾. È tuttavia da sottolineare, che in ciò non deve rinvenirsi alcun intento di "ingessare" la futura evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale, posto che l'elencazione delle ipotesi di abuso contenuta nell'art. 3:13 è ritenuta come meramente esemplificativa⁽⁴³⁾. Il divieto di abuso del diritto è codificato dall'art. 3:13 non soltanto con riferimento ai diritti patrimoniali, ma altresì in virtù della disposizione di rinvio di cui all'art. 3:15, riguardo ad altre

⁽⁴⁰⁾ Com'è noto, il precedente codice civile olandese, adottato nel 1838, risultava largamente ispirato al *Code Napoléon*. Tuttavia, a partire dalla metà del secolo scorso, la giurisprudenza olandese ha assunto un ruolo dinamico, discostandosi su molti punti dalle soluzioni codificate e risentendo sensibilmente dell'influenza di giurisprudenze straniere, in specie di quella tedesca.

⁽⁴¹⁾ Vedi U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, Padova, 1997, p. 28, il quale nota come nella formula impiegata «manca soltanto il riferimento alle regole della buona fede». Tale omissione si spiega peraltro con il fatto che, nel sistema del nuovo codice civile olandese, la regola della buona fede trova applicazione nel campo delle obbligazioni e dei contratti, disciplinato nel libro sesto, in cui assolve tra l'altro la funzione del principio dell'abuso del diritto.

⁽⁴²⁾ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 41.

⁽⁴³⁾ Vedi, al riguardo, le accurate notazioni di A. HARTKAMP, *Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands*, in *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, 1992, p. 28.

aree del diritto privato. Tecnicamente la disposizione non trova applicazione in riferimento alle obbligazioni ed ai contratti, materia disciplinata nel libro sesto del nuovo codice civile. In tale contesto, tuttavia, la funzione del divieto di abuso e della tecnica della frode alla legge è largamente svolta dal principio per cui le parti di un rapporto obbligatorio devono comportarsi nelle loro relazioni conformemente alle esigenze della “ragione e dell’equità”⁽⁴⁴⁾, principio che costituisce espressione nel sistema olandese del concetto di “buona fede”⁽⁴⁵⁾. In particolare, conviene ricordare l’art. 248 del libro sesto, ai sensi del quale una regola obbligatoria tra le parti di un contratto non dovrà trovare applicazione, qualora ciò risulti contrario alla ragionevolezza ed all’equità. In conclusione, può dirsi che nel diritto olandese il principio dell’abuso del diritto risulta centrale nel contesto dell’intero diritto privato.

2. — *Le interrelazioni tra abuso del diritto e frode alla legge.*

In Italia il concetto di abuso del diritto, nonostante le soluzioni europee poc’anzi esposte, non è stato codificato, suscitando, però, perplessità e contrasti⁽⁴⁶⁾. In origine, l’abuso del diritto era invece contemplato in una norma del progetto del codice italo-francese delle obbligazioni. All’art. 74 di questo si prevedeva che «è tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri, eccedendo nell’esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto» e nell’art. 7 del progetto definitivo del codice civile del 1942 si stabiliva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». I timori di un eccessivo spazio che la figura dell’abuso avrebbe garantito alla discrezionalità del magistrato pesarono a favore della scelta definitiva del legislatore di non inserirlo nel codice⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ Così l’art. 6:2 del codice.

⁽⁴⁵⁾ A. HARTKAMP, *Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands*, cit., § 6. Per un inquadramento generale, vedi A. HARTKAMP, M. TILLEMA, *Contract Law in the Netherlands*, The Hague, 1995, p. 78. Cfr. altresì: Commissione per il diritto europeo dei contratti, *Principi*, nota 4 all’art. 1:201, in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 121.

⁽⁴⁶⁾ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 166; M. GIORGIANNI, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p. 12.

⁽⁴⁷⁾ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, p. 165.

Si potrebbe ipotizzare che l'abuso del diritto, nel diritto italiano, possa essere assorbito nell'ambito della frode alla legge *ex art.* 1344 c.c. La dottrina civilistica italiana mantiene generalmente distinte le figure dell'abuso del diritto e della frode alla legge⁽⁴⁸⁾, anche a motivo di un diverso ancoraggio delle stesse sul terreno positivo. Da un lato, la frode alla legge è invero contemplata quale causa di nullità dei contratti da un'apposita disposizione del codice civile. Come ha ribadito autorevolissima dottrina⁽⁴⁹⁾, l'abuso del diritto è uno strumento che il legislatore aveva voluto espungere dal sistema, ma che è ritornato in auge con grande determinazione attraverso la porta della giustizia tributaria e conquistandosi con il tempo diversi settori dell'ordinamento dal diritto processuale e deontologico fino al contrattuale.

L'art. 1344, dedicato al contratto in frode alla legge, dispone in particolare che la causa di un contratto si reputa illecita, quando lo stesso costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa. Dall'altro lato invece, la nozione di abuso del diritto non trova un preciso punto di riferimento codicistico e viene desunta da una serie di norme in materia di proprietà, diritti reali, obbligazioni contratti e anche del libro quinto del codice civile. Lo si può definire come un eccesso della posizione giuridica delineata dalla norma, presupponendo, dunque, una corrispondenza tra l'interesse prefigurato dalla norma e quello effettivamente perseguito dalla parte⁽⁵⁰⁾. Oltre a ciò, nella frode alla legge gli interessati perseguirono il loro scopo facendo uso dell'autonomia privata nell'ipotesi prevista dall'art. 1344. Riportare tale figura alla categoria dell'abuso di diritto è possibile solo a condizione di estendere quest'ultima molto al di là dei suoi confini originari, così da comprendervi anche fenomeni di abuso della libertà contrattuale o della facoltà dei privati di dare un certo assetto ai propri rapporti giuridici⁽⁵¹⁾. Autorevoli studiosi, da un lato, mettono in luce un'evidente analogia tra le finalità delle due tecniche normative, ambedue dirette a contrastare un'uti-

⁽⁴⁸⁾ U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 14.

⁽⁴⁹⁾ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 154.

⁽⁵⁰⁾ G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 111.

⁽⁵¹⁾ L. CARRARO, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 793-794; U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., p. 67; J. GHESTIN, G. GOUBEAUZ, *Traité de droit civil*, I, *Introduction générale*, Parigi, 1990, p. 753.

lizzazione distorta degli istituti giuridici⁽⁵²⁾. Dall'altro, si sostiene che anche nel caso di frode alla legge si verserebbe in un'ipotesi di abuso di diritto, sia pure intendendo quest'ultimo in senso oggettivo, come regola giuridica⁽⁵³⁾.

Oltre a ciò, il divieto di abuso del diritto esprime una regola generale da valere per ogni tipologia di contratto è inoltre testimoniata dal fatto che lo stesso presenta delle indubitabili assonanze con la regola del “*venire contra factum proprium*”, che ha trovato per la prima volta all'art. 1.8. dei Principi di *Unidroit* un'espressa enunciazione, con il generale divieto incombente su ciascuna parte contrattuale e a prescindere dalla tipologia di contratto, in modo contraddittorio rispetto a un proprio impedimento e che abbia ingenerato nell'altra parte un ragionevole affidamento, creando a carico di quest'ultima uno svantaggio⁽⁵⁴⁾.

Sul piano generale, è senz'altro significativo che, in entrambe le categorie, venga utilizzata una tecnica giuridica fondata su una ricostruzione complessiva delle circostanze concrete della fattispecie, la quale permette all'interprete di qualificare in termini di illiceità un comportamento di per sé conforme alle previsioni di una norma astratta. È da notare soprattutto la maniera particolare in cui il problema della frode alla legge si è venuto a porre nel quadro dell'ordinamento europeo, dove il giudice si è trovato di fronte all'invocazione di una specifica situazione giuridica soggettiva riconosciuta dallo stesso diritto comunitario. Tali si possono senz'altro definire anche le c.d. libertà comunitarie fondamentali, posto che il loro contenuto è stato determinato in modo sempre più preciso dalla giurisprudenza.

Soprattutto attraverso la giurisprudenza comunitaria si è consolidata nell'ordinamento comunitario una nozione generale di abuso del diritto, suscettibile di comprendere al suo interno tre sottospecie distinte⁽⁵⁵⁾. È pos-

⁽⁵²⁾ M. AUDIT, *La fraude à la loi*, Parigi, 1974, p. 199; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Fraude à la loi*, in *Enc. jur. Dalloz – Rép. dr. internat.*, II, Parigi, 1998, § 53 (per il quale l'impiego della tecnica della frode nel diritto internazionale privato getta una “passerella” tra la teoria della *fraude à la loi* e quella dell'abuso del diritto), vedi anche L. CARRARO, *Valore attuale della massima *fraus omnia corrumpi**, cit., p. 795 il quale distingue tra “frode nell'esercizio di un diritto” e “attività fraudolenta indipendentemente dall'esercizio del diritto”.

⁽⁵³⁾ A. LIGEROPOULO, *Fraude à la loi*, in *Rép. dr. internat.*, Parigi, 1930, p. 456.

⁽⁵⁴⁾ M. SACCHI, *Comodato di scopo e abuso del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 218.

⁽⁵⁵⁾ È da rilevare il dato per cui gli istituti dell'abuso del diritto e della frode hanno trovato riconoscimento nel quadro delle più recenti esperienze di codificazione del diritto

sibile distinguere: *a*) l'elusione o la frode alla legge nazionale, cioè l'aggiramento di norme statali procurato attraverso l'uso strumentale di prerogative comunitarie (elusione della legge nazionale); *b*) la precostituzione fittizia o artificiosa delle condizioni prescritte da una norma comunitaria al fine dell'attribuzione di una prerogativa di vantaggio (frode alla norma comunitaria); *c*) l'esercizio di un diritto fondato su di una disposizione comunitaria, da ritenersi in concreto non conforme alla finalità della disposizione o ad altri criteri generali di valutazione (abuso del diritto in senso stretto).

In un'importante decisione in via pregiudiziale la Corte di giustizia⁽⁵⁶⁾ ha ritenuto di fare applicazione della nozione di abuso del diritto, nonostante il fatto che la questione sollevata dal giudice *a quo* non contenesse alcun esplicito riferimento alla nozione. Qualche elemento di confusione è derivato dal richiamo talvolta operato dalla Corte, con riferimento alla materia dell'abuso del diritto, al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti attribuiti dalle norme comunitarie. Non pare che in tal modo la Corte di giustizia abbia voluto qualificare il principio dell'abuso del diritto quale istituto di carattere processuale. Tra l'altro, come si è osservato⁽⁵⁷⁾, il riferimento alla consolidata giurisprudenza in materia di efficacia della tutela giurisdizionale, apprestata dagli Stati riguardo alle situazioni soggettive comunitarie, risulterebbe poco confacente in relazione all'abuso, atteso che effetto di quest'ultima tecnica è, per definizione, la paralisi della situazione giuridica in concreto invocata. Piuttosto, detto richiamo, non molto felice da un punto di vista tecnico e del resto oggetto di successivo aggiustamento, può trovare qualche spiegazione nella natura prettamente giudiziale della tecnica dell'abuso. Ma soprattutto, esso va inteso nel senso che la Corte di giustizia vuole mantenere un controllo sulla corretta applicazione da parte dei giudici nazionali delle tecniche repressive dei fenomeni di abuso di diritti comunitari. Controllo che essa non può che esercitare, come appena detto, alla stregua di una teoria comunitaria dell'abuso del diritto.

In ogni caso è evidente che solo questa chiave di lettura è capace di risolvere in modo adeguato l'apparente antinomia tra abuso del diritto e princi-

privato; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Parigi, 1952, p. 84; ID., *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris 1929, p. 63.

⁽⁵⁶⁾ Corte giust., sent. 21 febbraio 2008, C-425/06.

⁽⁵⁷⁾ C. NIZZO, *L'abuso dei 'diritti comunitari': un quesito non risolto*, in *Dir. comm. internaz.*, 1977, p. 769.

pio del primato del diritto comunitario. Si sono, infatti, levate da più parti critiche nei riguardi dell'accettazione, ad opera della giurisprudenza della Corte di giustizia, del principio dell'abuso, il quale a parere di alcuni autori ridimensionerebbe o addirittura pregiudicherebbe il dogma della preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. In realtà, qualora si pensi al modo di operare del principio dell'abuso, tali riserve non sembrano, sul piano tecnico-giuridico, giustificate. In effetti, nel caso in cui sia da ravvisare la natura abusiva del comportamento individuale, in astratto conforme al contenuto di un diritto soggettivo, la norma su cui tale diritto pretende fondarsi viene, per così dire, "disattivata" in relazione al caso concreto.

La Corte di giustizia ha avuto modo di richiamare la dottrina dove possono ricavarsi alcuni elementi comuni, dai quali dipende la ricostruzione della fattispecie elusiva. Si può segnatamente parlare di un elemento oggettivo, di un elemento soggettivo e di un elemento teleologico, che risulta centrale in ordine alla distinzione tra l'illecita elusione e la legittima abilità nello sfruttare i vantaggi offerti dall'ordinamento comunitario. In primo luogo, le situazioni in cui si è ravvisata un'ipotesi di elusione sono caratterizzate dalla circostanza che il soggetto, pur incardinando il suo statuto giuridico nell'ordinamento dello Stato che offre le condizioni più favorevoli, indirizza totalmente o prevalentemente le proprie attività economiche verso il territorio di altro Stato, la cui legislazione risulta, sotto qualche profilo, più severa o comunque meno attraente (elemento oggettivo o materiale)⁽⁵⁸⁾. La concreta esperienza giurisprudenziale, siffatta dissociazione tra lo Stato cui si viene a collegare il proprio statuto giuridico e lo Stato nel quale s'intende effettivamente operare può essere realizzata in via simultanea o anche in fasi temporali successive.

La seconda ipotesi viene in luce, ad esempio, nei casi in cui merci, inviate in un altro Stato membro al fine di acquisire una tutela comunitaria, siano riesportate nello Stato di origine, oppure nelle situazioni in cui il cittadino di uno Stato consegua in un altro Stato membro un titolo professionale per avvalersene successivamente nello Stato nazionale. Costituisce elemento caratteristico delle ipotesi di elusione il fatto che il soggetto, grazie all'invocazione di un diritto riconosciuto dall'ordinamento comunitario, evita l'applicazione

⁽⁵⁸⁾ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 213.

di regole obbligatorie⁽⁵⁹⁾, cui risulterebbe altrimenti sottoposto ed al tempo stesso consegue il risultato che gli sarebbe precluso dalle regole stesse. È evidente come lo spazio più favorevole al proliferare di tali pratiche sia offerto dalle situazioni in cui, nell'ambito di operatività di un ordinamento statale, sussistano significative divergenze di regolamentazione, in riferimento a determinate attività, a seconda che le stesse risultino esclusivamente collegate all'ordinamento stesso oppure siano prestate sotto copertura comunitaria. Perché possa porsi un problema di frode è necessario che l'operazione concretamente realizzata dal privato determini un aggiramento di norme imperative o comunque sfavorevoli⁽⁶⁰⁾, cui egli sarebbe stato altrimenti soggetto. La dottrina, a questo particolare riguardo, ha affrontato in una dimensione costruttiva il problema della frode alla legge, sul piano tanto del diritto civile quanto del diritto internazionale privato, si è tradizionalmente divisa tra i fautori della concezione soggettivistica ed i sostenitori della teoria oggettivistica⁽⁶¹⁾. Secondo la prima scuola di pensiero, che si ricollega alle più antiche elaborazioni della teoria, ai fini dell'integrazione della fattispecie di frode che risulterebbe indispensabile la sussistenza dell'elemento soggettivo, delineato nei termini di vera e propria intenzione fraudolenta. Si richiederebbe cioè l'accertamento della volontà del soggetto interessato di sottrarsi alla norma concernente aggirata (c.d. *animus fraudandi*)⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ M. DI FILIPPO, *Diritto comunitario e pluralismo nei mezzi di comunicazione di massa*, Torino, 2001, p. 170.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., p. 504, il quale rileva come la nozione di frode alla legge possa applicarsi non soltanto alle norme imperative *stricto sensu* (in senso civilistico) ma anche a «quelle che semplicemente stabiliscono effetti sfavorevoli a carico delle parti o di una parte (es.: necessità di autorizzazioni; norme fiscali; norme che stabiliscono obblighi a carico del datore di lavoro; frode alla legge attraverso l'applicazione di norme di diritto internazionale privato, ecc.)». C'è da chiedersi se la tecnica repressiva della frode possa operare nei confronti della invocazione fraudolenta di una norma comunitaria, anche a tutela dell'applicazione di una regola la quale trovi la sua fonte non in una norma di legge di uno Stato membro ma in un contratto.

⁽⁶¹⁾ F. FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948, p. 619; C. CALVOSA, *La frode alla legge nel negozio giuridico*, in *Dir. e giur.*, 1949, p. 325; G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., p. 10; G. CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008, p. 23; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, p. 110.

⁽⁶²⁾ Vedi, tra gli altri F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1914, p. 20; L. CARRARO,

I fautori della tesi opposta ritengono invece sufficiente, ai fini dell'applicazione della tecnica in parola, la concreta idoneità dell'operazione a conseguire il risultato vietato dalla norma imperativa⁽⁶³⁾.

Per quanto concerne il punto di vista dell'ordinamento comunitario, la giurisprudenza della Corte di giustizia che si è occupata delle ipotesi di elusione della legge nazionale non sembra aver risolto in maniera definitiva il tradizionale dilemma. La sentenza *Centros* riprende una formula più volte impiegata dalla Corte di giustizia, afferma che, per ricostruire il comportamento abusivo o fraudolento, il giudice nazionale deve basarsi su elementi obiettivi⁽⁶⁴⁾. Ciò non sembra, tuttavia, implicare un disconoscimento della rilevanza dell'elemento soggettivo, quanto piuttosto ribadire la necessità che l'accertamento, ad opera del giudice nazionale, della sussistenza di una condotta abusiva o fraudolenta sia svolto sulla base di circostanze obiettivamente rilevabili e non sulla scorta di mere ipotesi soggettive.

Frode alla legge, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 649; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1988, pp. 56 e 250 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pp. 191-192. Nella giurisprudenza italiana, v. ad es. Cass., 9 dicembre 1971, n. 3568, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 967; Cass., 11 gennaio 1973, n. 63; Cass., Sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414. Particolare la concezione di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298 ss., il quale ritiene che la frode alla legge presupporrebbe l'esistenza, accanto al negozio primario, di un ulteriore negozio (accordo fraudolento) che avrebbe la funzione di degradare il primo negozio a strumento per eludere la norma imperativa. Sul piano del diritto internazionale privato, la tesi subiettivistica è sostenuta da M. FEDOZZI, *La frode alla legge nei rapporti di diritto internazionale privato*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1900, pp. 72 ss. e 354 ss., spec. p. 361; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Parigi, 1963, p. 78.

⁽⁶³⁾ Cfr. tra gli altri A. CESSARI, *La struttura della fraus legi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 1071 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Id.*, *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1972, p. 288; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1998, p. 586. Nella giurisprudenza italiana, v. ad es. Cass., 11 aprile 1951, n. 853; Cass., 11 gennaio 1973, n. 63. Cfr. sul punto anche U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., p. 502. Per la tesi secondo cui la teoria della frode alla legge non andrebbe accolta proprio in ragione dell'impossibilità di un'indagine sulle intenzioni dell'agente, vedi recentemente con riferimento ai conflitti di legge, J. FAWCETT, *Evasion of law and Mandatory Rules in Private International Law*, in *Cambridge Law Journal*, 1990, p. 50 ss.

⁽⁶⁴⁾ Sent. 9 marzo 1999, *Centros*, cit., punto 25. V. già sent. 10 gennaio 1985, *Leclerc/Au Blé Vert*, cit., punto 27 e dispositivo, nonché sent. 21 giugno 1988, *Lair*, cit., punto 43. Nel senso che occorre interpretare la nozione di frode in senso obbiettivistico, per lo meno quando il soggetto interessato sia un ente collettivo.

Altre sentenze in materia di elusione sembrano d'altronde far riferimento, in modo più o meno evidente, ad una vera e propria intenzione fraudolenta del soggetto interessato, intesa in senso psicologico. L'importanza dell'elemento internazionale ai fini della ricostruzione di ipotesi di elusione è stata per altro verso affermata in modo esplicito anche in un'importante comunicazione della Commissione europea, sia pure relativamente ad una materia specifica⁽⁶⁵⁾.

La dottrina civilistica ha, infatti, messo in risalto come pure i teorici della concezione soggettivistica ammettano una prova indiretta o indiziaria della *intentio* fraudolenta⁽⁶⁶⁾. La teoria esposta è accolta prevalentemente anche dalla giurisprudenza interna degli Stati e in particolare dalla giurisprudenza francese che ha riaffermato la natura essenziale dell'elemento soggettivo. Infatti, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Emsland-Starke*, ha ribadito la necessità dello stesso elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria attraverso la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento: si evince quindi, la volontà di "beneficiare illecitamente" della normativa comunitaria con conseguente estensione di elusione della legge nazionale. La stessa sentenza ha stabilito che è compito del giudice nazionale accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo, ribadendo, però, l'autonomia procedurale dei singoli ordinamenti nazionali per quanto riguarda la prova del comportamento fraudolento⁽⁶⁷⁾. Sostanzialmente i giudici comunitari non prendono

⁽⁶⁵⁾ M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 217; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, p. 75.

⁽⁶⁶⁾ L'espressione intento elusivo indica una caratteristica fondamentale usata per colpire le elusioni e cioè la distinzione tra l'area delle operazioni legittime, perché giustificate da apprezzabili interessi e l'area delle operazioni elusive. Cfr. U. MORELLO, *Frode alla legge*, cit., p. 505.

⁽⁶⁷⁾ La Corte di Appello di Napoli, nella sentenza n. 32/2001, *La Rinascente S.p.A. c. Fallimento Ga.La s.r.l.*, ha ritenuto nullo per frode alla legge, il contratto di cessione di un'azienda realizzato dal cedente per liberarsi di un gruppo di lavoratori e impiegati nell'unità produttiva; la Corte ha riscontrato l'intento elusivo della legislazione in materia di licenziamenti e ribadendo che la prova doveva avere necessariamente una matrice indiziaria, volta a comprendere il comportamento complessivo delle parti: nella fattispecie la Corte ha ravvisato una serie di elementi che attestavano, con ragionevole certezza, il chiaro intento elusivo del cedente.

posizione relativamente alle modalità di prova vigenti nei vari ordinamenti nazionali in ambito di frode, sempre però che sia rispettata la disciplina comunitaria generale.

In riferimento, invece, all'abuso del diritto in senso stretto, la dottrina, parte dalla regola generale consistente nel rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento alle situazioni giuridiche esercitate in modo abusivo.

3. — *Caratteri e "tipicità" dell'abuso del diritto.*

L'abuso del diritto è stato ed è tutt'ora oggetto di attenzione dalla dottrina che ha anche elaborato anche gli elementi che lo contraddistinguono⁽⁶⁸⁾. Il primo elemento è la titolarità di un diritto soggettivo o potestativo in capo a un soggetto, indifferentemente se la sua fonte sia legale o contrattuale. Essa assicura al titolare la possibilità di respingere pretese altrui (contrarie al contenuto del proprio diritto) in quanto infondate alla luce dell'ordinamento giuridico di riferimento. Chi acquista la titolarità di un diritto, anche a contenuto meramente patrimoniale, non gode solo dell'utilità corrispondente al valore economico di quel diritto, ma acquista altresì il valore (non necessariamente valutabile in termini strettamente economici) derivante dalla soddisfazione di sapere che la propria posizione è regolare. Il diritto soggettivo viene, però, inquadrato anche in un'ottica di tipo teleologico, che trascende l'utilità individuale del singolo titolare del diritto e lo riporta invece ad una funzione sociale. L'esercizio di un diritto soggettivo deve confrontarsi e armonizzarsi con diritti e interessi concorrenti, incluso, in ipotesi, l'interesse generale⁽⁶⁹⁾. Questa caratteristica, per cui l'"utilità" derivante dalla attribuzione di diritti soggettivi trascende l'ambito particolare del titolare del diritto stesso, diventa addirittura preminente nei cosiddetti "diritti-funzione", o potestà.

⁽⁶⁸⁾ Su tutti P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 218; G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, 2005, p. 166; S. PATTI, *Abuso del diritto*, Torino, 1987, p. 2.

⁽⁶⁹⁾ G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti*, cit., p. 5; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Diritto privato*, 1997, pp. 435-457; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 322.

Il secondo elemento è la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate. È possibile che si verifichino atti di esercizio del diritto che traviano la funzione del diritto stesso, alla luce di un criterio da precisare, con la conseguenza di un possibile cattivo esercizio di un potere discrezionale⁽⁷⁰⁾. Nella scienza giuridica si individuano due posizioni ideologiche in relazione ai criteri utilizzati per effettuare la valutazione: l'ideologia cattolica e l'ideologia socialista⁽⁷¹⁾. In base all'ideologia di ispirazione cattolica la morale costituisce misura del giudizio e della correzione del sistema, l'uso morale o immorale del diritto diviene il criterio di valutazione dell'esercizio dei diritti. Tuttavia, tale approccio rischia di identificare l'abuso con il peccato dal momento che la censura morale costituisce il presupposto della sanzione irrogata dalla norma positiva. Secondo l'ideologia socialista, invece, la misura del giudizio è costituita dalla coscienza sociale e ciò in quanto «le nostre prerogative individuali presuppongono un consenso della comunità sociale». L'ideologia socialista si differenzia da quella cattolica, tra l'altro, per la sua mutevolezza in relazione ai nuovi bisogni della coscienza comune, ove, invece, per l'ideologia cattolica diritto naturale e superlegalità rappresentano un corpo unitario e immutabile con il limite della flessibilità necessaria per rendere operante il diritto naturale.

Il terzo elemento è la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva del diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico. Secondo un primo orientamento l'abuso del diritto rappresenta uno strumento idoneo a garantire un esercizio "normale" del diritto soggettivo e la sua esistenza è verificabile sulla base dei principi generali e dei valori sociali dell'ordinamento⁽⁷²⁾. In tale prospettiva, parte della giuri-

⁽⁷⁰⁾ La categoria dell'abuso del diritto può essere applicata anche ai diritti di libertà (ad esempio, i diritti e le libertà fondamentali previsti nelle costituzioni), proprio perché le libertà hanno un contenuto indefinito e rendono quindi possibili situazioni in cui una determinata condotta, che consiste nell'esercizio di una libertà costituzionale, si risolva nella compressione di un diritto o una libertà altrui.

⁽⁷¹⁾ In particolare P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 33 ss.; G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, *L'idea individuale*, Torino, 1911, p. 21; R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*.

⁽⁷²⁾ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 180.

sprudenza ha precisato che sussisterebbe abuso del diritto qualora ricorra un “uso oggettivamente anormale del diritto”⁽⁷³⁾, inteso come contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico o con specifiche disposizioni di legge che lo regolano ovvero qualora l’esercizio del diritto non realizzi un contemperamento con le esigenze sociali e non miri alla realizzazione di un interesse reale. Per altri, invece, l’abuso sussisterebbe nel caso in cui un soggetto utilizza i poteri e le facoltà di cui è titolare al fine di perseguire un interesse differente rispetto a quello per il quale sono stati conferiti, cosicché si è ritenuto che «l’abuso vive dello scarto tra fattispecie normativa e fatto concreto»⁽⁷⁴⁾. Ma l’idea che l’abuso possa consistere in una deviazione dell’esercizio del diritto da uno scopo che può essere costituito dalla finalità intrinseca del contenuto del diritto o da una finalità estrinseca, un interesse superiore, è stata criticata da altra parte della dottrina secondo la quale, soprattutto nel primo caso, si tende a confondere la prospettiva dell’abuso con quella dell’eccesso del diritto, dal momento che una finalità intrinseca è desumibile dal contenuto del diritto e contribuisce a stabilire i limiti della situazione soggettiva⁽⁷⁵⁾.

L’ultimo elemento che caratterizza l’abuso del diritto è la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta l’altra parte. Pertanto, un atto di esercizio di un diritto è abusivo se il titolare ha intenzionalmente recato un danno ad una controparte, facendosi schermo dell’apparenza di legittimità della propria condotta offertagli dalla titolarità di un diritto soggettivo. Normalmente, il criterio dell’intenzionalità del danno si accompagna a quello della mancanza di un interesse effettivo all’atto di esercizio del diritto, ma in realtà l’incontro tra questi due criteri produce effetti curiosi: il secondo è destinato ad annullare il primo, in ragione dei meccanismi processuali di distribuzione dell’onere della prova e degli strumenti probatori di fatto accessibili alle parti⁽⁷⁶⁾. Infatti, la prova dell’intenzionalità si rivela tanto difficile da produrre per la controparte, costituendo una sorta

⁽⁷³⁾ Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Mass. Giur. it.*, 1960, p. 788.

⁽⁷⁴⁾ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 81; V. MULLER ERZBACH, *L’abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 89.

⁽⁷⁵⁾ F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA.VV., *L’abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998, p. 187.

⁽⁷⁶⁾ G. PINO, *L’esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti*, cit., p. 11.

di *probatio diabolica*, da indurre a farla coincidere con la sussistenza di determinate circostanze obiettive, come ad esempio la mancanza di interesse per il titolare del diritto al compimento dell'atto presunto abusivo. Di contro, se si richiede che sussistano contemporaneamente sia l'intenzione di nuocere che l'assenza di vantaggio per il titolare, al fine di dichiarare abusivo l'atto di esercizio del diritto, anche una volta che sia stata dimostrata l'intenzione di nuocere, un qualsiasi minimo vantaggio potrà essere facilmente reclamato dal titolare del diritto, mettendo così fuori gioco il divieto. Si intende agevolmente che il ricorso al criterio dell'intenzionalità ha l'effetto di restringere drasticamente l'ambito di operatività del divieto di abuso. La teoria soggettiva si scontra infatti con la difficoltà di dimostrare l'esistenza di uno stato mentale, e per aggirare questa difficoltà si apre sovente la porta a presunzioni e finzioni giudiziali: nel caso in cui l'atto abusivo non abbia alcuna seria giustificazione si presume/finge l'esistenza dell'*animus nocendi*. Per sfuggire alle strettoie delle teorie intenzionali-soggettive (storicamente, le prime ad apparire), è stata seguita la strategia di neutralizzare l'elemento psicologico dell'intenzione di cagionare danno o molestia, e trasformare il vantaggio del titolare apprezzabile o meritevole.

La mancata codificazione del divieto di abusare di un proprio diritto ha ingenerato la questione di quale ne sia il fondamento da un punto di vista normativo⁽⁷⁷⁾. Secondo una prima ricostruzione, l'abuso sarebbe stato configurabile non già alla stregua di una categoria generale, ma solo in determinate ipotesi appositamente tipizzate dal legislatore. Tra queste si distingue l'art. 833 c.c., che pone il divieto di atti emulativi che non abbiano altro scopo se non quello di arrecare molestia ad altri⁽⁷⁸⁾. Non è sufficiente che la condotta del soggetto titolare del diritto arrechi nocimento o molestia ad altri, ma anche che essa sia stata posta in essere con questa esclusiva finalità senza che sia riscontrabile, per contro, una diversa giustificazione economica e sociale che stia alla base di un intento di perseguire un proprio vantaggio, un'utilità concreta⁽⁷⁹⁾. La teoria in esame riteneva, in definitiva, che solo se il legislatore avesse specificato in quali ipotesi un abuso effettivamente potesse concretizzarsi, avrebbe potuto dirsi soddisfatta l'esigenza di certezza del diritto,

⁽⁷⁷⁾ A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, Roma, 1988, p. 4.

⁽⁷⁸⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 57.

⁽⁷⁹⁾ G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, 2017, p. 795.

oltre che, nelle ipotesi in cui ciò sia applicabile, anche il concetto di legittimo affidamento, evitando di generalizzare una figura dai contorni troppo incerti e dalla relevantissima *vis expansiva*.

Anche in materia di condominio, la giurisprudenza ha ribadito che l'atto emulativo, vietato *ex art. 833 c.c.*, presuppone lo scopo esclusivo di nuocere o di recare pregiudizio ad altri, in assenza di una qualsiasi utilità per il proprietario, non deve pertanto essere ricondotto a tale categoria quell'atto che comunque corrisponde ad un interesse del proprietario⁽⁸⁰⁾. A tal proposito, il giudice non può compiere una valutazione comparativa discrezionale fra gli interessi in gioco o formulare un giudizio di meritevolezza e prevalenza fra gli stessi.

Con la valorizzazione progressivamente attribuita nel tempo al ruolo della buona fede oggettivamente intesa e della correttezza si è, invece, evidenziato come il principio di abuso del diritto ben possa desumersi dall'art. 2 della Costituzione che enuncia, fra le altre, una profonda istanza solidaristica, intesa come limite di qualsivoglia situazione giuridica soggettiva. Così, ad esempio, in ossequio all'operatività del canone generale di buona fede oggettivamente intesa, *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, il debitore potrà paralizzare l'azione del creditore, laddove con il proprio contegno tale ultimo soggetto attraverso alcune modalità di esercizio del proprio diritto, intenda perseguire uno scopo diverso rispetto a quello previsto dalla norma⁽⁸¹⁾.

Il comune denominatore di queste previsioni normative è quello che impone alle parti di comportarsi secondo le regole della correttezza, il che significa che non possono abusare della propria posizione utilizzando in modo distorto e per fini illeciti dei diritti nascenti dalla legge o dal contratto. Su questi principi normativi la giurisprudenza è arrivata a dare una sorta di definizione giuridica del concetto di abuso di diritto⁽⁸²⁾, sostenendo la tesi che di abuso si può parlare quando viene esercitato un potere od una facoltà, attribuiti ad un soggetto dal contratto, con modalità non necessaria ed

⁽⁸⁰⁾ Cass., 14 giugno 2016, n. 12235, il merito della questione aveva ad oggetto, la presunta natura emulativa della richiesta di ripristino dell'impianto di riscaldamento centralizzato, soppresso da una delibera dichiarata illegittima, considerando la sproporzione tra i costi necessari all'uso e quelli per realizzare un impianto unifamiliare nell'appartamento dell'istante.

⁽⁸¹⁾ Cfr. Cass., 6 febbraio 1982, n. 688, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1577.

⁽⁸²⁾ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

irrispettosa del dovere di correttezza e buona fede, con uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Le conseguenze giuridiche di una simile condotta possono portare al risarcimento del danno *ex art* 2043 c.c., oppure alla dichiarazione di inefficacia degli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto.

Altre norme evocanti, in linea teorica, l'idea di abuso del diritto potrebbero essere quella dell'articolo 1059 c.c., il quale impone al comproprietario, che agendo individualmente abbia concesso una servitù, di non impedire l'esercizio della stessa; l'abuso di responsabilità genitoriale *ex. art.* 330 c.c. e gli artt. 2793 c.c. e 1015 c.c. rispettivamente in punto di abuso della cosa ad opera del creditore pignoratizio e di abuso del diritto di usufrutto. Queste ipotesi localizzate, per lo più, con uno sforzo della dottrina, ci permettono appena di tratteggiare i caratteri dell'abuso del diritto, che invece sono ben individuati in altri ordinamenti. Sarà interessante vedere, se in un'ottica di un'armonizzazione del diritto europeo, il legislatore possa ritornare sulle sue scelte e disciplinare concretamente l'abuso del diritto.

ALESSANDRA LANGELLA^(*)

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELLA RICERCA BIOMEDICA

Abstract: The article aims to consider the use of the principle of proportionality in biomedical research, considering its transversality. It contains an overview of the use of proportionality in the experimentation activity in European Directives, International Conventions and National Rules. The issue is about the research sector, where the proportion does not depend by a mere quantitative calculation but on different factors other than merely those commensurable. The ratio between these factors is within a proportion exactly in the cases when it is differentiated by type of recipients and activities.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La proporzionalità tra libertà di ricerca scientifica e primato umano. – 3. La proporzione tra rischi e benefici della ricerca scientifica come corrispondente del binomio mezzi/fini dell'azione amministrativa. – 4. La proporzionalità e il principio di supremazia del primato umano nella ricerca biomedica: quale coniugazione? – 5. La proporzione tra costi/benefici nella ricerca terapeutica e in quella non terapeutica: una questione non solo quantitativa. – 6. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

Come evidenziato nel quarto capoverso del preambolo della Carta Europea dei Diritti fondamentali, è necessario rafforzare la tutela dei diritti alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale, e – quanto più interessa in questa sede – degli sviluppi scientifici e tecnologici.

La necessità di fondo è quella di garantire i diritti fondamentali dell'individuo anche nelle nuove sembianze in cui quelli possono concretizzarsi, a nota del continuo sviluppo scientifico e tecnologico.

D'altro canto, tanto più il progresso scientifico è andato avanti, tanto più fortemente è emersa la debolezza della tecnica⁽¹⁾, affianco all'incapacità di

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ L'immagine di un processo di autodistruzione innescato dallo stesso trionfo che la

fornire delle sicurezze teorico-normative in materia per la distinzione tra il lecito e l'illecito.

L'ambito della biomedica in quanto sistema costruito sulle interazioni con la tecnoscienza impone un rapporto tra la libertà della ricerca e i limiti alla sperimentazione scientifica.

I cambiamenti, da quando la libertà di ricerca⁽¹⁾ si è affermata come diritto in senso tecnico del termine ad oggi, dove a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo⁽²⁾ l'incremento tecnologico ha generato infinite potenzialità, portano a domandarsi se ancora permanga come libertà negativa, cioè se sia ancora necessario imporre un diritto di difesa da interventi esterni a quella, o se, piuttosto, di fronte ai nuovi scenari ai quali conduce la sperimentazione, debba cambiare il criterio di giudizio con cui valutare le limitazioni opposte alla libertà di ricerca, per la necessità di privilegiare la tutela delle persone e dell'ambiente contro le conseguenze degli esperimenti.

In pratica, il quesito più importante è se il diritto di ricerca scientifica resti una libertà "neutra" anche nelle forme di sperimentazione che coinvolgono l'uomo e, allora, come tale sarebbe nella massima astensione possibile da parte dello Stato che si rintraccerebbe la sua migliore e più adeguata tutela; o se, piuttosto, sia necessario compiere un'operazione di indirizzo, e nel caso attraverso quali strumenti intervenire per tutelare i diritti fondamentali della persona.

scienza ha avuto a partire dal secondo dopo guerra è usata da A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di P. Barile*, Padova, 1990, p. 92.

⁽¹⁾ La libertà di ricerca è tutelata in pressoché tutte le Carte costituzionali dei Paesi dell'Unione, dall'art. 5 della Costituzione tedesca per la quale «kunst und Wissenschaft, Forschung and Lehre sind frei»; nell'art. 20 della Costituzione spagnola, nell'art. 17 della Costituzione belga; nell'art. 20 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera; nella Carta italiana negli artt. 9 e 33. In sede Europea e Internazionale il diritto trova riconoscimento nell'art. 13 della C.d.f.U.E.; nell'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani; nell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

⁽²⁾ Cfr., per una ricostruzione, anche storica della libertà di ricerca e di insegnamento, R. CIPPITANI, in *Academic Freedom as a Fundamental Right*, 1st International Conference on Higher Education Advance, HEAd, 2015, p. 552 ss.

In pratica, occorre considerare gli interessi che si oppongono alla ricerca scientifica, per decidere quali forme di sperimentazioni devono restare vietate, quali invece possono ammettersi, ed eventualmente a quali condizioni.

Da sempre ragioni di natura politica, economica, oltre che religiosa hanno determinato dei confini o pesi alla ricerca. Durante il periodo fascista la conoscenza scientifica ha subito una vera e propria subordinazione, riducendosi a mero strumento di propaganda del regime⁽³⁾. Legati alle dinamiche politiche sono altresì i limiti materiali rappresentati dalla esigua destinazione di fondi destinati alla ricerca. Le conseguenze che il fattore economico può comportare operano in due direzioni: in alcuni paesi è la scarsità dei fondi statali che determina una preclusione all'espressione della libertà ma l'aspetto finanziario rilevarebbe anche in un secondo senso, perché attualmente numerosi investimenti giungono dal settore dei privati, con conseguente influenza del fattore commerciale sulla conduzione dell'attività scientifica con annessi conflitti di interesse in tutta l'impresa di ricerca⁽⁴⁾.

Ad ogni modo, ancor prima della valutazione di fattori come quelli politici ed economici che possono ritenersi, in qualche modo, "esterni" alla persona, sono da considerare pure i condizionamenti che la fede religiosa e le convinzioni più intime e personali possono giocare sulla libertà della

⁽³⁾ Non si deve andare molto indietro negli anni per avere un esempio di invasione della politica sulla scienza e sulla ricerca. Nel periodo fascista, nel 1931, con r.d. n. 1227, art. 8, fu imposto a tutti i membri delle Università e Accademie di prestare fedeltà al regime e al suo capo. Cfr. N. TRANFAGLIA, *Intellettuali e fascismo. Appunti per una storia da scrivere*, in *Dallo Stato Liberale al regime fascista*, Milano, 1973; R. DE FELICE, *Mussolini il duce, I: Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, 1974, p. 109, «la cultura doveva contribuire al prestigio dell'Italia e del fascismo all'interno e all'estero, e, al tempo stesso, doveva servire alla formazione delle nuove generazioni nel senso voluto dal regime». G. MARINO, *I chimici italiani e il regime fascista negli anni venti e trenta*, in *Atti del III Convegno nazionale di storia e fondamenti della chimica*, Cosenza, 1991.

⁽⁴⁾ Della questione parla, con riferimento al sistema americano, (ove comunque vi è stato un raddoppiamento delle spese federali per la ricerca, tra il 1986 e il 1995, al quale è corrisposto un triplice aumento delle spese private; mentre nella industria farmaceutica nel ventennio 1980-2000 le spese di natura privata sono addirittura aumentate di quattordici volte), C.H. COLEMAN, *Rationalizing risk assessment in human subject research*, in *Ariz. Law Review*, 1, 2004, p. 7.

comunità scientifica. Invero, proprio perché entrambi i fenomeni cercano di spiegare la vita e le sue origini ed evoluzioni, il credo della religione può contrapporsi a quello della ragione scientifica. Quando le logiche si considerano antitetiche allora scienza e religione risultano metodologicamente in conflitto con la conseguenza che spesso l'attività della scienza e l'accettazione pubblica delle sue conquiste rimangono negativamente "influenzate" dalla religione⁽⁵⁾.

Consegue che nel campo della ricerca biomedica l'utilizzo di organismi viventi o derivati di essi, e il fatto che l'attività è corredata alla sperimentazione – che «trasforma il pensiero scientifico in cose»⁽⁶⁾ –, comportano che il discorso delle limitazioni alla libertà di ricerca si debba arricchire di ulteriori interrogativi al fine di ricomporre i criteri con cui applicare eventuali restrizioni.

L'imprevedibilità dei risultati dell'attività scientifica e la possibilità di superare quanto fino a pochi anni fa era impensabile rendono necessario coniugare l'autonomia della comunità scientifica e i motivi di sicurezza delle persone e dell'ambiente. Per governare le conseguenze della sperimentazione occorre regolare le tecniche della scienza e le sue applicazioni alla medicina e alla biologia, vale a dire i campi nei quali sono direttamente coinvolti gli esseri umani.

Lo scopo concretizza – come riportato nella parte introduttiva del rapporto esplicativo della convenzione di Oviedo – l'esigenza di contenere la «natura ambivalente» della scienza e dell'annessa attività di ricerca nel settore.

Con le sue nuove complessità la ricerca biomedica presenta «un lato oscuro oltre che un lato positivo» perché se la conoscenza scientifica è la base necessaria per il raggiungimento di nuove soluzioni terapeutiche per gli individui, dall'altra parte l'impatto che la ricerca può produrre sull'umanità è da valutare con attenzione.

⁽⁵⁾ Si interroga sul senso della laicità (anche) rispetto alla tecnica, A. ZANOTTI, *Laicità e presenza del sacro tra il tempo della secolarizzazione e l'età della tecnica*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, p. 255 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. G.L. FRANCIONE, *Experimentation and the Marketplace Theory of the First Amendment*, in 136 *U. Pa. L. Rev.*, 1987, p. 417 ss.

L'esigenza più importante è, dunque, quella di conciliare l'esercizio della libertà della ricerca con gli altri diritti fondamentali come il diritto alla vita, all'integrità fisica e morale, all'autonomia del singolo, al valore del rispetto della persona e al primato della dignità umana, riferimento etico-giuridico intorno al quale radicare i limiti delle azioni della scienza e della tecnologia.

Tutte le premesse palesano che la questione fondamentale si sintetizza nella necessità di trovare una soluzione nella contrapposizione tra la certezza del progresso scientifico e l'incertezza di quali rischi possano derivare per la protezione del valore umano.

2. — *La proporzionalità tra libertà di ricerca scientifica e primato umano.*

Si deve considerare che sussiste un nesso profondo e strumentale tra la libertà di ricerca e il diritto alla salute, che è il bene più prezioso⁽⁷⁾.

La conseguenza della consapevolezza di quanto alta sia la posta e degli effetti che le conquiste scientifiche e tecnologiche possono avere sull'individuo ha portato, per questa ragione, a compiere uno sforzo che non poteva essere limitato ad una determinata area geografica, né ristretto negli spazi nazionali.

La preoccupazione per il coinvolgimento e l'uso degli esseri umani nella ricerca scientifica e il timore per le minacce rappresentate dai possibili abusi nel campo della biomedica si è riflessa nel tessuto normativo di numerosi testi internazionali, nella cui postura architettonica si rintraccia un quadro giuridico dal quale emerge la tendenza a limitare la libertà della ricerca per tutelare i valori relativi alla persona.

⁽⁷⁾ Come ricorda R. BIN, *Alle frontiere del diritto costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Onida*, Milano, 2011, p. 227, nt. 38, la Corte costituzionale ha collegato i due diritti nelle sentenze 20/1978 e 569/2000 secondo cui «l'attività di diagnosi e cura ospedaliera degli ammalati non solo non è incompatibile, ma anzi è suscettibile di ottimale collegamento, se non addirittura di "compenetrazione", con l'attività di ricerca scientifica». Ma, anche Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185.

In questa direzione è stata assicurata la scelta di sottoporre a requisiti, autorizzazioni, supervisioni e bilanciamenti il corretto esercizio della libertà della ricerca che contempra pratiche di coinvolgimento della persona umana: la condizione del consenso per la sperimentazione medica e scientifica posta dall'art. 7 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966; il consenso libero e informato della persona, il divieto di pratiche eugenetiche e di clonazione riproduttiva dell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, i limiti stabiliti negli artt. 5, 10, 11, 12, e 13 della Dichiarazione Universale sul genoma umano e sui diritti umani; oltre quelli degli artt. 6, 17 e 19 della Dichiarazione Internazionale sui dati genetici; così come le disposizioni degli artt. 6, 7, e 8 della Dichiarazione universale sulla bioetica e sui diritti umani; i criteri stabiliti nella Convenzione di Oviedo per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e le riserve esposte dagli artt. 15 a 18 dello stesso documento.

La soluzione al contrasto tra i valori coinvolti quando si entra nell'ambito della ricerca biomedica può essere rappresentata anche dalla scelta legislativa dei divieti; ma sovente la sperimentazione attiva delle frizioni tra diritti fondamentali, tra i quali è difficile recepire una priorità immediata e diretta dell'uno rispetto agli altri.

Qualunque attività o operazione, e a maggior ragione qualora si tratti di ricerca sull'uomo, laddove nessuno degli interessi chiamati in causa possa godere di *immediata priorità* sugli altri, concretizzandosi altrimenti in tal caso l'ipotesi semplicistica e riduttiva di censura e di interdizione dell'attività, troverebbe soluzione in una forma di bilanciamento tra tutti e consentirebbe di stabilire quando un principio debba prevalere o essere ridimensionato.

In questo senso deve studiarsi il valore giuridico della proporzionalità, in quanto criterio di tecnica volto a effettuare una bilanciata composizione tra i vari interessi.

L'analisi del principio di proporzionalità coinvolge ogni settore del diritto quale criterio generale dell'ordinamento.

La scienza giuridica mutua il concetto di proporzione dalle discipline matematiche⁽⁸⁾: gli operatori giuridici usano la proporzionalità in tempi posteriori

⁽⁸⁾ La proporzione nasce in matematica, come relazione identificata da almeno tre nu-

rispetto a quelli in cui essa ha trovato utilizzazione negli altri contesti scientifici, ma il ritardo che ha segnato l'affermarsi del principio nel campo del diritto, è stato giustamente osservato⁽⁹⁾, ha trovato compensazione nell'applicazione che poi se ne è fatta⁽¹⁰⁾.

Un uso trasversale in quasi tutti i campi del diritto, ove è rispettata la portata quantitativa e matematica del principio, utilizzato come criterio razionalizzante e regolatorio delle azioni con funzione di bilanciamento degli interessi coinvolti.

meri o grandezze secondo la definizione data da Euclide. Rintracciare il luogo e il periodo di nascita della teoria delle proporzioni non è facile; tuttavia, secondo la tradizione, il concetto di proporzione dovrebbe reperirsi presso gli Egiziani, i Fenici, o, ancora, i Babilonesi (cfr. P. TANNERY, *Pour l'histoire de la science hellène*, Paris, 1887, pp. 61 e 378). Malgrado le diverse ricostruzioni, le dichiarazioni più attestate ipotizzano che la conoscenza di una teoria, seppure elementare, delle proporzioni, è stata importata con molta probabilità dall'Egitto da parte dei filosofi greci che si recavano dai sacerdoti del posto per istruirsi. In quelle terre l'aritmetica e la geometria venivano utilizzate per risolvere problemi specifici relativi alla costruzione delle piramidi o all'eredità terriera (C.B. BOYER, *Storia della matematica*, Milano, rist. 2015 di *A history of mathematics*, 1968, p. 58). I greci rielaborarono lo studio della proporzione matematica con un atteggiamento che privilegiava un interesse intellettuale, e non più fini meramente utilitaristici. L'evoluzione semantica, dovuta al lavoro di Eudosso di Cnido, conduce a sviluppare una teoria delle proporzioni avente ad oggetto grandezze incommensurabili. Fungendo da substrato della filosofia naturale matematicizzata del XVI secolo, diviene strumento di indagine delle nuove scienze, fino ad essere assunta nella filosofia. Il valore della proporzionalità nelle relazioni tra grandezze è applicato come codice fisso nelle arti figurative di tutti i tempi [L. ANDREINI, *La permanenza del concetto di proporzione dal Rinascimento al Moderno*, (Forma Edizioni) Firenze, 2012]; nella poesia e nella musica, (perché il culto della bellezza è esso stesso un'esaltazione del principio della proporzione). Infine, nelle scienze sociali.

⁽⁹⁾ M.A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in *Diz. dir. pubbl. Cassese*, Milano, 2006, p. 4642.

⁽¹⁰⁾ Sulla proporzionalità: S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013; G. PERLINGIERI, A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017; A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012; A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia J. Trans. L.*, 2008; M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità: un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, 2015; G. HUSCROFT, B.W. MILLER, G. WEBBER, *Proportionality and the rule of law, rights, justification, reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Il principio della proporzionalità, quale criterio di misura del peso che ciascun valore deve occupare, entra in gioco quando si sottopone una libertà al rispetto di un altro diritto fondamentale concorrente. È infatti compito proprio del diritto considerare tutte le dinamiche, per limitare le une e le altre, facendo in modo che ciascuna abbia stabilità nel sistema.

Tale riduzione ha carattere enormemente variabile essendo collegato al significato dei diritti fondamentali, il cui contenuto riflette i cambiamenti e le istanze sociali prima ancora che quelle giuridiche, con la conseguenza che le valutazioni politiche devono compiersi tenendo conto del caso concreto. La modulazione dei valori deve effettuarsi, di volta in volta, mediante la considerazione, permanentemente risolutiva quanto cangiante, del *rapporto di relazione* tra i diversi principi fondamentali.

Invero, assecondando la formula adoperata dalla Corte Costituzionale federale tedesca «il principio di proporzionalità deriverebbe, già nel fondamento, dall'essenza dei diritti fondamentali stessi⁽¹¹⁾»: vale a dire che le basi della proporzionalità troverebbero sede proprio nella natura dei diritti fondamentali e cioè nell'impossibilità di tracciare, in termini astratti e immediati, una possibile superiorità, o priorità, degli uni sugli altri, potendosi fissare piuttosto una relazione di gerarchia solo in casi specifici e concreti⁽¹²⁾, e solo attraverso una razionale distribuzione dei pesi.

Il conflitto non si risolve nella soccombenza dell'uno e l'assoluta priorità dell'altro, proprio perché la collisione avviene sul piano di valori “costituzionali”, quanto attraverso un bilanciamento mediante il quale decidere e determinare il rapporto di relazione, anche con riguardo alle possibilità concrete e fattuali del caso, rispettando la natura fondamentale, che è propria di ciascuno⁽¹³⁾.

Del resto, scelta analoga è stata compiuta anche in sede Europea.

⁽¹¹⁾ BVerfGE 19, p. 342, (348 s.).

⁽¹²⁾ Sul punto dei diritti fondamentali e il rapporto di priorità approfonditamente R. ALEXY, *La teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, ed. e trad. it., p. 109 ss.

⁽¹³⁾ Causa C-292/1997, al punto 45 della motivazione «le restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali non dovrebbero risolversi, considerato lo scopo perseguito, in un *intervento sproporzionato* ed inammissibile *che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti*».

Nell'art. 13, la C.d.f.U.E. afferma la libertà della ricerca scientifica e delle arti, e negli artt. 2 e 3, il rispetto e la tutela della dignità umana e il diritto all'integrità della persona, mentre all'art. 35, la protezione della salute. A queste premesse segue che l'art. 52 della Carta vuole che le limitazioni dei diritti siano apportate nel rispetto della proporzionalità, vale a dire solo laddove siano necessarie e rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Il fatto che la Carta contenga questa clausola limitativa generale e che non sia stata fatta la scelta di indicare dei limiti espliciti e deroghe specifiche per i singoli diritti coinvolti, di modo che nessuno di questi sia raffigurato espressamente come inderogabile, comporta un vantaggio alla nostra dissertazione perché permette di confermare che la libertà di ricerca scientifica, il rispetto della dignità e dell'integrità umana, la protezione della persona e la sua salute, sono beni giuridici che devono trovare una modulazione anche nell'ambito biomedico, perché la gradazione dell'uno rispetto all'altro risulti sempre giustificata ed equilibrata.

L'uso della proporzionalità come criterio risolutivo del conflitto tra libertà confliggenti in sede europea evoca un dato importante, quello relativo al fatto che si è uniformemente affermata come tecnica generale per la ponderazione dei principi. Esso, del resto, è un canone che circola dai modelli giuridici nazionali a quello Europeo confermandosi regola di «grammatica comune per un costituzionalismo globale»⁽¹⁴⁾.

Se la proporzionalità è in termini generali strumento attraverso il quale ottimizzare le libertà fondamentali in situazioni di contrasto, a maggior ragione il criterio della proporzione diventa un parametro di guida per le autorità politiche nel contesto dell'attività biomedica.

Oggi molte possibilità di miglioramento della medicina nella cura delle malattie dipendono prioritariamente dai progressi raggiunti dalla ricerca⁽¹⁵⁾ e ciò rafforza la necessità dell'apposizione di limiti ulteriori all'attività scientifica.

⁽¹⁴⁾ M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *American balancing and German Proportionality: the historical origins*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, p. 263.

⁽¹⁵⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti alla IX Assemblea Generale della Pontificia Accademia per la Vita*, in *L'osservatore Romano*, 24-25 febbraio 2003, p. 5.

Quando la ricerca compiuta dall'uomo ha ad oggetto suoi simili, le dinamiche si complicano. Occorre procedere con un'operazione di temperamento per trovare una sintesi tra la libertà di attività scientifica e l'esigenza di ridurre i rischi di effetti negativi per la salute degli esseri umani.

Le reciproche limitazioni tra i valori che entrano in collisione debbono essere realizzate attraverso un parametro generale ed elastico, perché solo attraverso una tecnica di coniugazione della concezione liberale e individualistica della sperimentazione biomedica con i valori di ordine pubblico, che pongono limiti e divieti al volere dell'uomo, il sistema giuridico può dirsi ragionevole. Ciò impone che il legislatore prescriva restrizioni alla libertà della ricerca in quanto il fine della protezione della persona risulta apprezzabile, e cioè degno di considerazione, purché tale sacrificio sia congruo, cioè non eccessivamente né ingiustificatamente lesivo della libertà di ricerca, e risulti essere uno strumento efficiente al conseguimento del risultato, vale a dire idoneo e proporzionato allo scopo.

In questo senso, la proporzione opera come *norma parametro* per giudicare i comportamenti sperimentali e la loro capacità di mettere a repentaglio altre libertà dell'individuo.

L'essenza della proporzionalità come meccanismo di moderazione giuridica permane dunque anche all'interno della concezione moderna del bio-diritto, ove funge da misura per valutare nella teoria della politica legislativa, ma anche concretamente, caso per caso, in termini giurisprudenziali, la liceità delle pratiche sperimentali che toccano l'uomo. Anche il campo della biomedica diventa terreno fertile per l'applicazione del principio, facendo in modo che resti saldamente ancorata al concetto della dignità umana la manifestazione più profonda della libertà del pensiero scientifico, qual è la ricerca sperimentale che coinvolge l'essere umano.

Di fronte ai rischi connessi alle sperimentazioni biotecnologiche, ma considerando pure il potenziale beneficio che la conquista scientifica può rappresentare per l'individuo in termini di diritto alla salute e di miglioramento della sua esistenza, risulta essenziale fissare dei nuovi confini alla libertà di ricerca.

Escluse le volte in cui si debba procedere con interventi censori per si-

tuazioni rispetto alle quali il legislatore ritenga di positivizzare una regola di preferenza di un valore su un altro, il carattere costituzionale dei principi implica quello di proporzionalità; perché la realizzazione del precetto di ciascun diritto fondamentale è condizionata dal valore concorrente col quale, appunto, deve essere compiuto il bilanciamento⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ R. ALEXY, *La teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 134, poggia la sua teoria relativa al bilanciamento tra diritti fondamentali facendo leva sulla distinzione tra principi e regole: «I principi sono precetti di ottimizzazione in relazione alle possibilità giuridiche e fattuali. Il principio di proporzionalità in senso stretto, cioè l'obbligo di bilanciamento, deriva dall'essere relativo alle possibilità giuridiche». A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012, p. 39 ss. ritiene che le limitazioni dei diritti costituzionali formati come principi non incidono sulla loro portata. (Più o meno letteralmente) ogni volta che due diritti costituzionali entrano in conflitto viene creata una nuova regola costituzionale derivata che riflette l'equilibrio proporzionale tra tali diritti; ma che può operare, però, solo a livello sub-costituzionale; non avendo alcun effetto a livello costituzionale. «The “legal and factual possibilities” mentioned by Alexy are the constitutional rules of proportionality. Therefore, the notion of proportionality, according to Alexy, must be seen, as a part of the very definition of a constitutional principle. The conclusion that every principle – and every constitutional right formed as principle – is only a *prima facie* principle is a necessary conclusion. (...) According to my view, a legal norm formed as a principle is made up of fundamental values. These values in turn reflect ideals aspiring to be realized their maximum extent. In practice, however, at the sub-constitutional level, these ideals may not be realized to their full scope. The constitutional interpretation of these values shapes their scope in accordance with each underlying reason. The question of the realization of that right arises within the parameters of that right's predetermined scope. Again, these constitutional rights formed as principles at a high level of abstraction may be realized at the sub-constitutional level at varying degrees of intensity. This realization is not a part of the right's scope, but only part of the extent of its protection. The rules of proportionality define the extent of that realization. They do not form a part of the right's scope». «Principle-shaped rights consist of fundamental values that reflect ideals aspiring for their maximum realization. Those ideals may be realized, however, at different levels of intensity. They do not lose their fundamental nature merely because they were not realized to their fullest extent. The starting point should be that the conflict should not affect the validity or the scope of any of the constitutional rights involved. (...) Both constitutional rights, however, survive the clash unscathed at the constitutional level: both remain valid according to their original scope». Entrambi gli Autori, giustificano la proporzionalità come parametro attraverso il quale condurre limitazioni ai diritti costituzionali e/o alla loro realizzazione.

3. — *La proporzione tra rischi e benefici della ricerca scientifica come corrispondente del binomio mezzi/fini dell'azione amministrativa.*

Se è vero che non possono ipotizzarsi gerarchie assiologiche assolute tra i diritti fondamentali e che pure ipotetiche forme di intangibilità di alcuni diritti rispetto agli altri non hanno ulteriore significato che quello di avvalorare una loro preferenza “condizionata” in determinati contesti; allora, per applicazione analogica alla materia della sperimentazione biomedica, anche la prescrizione di rispettare la supremazia umana deve leggersi nel senso di dover definire entro quali condizioni la ricerca rispetti la prerogativa dell'individuo e, quindi, entro quale misura il primato possa essere “temperato”.

Se si riconoscesse un'intangibilità assoluta del valore della supremazia umana, direzione seguita formalmente da numerose leggi, anche in quadro europeo e internazionale, sarebbe esclusa qualunque attività che possa toccarlo. Tuttavia, a certe condizioni concrete il sistema deve aprirsi ad un'ipotesi di bilanciamento e così l'equilibrio del diritto fondamentale della libertà di ricerca con il valore del primato umano si condensa in una limitazione delle sole attività che materialmente non rispettino la superiorità del bene dell'individuo rispetto all'interesse del progresso scientifico e tecnologico.

Ovviamente si apre un margine di discrezionalità per la determinazione in concreto della coniugazione dei due valori: in ciò consiste la possibilità di bilanciamento ovvero nella valutazione delle ragioni e contro-ragioni a fondamento di una convivenza degli interessi attraverso modalità che siano rispettose di tutte le premesse fatte.

Ciò comporta che se la ricerca impone dei limiti al valore del primato umano che possono essere motivati, ad esempio, con la necessità di fornire degli strumenti di protezione e sussistenza per altri interessi di pari valore; allora, in questi casi, la misura della preferenza resterebbe comunque la medesima.

Ma per capire se la relazione di priorità è rispettata, in primo luogo sarà necessario calcolare il peso imposto. Questo, nella ricerca scientifica è rappresentato dal rischio.

Il rischio dell'attività di ricerca è la contro-ragione della preferenza dell'individuo sull'interesse scientifico rispetto alla quale deve essere compiuta la misurazione. La proporzionalità serve a fissare un registro di calcolo per soppesare quando i rischi annessi all'esplicazione della libertà di ricerca siano ragionevoli ed equilibrati e quindi, in quanto tali, accettabili.

Invero, solo nella misura in cui la ricerca "tocchi" il primato umano in termini logici, moderati e considerevoli di tale privilegio, allora la sperimentazione umana risulterà lecita perché rispettosa delle prescrizioni di preferenza dettate dal sistema.

Il requisito della proporzionalità diventa quindi il dispositivo per bilanciare i rischi che il coinvolgimento all'attività di ricerca può significare per la persona umana, e gli interessi e le considerazioni concrete dei potenziali benefici cui può apportare la ricerca stessa, che costituiscono la regola di giustificazione della limitazione al primato.

Il rapporto costo/benefici della ricerca diventa l'espressione materiale del bilanciamento tra i due diritti fondamentali della tutela dell'uomo e della libertà di ricerca; e ricalca il binomio di relazione mezzi/fini che è quello che si trova nella prima qualificazione del principio giuridico della proporzionalità.

Invero, per la prima volta, essa è applicata come schema di giudizio alla fine dell'Ottocento dall'Alto Tribunale Amministrativo Prussiano nel noto caso Kreuzberg⁽¹⁷⁾ ove si dichiara l'illegittimità dell'atto di chiusura di un esercizio commerciale (per violazione delle norme sulla licenza per la vendita di sostanze alcoliche) essendo sproporzionato l'uso del mezzo al fine perseguito⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ PrOVG, 14 giugno 1882, in PrOVGE, 9, p. 353. Il principio è stato poi sviluppato dalla giurisprudenza che lo ha inserito come istituto generale del diritto amministrativo e, poi, del diritto pubblico.

⁽¹⁸⁾ Una vicenda simile a quella che portò all'origine pretorile asburgica del principio di proporzionalità è stata quella posta all'esame della Corte europea (causa C-230/18) per un evento verificatosi in Austria. Anche qui è il principio di proporzionalità che viene interrogato quale criterio intorno al quale verificare l'idoneità della misura del potere pubblico, anche rispetto alle libertà di circolazione dei lavoratori, di stabilimento e di prestazioni di servizi di cui agli artt. 15 della Carta, 26, 45, 49 e 56 TFUE. Con sentenza dell'8 maggio 2019 il giudi-

La proporzionalità si impone nella giurisprudenza prussiana come valore volto a proteggere le libertà individuali in una società in cui manca un supporto testuale normativo ai diritti, non essendo l'ordinamento dotato di una Carta Costituzionale⁽¹⁹⁾.

La richiesta della proporzionalità nell'azione pubblica, che sugella il passaggio da uno Stato autoritario ad uno governato dalla legge, un Rechtsstaat, (art. 10, § 2 dell'*Allgemeines Landrecht*) impone la necessità di un'autorizzazione perché il governo possa usare i poteri di polizia; entro i limiti essenziali e "necessari" a raggiungere gli obiettivi della «pace pubblica, sicurezza e ordine».

Fin dall'inizio la proporzionalità, dunque, impone l'armonia tra mezzo utilizzato e obiettivo preposto.

Secondo una ricostruzione del tempo⁽²⁰⁾, la proporzionalità si lega ai diritti che spetterebbero ai consociati in quanto naturali.

ce europeo facendo leva sul principio di proporzionalità si pronuncia sulla vicenda relativa alla legittimità di un provvedimento di chiusura adottato dalla Landespolizeidirektion Tirol di un salone di massaggi, nella città di Innsbruck, sul sospetto che ivi si svolgessero prestazioni di servizi di natura sessuale pur senza l'autorizzazione prescritta dalla legge. I giudici di Strasburgo compiono una valutazione sulla proporzionalità per pesare la legittimità della decisione dell'autorità nazionale di chiudere con effetto immediato un esercizio commerciale avuto riguardo alle "conseguenze negative sul fatturato e sulla continuazione dell'attività, in particolare per quanto riguarda il rapporto con i clienti che beneficiano dei servizi" (punto 60 della sentenza). Pur riconoscendo che la normativa austriaca possa ostacolare o dissuadere persone provenienti da altri Stati dell'Unione che desiderino stabilirsi nel Land Tirolo per esercitarvi un'attività professionale come quella della cittadina bulgara, concretizzando, di fatto, una restrizione della libertà di stabilimento e d'impresa garantite dagli artt. 15 e 16 della Carta; la Corte ammette, tuttavia, che tale limitazione risulti giustificata, nel rispetto del principio di proporzionalità, in quanto misura necessaria ed idonea a rispondere alla ragione imperativa di interesse generale della prevenzione del compimento di reati nei confronti delle persone che si prostituiscono, in particolare la tratta degli esseri umani e la prostituzione minorile o forzata assieme all'esigenza di tutelare la salute (art. 35 Carta).

⁽¹⁹⁾ M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *American balancing and German proportionality: the historical origins*, cit., p. 263 ss.

⁽²⁰⁾ O. MAYER, *Deutsches verwaltungsrecht*, 1.BD., S. 267 (1895); nella traduzione inglese di M. COHEN ELYIA, I. PORAT, *American balancing and German proportionality: the historical origins*, loc. cit., «natural rights demand that the use of police powers by the government be proportionate»; Gunther Heinrich von Berg citato in A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, loc. cit., riportato anche da M. COHEN-ELIYA, I. PORAT,

Malgrado la *liaison* tra diritti naturali e proporzionalità, l'approccio non sconfinava nel pragmatismo ma ricalca la concezione formalistica di Savigny che considera il diritto come un sistema autonomo e completo⁽²¹⁾.

La Scuola Storica riconosce che l'ordinamento è retto da una razionalità intrinseca, e anche la proporzionalità dei giudici dei Tribunali Amministrativi Prussiani è considerata, secondo l'*analisi formale* tipica dominante del pensiero della *Rechtswissenschaftschule*⁽²²⁾, come schema analitico e rigoroso da seguire per valutare l'adeguatezza dei mezzi (rappresentati dagli interventi della polizia) per il perseguimento di fini legittimi. A questo sistema si contrapponeva la *Freirechtsschule*, un movimento rivoluzionario antiformalista e anticoncettualista, avanzato attraverso l'opera di Jhering e i suoi successori. Questo pensiero identificava lo scopo del diritto nella risoluzione dei conflitti tra interessi in competizione attraverso il bilanciamento, cioè la proporzionalità in senso stretto. Malgrado il contrasto delle correnti la proporzionalità trova spazio in entrambe le scuole⁽²³⁾.

La digressione dimostra che, dalle sue origini ad oggi, il principio ha imposto sempre un confronto tra i mezzi e gli obiettivi.

Per la ripartizione trifasica che ne è fatta nel quadro giuridico, la proporzionalità esige che il mezzo sia idoneo, necessario e proporzionale in senso stretto ai fini⁽²⁴⁾.

American balancing and German proportionality: the historical origins, loc. cit. «he wrote that the police law may abridge the natural freedom of the subject, but only insofar as a lawful goal requires as much».

⁽²¹⁾ M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *American balancing and German proportionality: the historical origins*, cit., pp. 273-275.

⁽²²⁾ M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *American balancing and German proportionality: the historical origins*, cit., p. 275; M.W. REIMANN, *Free law school*, in D.S. CLARCK (ed.), *Encyclopedia of Law and society*, Willamette University, USA, 2007, p. 605.

⁽²³⁾ P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016, p. 61.

⁽²⁴⁾ Nella sentenza Corte EDU, 15 novembre 2016, *Dubská e Krejzová v. Repubblica Ceca*, § 124, si afferma che «une ingérence est considérée comme “nécessaire” dans une société démocratique pour atteindre un but légitime si elle répond à un “besoin social impérieux” et, en particulier, si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants».

Soffermandosi sul terzo aspetto, l'applicazione del criterio impone che nell'esercizio della funzione pubblica l'intervento sia diretto al conseguimento del massimo utile dell'amministrazione, ma con il minimo sacrificio possibile per i cittadini⁽²⁵⁾.

Questo significa che si devono bilanciare gli effetti e soppesare i benefici ai costi, cioè i sacrifici imposti agli altri diritti ed interessi in gioco, e solo quando la misura risulti proporzionata alla luce degli obiettivi si è negli spazi di un equilibrio.

Il rapporto mezzi/fini, parametro e standard della performance dell'agere pubblico⁽²⁶⁾, corrisponde al calcolo che deve compiersi tra rischio/beneficio dell'attività di ricerca. Come nel fine dell'azione amministrativa deve trovare giustificazione il mezzo utilizzato, e solo quando la relazione risponda ad una ragione di adeguatezza ed efficienza può considerarsi legittimo l'atto pubblico; così, allo stesso modo, l'attività di ricerca deve richiedere la valutazione di ponderazione del rischio al vantaggio, perché solo quando il pericolo corso è ben "assestato" all'aspettativa benefica allora può considerarsi "scusato".

Del resto, la preoccupazione dell'influenza e degli "azzardi" della ricerca scientifica sull'uomo è discorso che arriva a diversi secoli addietro.

Già nel periodo dei lumi, epoca in cui emblematicamente si radica la controversia tra potere della scienza e bene dell'individuo, espresso al tempo come affidamento alla sola ragione della fede, è espressa la necessità di controllare e soppesare attraverso una sorta di test clinico i potenziali benefici e i rischi che potevano seguire all'uso di agenti immunizzanti quali vaccini e inoculazioni⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Così agli inizi del '900, F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario Regia Università di Bologna per l'a.a. 1923-1924*, Bologna, 1924, p. 16.

⁽²⁶⁾ Già G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 2ª ed., Firenze, 1832, p. 17; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, p. 1118; D.U. GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 361 ss.

⁽²⁷⁾ S.A. HALPERN, *Lesser Harms: the morality of risk in medical research*, University of Chicago Press, 2004, pp. 32-33.

Anche se ancora manca una versione giuridica espressa della proporzionalità si deve riconoscere che dal momento in cui si richiede di evitare di danneggiare il paziente oltre una misura che possa risultare legittima, in quanto giustificata dalla ragionevolezza di un equivalente beneficio, allora germina il valore della proporzione nell'ambito della sperimentazione clinica.

Questo concetto, di natura etica prima ancora che giuridico, è completamente depennato dai programmi di ricerca e sperimentazione seguiti durante il periodo della Seconda Guerra Mondiale. Come dimostrò il processo di Norimberga, difatti, l'entità, i metodi, gli obiettivi e le motivazioni delle sperimentazioni dei medici e scienziati tedeschi furono tali da rappresentare il più terribile esempio di atrocità perpetrate in campo medico-scientifico, perché condotte al di fuori di ogni rispetto dei diritti personali degli individui che vi erano sottoposti, mediante strumenti non ragionevoli e in violazione di ogni etica deontologica⁽²⁸⁾.

In risposta il Codice di Norimberga tenta di fornire un insieme universale di principi etici basati sulla legge naturale fissando dei valori morali e legali; inserendo agli artt. 2, 6, 7 e 10, anche una versione del principio di proporzionalità.

In particolare, l'art. 6 include che «il grado di rischio che deve essere considerato, non deve mai superare quello determinato dall'importanza umanitaria del problema che deve essere risolto nell'esperimento», con la conseguenza che quando la relazione tra rischi e benefici risulta sbilanciata allora «i medici devono cessare ogni esperimento se i rischi prevalgono sui benefici previsti» (art. 7); inoltre è pure stabilito che «l'esperimento deve essere tale da portare risultati fruttuosi per il benessere della società; [risultati] che non possono essere procurati mediante altri mezzi o metodi di studio e [che] non sono ottenibili in maniera casuale e superflua», vale a dire che l'indagine scientifica può compiersi sulle persone umane quando la contropartita dell'esercizio di un'attività gravosa per l'individuo sia lo strumento più efficace per ottenere il risultato desiderato.

⁽²⁸⁾ Si consulti G.J. ANNAS, M.A. GRODIN, *The nazi doctors and the Nuremberg Code, Human rights in Human experimentation*, Oxford University Press, 1992.

Da questo punto in poi, la necessità di una valutazione di rapporto tra le due grandezze del rischio e del beneficio è affermata in materia di ricerca biomedica in diverse sedi.

Nella regolamentazione sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano, nella dir. 2001/20/CE e nel reg. 2014/536 che la abroga, il principio di proporzionalità è impresso come mezzo di misura perché rischi e oneri della sperimentazione siano soppesati ai potenziali benefici per determinare se c'è una relazione adeguata e un giusto bilanciamento tra scopi e fini. L'obiettivo che si vuole raggiungere è la necessità di assicurare ai partecipanti alla ricerca di non essere esposti a rischi eccessivi, non indispensabili, e, quindi, irragionevoli.

Come l'art. 3 (2) (a) della precedente direttiva statuiva che: «La sperimentazione clinica può essere intrapresa esclusivamente a condizione che *i rischi e gli inconvenienti prevedibili siano stati soppesati rispetto al vantaggio* per il soggetto della sperimentazione e per altri pazienti attuali e futuri»; e che: «Una sperimentazione clinica può essere avviata solo se il comitato etico e/o l'autorità competente sono giunti alla conclusione che *i benefici previsti, terapeutici e in materia di sanità pubblica, giustificano i rischi* e può essere proseguita solo se il rispetto di tale requisito è costantemente verificato». Così l'art. 28 (1) (a) del regolamento afferma che la conduzione di una sperimentazione clinica è consentita esclusivamente *se i benefici previsti per i soggetti o per la salute pubblica giustificano i rischi e gli inconvenienti prevedibili*; (e) la sperimentazione clinica è stata disegnatata in modo da causare *nella minor misura possibile* dolore, disagio, paura e altri *rischi prevedibili* per il soggetto, e sia la soglia del rischio che il grado di malessere sono definiti espressamente nel protocollo e sono oggetto di continua verifica.

Allo stesso modo, nel “Contratto per la conduzione della sperimentazione clinica sui medicinali”, del 30 ottobre 2019, definito dal Centro di coordinamento nazionale dei Comitati Etici Territoriali per le sperimentazioni cliniche sui medicinali per uso umano e sui dispositivi medici, adottato in ottemperanza a quanto definito dall'art. 2, 6° comma, l. n. 3/2018, all'art. 7.4, si stabilisce che ciascuna delle parti (Promotori e Istituzioni) può interrompere la sperimentazione in qualunque momento, con effetto immediato,

qualora abbia motivo, valido e documentabile, di ritenere che la prosecuzione della sperimentazione possa rappresentare *un rischio non accettabile* per la sicurezza e la salute dei pazienti. Si riconosce, cioè, l'esposizione a rischi eccessivi, non tollerabili e inadeguati per la sicurezza e la protezione della salute dei volontari, come valido motivo di recesso, a fronte del quale non possono giustificarsi eventuali istanze risarcitorie o richieste di pagamento ulteriori rispetto a quanto convenuto (art. 7.5).

La proporzionalità è elevata a requisito essenziale della ricerca biomedica anche nel sistema americano, che pure tiene in dovuta considerazione il principio di autodeterminazione⁽²⁹⁾. Invero, la sensibilità al rispetto del valore della proporzionalità nell'ambito della ricerca su esseri umani si afferma come essenziale dovendo il rispetto dell'autonomia riflettere quello di beneficenza, essendo principi che non solo non si escludono né contraddicono, ma che anzi si implicano e necessitano l'un l'altro⁽³⁰⁾. La proporzionalità si impone, del resto, in termini chiari, pure in diversi reports delle organizzazioni governative statunitensi.

La Commissione Presidenziale per lo studio delle questioni bioetiche creata da Barack Obama nel novembre 2009, nel rapporto "Moral Science: Protecting Participants in Human Subjects Research"⁽³¹⁾ sollecitato per valutare gli standards di ricerca sull'uomo in seguito alla rivelazione dell'ottobre 2010 secondo cui il servizio sanitario pubblico statunitense avrebbe sostenuto la ricerca non etica in Guatemala dal 1946 al 1948 che ha comportato l'esposizione intenzionale di migliaia di guatemaltechi a malattie a trasmissione sessuale senza il loro consenso, osserva che perché la ricerca che coinvolge soggetti umani sia etica costoro «must be volunteers who give their *informed consent*, who are treated fairly and respectfully, who are *subjected only to reasonable risks from which proportionate humanitarian benefit can be obtained*, and who are

⁽²⁹⁾ Cfr. T.L. BEAUCHAMP, J. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford/New York, 2001, spec. p. 57 ss.

⁽³⁰⁾ T. REHBOCK, *Limits of autonomy in Bionedical Ethics? Conceptual clarifications*, 20 Cambridge Q. Healthcare Ethics, 2011, p. 524, spec. pp. 528-529.

⁽³¹⁾ June 2012, Consultabile sul sito bioethicsarchive.georgetown.edu.

not treated as mere means to the ends of others»⁽³²⁾; e che tali devono essere gli standard da rispettare tanto nella ricerca nazionale quanto sul fronte internazionale, inclusa la ricerca nei paesi in via di sviluppo⁽³³⁾. Anche la commissione designata da Clinton nel 1996 nel report del 2001 aveva affermato che «in order to approve research (...) the IRB shall determine that all of the following requirements are satisfied (...) (2) *risks* to subjects *are reasonable in relation to anticipated benefits*, if any, to subjects, and the importance of the knowledge that may *reasonably* be expected to result»⁽³⁴⁾. E ancora «An IRB may approve a research proposal only if it judges that *the risks are reasonable in relation to potential benefits*» e «for any research study involving significant risk, not only should the local IRB find the *risks reasonable in relation to the potential benefits*, but also so should a larger community of investigators, IRBs and the public»⁽³⁵⁾.

Un'affermazione efficace del requisito della proporzionalità è stata inserita anche nell'art. 6 (1) del Protocollo aggiuntivo sulla ricerca biomedica alla Convenzione di Oviedo che recita: «the research shall not involve *risks and burdens disproportionate to its potential benefits*». Rileva pure l'art. 16 della Convenzione. La disposizione regola le condizioni per intraprendere una ricerca su una persona. Alla lettera (ii) è scritto che i rischi che può correre la persona non devono essere *sproporzionati in rapporto con i benefici potenziali* della ricerca. La valutazione della liceità dell'attività compiuta su una persona deve avvenire calibrando i rischi ai benefici potenziali. La formulazione include un atteggiamento precauzionale volendo limitare i possibili effetti nocivi laddove risultino abnormi, sproporzionati e non equilibrati agli effetti positivi di una ricerca che sia utile all'individuo e, o, alla società.

Va da sé che la richiesta di proporzione tra pericoli e vantaggi della ricerca sull'uomo non intende includere la sola attività sperimentale che sia a

⁽³²⁾ P. 19 del Report.

⁽³³⁾ P. 84 del Report.

⁽³⁴⁾ Ethical and policy Issues in Research involving human Participants, consultabile sul sito repository.library.georgetown.edu, p. 69.

⁽³⁵⁾ P. 74.

“rischio zero”, del resto neanche l’applicazione del principio di precauzione che è diretto a soppesare l’entità dei potenziali effetti nocivi sulla salute umana di un’attività, implica che si debba giungere ad un livello di pericolo nullo, dovendo pure quella essere delimitata dalla proporzione⁽³⁶⁾.

Ne deriva che è ammessa una misura di rischio ma in quanto avvalorata dai risultati positivi ottenibili dalla ricerca e purché la suddetta grandezza non risulti arbitraria ed eccessiva.

Il livello di pericolo accettabile per giustificare ricerche di questo tipo, deve trovarsi nella ragionevolezza di un sacrificio che è imposto per il vantaggio – che il bene individuale e collettivo della salute, il progresso, la scienza e la vita umana – può acquistare.

L’osservanza della prescrizione implica che la ricerca non debba gravare in maniera eccessiva sull’interessato in modo da risultare tollerabile l’esposizione al rischio a fronte del vantaggio potenziale del risultato scientifico.

La valutazione comparativa, tra rischio paventato e ipotizzabile beneficio conseguibile, inerisce all’applicazione del parametro della proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). La stima che pericoli e possibili vantaggi siano equilibrati è influenzata dall’incisività sulla persona dell’attività di indagine: più sensibilmente si ritiene la ricerca possa incidere in termini rischiosi sull’uomo, tanto più rilevante dovrà essere il raggiungimento di risultati positivi ed efficaci.

Le altre due sotto-fasi della proporzionalità, vale a dire il parametro della necessità e il test dell’idoneità sarebbero assorbite dalle ulteriori richieste imposte cumulativamente dalla disposizione.

Il criterio della necessità (*Erforderlichkeit*), sintetizzato dagli studiosi nell’espressione “dell’imposizione del mezzo più mite”, implica che la scelta del mezzo si basi sul presupposto che non sia disponibile nessun altro strumento egualmente efficace ma al contempo capace di incidere meno pesantemente sul singolo.

⁽³⁶⁾ Cfr. G. MONACO, *Dal Consiglio di Stato quasi un “decalogo” sull’applicazione del principio di precauzione* (nota a Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250), in *Urb. e appalti*, 2014, p. 551 ss., in particolare il paragrafo su “L’adozione di misure precauzionali nel rispetto del principio di proporzionalità”.

La Convenzione di Oviedo per poter compiere la ricerca sugli esseri umani impone, alla lettera (i) della norma in esame, che non esista metodo alternativo di efficacia paragonabile a quella. Vale a dire che deve concludersi con un esito negativo il giudizio di equivalenza tra i possibili procedimenti alternativi e che quindi può utilizzarsi lo strumento investigativo più invasivo della ricerca sull'uomo solo in quanto non vi sia un altro sistema di analoga opportunità.

Infine, per la lettera (iii), è necessario che il progetto di ricerca ottenga l'approvazione da un'istanza competente in base a una valutazione relativa alla sua pertinenza scientifica e all'importanza dell'obiettivo della ricerca e il riconoscimento pluridisciplinare della sua accettabilità sul piano etico. Tale considerazione richiama il terzo elemento in cui è scomposta la proporzionalità, vale a dire quello della idoneità (*Geeignetheit*). Il progetto di ricerca deve risultare cioè idoneo a raggiungere l'obiettivo fissato.

Come è stato precisato, dal Bundesverfassungsgericht tedesco con sentenza del 16 marzo 1971, un mezzo appare idoneo «allorché con il suo aiuto si possa sensibilmente favorire il risultato desiderato».

La ricerca quando è compiuta sugli esseri umani proprio in quanto metodo più efficace, si manifesta come strumento valido per condurre i progressi della medicina e della biologia al beneficio delle generazioni presenti e future. Invero, la ricerca sperimentale sull'uomo non solo può favorire, ma può essere il più proficuo dei metodi, per operare intorno alle questioni scientifiche che l'applicazione della biologia e della medicina pongono rispetto alle esigenze di sviluppo tecno-scientifico, sempre che la ricerca rispetti pure lo spazio di tutela alla dignità dell'essere umano e i diritti e le libertà fondamentali della persona.

Del resto, l'adeguatezza, ovvero la tollerabilità dell'esercizio del diritto di ricerca che incida sull'uomo, è idoneo in quanto necessario, cioè l'unico possibile, anche in quanto rispecchia una ponderazione armonizzata, giusta, equilibrata e bilanciata di tutti gli interessi coinvolti.

4. — *La proporzionalità e il principio di supremazia del primato umano nella ricerca biomedica: quale coniugazione?*

Se quanto detto vale come schema generale del rapporto tra diritti fondamentali, quando si passa al caso della ricerca biomedica riconoscere il valore della proporzionalità come criterio risolutore per la ponderazione tra libertà fondamentali sembrerebbe creare maggiori difficoltà dal momento che la politica legislativa nazionale di molti paesi, così come quella europea e internazionale ha fissato un primato di supremazia della persona umana.

C'è un'affermazione esplicita del principio di predominio dell'uomo sulle ragioni della scienza nell'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo per il quale «l'interesse e il bene dell'essere umano debbono *prevalere* sul solo interesse della società o della scienza», come ristabilito anche nell'art. 3 del Protocollo Addizionale.

Tra i principi base della Dichiarazione di Helsinki, l'art. 5 della versione attuale stabilisce che «in ogni progetto di ricerca biomedica che coinvolge soggetti umani (...) la preoccupazione per gli interessi del soggetto deve *sempre prevalere* sugli interessi della scienza e della società».

E il valore della preferenza della persona su quello della libertà scientifica è confermato anche nel passaggio dalla Direttiva 2001/20, (riferimenti negli artt. 4 e 5) al Regolamento 536/2014 sulla sperimentazione clinica dei medicinali per uso umano il cui art. 3 (a) afferma che una sperimentazione clinica può essere condotta *esclusivamente* se i diritti, la sicurezza, la dignità e il benessere sono tutelati e *prevalgono su tutti gli altri interessi*.

Prima facie l'opzione di sovraordinare la preferenza dell'individuo sulle ragioni della ricerca scientifica potrebbe segnalarsi come un'eccezione all'uso della proporzionalità come canone di ordine tra libertà fondamentali, essendo imposta una priorità del primo valore sull'altra. In verità, così non è, e le considerazioni che Alexy teneva in relazione al principio assoluto della dignità umana ben potrebbero essere d'aiuto⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ R. ALEXY, *La teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 127.

Sebbene la lettura dei testi normativi delinea una mappatura generale e concorde nell'affermazione del primato dell'uomo e della sua dignità rispetto alla libertà di ricerca e sperimentazione, in realtà, la superiorità dell'interesse dell'individuo non conclude l'identificazione dei limiti entro i quali può svolgersi la ricerca, né indica le modalità attraverso le quali deve attuarsi tale supremazia.

Malgrado il legislatore prescriva il primato, così sembrando di aver indicato la soluzione, resta ancora fuori la necessità di stabilire degli standard per l'impulso e la protezione del valore che si intende privilegiare. Alla mera qualificazione di una superiorità in termini, tra uomo e scienza, deve seguire un'operazione di determinazione in via concreta e attuativa del primato. Si deve fissare quale sia il miglior interesse dell'uomo perché se ne possa assicurare la prevalenza, ma per fare ciò occorre compiere un'operazione di qualificazione, che non ha come risultato scontato quello di vietare *tout court* la partecipazione degli esseri umani ad un progetto di ricerca biomedica. Del resto, se ci si fermasse sulla richiesta letterale del rispetto della prevalenza umana allora dovrebbe escludersi ogni forma di coinvolgimento delle persone, perché nell'attività di ricerca biomedica e sperimentale è sempre presente un rischio. Ma se fosse così si arriverebbe, paradossalmente, a soffocare quel predominio perché, in molti casi, la partecipazione ad un progetto di ricerca biomedica può corrispondere ad una condizione di vantaggio per il soggetto, che è quello che l'ordinamento vuole garantire.

Difatti, lo scopo primario della ricerca biomedica è di produrre una conoscenza relativa a informazioni volte a tutelare e migliorare la salute umana e facilitare gli interventi preventivi diagnostici e terapeutici. Per garantire il primato del benessere dell'uomo diventa importante allora concedere alla ricerca di progredire, per rintracciare e mettere a disposizione della comunità degli strumenti capaci di salvaguardare e difendere il più prezioso dei diritti, quello alla salute.

Certamente è vero che sono numerosi i rischi connessi a questa attività inclusi quello di intaccare l'integrità dei soggetti che vi sono sottoposti, tuttavia se si considera il fine non solo legittimo ma virtuoso della ricerca oltre al dato fornito da un'indagine compiuta dalle agenzie e i dipartimenti

statunitensi⁽³⁸⁾ che nel 2010 ha rilevato che l'attività di ricerca relativa alla salute e i progetti in altri campi consta di un rapporto di un volume superiore di circa un terzo a favore dei primi, (42.066 progetti di tipo medico rispetto 13.320 progetti in altri settori); allora appare evidente che la ricerca non entra aprioristicamente in collisione col "migliore interesse" dell'individuo, ben potendo operare funzionalmente a quello.

Per questo è meglio dire che il principio di supremazia umana ha, nell'ambito della biomedica, un contenuto più che ridondante o infondato⁽³⁹⁾, piuttosto ambiguo⁽⁴⁰⁾, perché la legge favorisce la tutela della persona contro il pericolo rappresentato dall'attività di ricerca, ma è la conoscenza che deriva dalla sperimentazione scientifica che permette di penetrare l'origine delle patologie ed attuare in modo sempre più effettivo il diritto alla salute, garantendo le cure più adeguate, ma anche gli aiuti che permettono di evitare l'insorgere delle malattie o, almeno, di restringerne il rischio.

Il primato opera e funziona, quindi, come un limite che deve essere non solo rispettato ma privilegiato nella valutazione di un calcolo tra gli interessi coinvolti. Esso vincola il bilanciamento tra i beni entro un'azione che deve rispettare il valore dell'individuo come interesse superiore agli altri, ma è lo strumento della proporzionalità che rende possibile la delimitazione in concreto della ricerca scientifica, ovvero la legittimità della sua limitazione. Pur essendo prescritta una preferenza al valore in esame, esistono una serie di condizioni e presupposti che ne permettono la realizzazione: il primato esclude sempre che la ricerca possa essere condotta contro la dignità e il rispetto dell'individuo, ma ogni sorta di preferenza tra diritti fondamentali presuppone che la relazione di priorità possa avvenire solo in determinate ipotesi e non in altre.

Grazie alla proporzionalità si riesce a rintracciare in concreto il valore di bilanciamento tra le implicazioni fondamentali, dovendo pur sempre tale di-

⁽³⁸⁾ *Moral Science: protecting participants in human subjects research*, June 2012, p. 37, consultabile sul sito bioethicsarchive.georgetown.edu.

⁽³⁹⁾ G. HELGESSON, S. ERIKSSON, *Against the principle that the individual shall have priority over science*, in *Journal of Medical Ethics*, 2008, pp. 34 e 54-56.

⁽⁴⁰⁾ S. SIMONSEN, *Acceptable risk in biomedical research*, (Springer) Berlin, 2012, p. 54.

screzionalità rientrare nel rispetto del dispositivo del primato umano il quale può coincidere, in ambito biomedico, con le conquiste della ricerca.

Quanto finora detto non significa che la proporzionalità possa operare come strumento di bilanciamento tra la libertà di ricerca e il primato umano esclusivamente quando entra in gioco il diritto alla salute dove si forma un rapporto circolare tra scienza e supremazia umana e la proporzionalità diventa, essa stessa, strumento atto a garantire il benessere e il migliore interesse della persona.

Anche nei casi in cui il progetto di ricerca non sia diretto ad un fine terapeutico, è la proporzionalità a rendere possibile la coniugazione tra i due valori. In questi casi il requisito della proporzione non si limita ad intervenire come misura del rapporto tra rischi e benefici, che è la seconda sembianza entro cui, in termini generali, può ritenersi chiamato in causa il principio nella ricerca biomedica, in quanto l'armonia costi/benefici è un parametro che deve essere rispettato tanto nell'attività di ricerca a scopi terapeutici che non.

Ciò che si aggiunge quando si vuole tracciare un quadro di riferimento dell'uso della proporzionalità nella ricerca a scopi diversi da quelli diagnostici è che, in questo caso, il rapporto manca di una relazione diretta tra i rischi, che sono di tipo personale, e i benefici che, in quanto non sono diretti allo stesso soggetto, mancherebbero di una immediata "comunicazione" con il valore della supremazia della persona umana.

Dal momento che gli scopi della ricerca non sono misurabili in termini di convenienza per la persona coinvolta, il valore della salvaguardia del soggetto e l'interesse alla libertà di ricerca non coinciderebbero. Il principio del primato non può quindi, da solo, essere di aiuto. Occorre inserire il requisito della proporzionalità il quale opera «as a balancing tool for balancing legitimate interests»⁽⁴¹⁾.

Invero, nel caso di attività condotta per fini diversi da quelli di cura, la proporzionalità è strumento di bilanciamento per calcolare oltre al rapporto tra rischio e beneficio, anche la misura entro cui la relazione tra il bene della supremazia umana e quello della libertà di ricerca per scopi diversi dalla

⁽⁴¹⁾ S. SIMONSEN, *Acceptable risk in biomedical research*, cit., p. 56.

salute personale risulti ponderata. Ciò significa che la proporzionalità viene usata più volte quando la ricerca è a scopo non terapeutico: oltre che per il bilanciamento in termini di principio tra libertà di ricerca e primato umano, per calcolare la misura in cui risulti equilibrata la relazione quando i costi sono propri di un soggetto e i benefici altrui, e, quindi, in quanto principio atto a misurare il rapporto tra benefici diversi rispetto a quelli del primato umano “individuale”.

Se il fine della ricerca e il primato umano possono coincidere quando si è nella ricerca terapeutica tanto che, come già dimostrato, la relazione si sintetizza in una sorta di equazione; nel caso di ricerca condotta senza scopi medici diretti, il valore della proporzione acquista forza in quanto il principio del primato resta un riferimento “troppo grossolano”⁽⁴²⁾, e deve essere equilibrato attraverso il bilanciamento compiuto dalla proporzione tra il rischio dell’attività e gli altri riferimenti che la ricerca chiama in causa. In questo senso la proporzionalità nella sperimentazione non terapeutica diventa «strumento di bilanciamento, per il bilanciamento di interessi legittimi» ove il primato funziona come vincolo contro «gli scivoloni della proporzionalità»⁽⁴³⁾.

5. — *La proporzione tra costi/benefici nella ricerca terapeutica e in quella non terapeutica: una questione non solo quantitativa.*

Quanto detto nel paragrafo precedente funge da premessa per dimostrare come la proporzionalità, malgrado le sue origini matematiche, sia un criterio che esce da un mero calcolo quantitativo incidendo pure aspetti di natura personale e fattori non immediatamente commensurabili.

Quando si analizza il rapporto tra i costi e i benefici nell’esperienza della ricerca scientifica devono valutarsi diversi aspetti. Ad uno di essi si è già fatto cenno, vale a dire quello relativo al tipo di ricerca che viene effettuata.

⁽⁴²⁾ S. SIMONSEN, *Acceptable risk in biomedical research*, loc. cit.

⁽⁴³⁾ S. SIMONSEN, *Acceptable risk in biomedical research*, cit., p. 55.

Deve essere fatta una distinzione tra ricerca condotta per il fine specifico di diagnosticare e/o rintracciare una terapia per il paziente e la ricerca a fine non specifico, il cui interesse resta puramente scientifico non producendo implicazioni per la persona sottoposta a ricerca. Tale distinzione, invero, cambia il calcolo della proporzione.

Premesso che il rispetto del valore della proporzionalità non esige l'equivalenza delle posizioni degli interessi, perché la proporzione non è eguaglianza ma relazione equilibrata mediante un giusto rapporto, consegue che se i valori coinvolti nella partita occupano posizioni differenti a seconda del tipo di ricerca scientifica condotta, allora la misura proporzionale risulterà soddisfatta entro parametri diversi.

Nella prima versione della Dichiarazione di Helsinki il distinguo del modello di indagine produce i principi per cui nella ricerca medica associata alla cura (ricerca clinica) «[da parte del] medico dovranno essere *ponderati i potenziali vantaggi, i rischi e gli inconvenienti* di un nuovo metodo in relazione ai migliori metodi di diagnosi e di terapia attualmente disponibili» (parte II, art. 2), mentre nella ricerca biomedica non terapeutica, la scelta è di rammentare che «il medico resterà il protettore della vita e della salute del soggetto sul quale viene condotto l'esperimento» e che «*gli interessi della società non prevalgano sulle considerazioni relative al benessere del soggetto*» (parte III, art. 1).

Le persone, perché la ricerca sia etica e quindi, tra le altre cose, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere sottoposte ad un trattamento diversificato in relazione alla grandezza dei rischi sopportabili a seconda della direzione cui è rivolta la ricerca.

Questi imperativi potrebbero interpretarsi nel senso di ritenere giustificabile un rischio diverso a seconda dell'attività in oggetto, perché la proporzione non è un valore fisso ma ha sempre un connotato mutevole.

Dal momento che la ricerca clinica è associata in via diretta alla cura della persona, allora il processo che intercorre per ottenere questo fine giustifica che i soggetti volontari possano essere esposti al rischio implicato da un nuovo metodo terapeutico in quanto si prevedano dei potenziali benefici rispetto ai migliori metodi che sono già in vigore.

D'altro canto, quando la ricerca ha scopi diversi da quelli medici, la pon-

derazione del pericolo di un danno e dei rischi implicati ai benefici, che potrebbero mancare del tutto, esige che si rammenti il valore superiore della protezione della vita umana.

La valutazione tra rischi e benefici non solo cambia a seconda che la ricerca sia terapeutica o no, ma deve rammentarsi che essa non dipende da un mero calcolo quantitativo in termini matematici di eguaglianza, neppure quando si resta all'interno dello stesso settore di ricerca, dovendo considerarsi fattori diversi da quelli meramente commensurabili⁽⁴⁴⁾, ed essendo il rapporto di misura proporzionato proprio quando è differenziato per tipologia di destinatari e di attività.

Invero, nella coppia rischi/benefici, costi/vantaggi, inevitabilmente diventano rilevanti anche fattori qualitativi e circostanze individuali, dovendosi tenere in considerazione qualità personali, particolari *status* soggettivi, precise condizioni di debolezza giuridica o medica che cambiano la valutazione della ragionevolezza della sperimentazione stessa: ci si riferisce a soggetti che vivono in situazioni di emergenza, minori, donne in gravidanza o in allattamento, anziani e persone affette da malattie rare e ultra-rare come indicato nel considerando 19 del Regolamento del 2014.

Un esempio che può aiutare è quello dei malati terminali i quali, spesso proprio nei casi più gravi, decidono di sottoporsi a terapie nuove e incerte non avendo valide alternative. Spinti da uno spiraglio di salvezza o per il desiderio di prolungare le aspettative di vita, sono disposti ad accettare un rischio, anche molto elevato, quali ad esempio quelli connessi a studi “pilota” o “esplorativi”, mossi dalla condizione estrema in cui lo stato di salute li ha lasciati.

È stato quanto i ricorrenti evidenziavano davanti alla Corte di Strasburgo nel caso *Hristozov e altri contro Bulgaria* ove veniva descritto l'interesse all'uso di un prodotto farmaceutico non sperimentato, prodotto da una compagnia Canadese la cui applicazione non era autorizzata nel paese di origine, come «libertà di optare, come *extrema ratio*, per una terapia non sperimentata, che

⁽⁴⁴⁾ N. LACEY, *The metaphor of proportionality*, in *J.L. & Society*, 1/2016, p. 27 ss., chiarisce il significato simbolico assunto dal termine proporzionalità nei vari settori della conoscenza.

può comportare dei rischi, ma che i ricorrenti e i loro medici considerano *appropriata*, nella loro situazione, nel tentativo di salvare loro la vita⁽⁴⁵⁾».

È lo stesso ragionamento che è stato compiuto dalla High Court of Justice (Family Division), nel caso *Simms*⁽⁴⁶⁾: quando è stata autorizzata la somministrazione di un trattamento che la ricerca sui topi aveva dimostrato capace di inibire l'avanzamento di una malattia di cui i loro figli soffrivano in stato terminale, malgrado non vi fosse stata alcuna sperimentazione umana.

La mancanza di una cura alternativa ammette come ragionevole l'uso di un trattamento sperimentale che non era stato provato né convalidato ma che rappresentava il loro “migliore interesse” dal momento che non esistevano alternative plausibili. Alla situazione terminale risulta ponderato anche un

⁽⁴⁵⁾ Situazione analoga è quella che conduce al ricorso (62804/2013), innanzi alla Corte EDU, *Durisotto c Italia*, per violazione degli artt. 2, 8 e 14 della Convenzione, per divieto di impiegare ed accedere al metodo Stamina (trattamento controverso e in fase di sperimentazione) in mancanza di valide alternative terapeutiche. Il caso di urgenza tale da mettere in pericolo la vita del paziente, o di grave danno alla salute per grave patologia a rapida progressione, sono indicati tra i motivi del ricorso in quanto valide giustificazioni per accedere alla terapia, malgrado la validità e la efficacia terapeutica non fosse stata ancora testata e approvata dagli organismi medico-scientifici.

⁽⁴⁶⁾ *Simms v Simms and an NHS Trust* [2002], EWHC 2734 (Fam), 11 dicembre 2002. Decide in senso favorevole alla concessione per pazienti terminali di un farmaco senza licenza (ma in fase 2 o 3 degli studi clinici) e che il produttore era disposto a rendere disponibile, la Corte d'Appello per il distretto di Columbia, in *Abigal Alliance for Better Access to Developmental Drugs et al. V. von Eschenbach et al.*, decisione del 2 maggio 2006 (445F.3d 470). In senso opposto, nel caso *United States v. Rutherford*, la Corte Suprema afferma che gli standard di sicurezza ed efficacia stabiliti nella legislazione devono trovare applicazione allo stesso modo anche ai farmaci destinati ai malati terminali, perché l'intenzione del legislatore è quella di proteggere equamente tutti i pazienti da droghe inefficaci o non sicure. Dovendosi pure considerare che, in relazione ai malati terminali, i farmaci senza licenza comportano un ulteriore rischio, e che le persone interessate potrebbero evitare la terapia convenzionale, a favore di un farmaco senza proprietà curative dimostrabili, con conseguenze potenzialmente irreversibili. Circa l'eventualità di una responsabilità dello Stato membro per aver messo a rischio la vita di un individuo attraverso la negazione dell'assistenza sanitaria mediante azioni intraprese nell'interesse della popolazione in generale, si vedano i casi della Corte EDU: *Cyprus v. Turley* n. 25781/94, § 219; *Pentiacova and others v. Moldova*, n. 14462/03; *Gheorghe v. Romania*, n. 19215/04, 22 settembre 2005; *Wiater v. Poland*, n. 42290/09 § 33, 15 maggio 2010; *Nitecki v. Poland*, n. 65653/01, 21 marzo 2002.

rimedio estremo, in sé rischioso. D'altro canto, è nelle stesse parole del Presidente della sezione famiglia della High Court, Elizabeth Butler Sloss, che nessuna conquista si sarebbe ottenuta se si fosse richiesta la piena certezza nei trattamenti sperimentali: né l'uso della penicillina né il trapianto di cuore.

L'idea è che escludere un trattamento o una pratica solo perché non ancora testati e approvati, sebbene con lo scopo di protezione dei pazienti, potrebbe risultare scelta sproporzionata, illogica e irragionevole in considerazione delle condizioni in cui si trova il paziente affetto da patologia terminale o irreversibile⁽⁴⁷⁾.

Anche in questi casi estremi⁽⁴⁸⁾ deve valutarsi la *ratio* rischi/benefici dell'attività; tuttavia la particolare condizione dei partecipanti rende facile capire come il valore che può assumere il rapporto proporzionale peso/vantaggio, sia di carattere "relativo". Dato il quadro clinico di malati terminali, potrà considerarsi ammissibile, ragionevole, e favorevole per i pazienti un percorso di ricerca che pure presenti delle percentuali di rischio molto alte, dal momento che manca l'alternativa di valide terapie e possibili cure. Al tempo stesso, quando le persone che prendono parte alla ricerca sono in perfetta salute fisica e mentale, ovvero sono minori o persone incapaci di dare il consenso, all'opposto, potrebbe essere considerata sproporzionata una ricerca che pure paventi un peso minimo e di gran lunga inferiore in

⁽⁴⁷⁾ Anche la sofferenza che derivi da una malattia può essere coperta dall'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, laddove rischi di aggravarsi per misure adottate dall'autorità (cfr. *N. v. United Kingdom*, ric. n. 26565/05, sent. 27 maggio 2008, § 29), sebbene la soglia sia elevata non derivando il presunto danno da atti o omissioni dell'autorità, ma, piuttosto, dalla malattia stessa (cfr. § 43: «the alleged future harm would emanate not from the intentional acts or omissions of public authorities or non-State bodies, but instead from a naturally occurring illness and the lack of sufficient resources to deal with it in the receiving country»; ma anche *Pretty v. United Kingdom*, ric. n. 2346/02, § 52; *Kudta v. Poland*, ric. n. 30210/96, § 94; *Keenan v. United Kingdom*, ric. n. 27229/95, § 116; *Price v. United Kingdom*, n. 33394/96, § 30).

⁽⁴⁸⁾ Di queste situazioni possono approfittare professionisti senza scrupolo, ma per i ricercatori la possibilità di un'esperienza in vivo rappresenta un'occasione importante. L'osservazione del gruppo di lavoro guidato dal A. Fiori che ha dato vita al parere sollecitato dal Comitato Nazionale per la Bioetica "*Scopi, rischi e limiti della medicina*", 14 dicembre 2001, consultabile on-line, p. 35.

termini di percentuale a quello calcolato nella ricerca cui si sottopongono i volontari-malati.

Ciò dimostra che un calcolo rigido e matematico dei rischi e delle prospettive benefiche di una ricerca a volte è insufficiente nella valutazione del rispetto del valore della proporzione perché anche le “circostanze soggettive” giocano un ruolo importante.

In questo senso gli artt. 6 (2), 15, 18, 19 e 20 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Oviedo prevedono per i soggetti che versano in condizioni di vulnerabilità maggiori forme di tutela e più restrittive condizioni per la partecipazione, anche nel caso in cui la ricerca abbia lo scopo di produrre benefici diretti e reali alla persona (art. 15).

Il legislatore fissa dunque dei parametri che dimostrano, che a seconda del tipo di soggetto partecipante e del tipo di tutela necessaria, il rapporto di relazione tra rischi e benefici del progetto di ricerca può cambiare. Per ritenersi adeguato, logico, ammissibile il rapporto deve essere «di diretta relazione tra rischi e benefici» per soggetti incapaci di prestare il consenso [art. 15, (1) (i)]; mentre «solo rischi minimi» e «un miglioramento significativo» possono giustificare una ricerca che non abbia la potenzialità di produrre risultati di beneficio diretto per i soggetti incapaci che si prestano all'attività [art. 15, (2) (ii); art. 18 (1) (iii), art. 19 (2) (iv), art. 20 (iii)]. La stessa condizione di “rischi minimi” e “oneri minimi” è espressa anche nell'art. 28 della Dichiarazione di Helsinki, mentre l'art. 31 del Regolamento 536/2014 esprime il concetto con un termine maggiormente evocativo della misura matematica esigendo che la sperimentazione clinica su soggetti incapaci rechi un beneficio diretto *superiore* ai rischi e agli oneri associati(i).

Ciò premesso, è bene specificare che sebbene nel calcolo della proporzionalità rientrino pure delle valutazioni di tipo “soggettivo” e, a volte, addirittura una speranza personale – che è quanto di più effimero, non calcolabile, aleatorio e intimo – può spostare un progetto di ricerca ad alto rischio entro il *range* della proporzionalità; ciò tuttavia non significa che il consenso della persona, cioè una scelta volontaria e libera del partecipante alla ricerca, possa essere requisito sufficiente per ammettere che venga svolta un'attività di natura sproporzionata.

La scelta di partecipare alla ricerca non solo deve essere espressa sulla base di un'informazione accurata e veritiera dei dati scientifici che devono essere riportati in modo corretto e preciso perché si possa formare un consenso valido in termini di legge; ma occorre pure che l'oggetto dell'autorizzazione sia un trattamento in cui vi sia una giusta relazione tra rischi, costi, pericoli e oneri e potenziali vantaggi e benefici come esplica il quadro legale di riferimento. Il rapporto di proporzione che deve essere rispettato nell'attività materiale di ricerca scientifica, deve essere altresì chiaro nel momento in cui si forma il consenso. L'art. 26 della Dichiarazione di Helsinki stabilisce che ciascun soggetto che potenzialmente potrebbe entrare nella sperimentazione dovrebbe essere adeguatamente informato su scopi, metodi, provenienza dei fondi, e qualsiasi possibile conflitto di interessi, affiliazioni istituzionali dei ricercatori coinvolti, *benefici attesi e potenziali rischi dello studio, disagi che potrebbe comportare*, disposizioni post-studio e qualsiasi altro aspetto rilevante dello studio stesso. Anche nel principio di autodeterminazione entra la norma-parametro della proporzionalità della ricerca; perché neppure la scelta del titolare del trattamento, o di un suo rappresentante, può escludere la proporzione tra mezzi e fini richiesta per legge. La Carta di Napoli del 2017 conferma la regola e la dirotta anche verso un'indagine diretta a dimostrare la responsabilità del ricercatore che non permetta di compiere tale ponderazione. L'art. 23 statuisce che nelle sperimentazioni altamente innovative deve essere data esauriente informazione perché possa essere esercitato il diritto all'autodeterminazione con la consapevolezza e la *ponderazione* necessarie; e l'art. 4 chiede che lo sperimentatore, nella scheda informativa da sottoporre alla persona coinvolta nella ricerca clinica, eviti di usare espressioni che possano *minuire* la rappresentazione dei *rischi* prevedibili ed *enfaticizzare* quella dei *benefici* attesi. La considerazione e la ponderazione del partecipante alla ricerca deve, quindi, essere compiuta su informazioni "neutre".

Non solo nel caso palese in cui sia "falsata" dal ricercatore la descrizione della relazione tra misura del beneficio e rischio della procedura, ma anche se volessimo considerare l'ipotesi non gravosa in termini di responsabilità dello scienziato nel quale, ad esempio, sono la paura o la speranza che spingono il paziente ad "alterare" la considerazione dei rischi e a dare il proprio

consenso malgrado un forte squilibrio tra danni e possibili utilità dell'attività; sarebbe dimostrato che non può essere accolta la volontà e l'autodeterminazione formate su dati non correttamente "ponderati" e il consenso, che ne è espressione, non sarà valido. In questi termini è dimostrato che la sola autodeterminazione delle persone interessate dalla ricerca non può essere strumento di per sé idoneo e sufficiente a tutelare il primato dell'essere umano che è garantito, a sua volta, dalla ragionevolezza di una sperimentazione in cui il calcolo tra costi e vantaggi sia sostenibile.

In queste ipotesi lo strumento della proporzionalità rivela esplicitamente nella sua funzione strumentale ad una ulteriore e più profonda salvaguardia dell'essere umano⁽⁴⁹⁾.

Se i rischi e il peso in termini di possibili danni alla salute dell'individuo sottoposto alla ricerca sono in un rapporto di manifesta sproporzionalità allora, al di là della scelta espressa dal volontario, sarà irragionevole e inadeguato proseguire la ricerca, non potendo neppure operare in termini di esimente del dovere etico-deontologico del ricercatore di agire per la protezione e la sicurezza del soggetto partecipante. Il comportamento del ricercatore che decida di sottoporre ugualmente un soggetto ad una simile attività sarà illegittimo e dovrà considerarsi in queste circostanze un'eventuale sua responsabilità⁽⁵⁰⁾.

Si aggiunge che anche la Convenzione di Oviedo rammenta come dovere fondamentale del ricercatore quello di tutelare la persona nel rispetto degli obblighi e degli standard deontologici e nell'art. 8 del protocollo addizionale esprime «any research must be scientifically justified, meet generally accepted criteria of scientific quality and be carried out in accordance with relevant professional obligations and standards under the supervision of an appropriately qualified researcher».

⁽⁴⁹⁾ Parla dell'influenza della proporzionalità sul consenso della persona W. GASPARRI, *Libertà di scienza, ricerca biomedica e comitati etici. L'organizzazione amministrativa della sperimentazione clinica dei farmaci*, in *Dir. pubblico*, fasc. 2, Bologna, Maggio-Agosto 2012, p. 530 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Dichiarazione di Helsinki, versione 2013, Principi generali, punto 9.

6. — *Conclusioni.*

Quanto detto, dimostra che l'uso della proporzionalità risponde a diverse logiche nel campo della ricerca biomedica.

In primo luogo, essa rileva come modello di ordine, categoria assiologica per i diritti fondamentali, perché strumento di bilanciamento tra vari interessi legittimi. Ma anche come parametro di misura della ragionevolezza dei processi di ricerca, considerando il fatto che il dato scientifico non solo costituisce oggetto del giudizio di diritto ma strumento esso stesso di aiuto alla regolazione giuridica⁽⁵¹⁾. Infine, come dispositivo di relazione tra ricercatore e volontario, tra i quali si instaura una relazione asimmetrica, essendo il primo detentore di informazioni e competenze professionali che lo rendono il soggetto più forte nel rapporto e, per questa ragione, il consenso, che è espressione della scelta del paziente, deve essere formato sulla corretta indicazione della relazione tra pesi e oneri e possibili benefici e vantaggi, potendo solo allora essere compiuta con consapevolezza tale determinazione.

L'operazione di fissare il punto in cui il procedimento scientifico risulta proporzionale non è semplice dal momento che la valutazione del-

⁽⁵¹⁾ Con riguardo alla logicità e ragionevolezza tecno-scientifica che deve essere propria delle scelte legislative e delle valutazioni giurisprudenziali, e che fa uso del parametro della proporzionalità e della correttezza, si guardi in termini normativi ai problemi di anacronismo legislativo entro cui si è inserita la legge 40 in Italia, per la quale si rimanda anche alla dottrina, e, in particolare a R. CIPPITANI, *Ethical issues and law-making power: how European case law has rewritten Italian law on medically assisted reproduction*, in *Monash Bioethics Review*, 2019, 37, pp. 47 ss. Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, *Costa e Pavan c. Italia*, 54270/2010; nel caso *Brustle*, la Corte di giustizia dapprima adotta una definizione di embrione umano, poi, nella seconda pronuncia prende atto della inesatta valutazione del quadro tecnico-scientifico che portava a non garantire l'equilibrio della ricerca scientifica e dei principi fondamentali della dignità e integrità umana (S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di "embrione umano"*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, p. 213 ss.). Per il valore del dato scientifico nelle decisioni giurisprudenziali si cfr. anche S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Politica del dir.*, 2, giugno 2015, p. 271 ss.; e ID., *Le "scientific question" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio sulle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in *Biolaw Journal*, 2016, 1.

L'“accettabilità” del rischio, e la previsione dei benefici potenziali non sono dati semplici da prevedere, sia in termini prettamente scientifici che in relazione alle numerose commistioni etiche, giuridiche, soggettive e culturali.

Tra le diverse sembianze che può assumere il principio in esame, una componente permanente è che si può intendere la proporzionalità come un requisito essenziale nella ricerca biomedica perché applicativo, in generale, di un valore di cura delle persone inserite nella ricerca.

Invero, esso come requisito che specifica e rafforza il principio di supremazia umana è certamente da intendersi in questo modo. Questa prerogativa è dimostrata pure quando si impone come mezzo di protezione degli individui più vulnerabili, e quando esige che vi sia un rapporto di giusta misura tra i mezzi e i fini che è il criterio per il quale possono accogliersi i rischi di un progetto di ricerca biomedica quando sono giustificabili in proporzione alla relazione con i benefici. Lo scopo di avvalorare la cura degli individui è dimostrato, del resto, anche dal fatto che non si esclude che il consenso della persona possa esserne in qualche modo “toccato”. Il concetto di cura non è solo in senso di percorso terapeutico ma in termini più ampi di considerazione e preoccupazione per l'altro, per la sua dignità, per i rischi e i possibili vantaggi che può incontrare sottoponendosi ad una sperimentazione, fino ad arrivare a “sfidare” quanto vorrebbe intraprendere se il suo consenso corrode quel rapporto di equilibrio tra mezzi e scopi che deve sempre essere rispettato, perché bisogna agire in modo da *«trattare l'umanità sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo»*⁽⁵²⁾.

⁽⁵²⁾ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, trad. di P. Chiodi, Torino, 1995, p. 88.

DANIELE CHIAPPINI^(*)

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LEGAL CAPACITY: AN INTRODUCTION TO ROBOTIC SUBJECTIVITY

Abstract: The issues related to the development of artificial intelligence have recently been tackled by various countries and international organisations, with the application of technologies involving machine learning, neural networks and deep learning that are already in the market. This article deals with the issue related to Artificial Intelligence (AI) status and whether it is necessary to create a specific personality for them. Starting from AI definition, this research provides an overview of state-of-the-art rules related to the robotic status and to the hypothesis related to robotic subjectivity.

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Artificial Intelligence: classifications and definitions. – 3. Hypothesis for AI subjectivity. – 4. Electronic Personality. – 5. Extra EU positions. – 6. Case studies robots' rights. – 7. Conclusions.

1. — *Introduction.*

Scientific development and new technologies make very difficult for legislatures keep laws and regulations up to date but the issues that innovations create have to be tackled from a legal point of view. Only as recently as January 2016, for example, the European Parliament issued a document entitled *Automated vehicles in EU*⁽¹⁾, in which it is observed that «different national jurisdictions can hinder the development and deployment of new technologies for systems or vehicles. European mobility requires a harmonised approach towards these new technologies, while fragmented regulatory approaches would hinder implementation and jeopardise European competitiveness». Despite this view, the regulation of road traffic still follows the

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ European Parliament, *Automated vehicles in EU*, January 2016, in www.europarl.europa.eu.

Vienna Convention on Road Traffic signed in 1968 that, even with the last amendments⁽²⁾, still requires that every vehicle have a driver, even if in the European Parliament website it is stated that driverless vehicles will be on the EU market from 2020⁽³⁾.

This brief excursus into the field of driverless cars is symptomatic of a situation. Lack of regulation on some fields related to converging technologies and technologic unknown⁽⁴⁾ has not prevented research from moving forward but, unfortunately, there are fields in which waiting it is not practicable, and lack of foresight could create social and legal problems. These areas include the robotics and artificial intelligence (AI) sectors.

The difference between these two sectors and others related to converging technologies and technologic unknown concerns the consequences of their commercialisation. It could be impossible to predict AI and intelligent robots' actions or decisions, even with narrow artificial intelligence⁽⁵⁾. This creates a situation that differs from other commercialised goods.

In light of this distinction and keeping the warnings of the scientific community in mind⁽⁶⁾, it is important to regulate the development of artificial intelligence and robotics since their inception. In this case, then, laws should anticipate the evolution of the science and not merely respond to it. An unregulated environment in these fields could lead to unsolvable problems, while

⁽²⁾ Convention on Road Traffic, Nov. 8, 1968. On March 23, 2016, amendments to the 1968 Vienna Convention on Road Traffic entered into force and removed legal obstacles for the contracting parties to allow transferring driving tasks to the vehicle itself, provided that the technologies used are in conformity with UN vehicle regulations and can be overridden or switched off by the driver.

⁽³⁾ European Parliament, January 2019, in www.europarl.europa.eu.

⁽⁴⁾ M. ROCO, W. BAINBRIDGE, *Converging Technologies for Improving Human Performance*, Dordrecht, 2002. The U.S. National Science Foundation and Department of Commerce commissioned the report.

⁽⁵⁾ See chapter 2.

⁽⁶⁾ In January 2015, Stephen Hawking, Elon Musk, and dozens of artificial intelligence experts signed an open letter on artificial intelligence calling for research on the societal impacts of AI. The letter affirmed that artificial intelligence has the potential to eradicate disease and poverty, but researchers must not create something which cannot be controlled.

shared regulations, if possible supranational, could aid in relevant research.

Regulations are necessary because the definition of the basic laws of robotics may in turn alter the meaning of “artificial intelligence” and, consequently, the field of application of the rule. Isaac Asimov’s three laws of robotics⁽⁷⁾ have been recognised as the basis for the development of robots for many years. Yet currently the scientific community is wondering about their meaning and if they are sufficient; many believe these rules need an update⁽⁸⁾. According to this, in the last years have been presented some new principles, like “Asilomar Principles”⁽⁹⁾, the general principles identified by the IEEE in the report on “Ethically Aligned Design”⁽¹⁰⁾, and the report “Ethical Guidelines for reliable AI”⁽¹¹⁾ produced by the European Group on ethics in science and new technologies (EGE), but, nowadays, all these advices are only proposals and no lawmaker used them to regulate the artificial intelligence field.

2. — *Artificial Intelligence: classifications and definitions.*

First of all, it is necessary to understand what artificial intelligence means and how AI are classified.

⁽⁷⁾ First law, A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm. Second law, A robot must obey the orders given to it by human beings, except where such orders would conflict with the First Law. Third law, A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law.

⁽⁸⁾ Why Asimov’s Laws of Robotics should be updated for the 21st century, Accompany Project, March 2017: *cordis.europa.eu*. U. BARTHELMESS, U. FURBACH, *Do we need Asimov’s laws?*, in *MIT technology review*, May 2014, *www.technologyreview.com*.

⁽⁹⁾ The Asilomar Principles are the outcome of the Asilomar Conference on Beneficial AI organized by the Future of Life Institute. These principles are a set of guidelines for AI research: *futureoflife.org*.

⁽¹⁰⁾ IEEE, *Ethically aligned design a vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems*, 2019.

⁽¹¹⁾ An independent, multi-disciplinary body which advises on all aspects of Commission policies where ethical, societal and fundamental rights issues intersect with the development of science and new technologies: *ec.europa.eu*.

In 1947 Alan Turing gave a public lecture related to computer intelligence, saying that «what we want is a machine that can learn from experience»⁽¹²⁾, with the possibility of altering its own instructions. In 1948 he wrote, but did not publish, a report entitled “Intelligent Machinery”⁽¹³⁾. Turing, with his idea, created the basis for what is known as artificial intelligence.

Since then, the issue related to AI definition has not yet been resolved either at a technical or legislative level and, at this moment, it doesn't exist a unique definition of Artificial Intelligence. It is therefore necessary to give some elements in order to understand what we are talking about.

The concept of Artificial intelligence could be divided into different categories. John Searle identified two different AI, the strong one and the weak (or narrow) one⁽¹⁴⁾.

The Oxford Dictionary defines strong AI as «a hypothetical form of artificial intelligence in which a machine can exhibit or simulate behaviour as intelligent as, or more intelligent than, that of a human beings»⁽¹⁵⁾. On the contrary, weak (or narrow) artificial intelligence is able to accomplish simple tasks, often only one. It «would be useful for testing hypothesis about minds, but would not actually be minds»⁽¹⁶⁾.

A third category is the Artificial Super Intelligence (ASI). Oxford philosopher Nick Bostrom defines superintelligence as «any intellect that greatly exceeds the cognitive performance of humans in virtually all domains of interest»⁽¹⁷⁾. Accordingly, this AI will surpass human intelligence in all aspects and will be capable of exhibiting intelligence that humanity haven't ever seen. Actually, this kind of AI could be a subgroup of strong AI.

⁽¹²⁾ A. TOURING, *Lecture to the London Mathematical Society on 20 February 1947*, 1947: *alan-turing.net*, *www.vordenker.de*.

⁽¹³⁾ A. TOURING, *Intelligent Machinery: A Report by A.M. Turing* (22 pp.), 1948.

⁽¹⁴⁾ J.R. SEARLE, (1980) *Minds, brains, and programs. Behavioural and Brain Sciences 3*.

⁽¹⁵⁾ Lexico.com, a collaboration between Dictionary.com and Oxford University Press: *lexico.com*.

⁽¹⁶⁾ K. FRANKISH, W.M. RAMSEY, *The Cambridge handbook of artificial intelligence*, Cambridge, 2014, p. 342.

⁽¹⁷⁾ N. BOSTROM, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press, 2014.

From a juridical point of view, the issues related to what artificial intelligence is are likewise problematic, since there is no exhaustive and generally accepted description. It is therefore appropriate to take into consideration a series of documents that have been published by various institutions in the last years.

In particular, the European Parliament resolution concerning civil law rules on robotics⁽¹⁸⁾ proposes common Union definitions of cyber physical systems, autonomous systems, smart autonomous robots and their subcategories by taking into consideration the following characteristics of a smart robot⁽¹⁹⁾: *a*) the acquisition of autonomy through sensors and/or by exchanging data with its environment (inter-connectivity) and the trading and analysing of those data; *b*) self-learning from experience and by interaction (optional criterion); *c*) at least a minor physical support; *d*) the adaptation of its behaviour and actions to the environment; *e*) absence of life in the biological sense.

In the document Artificial Intelligence for Europe⁽²⁰⁾ and in the Coordinated Plan on Artificial Intelligence⁽²¹⁾, the Commission considers as Artificial Intelligence «all systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking action, with some degree of autonomy, to achieve specific goals».

These systems, AI-based, can be purely software-based, acting in the virtual world (e.g. Voice assistants, image analysis software, search engines,

⁽¹⁸⁾ European Parliament, P8_TA(2017)0051, Civil Law Rules on Robotics – European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics [2015/2103(INL)].

⁽¹⁹⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017, General principles concerning the development of robotics and artificial intelligence for civil use, n° 1, p. 6.

⁽²⁰⁾ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Artificial Intelligence for Europe, 2018.

⁽²¹⁾ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Coordinated plan on Artificial Intelligence, 2018.

speech and face recognition systems) or AI can be embedded in hardware devices (e.g. Advanced robots, autonomous cars, drones or Internet of Things applications)⁽²²⁾. With these provisions, the EU institutions tried to take a position on the issue.

The European position is not shared from some non-EU countries. The report *Artificial Intelligence and Robotics*⁽²³⁾ of the United Kingdom House of Commons Committee on Science and Technology, recognises that there is a tendency to describe AI by contrasting it with human intelligence and stressing that AI does not appear in nature⁽²⁴⁾. At the same time the document reports that, at present, the capacity of AI machines is narrow and specific. The Committee does not give a specific definition of AI, and this is consistent with the approach of the document, which prefers do not create *ad hoc* rules to regulate the matter but assigns the evaluation of ethical, legal and governance aspects to a specific Agency.

The US document *Preparing for the future of Artificial Intelligence*⁽²⁵⁾ dedicates an entire paragraph to the question “what is artificial intelligence”, but only concludes that there is not a universally accepted definition and it offers only several AI classifications related to existent models.

As it is possible to see, it is still not possible to give a univocal and generally accepted definition of AI. Despite this it is not possible to desist from the intent, due to the challenges placed by artificial intelligence development.

The European Parliament endeavoured to address the matter, adopting in the resolution related to civil law rules on robotics the following considerations⁽²⁶⁾: *a*) it is necessary to create a generally accepted definition of robot

⁽²²⁾ European Commission, *Communication Artificial Intelligence for Europe*, 2018.

⁽²³⁾ United Kingdom House of Commons, *Science and Technology Committee, Robotics and Artificial Intelligence*, 2016.

⁽²⁴⁾ United Kingdom House of Commons, *Science and Technology Committee, Robotics and Artificial Intelligence*, 2016, p. 5.

⁽²⁵⁾ United States of America, *Executive Office of the President, National Science and Technology Council Committee on Technology, Preparing for the future of Artificial Intelligence*, 2016.

⁽²⁶⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017.

and AI that is flexible and does not hinder innovation; *b*) the development of robotics and AI may have the potential to transform lives and work practices, raise efficiency, savings, and safety levels and provide an enhanced level of services; whereas in the short to medium term robotics and AI promise to bring benefits of efficiency and savings, not only in production and commerce, but also in areas such as transport, medical care, rescue, education and farming, while making it possible to avoid exposing humans to dangerous conditions, such as those faced when cleaning up toxically polluted sites; *c*) in the long term, the current trend leans towards developing smart and autonomous machines, with the capacity of being trained and making decisions independently, holds not only economic advantages but also addresses a variety of concerns regarding their direct and indirect effects on society as a whole; *d*) whereas there is a possibility that in the long term, AI could surpass human intellectual capacity; *e*) several foreign jurisdictions, such as the US, Japan, China and South Korea, are considering, and to a certain extent have already taken, regulatory action with respect to robotics and AI, and whereas some EU member states have also started to reflect on possibly drawing up legal standards or carrying out legislative changes in order to take account of emerging applications of such technologies.

In this Resolution the European Parliament tackled most issues arising out of the development of artificial intelligence and it considered fundamental to establish a common European definition and classification of “smart robots”, taking into consideration the following characteristics⁽²⁷⁾: *a*) the capacity to acquire autonomy through sensors and/or by exchanging data with its environment (inter-connectivity) and the analysis of those data; *b*) the capacity to learn through experience and interaction; *c*) the form of the robot’s physical support; *e*) the capacity to adapt its behaviour and actions to the environment.

⁽²⁷⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017, Annex to the resolution: recommendations as to the content of the proposal requested, p. 18.

3. — *Hypothesis for AI subjectivity.*

Have a clear definition of what is artificial intelligence is very important because it is linked to the idea of a juridical subjectivity for artificial intelligence.

This idea originates from the existence of legal capacity for a legal entity. Juridical personality is the characteristic of a non-living entity, regulated by law, of having the status of personhood. A juridical person has a legal name and specific rights, responsibilities and liabilities similar to those of a natural person. The concept of a juridical person is a legal fiction. Juridical personhood allows one or more natural persons to act as a single entity for legal purposes. In many jurisdictions, juridical personality allows that entity to be considered under law separately from its individual members⁽²⁸⁾. They may sue and be sued, sign contracts, incur debt, own property and pay taxes. The concept of a juridical person is central in both common-law and civil-law countries and it may exist virtually in every legal system.

Some authors sustain that a similar approach could be used for artificial intelligence, i.e. allowing them to own ‘personal’ assets usable for subscribing obligations and contracts or, in the case of damages, be liable for damages caused to third parties⁽²⁹⁾. Other options proposed were related to the slave condition in Roman law, in which the slave could own a separate estate from his *dominus* (called *peculium*), or to the figure of the *nuncius* – a subject that is only a harbinger⁽³⁰⁾.

Actually, no one of these hypotheses could be supported for discussing the subjectivity of artificial intelligence, because none of them fully addresses the problem implicitly contained in the issue. Artificial intelligence is not an animal, it is not a child and it is not a slave or a messenger. Artificial intelligence is a different kind of intelligence. And it is not possible to compare or adapt it to anything in the past. It is necessary to apply effort toward determining what kind of legal capacity it should be assigned.

⁽²⁸⁾ E.A. QUINTANA ADRIANO, *The Natural Person, Legal Entity or Juridical Person and Juridical Personality*, in *Penn State Journal of Law & International Affairs*, Vol. 4, Issue 1, December 2015.

⁽²⁹⁾ G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti nel cyberdiritto?*, in *Contr. e impr.*, 2002., p. 465.

⁽³⁰⁾ G. TADDEI ELMI, *Soggettività artificiali e diritto*, 2004: www.altalex.com.

During the last decade scientists and philosophers too have tackled these issues. Hilary Putnam hypothesised⁽³¹⁾ that robotic behaviours could have a psychology similar to that of human beings. This construct has been called psychological isomorphism. Based on this view, Putnam wondered if robots should have civil rights, concluding that it is impossible to negate civil rights as applied to this type of intelligence.

After Putnam, other theorists took on the argument, arriving at various conclusions. Narayan and Perrott in 1986 claimed that a computer could be likened to a child who is capable of learning and working based on primitive instructions and with a limited ability to choose and evaluate past experiences⁽³²⁾. Sartor, in his theory of intentional subjectivity⁽³³⁾, posited that intelligent systems could have psychological states similar to those of humans because they can behave rationally toward an objective. He argued further that they are autonomous and unpredictable and can have a purpose. Upon that premise, he considers a reduced subjectivity for artificial intelligences that would allow applying the disciplines of both contract and responsibility.

Despite these interesting attempts endeavouring to scientifically assign a reduced subjectivity of the robot and informatics systems, some authors consider them totally unfounded⁽³⁴⁾, characterising all the previous mentioned robots as no more than sleepwalkers.

4. — *Electronic Personality.*

From *de iure condendo* point of view, the European Parliament has been quite forward-looking in this field including some statements in the resolu-

⁽³¹⁾ H. PUTNAM, *Machines or artificially created life?*, in *The journal of philosophy*, Vol 61., n. 21, American philosophical association, 1964.

⁽³²⁾ A. NARAYAN, D. PERROTT, *Can computers have legal rights? In Artificial Intelligence. Human effects*, New York, 1984.

⁽³³⁾ G. SARTOR, *L'intenzionalità dei sistemi informatici e il diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 23.

⁽³⁴⁾ G. TADDEI ELMI, *Soggettività artificiali e diritto*, cit.

tion Civil Law Rules on Robotics. It calls on the Commission, when carrying out an impact assessment of its future legislative instrument, to explore, analyse and consider the implications of all possible legal solutions, such as creating a specific legal status for robots, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently⁽³⁵⁾.

The European Parliament did not ask only for a definition and classification of “smart robots”, but it recognised the necessity of a registration of smart robots for the purposes of traceability. The registration system and the register proposed should be Union-wide, covering the whole internal market⁽³⁶⁾. Actually, a further wider regulation would be a better choice in this subject. A global registration and definition for smart robots, possibly worldwide, could be a better guarantee for both their development and production.

A central matter is related to the civil liability of robots and artificial intelligence. The Parliament sets forth that no damage to property nor the forms of compensation for damages caused by a non-human agent should be limited⁽³⁷⁾. Moreover, it considers that the civil liability for damage caused by robots is a crucial issue which also needs to be analysed and addressed at Union level in order to ensure the same degree of efficiency, transparency and consistency in the implementation of legal certainty throughout the European Union for the benefit of citizens, consumers and businesses alike⁽³⁸⁾.

As already hypothesised for technologic unknown damage,⁽³⁹⁾ the EU Par-

⁽³⁵⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017, art. 59, letter F. p. 15.

⁽³⁶⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017.

⁽³⁷⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017, Liability, n° 52, p. 14.

⁽³⁸⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017, Liability, n° 49, p. 14.

⁽³⁹⁾ C. VAN DAM, *Who is Afraid of Diversity? Cultural Diversity, European Co-operation, and European Tort Law*, in *King's Law Journal*, London, 2009.

liament asked for a legislative instrument based on the strict liability or on the risk management approach. Moreover, it has been requested that an obligatory insurance scheme be provided, supplemented by a fund in order to ensure damages could be covered in cases where no insurance cover exists.

To do this, the European Parliament suggest to the Commission to consider the following elements: *a)* establishing a compulsory insurance scheme where relevant and necessary for specific categories of robots whereby, similarly to what already happens with cars, producers, or owners of robots would be required to take out insurance cover for the damage potentially caused by their robots; *b)* ensuring that a compensation fund would not only serve the purpose of guaranteeing compensation if the damage caused by a robot was not covered by insurance; *c)* allowing the manufacturer, the programmer, the owner or the user to benefit from limited liability if they contribute to a compensation fund, as well as if they jointly take out insurance to guarantee compensation where damage is caused by a robot; *d)* deciding whether to create a general fund for all smart autonomous robots or to create an individual fund for each and every robot category, and whether a contribution should be paid as a one-off fee when placing the robot on the market or whether periodic contributions should be paid during the lifetime of the robot; *e)* ensuring that the link between a robot and its fund would be made visible by an individual registration number appearing in a specific Union register, which would allow anyone interacting with the robot to be informed about the nature of the fund, the limits of its liability in case of damage to property, the names and the functions of the contributors and all other relevant details; *f)* creating a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently.

To respond to the European Parliament resolution, the Commission recognised the importance represented by AI and in particular the problems arising from the complex enabling ecosystem and the feature of autonomous decision-making. Accordingly, the situation requires, for the Commis-

sion, a deep consideration about the suitability of some established rules on safety and civil law questions on liability⁽⁴⁰⁾.

The intent of the Commission was to launch a European Initiative on AI, following the invitation received from the European Council of October 2017 and the resolutions of the European Parliament on this matter.

The Commission did it by the Communication “Artificial Intelligence for Europe”⁽⁴¹⁾, which aimed to: *a)* boost the EU’s technological and industrial capacity and AI uptake across the economy, both by the private and public sectors; *b)* prepare for socio-economic changes brought about by AI by encouraging the modernisation of education and training systems, nurturing talent, anticipating changes in the labour market, supporting labour market transitions and adaptation of social protection systems; *c)* ensure an appropriate ethical and legal framework, based on the Union’s values and in line with the Charter of Fundamental Rights of the EU. This includes forthcoming guidance on existing product liability rules, a detailed analysis of emerging challenges, and cooperation with stakeholders, through a European AI Alliance, for the development of AI ethics guidelines.

About the last issue, in the Ethics guideline for Trustworthy AI the high-level expert group on Artificial Intelligence stated that AI should have three components⁽⁴²⁾: *a)* it should be lawful, complying with all applicable laws and regulations; *b)* it should be ethical, ensuring adherence to ethical principles and values; *c)* it should be robust, both from a technical and social perspective, since, even with good intentions, AI systems can cause unintentional harm.

Despite all these efforts, as already explained, the Commission did not consider nor mention the “electronic personality” issue, as asked by an open letter⁽⁴³⁾ in which Artificial intelligence and robotics experts asked the Com-

⁽⁴⁰⁾ European Commission, Communication Artificial Intelligence for Europe, 2018, p. 15.

⁽⁴¹⁾ European Commission, Communication Artificial Intelligence for Europe, 2018, p. 4.

⁽⁴²⁾ Independent High-level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI, 2019, p. 5.

⁽⁴³⁾ Open letter to the European Commission, Artificial Intelligence and Robotics: g8fip1kpblyr33r3krx5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com.

mission to ignore the Parliament's request about the creation of an "electronic personality".

According to the letter, a legal status for a robot can't derive from the Natural Person model, since the robot would then hold human rights.

Moreover, the legal status for a robot can't derive from the Legal Entity model, since it implies the existence of human persons behind the legal person to represent and direct it. And lastly, the legal status for a robot can't derive from the Anglo-Saxon Trust model also called *Fiducie* or *Treuhand* in Germany. Indeed, this regime is extremely complex, requires very specialized competences and would not solve the liability issue.

Actually, between the two positions, the one of the European Parliament and the one of the drafters of the open letter, the first one appears more capable of guarantee the respect of the rights of offended people. All the three sentences previously reported are true, and the concern that with the creation of an "electronic personality", manufacturers were merely trying to absolve themselves of responsibility for the actions of their machines is well founded. But the problem is related to all the situation considered into the European Parliament Resolution and in particular the fact that «the more autonomous robots are, the less they can be considered to be simple tools in the hands of other actors (such as the manufacturer, the operator, the owner, the user, etc.)»⁽⁴⁴⁾. The Parliament, in turn, questions whether the ordinary rules on liability are sufficient or whether it is necessary create new principles and rules. These rules should provide clarity on the legal liability concerning responsibility for the acts and omissions of artificial intelligence where the cause cannot be traced back to a specific human actor and whether the acts or omissions of robots which have caused harm could have been avoided. And it is clear that among these rules the issue of the electronic personality is crucial, since «the current idea that the action considered by the law is by definition an action taken by a human being, or strictly referable to human beings, is false both because we have many examples of actions

⁽⁴⁴⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017, Liability, letter AB, p. 5.

taken by no-humans that are considered by the law and because there are several examples of actions taken by humans that are not considered by the law at least in relationship with the human who performed it»⁽⁴⁵⁾.

According to this, if from a political point of view the position of the European Commission could be accepted, from a scientific point of view it could not. This issue has been on the table since the first idea of artificial intelligence. Now, however, it is time to think about it comprehensively and in concert with the whole legal community. A narrow point of view, limited only to one country, may be nearly useless. It is necessary to have a wider movement as possible to consider the issue of artificial intelligence subjectivity.

5. — *Extra EU positions.*

In the previous chapters it has been explained the state of the art related to the European Union situation. But several other Countries are taking into consideration the issues arising from artificial intelligence development. A recent document⁽⁴⁶⁾ reports 62 countries that are currently facing the issue related to the regulation of Artificial Intelligence.

In particular, in 2016, the United States federal government⁽⁴⁷⁾ and the United Kingdom Parliament⁽⁴⁸⁾ issued reports in which they affirm, differently from the EU position, that the regulation should be less restrictive, so as not to prevent the development of this kind of technology. This vision is absolutely clear in the US report, while is a little less liberal in the UK version. In particular, for the White House Office of Science and Technology

⁽⁴⁵⁾ A. SANTOSUOSSO, *If the agent is not necessarily a human being in Genetic, robotics, law punishment*, Padova University Press, 2015, p. 545.

⁽⁴⁶⁾ Law Library of US Congress, *Regulation of Artificial Intelligence in selected Jurisdictions*, 2019.

⁽⁴⁷⁾ White House Office of Science and Technology Policy (OSTP), *Preparing for the Future of Artificial Intelligence*, 2016.

⁽⁴⁸⁾ House of Commons' Science and Technology Committee, *Robotics and Artificial Intelligences*, 2016.

Policy (OSTP), the regulation of AI should aim to fit into extant regulatory schemes, with the government only defining the parameters inside of which it will be possible to use artificial intelligence.

In conclusion, «the OSTP report is an extensive review of the different ways in which AI will impact the economy and social structure of society. It provides a good overview of the various conundrums, ethical and otherwise. Yet, the US report could have acknowledged more clearly its underlying reliance on economic and political notions of free market trade, and market capitalism»⁽⁴⁹⁾.

The US position is coherent with their point of view. Market is able regulate all the issues, included the ones emerging by the development of AI. Consistently, in the report the government does not take any position related to any kind of artificial personality. Among the 23 recommendations only one is related to ethics⁽⁵⁰⁾ and it only prescribe that «schools and universities should include ethics, and related topics in security, privacy, and safety, as an integral part of curricula on AI, machine learning, computer science, and data science». It seems that US government does not intend to consider any kind of legal personality related to AI.

The House of Commons' Science and Technology Committee report is aimed at identifying «the potential value and capabilities [of AI and robotics], as well as examining prospective problems, and adverse consequences, that may require prevention, mitigation and governance»⁽⁵¹⁾. It diverges from the US policy for its call for the development of novel regulatory frameworks, stating that «though some of the more transformational impacts of AI might still be decades away, others, like driverless cars and supercomputers that assist with cancer prediction and prognosis, have already arrived. The ethical and legal issues (...) are cross-cutting and will arise in

⁽⁴⁹⁾ C. CATH, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Artificial Intelligence and the "Good Society": the US, EU, and UK approach*, in *Science and Engineering Ethics*, 2017.

⁽⁵⁰⁾ White House Office of Science and Technology Policy (OSTP), *Preparing for the Future of Artificial Intelligence*, Recommendation 18, p. 42.

⁽⁵¹⁾ House of Commons' Science and Technology Committee, *Robotics and Artificial Intelligences*, p. 7.

other areas as AI is applied in more and more fields. For these reasons (...) the ethical and legal matters raised by AI deserved attention now and that suitable governance frameworks were needed»⁽⁵²⁾.

Similarly to the US report, the UK one does not consider the issue related by artificial personality, but it is more worried about the ethical issues emerging by the development of AI. Accordingly, the committee asked for the constitution of a Commission on Artificial Intelligence. «It should focus on establishing principles to govern the development and application of AI techniques, as well as advising the Government of any regulation required on limits to its progression. It will need to be closely coordinated with the work of the Council of Data Ethics»⁽⁵³⁾.

The third case study is represented by China. In 2017 China presented an Artificial Intelligence Development Plan⁽⁵⁴⁾ that sets forth long-term strategic goals for AI development in China and it contains some “guarantee measures”.

In those measures is established that it is necessary to develop laws, regulations, and ethical norms to promote the development of AI⁽⁵⁵⁾ to ensure the healthy development of AI.

The purpose is conduct research on legal issues such as civil and criminal responsibility confirmation, protection of privacy and property, and information security utilization related to AI applications. In particular the paragraph states that it is important «clarify the main body of AI and related rights, obligations, and responsibilities» and «launch research on AI behaviour science and ethics and other issues, establish an ethical and moral multi-level judgment structure and human-computer collaboration ethical framework».

⁽⁵²⁾ House of Commons’ Science and Technology Committee, Robotics and Artificial Intelligences, p. 22.

⁽⁵³⁾ House of Commons’ Science and Technology Committee, Robotics and Artificial Intelligences, Recommendation 5, p. 36.

⁽⁵⁴⁾ China’s State Council, A Next Generation Artificial Intelligence Development Plan, 2017: *gov.cn*. English translation by G. Webster et al., 2017, available at *newamerica.org*.

⁽⁵⁵⁾ China’s State Council, A Next Generation Artificial Intelligence Development Plan, 2017, Guarantee measures, p. 25.

Like the European Union approach, it provides that an ethical code of conduct and R&D design for AI products must be developed, strengthen the assessment of the potential hazards and benefits of AI, and build solutions for emergencies in complex AI scenarios.

The report does not face the artificial personality issue, but the approach takes into consideration the ethical problems arising from the AI development.

All these examples, though not exhaustive, show how it is important to make artificial intelligence development a global challenge. Differences in regulation – actually differences of vision – could create an environment able to hinder research or create problems that could have a complicated solution in the future. The Chinese report states that «China will actively participate in global governance of AI, strengthen the study of major international common problems such as robot alienation and safety supervision, deepen international cooperation on AI laws and regulations, international rules and so on, and jointly cope with global challenges». This statement highlights the importance of a worldwide approach to AI development, even if, until now, there are only regional or country-based approaches. Analogously to the atomic energy, the research on artificial intelligence should be wisely globally regulated, starting with the definition of the meaning of artificial intelligence, the kind of legal capacity involved and the fundamental laws for its functioning, starting from Asimov's three laws of robotics.

6. — *Case studies robots' rights.*

Despite the debate is still open, some countries recognised rights to some robots and it is important to have a brief overview of these situations.

The first case is represented by Sofia, a robot developed by Hanson Robotics Limited activated in 2015⁽⁵⁶⁾. In 2017 Sofia, that positions itself as a

⁽⁵⁶⁾ Hanson Robotics: *hansonrobotics.com*.

woman and looks like a female, received the citizenship of Saudi Arabia⁽⁵⁷⁾. This contradicts the norms of Saudi Arabia citizenship that can be obtained by birth, marriage or naturalization under determinate conditions⁽⁵⁸⁾, not respected by Sofia. Moreover, the case contradicts the accepted model of female behaviour in Saudi Arabia society and female rights in Saudi Arabia⁽⁵⁹⁾.

The second case is related to a residence permit granted by Japan to the chatbot Shibuya Mirai⁽⁶⁰⁾ in contradiction with Japan laws related to residence permit procedure⁽⁶¹⁾. Moreover, as a chatbot it does not have a physical body, so the concept of “residence” sounds quite weird.

In both cases a right has been granted to a robot in contradiction with the laws of the State. But the problem is that in absence of a recognised status for artificial intelligence these rights mean nothing. No one of the two AI can exercise the rights connected to citizenship nor the residency. And no one of them can be considered citizenship or resident. The choice seems more a marketing initiative than a political and legal decision.

A totally different position is the Estonian Government one.

In 2017, Estonia’s national digital adviser, Martin Kaevats, proposed the adoption of a special AI law aimed at granting a legal personality to AI, with corresponding amendments to liability insurance legislation⁽⁶²⁾. In May 2019 a multidisciplinary group of experts produced a study on artificial intelligence⁽⁶³⁾ that may serve as the country’s first AI strategy. The report, known as the Kratt report, aims at outlining the principles upon which the

⁽⁵⁷⁾ The Independent, Saudi Arabia grants citizenship to a robot for the first time: *independent.co.uk*.

⁽⁵⁸⁾ Reaching the legal age; fluent in Arabic; settlement over 10 years; legitimate way of earning; no criminal record; compliance with the norms of conduct set out in the country.

⁽⁵⁹⁾ A. ATABEKOV, O. YASTREBOV, *Legal Status of Artificial Intelligence Across Countries: Legislation on the Move*, in *European Research Studies Journal*, Vol. XXI, Issue 4, 2018, pp. 773-782.

⁽⁶⁰⁾ Bioedge, 2017: *bioedge.org*.

⁽⁶¹⁾ Japan external trade organisation, Residence management system: *www.jetro.go.jp*.

⁽⁶²⁾ B. TROCZYNSKI, *Estonia Plans the Boldest AI Regulations*, in *newtech.law*, 2017.

⁽⁶³⁾ Estonian Artificial Intelligence: Report of the Expert Group on Deployment: *riigikantselei.ee*.

legal framework for AI will be based and documents the shift in Estonia's approach to creating a legal framework for AI⁽⁶⁴⁾.

The report recommends adopting the same approach to a legal framework for AI as that of the European Union. According to the chief information officer of the Estonian government, the «European Union has proposed a framework for the implementation of responsible artificial intelligence. We want to build on the EU framework, not to start creating and arguing for it ourselves»⁽⁶⁵⁾. Accordingly, in May 2019, the government of Estonia signed the Organization for Economic Co-operation and Development's (OECD) Principles on Artificial Intelligence⁽⁶⁶⁾.

Currently, no other initiative related to the Artificial personality has been announced, but the Estonian government set a pilot program of the Ministry of Justice to automate small claims court judgments in disputes concerning the payment of a maximum of € 7.000,00⁽⁶⁷⁾.

7. — *Conclusions.*

As affirmed by the EU Parliament in the 2017 resolution, «ultimately, the autonomy of robots raises the question of their nature in the light of the existing legal categories or whether a new category should be created, with its own specific features and implications»⁽⁶⁸⁾. All the issues tackled in this paper will have no answer if, firstly, the scientific community will not deal with the problem of the definition and the status of artificial intelligence.

Someone thinks that it is not useful to classify or give a specific defini-

⁽⁶⁴⁾ Library of the US Congress, Estonia: Government Issues Artificial Intelligence Report, 2019.

⁽⁶⁵⁾ R. LIIVE, *Estonian State IT Manager S. Sikkut: If There Were 1% in the State Budget for Science, We Could Talk More About Kratind*, Digigeenius, 2019.

⁽⁶⁶⁾ Organisation for Economic Co-operation and Development, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, 2019: *legalinstruments.oecd.org*.

⁽⁶⁷⁾ *Www.wired.com*.

⁽⁶⁸⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2017, letter AC, p. 5.

tion of robots and artificial intelligence⁽⁶⁹⁾ since the continuous evolution of digital technologies and the multifunctional potential of each machine would render useless any classification attempt. Even if this approach could be sustained, it is still necessary to understand what is artificial intelligence, in order to create rules that can regulate its artificial life and guarantee the rights of the people that produce, use or interact with AIs.

Regarding the problem of defining AI, it is necessary to determine the border between strong and narrow artificial intelligence, because distinguishing these two categories will have a deep impact on the applicable legislation. This is because for the first group it may not be possible to apply existing rules, since their unpredictable human-like behaviour, still only hypothesised, while it is possible to do so for the second.

Thanks to the definitions and characteristics fixed by the European resolution on Civil law on robotics, there is a good starting point. However, in order to completely solve the issue, lawmakers must take on the problem of the juridical personality for artificial intelligences. Is it possible to hypothesise a different and new kind of capacity, the robotic personality, or electronic personality, as proposed by the European Parliament? The main question is the same as that posed in 1960 by Putnam: can a robot have rights? And the next step is: All the robots must share the same rights or it is possible to have different levels of rights for different kinds of AI?

If strong and super artificial intelligence has intellectual processes similar to those of humans, there would be no ontological-quantitative difference between the human brain and the electronic brain, or between human intelligence and the artificial one, as theorised by Putnam and sustained by Freitas in 1985⁽⁷⁰⁾. The only difference would be the physical support, the human head, that is biological, and the structure of a computer or robot, that is artificial. Assuming this as a fundamental condition for the existence of strong artificial intelligence, completely indistinguishable from human

⁽⁶⁹⁾ M. ALOVISIO, et al., *The law of service robots*, Naxa Center for Internet and Society, Politecnico di Torino, 2015.

⁽⁷⁰⁾ R.A. FREITAS, *The legal rights of robots*, Student lawyer, 1985: rfreitas.com.

intelligence, should the law recognise the same rights as humans to artificial intelligence?

Honestly, this point of view, sustained by Putnam seems not acceptable. A solution could be the creation of a status that assign to IA some rights, rights that should not be the same as the human, but that will be able to completely regulate the interactions between AI and human beings, safeguarding the rights of the latter. Moreover, also weak AI should have their own personality, but circumscribed to the essential one to guarantee people that interact with them. This is the most urgent situation to regulate, because differently from strong AI we already use weak artificial intelligences.

The problem is understanding which rights should be accorded to artificial intelligence and how to protect them. Indeed, it will be necessary to create a system that could enforce violations related to those rights. Once such a system is created, it will be necessary to set the rules in order to activate it and to create appropriate defending procedures. Should strong and super artificial intelligence have the right to “live”? Should they have the right to own property? And about narrow artificial intelligence? Should they have a “peculium” to guarantee compensation to humans in case of damage? Are AI mere objects? Setting timely rules in order to address these and other questions will be the first purpose for all the scientific and juridical community involved in this field. Because of this, the proposal made by almost all the documents above considered⁽⁷¹⁾ to create an Agency for Robotics and Artificial Intelligence is absolutely supportable and should be approved as soon as possible.

The last aspect is related to the other side of the issue. Where there are rights, there are also duties. For artificial intelligence, this element is easier to solve than the human one, because the duties of artificial intelligence can be written in the algorithms that govern their behaviours. Starting from

⁽⁷¹⁾ The European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, the House of Commons’ Science and Technology Committee report on Robotics and Artificial Intelligences and the China’s State Council report on A Next Generation Artificial Intelligence Development Plan asked for the creation of an Agency for Robotics and Artificial Intelligence. Only the UK proposal had a follow up.

Asimov's three laws of robotics, it is possible to create a global basis for the development of the artificial intelligence and it will be possible to insert other kinds of rules that AI must follow, codifying their duties.

In conclusion, it is absolutely clear that the regulation of artificial intelligence development is a primary issue for of the 21st century. It should be tackled with a global worldwide cooperation with the aim, on one hand, to create the right conditions to develop artificial intelligence and, on the other hand, to create the legal substrate related to all the questions arisen since the idea of AI took its first steps.

From this point of view, the European Parliament proposals related to both Electronic Personality, the creation of a Charter of robotics⁽⁷²⁾, a code of ethical conduct in the field of robotics that will lay the groundwork for the identification, oversight and compliance with fundamental ethical principles from the design and development phase, and the creation of an European Agency for robotics and Artificial Intelligence would be two steps in the right direction.

⁽⁷²⁾ European Parliament resolution on Civil Law Rules on Robotics, 2027, Charter on Robotics, p. 19.

VINCENZO LEMMI^(*)

LA DISCIPLINA DEI TITOLI DI DEBITO DELLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA NEL SISTEMA ITALIANO

Abstract: The essay analyses the regulation of the “titoli di debito” of “società a responsabilità limitata” in Italian Legal System. Starting from the function of “titoli di debito” in relationship to the “obbligazioni”, specially it concerns their legal and contractual discipline, the characteristics of the subjects, the tax treatment.

SOMMARIO: **I.** Introduzione ai titoli di debito: 1. Finalità normative. – 2. Nozione di titoli di debito. – 3. Differenze tra la disciplina dei titoli di debito e la disciplina dettata dal codice civile per l'emissione delle obbligazioni. – **II.** La disciplina dei titoli di debito: 4. Procedura di emissione, contenuto delle delibere e legge di circolazione. – 5. Disciplina convenzionale del rapporto: ulteriori clausole statutarie. – 6. Natura giuridica della procedura di emissione e forma delle delibere. – 7. Pubblicità delle delibere. – 8. La prassi quotidiana nel superamento della pubblicità. – 9. Pattuizioni accessorie del prestito. – 10. La modifica delle condizioni del prestito. – 11. Esame di fattispecie patologiche. – 12. Soggetti destinatari e responsabilità patrimoniale per la solvenza dell'emittente a garanzia del compratore del titolo. – 13. Vicende della società emittente. – 14. Rapporti tra la disciplina dell'art. 2483 c.c. e l'art. 32, d.l. n. 83/2012. – 15. Rapporti tra titoli di debito e fallimento. – **III.** Trattamento fiscale dei titoli di debito ai fini delle imposte indirette: 16. La legislazione speciale vigente e la ricostruzione sistematica.

I. – INTRODUZIONE AI TITOLI DI DEBITO

1. — *Finalità normative.*

La norma prevista dall'art. 2483 c.c., intitolata “*Emissione di titoli di debito*”, deriva dall'esigenza di creare nuove fonti di finanziamento per le società a responsabilità limitata, stante la preclusione per le medesime di emettere prestiti obbligazionari; tale possibilità è stata, invece, sempre ammessa per

^(*) Notaio del Distretto Notarile di Perugia.

le società per azioni ed è attualmente disciplinata dal codice civile negli artt. 2410 ss., nella sezione settima del capo quinto del libro quinto.

Più in generale può dirsi che il legislatore con la riforma del 2003 ha inteso ampliare le fonti di finanziamento e di raccolta di mezzi economici delle società di capitali in genere, ad esempio creando per le società per azioni le norme sui patrimoni destinati ad un unico affare come previsto dagli artt. 2447-*bis* e seguenti del codice stesso; quindi, a fronte di svariate modalità di finanziamento previste e disciplinate nella società per azioni, il legislatore ha voluto dotare anche la s.r.l. di nuovi strumenti destinati a raccogliere investimenti.

È questo il motivo per cui il legislatore – per semplificare le modalità di raccolta – ha previsto all’art. 11, T.U. n. 385/1993 che il divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico non si applichi alle fattispecie ora considerate, tanto più che l’art. 100, 1° comma, lett. *a*), T.U. n. 58/1998 rende inapplicabili le disposizioni del capo specifico riguardanti l’offerta al pubblico alle ipotesi qui prese in considerazione⁽¹⁾.

Tale linea politica non è stata abbandonata dal legislatore, anzi è stata anche di recente riconfermata; l’esigenza di ampliare le fonti di finanziamento in favore delle società e in particolare delle società a responsabilità limitata trova riscontro anche nella nuova disciplina prevista per le PMI dal d.l. n. 50/2017, convertito con l. 21 giugno 2017, n. 96 e dal d.lgs. n. 129/2017; infatti, il legislatore ha deciso che anche le PMI possano raccogliere capitali attraverso offerta al pubblico di prodotti finanziari, in deroga a quanto disposto dall’art. 2468 c.c.

Per la verità il legislatore, già in precedenza con il decreto “Sviluppo” (d.l. n. 83/2012), con il decreto “Sviluppo bis” (d.l. n. 179/2012), con il decreto “Destinazione Italia” (d.l. n. 145/2013) e con il decreto “Crescita e competitività” (d.l. n. 91/2014), aveva inteso ampliare le forme di finanziamento per le società di capitali non quotate s.p.a. e s.r.l.; con particolare riguardo a queste ultime è stata data alle stesse facoltà di emettere titoli di debito

⁽¹⁾ In tal senso si veda A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.: il bilancio dei primi dieci anni*, in *Società*, 2013, p. 1317 ss.; B. LIBONATI, *Diritto commerciale*, Milano, 2005, p. 463; così anche F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata* (collana *Notariato e nuovo diritto societario*), Milano, 2003, pp. 135-137.

ammessi alla negoziazione nella piattaforma denominata “EXTRAMOT PRO” (segmento professionale del mercato borsistico dedicato alla quotazione oltre che di titoli di debito anche di obbligazioni, cambiali finanziarie, strumenti partecipativi e project bond) prevedendo, però, che l’impresa di cui vengono quotati i titoli abbia determinate caratteristiche.

In particolare il “favor” verso tale tendenza rivolta ad ampliare le possibilità di finanziamento delle società di capitali risulta, altresì, dimostrato anche dalle disposizioni dettate dal decreto n. 145/2013 (decreto “Destinazione Italia”) che ha previsto apposite agevolazioni fiscali per i “minibond”, implementate poi con successivi provvedimenti normativi; parte di queste disposizioni, relativamente alle imposte indirette, saranno valutate al termine del presente lavoro.

2. — *Nozione di titoli di debito.*

Il titolo di debito è un titolo rappresentativo di un’obbligazione sorta nel nostro ordinamento e civilisticamente azionabile secondo le regole impartite dalla disciplina speciale della fattispecie; esso costituisce uno “strumento finanziario” ai sensi dell’art. 1, comma 1-*bis* e comma 2, d.lgs. n. 58/1998.

Si discute se il titolo di debito sia un “titolo di massa” oppure sia un “titolo rappresentativo” anche di una sola operazione. Un’autorevole opinione⁽²⁾ sembrerebbe ritenere che debba trattarsi di un titolo di massa e cioè di un titolo emesso in occasione di una «operazione collettiva di finanziamento»; esiste, comunque, chi ritiene che sia legittima anche l’emissione di titoli di debito in favore di un unico sottoscrittore purché sia emessa una pluralità di titoli⁽³⁾.

⁽²⁾ Questa tesi è stata sostenuta recentemente da A. DACCÒ, in M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, III, Torino, 2017, p. 682; e in precedenza, ad esempio, da M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, in *Studi e Materiali CNN*, 2005, p. 1193; da B. LIBONATI, *Diritto commerciale*, cit., p. 462; e da A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1318.

⁽³⁾ Così tra gli altri G. GIANNELLI, in P.G. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (dir.), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, p. 1339, A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., pp. 1318-1319.

Sul punto va segnalata anche una ulteriore opinione che sostiene che non debba trattarsi necessariamente di “titoli di massa”⁽⁴⁾; questa idea sembrerebbe la più conforme allo spirito della legge che vuole lasciare ampio spazio all’autonomia statutaria.

Secondo l’opinione prevalente si tratterebbe, inoltre, di titoli causali in quanto la necessità del riferimento al rapporto sottostante emergerebbe non solo dal disposto dell’art. 2483 c.c., ma anche dalle disposizioni speciali in materia che, come vedremo in seguito, richiedono che nel titolo siano presenti le generalità del primo sottoscrittore e l’importo sottoscritto⁽⁵⁾.

Per completezza di informazione, si deve dare atto che l’espressione “titoli di debito” è presente anche nell’art. 2526 c.c. oltre che nel testo unico bancario, nel testo unico della finanza, nella l. fallimentare e nel codice della crisi d’impresa.

Inoltre, va esposto ancora che l’art. 77, d.lgs. n. 117/2017 ha creato altresì una nuova categoria di titoli di debito non subordinati, non convertibili e non scambiabili, sottoposti appunto ad una normativa speciale volta a finanziare gli enti del terzo settore; il presente lavoro comunque non tratterà tale disciplina in quanto quest’ultima assume un rilievo peculiare nella trattazione degli enti terzo settore.

3. — *Differenze tra la disciplina dei titoli di debito e la disciplina dettata dal codice per l’emissione delle obbligazioni.*

Posto che le obbligazioni costituiscono una categoria particolare di titoli di debito⁽⁶⁾, il codice civile tratta in maniera sicuramente molto più dettaglia-

⁽⁴⁾ A favore di tale idea si veda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, 8ª ed., Torino, 2012, p. 573; F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 137.

⁽⁵⁾ Si osservi in proposito la delibera C.I.C.R. 19 luglio 2005, n. 1058; vedi, altresì, A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1319, M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1195.

⁽⁶⁾ Sul punto la prevalente Dottrina sembrerebbe concorde; si veda ad esempio A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1318, il quale giustamente afferma che i titoli di debito sono accomunati alle obbligazioni anche dall’art. 11, T.U. bancario.

ta l'emissione di titoli obbligazionari che non l'emissione di titoli di debito lasciando, come si è visto, ampio spazio nelle s.r.l. all'autonomia dei privati.

Iniziando a valutare le differenze più significative, possiamo cogliere la diversità di disciplina riguardante il soggetto competente a deliberare l'emissione: *a)* per i titoli di debito in ogni caso la competenza è attribuita all'organo identificato dall'atto costitutivo o dallo statuto; comunque, in presenza di apposita clausola statutaria che autorizzi la società ad emettere titoli di debito senza indicare l'organo competente, parte della dottrina⁽⁷⁾ sostiene la competenza dell'organo amministrativo, inquadrando tale atto tra gli atti di gestione dell'impresa; *b)* sembrerebbe al contrario più convincente opinare che lo statuto debba necessariamente contenere la previsione dell'organo competente a deliberare l'emissione, non potendosi in mancanza adottare la delibera, visto il tenore imperativo della norma che recitando: «in tal caso l'atto costitutivo attribuisce la relativa competenza ai soci o agli amministratori (...)», apparirebbe inderogabile⁽⁸⁾. È possibile in ogni caso ammettere una clausola specifica dello statuto che, pur attribuendo la competenza a decidere dell'emissione in favore dei soci, riservi a questi ultimi la facoltà di delegare l'emissione all'organo amministrativo⁽⁹⁾.

Nelle società per azioni, invece, l'art. 2410 c.c. attribuisce la competenza in primo luogo agli amministratori a meno che l'autonomia statutaria non disponga diversamente.

Circa i limiti all'emissione del prestito, l'art. 2412 c.c. prevede espressamente che le obbligazioni non possano essere emesse per somma eccedente il doppio del capitale sociale delle riserve legali e disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato salvo quanto detto nel secondo comma dell'art.

⁽⁷⁾ Così A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1322; e M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1188.

⁽⁸⁾ Anche M. CAMPOBASSO, *I titoli di debito delle srl tra autonomia patrimoniale e tutela del risparmio*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (dir.), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2006, p. 756, ritiene che la clausola statutaria priva dell'indicazione dell'organo abilitato a deliberare sia illecita.

⁽⁹⁾ L'opinione è sostenuta tra gli altri da F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 141; A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1322; G. CABRAS, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di Capitali. Commentario*, Napoli, 2004, p. 1596.

2412 c.c. e salva la concessione di garanzia ipotecaria prevista dal terzo comma della norma da ultimo citata.

Per la verità, l'art. 2412 c.c. prevede anche l'inapplicabilità dei limiti di cui al comma primo e di quanto previsto dal comma secondo della stessa norma, qualora l'emissione obbligazionaria sia destinata ad essere quotata in mercati regolamentati o qualora si tratti di obbligazioni che incorporino il diritto di acquisire o di sottoscrivere azioni o nel caso in cui previa autorizzazione dell'autorità governativa, ricorrano particolari ragioni che interessano l'economia nazionale.

Sembra in ogni caso possibile ritenere che esista identità di *ratio* tra la disciplina di cui all'art. 2412, 2° comma, c.c. e quella dettata dall'art. 2483 c.c. nel momento in cui non sono imposti limiti, qualora l'emissione sia destinata ad investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali.

Il codice, inoltre, detta delle disposizioni abbastanza dettagliate circa la disciplina del contenuto dei titoli obbligazionari, della costituzione delle garanzie in favore degli obbligazionisti, dell'assemblea degli stessi e dei diritti e degli obblighi dei medesimi; ammette, inoltre, la possibilità di scegliere un rappresentante comune e delle disposizioni ulteriori che incidono sulla vita delle obbligazioni stesse come ad esempio il sorteggio che determina l'estinzione anticipata.

È prevista poi, specificamente, una disciplina per l'emissione delle obbligazioni convertibili in azioni, fermo rimanendo che in questo caso la competenza a deliberare l'emissione, coinvolgendo necessariamente una modifica statutaria, è attribuita dall'art. 2420-*bis* c.c., sulla scorta dei principi generali, all'assemblea dei soci, salvo delega statutaria nei limiti e nei termini dell'art. 2420-*ter* c.c.

Nulla di tutto questo è detto dall'art. 2483 c.c. che non prescrive limiti all'emissione dei titoli di debito, fermo rimanendo che l'autonomia statutaria potrà creare comunque apposite clausole che andranno a mutuare, come si vedrà, la disciplina dei titoli di debito dalla normativa esistente in tema di obbligazioni⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Così F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 137; A. DACCÒ,

Rimane, comunque, fermo che la più evidente differenza tra la disciplina dei titoli obbligazionari e quella dei titoli di debito risiede nella circostanza per cui nelle s.p.a. la delibera di emissione delle obbligazioni non necessita di apposita previsione contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto, come invece risulta richiesto per le s.r.l.

II. — LA DISCIPLINA DEI TITOLI DI DEBITO

4. — *Procedura di emissione, contenuto delle delibere e legge di circolazione.*

L'art. 2483 c.c. consente alla società di emettere titoli di debito su espressa previsione dell'atto costitutivo; al riguardo, la dottrina assolutamente prevalente ritiene che la previsione possa essere contenuta sia nell'atto costitutivo, sia che possa essere introdotta con una apposita delibera modificativa del medesimo⁽¹¹⁾.

La clausola statutaria relativa dovrà indicare, come già visto, quale sia l'organo societario competente a decidere l'emissione e cioè se sia l'assemblea dei soci o l'organo amministrativo, specificando altresì eventuali limiti, modalità di emissione e le maggioranze per la decisione.

In tal senso la società potrebbe anche decidere, come già detto, di recepire per l'emissione dei titoli di debito i limiti previsti per l'emissione di obbligazioni dall'art. 2412, 1° comma, c.c.

Nell'ambito dell'autonomia statutaria, potrà essere poi prevista anche una particolare maggioranza per l'emissione dei titoli di debito.

Circa la legge di circolazione, sarà anche ammissibile stabilire che i titoli di debito circolino secondo le norme previste per i titoli nominativi o per i titoli all'ordine; in effetti, mentre tutto sommato vi è relativa concordia sul

in M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, III, cit., p. 683; A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1320.

⁽¹¹⁾ In tal senso per tutti si veda M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1187; A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1322; F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 141.

fatto che possano essere emessi titoli di debito sia nominativi, sia all'ordine, stante anche la delibera CICR n. 1058/2005⁽¹²⁾ è molto dubbio che allo stato attuale delle norme vigenti possa essere disposta un'emissione al portatore⁽¹³⁾. Del resto, appare condivisibile l'opinione per cui l'emissione di titoli di debito al portatore si ponga in espresso contrasto con il disposto dell'art. 2004 c.c.⁽¹⁴⁾ e a nostro avviso tale modalità di circolazione risulta essere anche in palese opposizione con la normativa antiriciclaggio; si reputa in ogni caso legittima la clausola statutaria che limiti la circolazione ai soli soci dell'emittente o ai soli investitori professionali⁽¹⁵⁾.

Sarà poi estremamente opportuno che la previsione statutaria menzionata anche l'ulteriore contenuto della delibera di emissione prevedendo che quest'ultima contenga: *a)* il valore nominale dei titoli emessi; *b)* la data a decorrere dalla quale il prestito avrà godimento; *c)* il rendimento dei titoli; *d)* i criteri per la determinazione del rendimento stesso, i tempi, l'entità e le modalità di pagamento degli interessi (in relazione a ciò sarà possibile prevedere una clausola che leghi il pagamento degli interessi al conseguimento di determinati risultati economici da parte della società emittente, condizionando il pagamento a tali obiettivi; ciò non potrà valere per la restituzione del capitale in quanto si contrasterebbe la causa contrattuale del "prestito"⁽¹⁶⁾); *e)* la natura del prestito e cioè se si tratti di un prestito senior, oppure subordinato in tutto o in parte alla soddisfazione degli altri creditori sociali.

⁽¹²⁾ Tale idea è condivisa anche da A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1319.

⁽¹³⁾ Così, tra gli altri, M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1195; M. CAMPOBASSO, *I titoli di debito delle srl tra autonomia patrimoniale e tutela del risparmio*, cit., p. 761.

⁽¹⁴⁾ Ciò è dimostrato anche dalla delibera C.I.C.R. n. 1058/2205 all'art. 5, 2° comma, la quale – richiedendo che il titolo indichi le generalità del primo sottoscrittore investitore professionale soggetto a vigilanza prudenziale – esprime l'incompatibilità con la legge di circolazione al portatore.

⁽¹⁵⁾ La tesi è stata espressamente condivisa da M. DOLZANI, E. CORSO, *Titoli di debito: regime di responsabilità e limiti nella circolazione*, in *Studi e materiali CNN*, 2006, pp. 259-260, i quali giustamente ritengono opponibili tali limiti alla circolazione in quanto contenuti nella delibera di emissione che sarà soggetta a pubblicità commerciale.

⁽¹⁶⁾ L'opinione è stata espressa anche da G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 573.

È preferibile sostenere, inoltre, che lo statuto imponga alla delibera di emissione di prevedere che tali indicazioni vengano riportate anche sui titoli sottoscritti a fronte dell'emissione stessa.

È stata anche oggetto di discussione in dottrina la possibilità di emettere titoli di debito con facoltà di convertire i medesimi in quote della società emittente; in proposito, chi ha sostenuto la tesi negativa⁽¹⁷⁾ ha argomentato dalla circostanza per cui l'operazione in questione si presterebbe ad eludere il divieto di sollecitazione all'investimento previsto dall'art. 2468, 1° comma, c.c.; a ciò è stato, però, all'epoca efficacemente obiettato⁽¹⁸⁾ che per rispettare tale divieto basterebbe escludere nel regolamento di emissione che i titoli di debito convertibili possano essere oggetto di sollecitazione all'investimento.

Va, comunque, dato atto che il concetto di "sollecitazione all'investimento" di cui al primo comma dell'art. 2468 c.c., nella formulazione precedente quella attuale, si riteneva essere coincidente con la definizione contenuta nell'art. 1, T.U. n. 58/1998 relativa alla «offerta al pubblico di prodotti finanziari»; pertanto, la "sollecitazione all'investimento" doveva e deve essere intesa come «ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati»⁽¹⁹⁾.

Tale opinione è stata, poi, confermata dal nuovo testo dell'art. 2468, 1° comma, c.c. che risulta essere così formulato: «Le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di offerta

⁽¹⁷⁾ È questa l'idea di P. SPADA, *L'emissione dei titoli di debito nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 805 ss.; M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., pp. 1196-1197; B. LIBONATI, *Diritto commerciale*, cit., p. 463.

⁽¹⁸⁾ In tal senso tra gli altri G. CABRAS, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di Capitali. Commentario*, cit., p. 1697; dubbioso, invece, sul punto G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, 6ª ed., Torino, 2008, p. 558, il quale però successivamente ha mutato opinione ritenendo l'ammissibilità di titoli di debito convertibili: così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 573.

⁽¹⁹⁾ È questa l'opinione di F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, cit., pp. 135-136.

al pubblico di prodotti finanziari»; la modifica, infatti, ha voluto rendere aderente il codice civile alle novità introdotte nel Testo unico della finanza in cui è stata prevista la nozione di “offerta al pubblico di prodotti finanziari” per garantire una migliore informazione della clientela.

Per quanto ora detto può ritenersi, quindi, che la soluzione del problema possa essere cercata nella disciplina contenuta negli artt. 94 e seguenti, T.U. n. 58/1998; quest’ultimo all’art. 100 compendia, peraltro, i casi di inapplicabilità della normativa specifica predetta.

Partendo, perciò, dall’esame dell’art. 100, 1° comma, lett. c), T.U. n. 58/1998 – unitamente all’art. 34-ter del regolamento attuativo CONSOB adottato con delibera n. 11971/1999 come aggiornato con delibera n. 21016/2019 – considerando altresì l’elevato valore del taglio minimo richiesto (come si dirà successivamente) per l’emissione dei titoli di debito e applicando la normativa ora menzionata in relazione ai casi di esclusione della disciplina dell’offerta nei limiti di legge previsti – è possibile ritenere che si verta al di fuori della disciplina dell’“offerta al pubblico di prodotti finanziari” e conseguentemente al di fuori del concetto di “sollecitazione all’investimento”⁽²⁰⁾; in tal modo risulta così superata ogni problematica relativa all’emissione di titoli di debito convertibili.

Quale ulteriore casistica da analizzare, oggi vale, inoltre, la pena di considerare se la nuova normativa in tema di PMI (Piccole e Medie Imprese costituite in forma di s.r.l.) – e precisamente l’art. 4, 3° comma, lett. c), del d.lgs. n. 129/2017 che ha introdotto il comma 1-bis dell’art. 100-ter, T.U. n. 58/1998 – consenta all’interprete di far sì che i titoli di debito convertibili emessi da una PMI possano costituire da parte della società emittente oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari anche attraverso portali per raccolta di capitali.

In relazione a quanto ora detto il dubbio potrebbe sorgere dal momento che il comma 1-bis dell’art. 100-ter, T.U. n. 58/1998 fa riferimento a quote di partecipazione in PMI «costituite in forma di società a responsabilità limitata» e il titolo di debito convertibile alla fine potrebbe consentire proprio la sottoscrizione di quote di SRL avente i requisiti di PMI.

⁽²⁰⁾ Si consulti G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 573, nt. 14.

La risposta a tale ultimo quesito deve essere negativa per due ordini di argomentazioni, sia perché la lettera del comma 1-*bis* dell'art. 100-*ter*, T.U. n. 58/1998 si riferisce espressamente solo alle “quote”, sia perché i titoli di debito, ai sensi dell'art. 2483 c.c., devono essere inizialmente sottoscritti «soltanto da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali» e ai sensi del comma 1-*ter*, dell'art. 100-*ter* TUF da investitori professionali e da particolari categorie di investitori eventualmente individuate dalla CONSOB.

In base, poi, a quanto stabilito dall'autorità amministrativa il titolo di debito dovrà indicare il nominativo del primo investitore professionale che l'ha sottoscritto e l'importo della sottoscrizione, essendo ciò necessario per la successiva eventuale circolazione⁽²¹⁾.

Va, inoltre, considerato che l'emissione non può prevedere tagli di importo inferiore a 50.000 euro pena l'illiceità della delibera⁽²²⁾.

Si deve, poi, riscontrare che i titoli di debito possono essere anche ammessi alla quotazione nella piattaforma telematica dell'“EXTRAMOT PRO”, secondo le disposizioni piuttosto recenti dettate dal decreto “Sviluppo” e dalle successive disposizioni integrative.

La normativa speciale vigente stabilisce – in aggiunta alle norme codicistiche – i requisiti dimensionali per le srl che intendono emettere minibond, dovendo le stesse rientrare nella categoria delle Pmi; si richiedono in proposito requisiti dimensionali con riguardo al numero dei dipendenti, al fatturato o allo stato patrimoniale o requisiti riguardanti la natura dell'impresa non dovendosi trattare tra l'altro né di banche né di microimprese; inoltre, i bilanci degli ultimi due anni dovranno essere pubblicati e l'ultimo di questi dovrà essere certificato⁽²³⁾.

Oltre ai presupposti normativi qui sopra enunciati, le società in questione

(21) Sul punto si veda sempre la delibera C.I.C.R. n. 1058/2005, già citata.

(22) Così correttamente A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1323; l'illiceità della delibera risulta sempre dall'articolo 5 della delibera C.I.C.R. n. 1058/2005, più volte citata.

(23) La quotazione all'“EXTRAMOT PRO” trova fondamento sulla normativa di cui all'art. 32, d.l. n. 83/2012, come modificato e sostituito dall'art. 36, 3° comma, lett. d), d.l. n. 179/2012 come convertito.

dovranno ancora soddisfare – per essere ritenute affidabili – alcuni requisiti di “mercato”, come ad esempio avere un fatturato non inferiore ai 5.000.000 di Euro annuali ed in crescita negli ultimi 3 anni e – tra l’altro – anche un *rating* pubblico emesso da una società di rating .

Ai fini della circolazione del titolo deve aggiungersi che sono ammessi alle negoziazioni sull’“EXTRAMOT PRO” solo investitori professionali⁽²⁴⁾.

Le disposizioni vigenti prescrivono ulteriormente che per la quotazione all’EXTRAMOT PRO i titoli debbano essere dematerializzati ai sensi dell’art. 83-*bis* del T.U.F., nel testo modificato dal d.lgs. n. 176/2016⁽²⁵⁾.

5. — *Disciplina convenzionale del rapporto: ulteriori clausole statutarie.*

Lo statuto potrà ulteriormente normare non solo la delibera di emissione ma anche le vicende dei titoli e dei sottoscrittori degli stessi successivamente all’emissione.

In particolare potrà disciplinare l’assemblea dei sottoscrittori di titoli di debito che sarà competente a: 1) nominare o revocare il rappresentante comune dei sottoscrittori dei titoli di debito; 2) modificare le condizioni del

⁽²⁴⁾ Vedi a tale proposito sempre l’art. 32, d.l. n. 83/2012. Sui mini-bond in genere si consulti V. MORELLI, *La normativa di riferimento*, in *Mini-bond Istruzione per l’uso*, in *Consorzio Camerale per il Credito e la Finanza*, pp. 13-18, testo reperibile sul sito Borsaitaliana.it; è interessante leggere sull’argomento anche S. PADOVANI, A. GIARETTA, *Minibond: la disciplina dopo le nuove disposizioni*, in *Diritto 24*, 28 aprile 2014, testo reperibile sul sito diritto24.ilsole24ore.com; e M. FUSCO, *L’emissione di minibond ad opera delle PMI: il regime legale e fiscale*, 5 febbraio 2018, nel sito 4legal.com.

Interessante è il procedimento per la quotazione su cui si leggano P. LEOFFREDI, A. CAMPARI (Simmons & Simmons), *Il procedimento di ammissione a quotazione dei Minibond presso l’ExtraMOT PRO*, in *Approfondimenti Capital-Markets*, 7 Aprile 2014, testo reperibile sul sito dirittobancario.it.

⁽²⁵⁾ Con riferimento alla dematerializzazione, già M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., pp. 1193-1194, si domandava, anteriormente alle ultime riforme del T.U.F., se fosse possibile attuare, comunque, una dematerializzazione facoltativa del titolo di debito, dando al quesito risposta affermativa; in materia anche P. SPADA, *L’emissione dei titoli di debito nella “nuova” società a responsabilità limitata*, cit., p. 805.

prestito, su concorde richiesta della società, in attuazione di quanto previsto dall'ultima parte del 3° comma dell'art. 2483 c.c.; 3) decidere sulla costituzione di un fondo spese per la tutela degli interessi comuni e sul rendiconto dell'attività del rappresentante comune. Potrà trovare, inoltre, una disciplina statutaria anche la formalità di convocazione di tale assemblea, magari rinviando alle modalità di convocazione previste per l'assemblea dei soci, stabilendo tra l'altro che le delibere assembleari dei sottoscrittori dei titoli di debito debbano essere riportate in apposito libro; lo statuto potrà ancora determinare anche i requisiti previsti per essere nominato alla carica di rappresentante comune e i poteri del medesimo.

Nello statuto potrà essere contenuta anche un'apposita previsione che renda possibile, per la tutela degli interessi dei sottoscrittori dei titoli di debito, anche la possibilità che il rappresentante comune degli stessi abbia facoltà di partecipare alle assemblee dei soci e alle riunioni dell'organo amministrativo.

Qualora, poi, vengano emessi dalla stessa società vari prestiti sotto forma di diverse emissioni di titoli di debito, potrà ipotizzarsi che l'insieme dei sottoscrittori di ogni prestito abbia interessi diversi rispetto a quelli rappresentati dai sottoscrittori dei singoli prestiti; quindi, è possibile ritenere che lo statuto disponga assemblee separate per i sottoscrittori delle varie emissioni di titoli di debito che decideranno sugli interessi particolari dei portatori di ciascuna emissione. A fronte di ciò, potrà essere anche prevista un'assemblea generale di tutti i portatori dei titoli di debito che si relazioni nei confronti della società emittente per gli argomenti di interesse comune; nei confronti di tutte le assemblee ora dette lo statuto potrà disciplinare oltre alle modalità di convocazione, il diritto di intervento, il diritto di voto, i quorum costitutivi e deliberativi.

6. — *Natura giuridica della procedura di emissione e forma delle delibere.*

Quanto alla procedura di emissione, la stessa si configura come un contratto tra la società e i sottoscrittori.

Valutando ora la forma della delibera di emissione, autorevole dottrina⁽²⁶⁾ ritiene che non necessiti la forma notarile, ritenendosi comunque in generale che debba comunque risultare da atto in forma scritta⁽²⁷⁾.

In proposito l'interprete viene portato a valutare se ciò sia conforme a quelli che sono i principi generali: appare, infatti, piuttosto strano che un atto che ben può essere fondamentale nella vita della società venga creato dal Legislatore senza il controllo notarile, tanto più che la norma parallela prevista per le s.p.a. dall'art. 2410 c.c. prevede la redazione per atto di notaio. Vale ancora la pena di considerare che l'art. 2526 c.c., in materia di società cooperative, al primo comma afferma: «l'atto costitutivo può prevedere l'emissione di strumenti finanziari secondo la disciplina prevista per le società per azioni»; tale norma farebbe pensare, anche se l'opinione non è spesso condivisa⁽²⁸⁾, che la disciplina generale della s.p.a. si applichi anche alle cooperative che sono sottoposte alla disciplina delle s.r.l.; ciò sarebbe maggiormente confermato dall'ultimo comma dell'art. 2526 c.c. che stabilisce: «la cooperativa cui si applicano le norme delle società a responsabilità limitata può offrire in sottoscrizione strumenti privi di diritti di amministrazione solo a investitori qualificati». Ora, se questa previsione normativa deve avere un senso, l'unico modo per poter glielo attribuire è quello di ritenere che alle cooperative soggette alle norme delle s.r.l. non si rende applicabile de plano la disciplina prevista dall'art. 2483 c.c., ma quella della s.p.a. come prevista dal primo comma dell'art. 2526 c.c.

Condividendo, quindi, questo ragionamento potremo arrivare a dire che le cooperative rette dalla disciplina delle s.r.l. per emettere titoli di debito, debbano far riferimento alla disciplina dell'art. 2410 c.c., che prevede la verbalizzazione in forma notarile.

⁽²⁶⁾ A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1323; G. CABRAS, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di Capitali. Commentario*, cit., p. 1695; G.B. PORTALE, *L'emissione di titoli di debito e la rilevanza delle vicende sociali*, in A.A. DOLMETTA, G. PRESTI (a cura di), *S.R.L. Commentario*, Milano, 2011, p. 1003; F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 143.

⁽²⁷⁾ Così M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1191.

⁽²⁸⁾ *Contra*, sul punto specifico A. LOLLI, sub art. 2526, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, p. 2717.

Pertanto, partendo da questa ricostruzione – che prevede sia in base all'art. 2410 c.c. che in base all'art. 2526 c.c. la verbalizzazione per atto notarile – è spontaneo chiedersi se sia logico pensare che l'emissione di titoli di debito nella s.r.l. ai sensi dell'art. 2483 c.c. necessiti della sola forma scritta.

Per un principio di coerenza del sistema mi sembrerebbe che la risposta debba essere data nel senso per cui anche nella fattispecie dell'art. 2483 c.c. la verbalizzazione debba essere effettuata per atto notarile.

A favore di questa considerazione militano ulteriormente anche altre valutazioni: *a)* l'art. 2410 c.c. risulta essere espressione di un principio generale per l'emissione di strumenti finanziari⁽²⁹⁾ e quindi anche per la loro forma, tanto più che gli stessi sostenitori della sola forma scritta richiamano il contenuto della norma ora detta ai fini di individuare i termini per la pubblicità⁽³⁰⁾; *b)* non deve sorprendere che l'interprete – a fronte della mancanza di una espressa previsione in materia di forma – applichi in proposito in maniera estensiva altre norme che prevedono requisiti formali; si veda sul punto l'opinione espressa in materia da una recente pronuncia della Cassazione che, pur in mancanza di apposita disciplina formale, ha ritenuto esistente un onere di forma per il mutuo dissenso di contratto preliminare⁽³¹⁾.

Se quanto ora esposto può essere condiviso, con un'interpretazione sistematica si arriva ad affermare che la società potrà esprimere la propria proposta di contratto mediante un verbale notarile in cui sia stata decisa l'emissione dei titoli di debito con le condizioni del prestito e le modalità di

⁽²⁹⁾ In effetti, leggendo M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., pp. 1202-1203, sembra di poter affermare che esista un principio generale inerente le società di capitali (sia srl che spa) in forza del quale per le stesse si rende possibile l'emissione di strumenti finanziari non partecipativi come i titoli di debito o le obbligazioni; in forza di questo principio generale oltre alle diversità di disciplina elencate in precedenza permangono, quindi, vari punti di contatto tra le due normative.

⁽³⁰⁾ È questa l'opinione di A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1323; e G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 1791.

⁽³¹⁾ Così Cass., 23 novembre 2018, n. 30446; l'idea che la delibera di emissione necessiti comunque della forma notarile è stata sostenuta – pur se fortemente criticata – anche da L. PICONE, in *Codice commentato delle nuove società Bonfante-Corapi-Marziale-Rodorf-Salafia*, Milano, 2004, p. 1122, facendo applicazione analogica dell'art. 2410 c.c.

rimborso, oltre alla determinazione di tutti gli elementi richiesti dalle clausole statutarie; in ogni caso la presenza della stipula per atto notarile rivestirà una funzione tuzioristica nei confronti del sottoscrittore, considerando il disposto dell'art. 474, 2° comma, c.p.c.

Quindi il quadro dell'emissione potrebbe astrattamente disegnarsi così: a monte, come antecedente logico, la società, statuto permettendo, potrà deliberare sull'emissione dei titoli di debito; a fronte della delibera così assunta, la società in persona dei suoi organi rappresentativi potrà perfezionare con i vari soggetti i contratti di sottoscrizione delle varie emissioni di titoli di debito, sulla base della modalità e dei termini fissati nella delibera di emissione, in modo tale che ogni contratto di sottoscrizione risulti essere completo sia nei suoi elementi accessori, sia anche in quelli essenziali⁽³²⁾; per semplicità la prassi potrà effettuare una crasi di questi due momenti logici, riducendoli in un unico documento cartaceo e cioè facendo intervenire nel contesto della delibera di emissione i vari finanziatori che si troveranno così a sottoscrivere il prestito.

Ovviamente sarà buona norma per il notaio – e prima ancora che per il notaio per la società emittente – prevedere nella delibera di emissione che il contratto di finanziamento relativo all'emissione di titoli di debito produca effetti solo se la delibera sarà iscritta nel Registro delle Imprese.

Da ultimo, ai fini della perfezione del contratto di sottoscrizione, sarà necessario il solo incontro dei consensi, non facendo riferimento la norma in alcun modo alla consegna della somma per la conclusione del negozio.

7. — *Pubblicità delle delibere.*

Rilevante, poi, a questo fine è stabilire quale sia l'impatto della pubblicità consistente nell'iscrizione della delibera nel Registro Imprese, sia per quanto riguarda la modifica statutaria che introduce nello statuto la clausola che

⁽³²⁾ Sugli elementi essenziali del contratto si legga la recente monografia di E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto. Art. 1325 c.c.*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2013.

facoltizza la società ad emettere titoli di debito, sia per quanto riguarda la delibera di emissione dei titoli stessi.

Circa la delibera che facoltizza la società a deliberare successivamente l'emissione di titoli di debito, questa viene pubblicizzata ai sensi del disposto degli artt. 2480 e 2436 c.c.; in proposito si può ritenere che tale pubblicità sia una *condicio juris* di efficacia.

Al contrario, per quanto riguarda la delibera di emissione, non essendo specificati direttamente gli effetti di questa pubblicità discendente dall'iscrizione al Registro Imprese, può ritenersi che si tratti di una pubblicità meramente dichiarativa ai sensi dell'art. 2193 c.c.⁽³³⁾.

È, quindi, gioco-forza domandarsi a questo punto se la sottoscrizione dell'emissione di titoli di debito possa avvenire anche in pendenza di iscrizione al registro imprese di una o di entrambi le delibere sopra richiamate; una spiegazione strettamente logica partirebbe dalla ricostruzione della natura giuridica dell'iscrizione stessa delle delibere; quindi – a seconda che si tratti di *condicio juris* sospensiva da una parte o risolutiva dell'efficacia (o anche di pubblicità dichiarativa) dall'altra – in conseguenza di ciò si dovrebbe ritenere non ammissibile o ammissibile la sottoscrizione anticipata rispetto alla realizzazione della necessaria pubblicità⁽³⁴⁾.

Quanto alla legittimazione al deposito al Registro Imprese bisogna distinguere tra la delibera modificativa dello statuto volta a facoltizzare la società all'emissione dei titoli di debito e la delibera di emissione vera e propria; la prima sarà una normale delibera modificativa dell'atto costitutivo per cui sarà legittimato ad effettuare il deposito il notaio rogante ai sensi del combinato disposto degli artt. 2480 e 2436 c.c.; in relazione alla seconda, la com-

⁽³³⁾ La natura dichiarativa della pubblicità della delibera societaria che emette titoli di debito è stata condivisa anche da G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1791. Sembra esprimersi in tal senso anche A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1323.

⁽³⁴⁾ Non sembra, infatti, si possa ritenere che, alla luce del testo normativo, la pubblicità al Registro Imprese assuma la veste di pubblicità costitutiva; se così fosse, l'emissione dei titoli di debito sarebbe possibile solo dopo l'iscrizione della delibera a Registro Imprese competente. L'opinione che attribuisce natura costitutiva alla pubblicità nel Registro Imprese è stata sostenuta da M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1191.

petenza immediata ad effettuare il deposito è stabilita dall'art. 2483 c.c. che legittima gli amministratori a richiedere l'iscrizione al Registro Imprese; la prassi, comunque, vede una legittimazione del notaio rogante nella "presunzione" che il ricevimento dell'atto contenga implicitamente una delega al deposito, oppure più prudentemente mediante apposita delega conferita al notaio stesso fuori delibera mediante scrittura privata.

8. — *La prassi quotidiana nel superamento della pubblicità.*

In realtà, la prassi quotidiana ha finito per superare la questione puramente tecnica e logica ammettendo che possano essere anticipati, nonostante qualsivoglia natura si offra alla ricostruzione del fenomeno pubblicitario, gli effetti di talune delibere, proprio a prescindere dalla pubblicità stessa. Si pensi ad esempio alla sottoscrizione di un aumento di capitale a pagamento effettuata contestualmente alla delibera di emissione.

Perciò, sia la prassi riconosciuta da alcune massime notarili come quelle del Consiglio Notarile di Milano⁽³⁵⁾, sia la prassi precedentemente in voga nei Tribunali, sia le istruzioni conferite a livello camerale, confermano la possibilità che possano essere anticipate, rispetto al compimento delle formalità pubblicitarie, le delibere di carattere puramente economico, mentre ciò non pare sia possibile per le delibere di carattere organizzativo; si pensi in tal senso ad una modifica statutaria con cui la società sostituisce ad un amministratore unico un organo pluripersonale collegiale.

9. — *Pattuzioni accessorie del prestito.*

Vale ancora la pena osservare che l'accordo di sottoscrizione è – quasi sempre – accompagnato, altresì, da ulteriori accordi negoziali che contengo-

⁽³⁵⁾ Vedi in tal senso in *Massime notarili in materia societaria*, a cura del Consiglio Notarile di Milano, 2018, *Massima* 10 marzo 2004; e C. VENTURI, *La riforma del diritto societario e gli effetti della iscrizione degli atti nel registro delle imprese*, pp. 5-6, nel sito web tuttocamere.it.

no vari meccanismi di controllo a favore del creditore investitore, dandogli la possibilità non solo di partecipare come si è detto tramite un rappresentante comune alle assemblee dei soci e alle riunioni dell'organo amministrativo, ma imponendo anche che la società non superi determinati livelli di indebitamento in relazione al patrimonio netto e/o che la stessa non fatturi al di sotto di un certo quantum; tali meccanismi prevedono che, qualora i limiti predetti vengano superati e cioè che qualora la società si indebiti al di sopra di una certa soglia o abbia un fatturato inferiore al limite minimo, la stessa sarà tenuta a restituire immediatamente il prestito ricevuto dall'investitore; in sostanza, dietro a queste pattuizioni vi è l'applicazione dei principi generali previsti dall'art. 1186 c.c. circa la decadenza dal beneficio del termine, solo che qui sono già prefigurati alcuni eventi specifici che sono volti ad azionare la decadenza; a fronte di ciò nell'art. 1186 c.c., al contrario, si fa un generico riferimento alla diminuzione per fatto proprio delle garanzie date o al fatto che non vengano prestate le garanzie promesse⁽³⁶⁾.

Inoltre, nell'esame della fattispecie va tenuto presente che, mentre nell'art. 1186 c.c. si fa riferimento ad un comportamento volontario del debitore, in questi accordi negoziali collegati alla delibera di emissione – ai fini della decadenza dal beneficio del termine – può farsi tranquillamente riferimento ad eventi che siano anche totalmente svincolati dalla volontà del debitore stesso, ma che assumono comunque rilevanza una volta che siano superati i limiti previsti come sopra detto.

10. — *La modifica delle condizioni del prestito.*

L'art. 2483 c.c. facoltizza la società a modificare le condizioni e le modalità del prestito «previo consenso della maggioranza dei possessori dei titoli».

L'interprete chiamato a stilare il contratto modificativo avrà qui sostanzialmente davanti a sé due ipotesi: a) qualora la delibera di emissione o la de-

⁽³⁶⁾ In proposito si consulti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 220 ss.

libera con cui lo statuto è stato modificato, in modo tale da rendere possibile l'emissione dei titoli di debito, non prevedano assemblee dei sottoscrittori dei titoli – applicando i principi generali in materia di contrattualistica – necessiterà il consenso di tutte le parti in gioco e quindi sia il consenso della società, sia il consenso di tutti i titolari sottoscrittori dei titoli; *b)* qualora, invece, sia previsto nello statuto o nella delibera di emissione che i sottoscrittori dei titoli possano esprimere la loro volontà mediante deliberazione assembleare presa a maggioranza, in tal caso il contratto modificativo potrà essere realizzato facendo partecipare allo stesso sia il legale rappresentante della società, la quale avrà deliberato a maggioranza, sia il rappresentante dei sottoscrittori dei titoli di debito sulla base di quanto deciso a maggioranza dall'assemblea dei medesimi⁽³⁷⁾.

A tutela delle posizioni individuali dei singoli sottoscrittori dei titoli di debito deve osservarsi che, mitigando il principio ora espresso, la modificabilità a maggioranza deve valere solo per le modifiche minori e cioè per quelle che non incidano sulle “basi strutturali” del prestito⁽³⁸⁾.

È sorta, altresì, questione sulle modalità con cui vada assunta la delibera nell'ambito dell'assemblea dei sottoscrittori di titoli di debito; alcuni autori ritengono preferibile che sia previsto il voto per capi⁽³⁹⁾, mentre altri preferirebbero che lo statuto autorizzasse il voto per quote⁽⁴⁰⁾; in effetti, quest'ultima sembrerebbe la soluzione migliore, dal momento che la capacità di incidere in assemblea dovrebbe essere proporzionale all'interesse

⁽³⁷⁾ Così A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1325.

⁽³⁸⁾ A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1325, ritiene, infatti, che in ogni caso non possano essere modificate con delibere a maggioranza – ma solo con l'unanimità dei consensi – gli elementi strutturali e fondamentali del prestito e cioè quegli elementi che vadano ad incidere sul diritto alla “restituzione dell'apporto”, o che comportino la “trasformazione del rapporto in mutuo ordinario”, o alterino la “parità di trattamento tra i possessori”; questo pensiero è condiviso anche da F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 143; si veda altresì G.B. PORTALE, *L'emissione di titoli di debito e la rilevanza delle vicende sociali*, cit., p. 1004.

⁽³⁹⁾ Si veda F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 142; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1814.

⁽⁴⁰⁾ In proposito tra gli altri A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1325, nt. 71.

economico, ferma comunque la liceità sia dell'una che dell'altra previsione.

Circa l'organo competente a deliberare la modifica per la società, la forma e la pubblicità del contratto modificativo, la soluzione più logica appare quella di richiamare tutte le conclusioni formulate in proposito per la delibera di emissione.

11. — *Esame di fattispecie patologiche.*

Oltre quanto sopra già esaminato circa l'eventualità di una previsione statutaria che non indichi l'organo competente a decidere sull'emissione di titoli di debito, l'interprete deve anche considerare quale sia la sorte della delibera di emissione e del successivo contratto di emissione di titoli di debito adottati in totale assenza di previsione autorizzativa contenuta nell'atto costitutivo e nello statuto.

È stato correttamente osservato sul punto che la mancanza della previsione statutaria autorizzativa non rende applicabile la disciplina dell'art. 2475-*bis* c.c., disciplina che colmerebbe solo le limitazioni statutarie dei poteri degli amministratori⁽⁴¹⁾; in effetti qui potrà tranquillamente sostenersi che la delibera di emissione sia invalida ai sensi dell'art. 2479-*ter* c.c. e che l'atto compiuto dall'organo amministrativo in presenza di una siffatta delibera debba essere considerato carente di potere e quindi di legittimazione. Pertanto, il sottoscrittore in tale ipotesi potrà richiedere immediatamente alla società le somme "finanziate come titolo di debito", ma la società potrà astenersi dal corrispondere gli interessi dal momento che il contratto concluso è inefficace⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ In tal senso P. SPADA, *L'emissione dei titoli di debito nella "nuova" società a responsabilità limitata*, cit., p. 807; B. LIBONATI, *Diritto commerciale*, cit., p. 461, G. CABRAS, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di Capitali. Commentario*, cit., p. 1694.

⁽⁴²⁾ Così M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1188.

12. — *Soggetti destinatari e responsabilità patrimoniale per la solvenza dell'emittente a garanzia del compratore del titolo.*

L'art. 2483 c.c., con riferimento a questa problematica, deve essere inquadrato nell'ambito organizzativo della società a responsabilità limitata; infatti, con tale forma organizzativa è preclusa alla società lo svolgimento di attività finanziaria nei confronti del pubblico in generale, diversamente da quanto previsto nella s.p.a. che si ritiene costituisca un tipo societario destinato ad un'apertura verso il mercato e in particolare verso il mercato dei capitali (fatte salve – come si è osservato – le norme in materia di Start Up innovative, la nuova disciplina prevista in tema di PMI che ha modificato l'art. 100-ter del T.U. n. 58/1998 e la disciplina prevista dai vari “Decreti Sviluppo”, “Destinazione Italia “ e “Crescita” di cui si è parlato in precedenza).

Per tale motivo l'art. 2483 c.c. prevede che i titoli, emessi ai sensi del primo comma di tale norma, possano essere sottoscritti solo da investitori professionali “*Soggetti a vigilanza prudenziale a norma della legislazione speciale*”; in tal senso mi sembra che l'art. 2483 c.c. si ponga sempre come norma generale rispetto alle disposizioni di cui all'art. 100-ter del T.U. n. 58/1998 per cui nell'eventualità che il titolo di debito sia quotato la categoria degli “investitori professionali” e le “particolari categorie di investitori eventualmente individuate dalla CONSOB” cui si riferisce il comma 1-ter della norma da ultimo citata costituiscono un ampliamento del campo dei possibili sottoscrittori rispetto a quanto previsto nello stesso articolo 2483 c.c.

Quindi tali titoli, in base all'art. 2483 c.c., sono diretti in prima battuta a banche, fondi di investimento, Sim, compagnie di assicurazione, sicav, S.G.R.⁽⁴³⁾, fondazioni bancarie, fondi pensione, investitori professionali sog-

⁽⁴³⁾ Con riferimento alle SGR il “Bollettino di Vigilanza” di Banca d'Italia, n. 6, 2004, p. 6, ha previsto che – data la esclusività della loro attività – le stesse non possano rispondere della solvenza dell'emittente, ai sensi dell'art. 2483 c.c. e questo mal si concilierebbe con la previsione codicistica.

Va considerato, comunque, che tale idea sembrerebbe eccessiva anche sulla base di quanto previsto nell'art. 31, 2° comma, reg. CONSOB n. 11522/1998. In quest'ultimo

getti a vigilanza prudenziale, che siano quindi in grado di conoscere e capire tutti i rischi derivanti dal collocamento⁽⁴⁴⁾.

Infatti, la norma opera un distinguo tra il collocamento iniziale e la successiva circolazione del titolo, stabilendo che, nei successivi passaggi, il soggetto alienante risponderà della solvenza dell'emittente nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali o soci della società emittente.

In relazione a questo punto, da un esame letterale del disposto normativo, risulta che nella prima parte del 2° comma dell'art. 2483 c.c. si fa riferimento agli «investitori professionali *soggetti a vigilanza prudenziale a norma della legislazione speciale*», mentre nella seconda parte del medesimo comma si parla semplicemente di «investitori professionali»; si deve convenire in merito che la circostanza non è casuale, opinandosi che i soggetti che non possono beneficiare della garanzia *ex lege* prevista dall'art. 2483 c.c. siano tutti gli investitori professionali in generale, senza che debba trattarsi in particolare di quelli soggetti a vigilanza prudenziale, ampliando così la legge il numero di coloro che risultano esclusi dal beneficio della fidejussione prevista dalla norma⁽⁴⁵⁾.

Tutto quanto sopra detto si giustifica con la necessità di tutelare i soggetti che non siano riconducibili alla categoria degli investitori professionali e che quindi non abbiano determinate capacità e cognizioni o che non siano soci dell'emittente e conseguentemente potenzialmente a conoscenza della situazione patrimoniale di quest'ultima.

Per questo il legislatore, nell'ipotesi di trasferimento del titolo di debito in favore di soggetto estraneo alla compagine dell'emittente o non riconducibile alla figura dell'investitore professionale, ha stabilito che esista una

senso sembrerebbe, quindi, orientata l'opinione prevalente per la quale si consultino tra gli altri M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1198; A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1321.

⁽⁴⁴⁾ Si noti che l'art. 1, 1090° comma, l. n. 145/2018 (finanziaria 2019) ha previsto che anche le società di cartolarizzazione possano sottoscrivere titoli di debito e che l'emissione dei titoli ad esse destinati possa avvenire in deroga al secondo comma dell'art. 2483 c.c.

⁽⁴⁵⁾ La tesi è sposata anche dall'attenta analisi di M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1199; e da A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1324.

garanzia per la solvenza dell'emittente in favore del compratore e a carico del venditore; si tratterà in tal caso di una fidejussione *ex lege*⁽⁴⁶⁾ e cioè di una responsabilità solidale per debito altrui che graverà in capo al cedente. Ciò è tanto più vero qualora il cedente venga escusso a fronte dell'inadempiamento dell'emittente; infatti, avrà contro quest'ultima un'azione di regresso e potrà surrogarsi nei diritti del compratore stesso contro l'emittente stessa⁽⁴⁷⁾.

Tale garanzia è giusto e corretto che non spetti in favore del socio dell'emittente, considerando altresì che in tale ipotesi troverà applicazione la disciplina di postergazione prevista, al fine di attuare la capitalizzazione della s.r.l., dall'art. 2467 c.c., anche addirittura nell'ipotesi in cui a garanzia del titolo sia stata iscritta un'ipoteca⁽⁴⁸⁾, ritenendosi ammissibile la prestazione di questa garanzia nell'ambito della autonomia negoziale concessa alle parti.

In definitiva, quindi, tale disciplina prevista dall'art. 2483 c.c. si pone come una deroga ai principi stabiliti dalle norme generali in tema di cessione di credito e contenuti negli artt. 1266 e 1267 c.c.⁽⁴⁹⁾.

Si rileva in proposito che, mentre la garanzia della solvenza prevista

⁽⁴⁶⁾ Naturalmente, sorgendo l'obbligo di garanzia dalla previsione legale e non dalla volontà delle parti tale fidejussione per questo motivo si differenzia da una fidejussione convenzionale, rimanendo però inalterati gli effetti di garanzia in favore del creditore rispetto a quelli di una fidejussione negoziale. Sui contratti di garanzia in genere vedi A. SASSI, *Contratti di garanzia*, in A. PALAZZO, S. MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2008, p. 451 ss.

⁽⁴⁷⁾ Sulla surrogazione si leggano O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958; B. CARPINO, *Pagamento con Surrogazione. Artt. 1201-1205*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.

⁽⁴⁸⁾ Secondo G. CABRAS, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di Capitali. Commentario*, cit., p. 1696, all'operazione di finanziamento attuata tramite l'emissione di titoli di debito non sarebbe applicabile la disciplina della postergazione prevista dall'art. 2467 c.c. Sembra, invece, sicuramente preferibile sostenere che, essendo l'art. 2467 c.c. una norma "materiale", volta cioè a tutelare la sostanza della situazione giuridica al di là della forma, lo stesso debba trovare applicazione anche nella fattispecie dell'emissione dei titoli di debito; così M. CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 443.

⁽⁴⁹⁾ Sul punto vedi P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Artt. 1266-1267*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, p. 274 ss., spec. pp. 282-284.

dall'art. 1267 c.c. prevede che il cedente risponda verso il cessionario nei limiti di quanto ha ricevuto oltre accessori, la garanzia prevista dall'art. 2483 c.c. sarà azionabile non solo dall'immediato cessionario del titolo di debito ma anche da quello successivo, purché non sia investitore professionale o socio dell'emittente; inoltre, l'ammontare della garanzia non è limitato a quanto si è ricevuto per la cessione, ma è completo e totale nei confronti di tutti gli obblighi assunti dalla società emittente⁽⁵⁰⁾. Rimane salva l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 1267 c.c. che è espressione di un principio generale già individuato nell'art. 1227 c.c., secondo cui il soggetto creditore della prestazione vede ridotto o azzerato il suo credito qualora abbia tenuto un comportamento suscettibile di aggravare la posizione di colui che deve effettuare l'adempimento sia per adempiere ad un debito proprio sia per garantire un debito di altri.

In sostanza è condivisibile l'opinione di chi ritiene che tale garanzia operi in maniera simile a quella prevista in base all'art. 19 della legge cambiaria, dal momento che il corrispettivo pagato dal primo sottoscrittore non è conosciuto dai terzi⁽⁵¹⁾.

Resta ancora da chiedersi come si articoli tale garanzia in una catena di cessioni in cui il titolo di debito passi dai primi sottoscrittori a soggetti che non sono né soci dell'emittente né investitori professionali; in particolare, il dubbio è se – dopo il primo sottoscrittore – la garanzia sia dovuta da qualunque soggetto che trasferisca il titolo anche se non dotato della qualifica di “investitore professionale soggetto a vigilanza prudenziale” o se tale obbligo di garanzia, invece, sia imposto solo a quei soggetti che all'interno della catena di trasferimento rivestano la qualifica di “investitore professionale soggetto a vigilanza prudenziale”.

Sembrerebbe corretto propendere per quest'ultima soluzione nel senso che la garanzia della solvenza sarà dovuta solo dall'ultimo tra gli “investitori

⁽⁵⁰⁾ L'opinione è stata autorevolmente espressa tra gli altri da M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., pp. 1199-1202, A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1324.

⁽⁵¹⁾ Ciò è condiviso da A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1324; e da M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1201.

professionali soggetti a vigilanza prudenziale” che abbia acquistato il titolo di debito, con ciò facilitandosi la circolazione del titolo e restando aderenti alla lettera dell’art. 2483 c.c. che ha riconnesso tale responsabilità ad una precisa qualifica soggettiva⁽⁵²⁾.

In tale contesto la valutazione della qualità di “socio dell’emittente” dovrà essere effettuata solo con riferimento al momento dell’acquisto del titolo⁽⁵³⁾.

A conclusione del punto specifico, sembra si possa tranquillamente opinare che tale garanzia *ex lege* sia azionabile in tutte le ipotesi di insolvenza dell’emittente, compresa anche la sottoposizione di quest’ultima a procedure concorsuali collettive; del resto nel silenzio della legge non appare possibile pensare a limitazioni della stessa, trattandosi di previsione inderogabile in quanto prevista in favore di terzi creditori⁽⁵⁴⁾.

Ovviamente tale garanzia non entrerà in gioco qualora i titoli siano destinati a circolare solo tra investitori professionali, come nel caso della quotazione all’EXTRAMOT PRO.

In questa ultima fattispecie potrà trovare applicazione il privilegio speciale sui beni mobili destinati all’esercizio dell’impresa non iscritti in pubblici registri, previsto come facoltà delle parti dal comma 1-*bis* dell’art. 46 del T.U. bancario.

Da ultimo si rileva che tale fidejussione *ex lege*, secondo parte della Dottrina⁽⁵⁵⁾, costituirebbe sufficiente motivazione per escludere l’applicazione della disciplina di cui al T.U. n. 58/1998, in caso di successiva immissione di titoli di debito da parte degli investitori professionali sul mercato secon-

⁽⁵²⁾ Vedi A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1324; M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1202; M. DOLZANI, E. CORSO, *Titoli di debito: regime di responsabilità e limiti nella circolazione*, cit., pp. 256-257.

⁽⁵³⁾ L’idea è sposata da A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., pp. 1324-1325, e da G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1809; si veda, altresì, anche M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p.1198 ss.

⁽⁵⁴⁾ Tale opinione trova conforto nel pensiero di M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1202.

⁽⁵⁵⁾ Così S. PATRIARCA, *I titoli di Debito della s.r.l. tra opportunità e problemi interpretativi*, Milano, 2005, p. 50.

dario; in verità, l'opinione opposta⁽⁵⁶⁾ riterrebbe, comunque, applicabile la disciplina del T.U.F. nell'ipotesi in cui venga effettuata la sollecitazione all'investimento in favore di soggetti non qualificati.

Va, però, ricordato che – ai sensi dell'art. 100, T.U. n. 58/1998 come integrato dall'art. 34-ter del regolamento CONSOB adottato con delibera 11971 del 1999 come modificata con delibera 21016 del 2019 – anche la circolazione dei titoli di debito successiva all'emissione degli stessi potrà essere ricondotta al di fuori della disciplina dell'“offerta al pubblico di prodotti finanziari”, come già si è detto al punto 4 di questa parte seconda del presente lavoro⁽⁵⁷⁾.

13. — *Vicende della società emittente.*

Al riguardo vengono qui esaminate tre ipotesi particolari: quella della riduzione di capitale, della trasformazione e della fusione o della scissione.

Con riferimento all'ipotesi della riduzione di capitale sociale è chiaro che – ove si tratti della riduzione volontaria prevista dall'art. 2482 c.c. – i creditori sociali saranno protetti dalla facoltà di opposizione prevista dalla norma medesima⁽⁵⁸⁾.

Resta da considerare quale sia la sorte della delibera *ex* art. 2482 c.c. adottata in pendenza di emissione di titoli di debito, a fronte della quale emissione la società si sia assunta l'impegno di mantenere il capitale ad un certo ammontare. Mi sembra possa ritenersi in proposito che, qualora si tratti di impegno a latere della delibera di emissione, la delibera di riduzione sia lecita e nulla possano pretendere i creditori che non abbiano esperito opposizione ai sensi dell'art. 2482 c.c.

Diversamente, qualora si ricada nell' ipotesi di riduzione per perdite, la

⁽⁵⁶⁾ È quanto riaffermato da B. LIBONATI, *Diritto commerciale*, cit., ed. 2009, p. 513.

⁽⁵⁷⁾ Così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 573, nt. 14.

⁽⁵⁸⁾ Sul punto, si osservi M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1204.

stessa è atto dovuto e non dovrebbe incidere sull'emissione dei titoli di debito stante l'obbligatorietà e vista l'assenza di limiti almeno nella previsione dell'art. 2483 c.c.⁽⁵⁹⁾.

Anche la trasformazione da s.r.l. a s.p.a. si ritiene compatibile con l'emissione di titoli di debito già effettuata in virtù del generale principio per cui le società di capitali possono emettere strumenti finanziari non partecipativi; infatti, come giustamente è stato sostenuto⁽⁶⁰⁾, anche qualora siano superati i limiti previsti dall'art. 2410 c.c., l'interprete potrà trovare conforto nel secondo comma dell'art. 2412 c.c. per cui i limiti possono essere superati se «le obbligazioni sono emesse in favore di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale in base alle leggi speciali», con tutte le conseguenze che da ciò deriveranno (garanzia della solvenza nei confronti dei successivi acquirenti prevista sia dall'art. 2412, 2° comma, c.c. che dall'art. 2483, 2° comma, c.c.).

Non può affermarsi, al contrario, l'ammissibilità della trasformazione di società a responsabilità limitata in società di persone qualora sia stata effettuata un'emissione di titoli di debito; tantomeno sarà possibile una trasformazione eterogenea da s.r.l. in un altro ente cui il codice civile non consenta l'emissione di strumenti finanziari (art. 11, d.lgs. n. 385/1993)⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ È interessante leggere in argomento F. TASSINARI, *La riforma delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 189.

⁽⁶⁰⁾ Così M. STELLA RICHTER jr., *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, cit., p. 1203; A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1325, specifica che bisognerà trasformare i titoli di debito in obbligazioni aventi il medesimo contenuto dei primi.

Di particolare interesse sulla questione è la massima n. 20 del Consiglio Notarile di Firenze che prevede che una s.p.a. che ha emesso obbligazioni possa trasformarsi o partecipare ad una fusione la cui risultante sia una s.r.l. o scindersi dando luogo ad una s.r.l. «*anche senza estinguere o novare il prestito obbligazionario, purché lo statuto della società trasformata preveda la possibilità di emettere titoli di debito e, alternativamente: a) le obbligazioni siano state emesse ai sensi dell'articolo 2412, 2° comma, c.c. (in misura eccedente i limiti di cui al 1° comma del medesimo articolo ma siano destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali) ed i soci-obbligazionisti, ove presenti, abbiano prestato il loro consenso; b) un soggetto avente le caratteristiche dell'investitore professionale presti una garanzia fideiussoria in ordine alla solvenza della società trasformata, avente le caratteristiche di cui all'art. 2483 c.c.*».

⁽⁶¹⁾ Oltre ad A. BUSANI, *Titoli di debito di s.r.l.*, cit., p. 1325; e a M. STELLA RICHTER jr., *I*

Circa la fusione e la scissione, sarà possibile effettuare la relativa operazione considerando che i terzi creditori saranno tutelati dalle norme previste in loro favore, che consentono la facoltà di opposizione.

14. — *Rapporti tra la disciplina dell'art. 2483 codice civile e l'art. 32 del d.l. n. 83/2012.*

È spontaneo che l'interprete si ponga il problema dell'interazione tra la disciplina dettata dall'art. 2483 c.c. rispetto a quella prevista – limitatamente alla parte applicabile ai titoli di debito e relativa alla quotazione – dall'art. 32, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 e dalle successive disposizioni integrative e modificative del medesimo; in proposito riterrei possibile pensare che l'art. 2483 c.c. contenga la normativa generale da applicare alla fattispecie, nei limiti in cui non risulti derogata dall'art. 32 del d.l. n. 83/2012 e dalla normativa successiva in materia che può considerarsi *lex specialis*.

In effetti, la conferma che l'art. 2483 c.c. configuri la previsione generale è riscontrabile nell'ultimo comma del medesimo che fa salva l'applicazione delle leggi speciali per «particolari categorie di società (...»); con ciò può ritenersi che la norma abbia operato una salvezza anche nei confronti della disciplina prevista dall'art. 32, d.l. n. 83/2012 e dalle successive disposizioni.

Per questo, qualora l'emissione dei titoli di debito sia destinata ad essere quotata all'EXTRAMOT PRO, può opinarsi che sia applicabile alla stessa il primo comma dell'art. 2483 c.c., unitamente al terzo e al quarto della stessa norma.

Invece, come già detto, quando il titolo di debito venga quotato all'EXTRAMOT PRO, non risulterà applicabile la parte dell'art. 2483 c.c. nel punto in cui si prevede la garanzia della solvenza nella successiva circolazione del titolo di debito stesso.

titoli di debito delle società a responsabilità limitata, cit., pp. 1203-1204, si consulti in particolare G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1817.

15. — *Rapporti tra titoli di debito e fallimento.*

Con riferimento alla normativa fallimentare i titoli di debito sono disciplinati dall'art. 58, l. fallimentare la quale prevede che i relativi crediti derivanti dall'emissione dei titoli siano ammessi al passivo al valore nominale, detratti i rimborsi già effettuati.

La normativa in esame, inoltre, stabilisce che, qualora esista un premio da estrarre a sorte, il valore del medesimo, attualizzato sia ripartito tra tutti i soggetti che avrebbero avuto il diritto di partecipare al sorteggio. In definitiva, si tratterà di creditori chirografari che vengono ammessi al passivo nei termini sopra esposti; va dato conto, in proposito, che l'art. 157 del codice della crisi d'impresa non innova il testo dell'art. 58, l. fallimentare ancora vigente.

Ovviamente, la collocazione di tale credito in sede fallimentare dovrà sempre tener conto della disciplina dell'art. 2467 c.c., qualora il titolo di debito abbia come legittimo titolare un socio della società fallita.

III. — TRATTAMENTO FISCALE DEI TITOLI DI DEBITO
AI FINI DELLE IMPOSTE INDIRETTE

16. — *La legislazione speciale vigente e la ricostruzione sistematica.*

L'art. 20-*bis* del d.P.R. n. 601/1973, così modificato dall'art. 7-*quater* del d.l. n. 193/2016 come convertito, estende la disciplina prevista per l'applicazione dell'imposta sostitutiva di cui agli artt. 15 e seguenti del detto d.P.R. anche all'emissione di obbligazioni o di "titoli similari", da chiunque sottoscritte, in deroga all'applicazione delle ordinarie imposte di registro, di bollo e ipotecarie; in particolare tale regime è applicabile alle «*garanzie di qualunque tipo, da chiunque e in qualsiasi momento prestate in relazione alle operazioni di finanziamento strutturate come emissioni di obbligazioni o titoli similari alle obbligazioni di cui all'art. 44 (...) TUIR (...) da chiunque sottoscritte*»; nonché per «*eventuali surroghe, sostituzioni, postergazioni frazionamenti, cancellazioni anche parziali, ivi comprese le*

cessioni di credito stipulate in relazione alle stesse, nonché ai trasferimenti di garanzie anche conseguenti alla cessione delle predette obbligazioni»; ciò vale anche per la delibera modificativa e il conseguente contratto modificativo delle condizioni e delle modalità dell'emissione stessa.

Leggendo tale norma, il 2° comma della medesima prevede che l'opzione di cui all'art. 17, 1° comma (del d.P.R. n. 601), sia esercitata nella delibera di emissione o in «analogo provvedimento autorizzativo».

Fatto il punto sul dato normativo, a nostro avviso, si evidenzia una serie di interrogativi e più precisamente: *a)* cosa si intenda per «titoli similari alle obbligazioni di cui all'articolo 44, comma 2, lettera *c)*, TUIR», *b)* quale sia la logica della norma che non estende il trattamento agevolativo alla delibera di emissione in senso stretto e se sia possibile un'interpretazione estensiva della norma agevolativa in esame, *c)* quale sia il momento in cui deve essere effettuata l'opzione.

Passando ad esaminare il primo quesito si deve convenire che per titoli assimilati alle obbligazioni ai sensi del 44, 2° comma, lett. *c)*, TUIR si intendono dei titoli che hanno caratteristiche omogenee con quelle richieste per i titoli obbligazionari; in particolare dovrà trattarsi di una emissione di “titoli di massa”, che non devono attribuire ai possessori alcun diritto di partecipazione diretta o indiretta alla gestione dell'impresa emittente né di controllo sulla stessa⁽⁶²⁾; pertanto, risulta evidente come la natura e le clausole dell'emissione vadano poi ad influenzare l'applicazione della norma tributaria.

Quanto al secondo quesito appare davvero difficile limitare l'applicazione dell'art. 20-*bis* alla sola “prestazione di garanzie”⁽⁶³⁾ espressamente prevista dalla legge quando, poi, il testo normativo afferma che l'agevolazione è

⁽⁶²⁾ Le caratteristiche ora evidenziate erano previste anche nella Risoluzione 54/E del 3 marzo 2009 emanata dalla Direzione Centrale Normativa e Contenzioso dell'Agenzia delle Entrate, che in proposito parlava dei presupposti richiesti – in capo ai titoli obbligazionari – ai fini dell'applicazione del regime di tassazione già all'epoca vigente in base all'art. 26, 1° comma, d.P.R. n. 600/1973.

⁽⁶³⁾ L'interpretazione letterale ora riferita emerge chiaramente anche in un articolo pubblicato in *FISCO OGGI*, Rivista on-line dell'Agenzia delle Entrate, Analisi e commenti, *La tassazione dei finanziamenti: regime dell'imposta sostitutiva - 1*, pubblicata in data 27 ottobre 2016.

concessa anche a tutte le altre ipotesi di modificazione del rapporto, comprese «*le cessioni delle predette obbligazioni nonché alla modificazione o estinzione di tali operazioni*»; francamente la *ratio* che possa portare all'esclusione della delibera di emissione in senso stretto da tale beneficio appare ben difficilmente comprensibile e ipotizzabile.

Può ritenersi, perciò – pur considerando che la normativa agevolativa deve essere interpretata in maniera estremamente rigida e quanto più possibile aderente al testo letterale – che anche nel caso di specie possa effettuarsi un'estensione fino a ricomprendere nei benefici dell'art. 20-*bis* anche la “delibera di emissione” in senso stretto. In effetti, volgendo lo sguardo al passato, l'interprete sa bene che in talune circostanze la prassi dell'Agenzia delle Entrate ha dilatato alcune norme agevolative, come tali eccezionali, dandone un'interpretazione in favore del contribuente; si veda a questo fine l'interpretazione che l'amministrazione finanziaria ha effettuato circa le agevolazioni “prima casa” in materia di imposta di registro⁽⁶⁴⁾.

Che l'interpretazione più ampia e favorevole al contribuente sia quella da ritenere corretta e rispondente alla *ratio* della norma emerge anche dalla interpretazione che la Corte costituzionale ha dato nei confronti dell'art. 15, 1° comma, d.P.R. n. 601/1973, dichiarandolo costituzionalmente illegittimo nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'agevolazione fiscale ivi prevista alle operazioni di finanziamento effettuate dagli intermediari finanziari diversi dalle banche⁽⁶⁵⁾; in tal modo viene evidenziata la necessità di andare

⁽⁶⁴⁾ In particolare sul punto può essere consultata la Circolare 38/E del 12 agosto 2005 che ha ampliato notevolmente in favore del contribuente il campo di applicazione della relativa normativa; vedi anche la recentissima Risoluzione n. 13 del 26 gennaio 2017 che ha previsto la «Permanenza dell'agevolazione “prima casa” in caso di vendita infraquinquennale e costruzione entro un anno su terreno già di proprietà di un immobile da adibire ad abitazione principale». Va ulteriormente considerato che anche la Cassazione ha interpretato la normativa agevolativa in materia di prima casa in senso ampio; si osservi ad esempio Cass., 14 ottobre 2012, n. 23064, la quale ha stabilito che ha diritto all'agevolazione “prima casa” chi, al momento dell'acquisto di un immobile, sia proprietario di un altro immobile (comprato come A/2 ma poi) utilizzato come studio professionale, per il motivo che la legge «stabilisce che il diritto ai “benefici prima casa” spetta al compratore che dichiari “di non possedere altro fabbricato o porzione di fabbricato idoneo ad abitazione”».

⁽⁶⁵⁾ Così Corte cost., 20 novembre 2017, n. 242, in *Foro it.*, 2018, I, c. 45.

oltre il disposto letterale di tale disciplina ove vi si riscontri identica finalità di legge.

Fa riflettere, infine, anche il 2° comma dell'art. 20-*bis* circa il momento in cui debba essere effettuata l'opzione; non si capisce, infatti, perché nell'art. 17 del medesimo d.P.R. l'opzione vada esercitata per iscritto all'atto del finanziamento, mentre in base al 2° comma dell'art. 20-*bis* debba essere esercitata nella delibera di emissione o «in analogo provvedimento autorizzativo».

Sembrirebbe quasi che il legislatore abbia confuso la delibera che riguarda una vicenda endosocietaria, con il contratto di finanziamento che riguarda l'attività svolta nei confronti dei terzi.

In tale contesto, in effetti, quale valenza avrebbe effettuare l'opzione quando il finanziamento ancora non si è perfezionato? Per questo nella prassi applicativa sarà buona norma che – nel corpo della delibera di emissione – intervengano anche gli investitori istituzionali per la sottoscrizione dei titoli di debito, in maniera tale che l'opzione risulti esercitata nella delibera, ma in una unità documentale con il contratto di sottoscrizione, come già in precedenza affermato.

L'aliquota impositiva dello 0,25% andrà applicata sull'intero ammontare del finanziamento.

Va dato atto, inoltre, che la prassi amministrativa rilevabile in taluni uffici dell'Agenzia delle Entrate tassa comunque la delibera di emissione con un'imposta di registro fissa di euro 200 oltre ad un'imposta di bollo forfettaria di euro 156, facendo applicazione letterale della norma ora commentata. Tale prassi, secondo le considerazioni svolte, non sarebbe condivisibile qualora si ritenga di estendere il trattamento fiscale agevolativo di cui all'art. 20-*bis* del d.P.R. n. 601/1973 anche alla delibera stessa in quanto tale.

A livello puramente teorico va, poi, considerata anche l'eventualità in cui non venga effettuata l'opzione nei termini sopra enunciati; in questo caso alla delibera di emissione, in base all'art. 10, d.P.R. n. 633/1972, andrà applicata giustamente l'imposta fissa di registro di euro 200, oltre al bollo forfettario di euro 156 o 225 secondo le casistiche già esposte precedentemente, tenendo conto della relativa normativa; qualora, inoltre, venga concessa una garanzia

personale o reale da parte di terzi, dovrà essere considerato l'art. 6 della tariffa, in parte prima, allegata al d.P.R. n. 131/1986, con prelievo fiscale nella misura dello 0,50% sull'ammontare della garanzia.

Quanto all'imposta ipotecaria, quest'ultima andrà applicata nella misura proporzionale del 2% sul montante ipotecario, a tenore del disposto dell'art. 1 della tariffa facente parte del d.lgs. n. 347/1990 sempre in mancanza dell'opzione.

Passando, poi, alla delibera modificativa dello statuto – volta a legittimare la successiva delibera di emissione di titoli di debito – questa giustamente sconterà l'ordinaria tassazione di registro, oltre all'imposta di bollo determinata in maniera forfettaria⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁶⁾ Una disciplina fiscale particolare è prevista all'art. 77, d.l.t. n. 117/2017 con riferimento ai titoli di debito volti a favorire il finanziamento e il sostegno delle attività relative ad enti del terzo settore; come si è già detto, tale disciplina è però estranea al presente scritto.

SIMONE FRANCESCO COCIANI^(*)

LA FATTURAZIONE DI OPERAZIONI SOGGETTIVAMENTE INESISTENTI. PROFILI CRITICI

Abstract: The Author, taking inspiration from the latest news on tax offenses, traces the evolution of the discipline of the crime of fraudulent reporting through the use of invoices or other documents for non-existent operations in order to highlight the various critical issues. Among these, a particular emphasis deserves the overlap between tax, criminal and administrative penalties, the latter as well as deriving from the recent extension of the d.lgs. June 8, 2011, n. 231 also to tax offenses.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Breve *excursus* storico. – 2.1. La timida genesi del diritto penale tributario. – 2.2. L'illusione panpenalistica. – 2.3. Il diritto penale tributario minimo. – 2.4. Il tradimento della riforma del 2000. – 2.5. I più recenti ed estemporanei interventi. – 3. La nozione di operazioni soggettivamente inesistenti nell'attuale sistematica. – 3.1. La differenza tra operazioni soggettivamente inesistente e simulazione. – 4. Il riflesso della distinzione tra operazioni soggettivamente inesistenti e simulazione o interposizione fittizia in termini di criminalizzazione della relativa fattispecie. Conseguenze e profili critici. – 5. L'elemento psicologico del reato. – 6. La consumazione. – 7. Fattura per operazioni inesistenti e responsabilità amministrativa *ex* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Possibili criticità.

1. — *Premessa.*

Il tema della fatturazione di operazioni inesistenti è quanto mai attuale. È infatti noto che, da ultimo, il d.l. n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito in l. n. 157 del 19 dicembre 2019, è significativamente intervenuto in tema di reati tributari. E ciò il legislatore ha fatto – sia in una dimensione sostanziale, sia in una dimensione processuale o, comunque, più in generale, strumentale – incrementando la misura delle pene edittali previste per determinati reati tributari (e con ciò aprendo – limitatamente ai delitti connotati da maggior

(*) Università degli Studi di Perugia.

disvalore sociale⁽¹⁾ – sia al ricorso alle intercettazioni nel corso delle indagini preliminari, sia all'applicazione di misure coercitive, diverse dalla custodia cautelare in carcere⁽²⁾, per determinati reati tributari), ovvero estendendo, con riferimento a determinati reati tributari, la confisca allargata o per sproporzione, ovvero ampliando il novero dei cc.dd. “reati presupposto” rilevanti al fine di affermare la responsabilità amministrativa degli enti *ex* d.lgs. 231/2001, ovvero, ancora, estendendo i casi di non punibilità alla dichiarazione fraudolenta (sia mediante uso di fatture per operazioni inesistenti, sia mediante uso di altri artifici)⁽³⁾ che, quindi, ora si estinguono con l'integrale pagamento del debito tributario (determinando così l'assoluzione per non punibilità)⁽⁴⁾ e, infine, intervenendo sui termini di prescrizione del reato.

Peraltro, la gran parte delle modifiche appena evocate dispiegano i loro effetti in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 2, 3 e 8, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (rispettivamente in tema di: “*dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*”, ovvero di “*dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*”, ovvero di “*emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*”), sicché sembra utile principiare offrendo un breve inquadramento generale e sistematico sul tema dei reati tributari dichiarativi, con particolare riferimento a quelli connotati da una certa fraudolenza derivante dall'utilizzazione di documenti falsi (e, tra questi, ancora più in particolare, quelli ritenuti “falsi” sotto il profilo soggettivo), per poi cogliere alcuni profili di criticità, anche strettamente collegati alle innovazioni recentemente introdotte (ad esempio in materia di sopravvenuta incoerenza rispetto all'art. 9 della l. delega 25 giugno 1999, n. 205, ovvero in materia di eccessività del cumulo di sanzioni penali, ivi comprese quelle da respon-

⁽¹⁾ Si tratta: della dichiarazione fraudolenta, dell'emissione di fatture o altri documenti falsi, dell'occultamento o distruzione di documenti contabili, dell'indebita compensazione con crediti inesistenti e della sottrazione fraudolenta nell'ipotesi aggravata.

⁽²⁾ Si tratta di misure quali: divieto di espatrio, obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, arresti domiciliari.

⁽³⁾ Cfr. il nuovo testo dell'art. 13, d.lgs. n. 74/2000.

⁽⁴⁾ Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, Relazione, in corso di pubblicazione.

sabilità amministrativa dell'ente, e amministrative tributarie, potendosi così configurare una possibile violazione rispetto al principio del *ne bis in idem*). Il presente lavoro – volutamente – non tratterà invece le numerose e delicate questioni relative all'indebita detrazione dell'Iva e alla ripartizione dell'onere della prova tra amministrazione e contribuente, con conseguenze anche ai fini delle imposte sui redditi, in quanto oggetto di contributi ad altri affidati.

2. — *Breve excursus storico.*

2.1. — *La timida genesi del diritto penale tributario.*

Ritenendo opportuno muovere da una prospettiva storico-sistemica, seppur brevemente, è possibile osservare che il ricorso alla sanzione penale per contrastare l'infedeltà rispetto agli obblighi tributari, nel nostro ordinamento, risale agli anni immediatamente successivi alla proclamazione del Regno d'Italia. Difatti, è con il Regolamento doganale del 21 ottobre 1861 (poi sostituito da quello dell'11 settembre 1862), cui fece seguito il d.lgs. 28 giugno 1866, n. 3020, che vennero introdotte sanzioni penali per contrastare il contrabbando. Quanto ai tributi diretti, la l. 23 giugno 1873, n. 844 – che per prima introdusse sanzioni penali per violazioni in materia di imposte sui redditi – rimase di fatto inapplicata tanto da costituire un esempio di desuetudine di una legge penale. In seguito, la l. 9 dicembre 1928, n. 2834 introdusse sanzioni penali per violazioni in materia di imposte dirette, sebbene limitatamente alla fase della riscossione. Infine, solo con la l. 7 gennaio 1929, n. 4 vennero introdotte delle disposizioni generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie relative ai tributi dello Stato. Tra queste è possibile osservare l'eccentricità di talune disposizioni rispetto ai principi generali del diritto penale comune come, ad esempio, il principio di fissità (art. 1), la regola del cumulo materiale, anziché di quello giuridico, in caso di concorso e di continuazione (art. 8), il principio dell'ultrattività delle leggi penali tributarie (art. 20) e l'istituzione della pregiudiziale tributaria (art. 21). Tuttavia, nonostante la severità delle scelte di principio fatte, la sistematica

di cui alla l. n. 4/1929 presupponeva alquanto raramente l'applicazione di pene detentive, anche in ragione del principio di alternatività (art. 3). Analogamente, anche nel contesto del T.U. n. 645/1958 risultava privilegiato il ricorso alla sanzione pecuniaria, sia essa di natura amministrativa ovvero penale, risultando del tutto recessivo il ricorso alla pena detentiva.

2.2. – *L'illusione panpenalistica.*

Diversamente, solo nel quadro degli interventi di riforma del 1971-1973, in specie per effetto dell'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto, è possibile registrare un netto cambiamento nell'approccio sanzionatorio rispetto alle violazioni tributarie. Difatti, oltre al superamento del principio dell'alternatività tra sanzione penale e amministrativa, è possibile riscontrare un netto aumento delle fattispecie sanzionate con pena detentiva (con corrispondente aumento dei massimi edittali), seppur in presenza della permanenza dell'istituto della pregiudiziale tributaria.

Quindi, è con la successiva emanazione del d.l. 10 luglio 1982, n. 429, convertito nella l. 7 agosto 1982, n. 516 (meglio nota come “manette agli evasori”), che la svolta impressa nella direzione del ricorso alla sanzione detentiva emerge chiaramente, anche per effetto della previsione della punibilità in sede penale di un ampio novero di violazioni tributarie, tra le quali – come noto – furono comprese anche le c.d. “fattispecie prodromiche”.

Ora, al di là del giudizio storico, la l. n. 516/1982 ha senza dubbio costituito un complesso e articolato (sotto)sistema repressivo, funzionale ad accompagnare la transizione dallo Stato di diritto allo Stato sociale di diritto, caratterizzato quest'ultimo dalla necessità di finanziare – con sempre maggior speditezza – un numero, sempre crescente, di obiettivi di politica economica e sociale⁽⁵⁾. In altri termini, se è vero, come anche recentemente ricordato dalla Corte costituzionale (cfr. sent. 23 dicembre 2019, n. 288)⁽⁶⁾,

⁽⁵⁾ In tal senso E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Torino, 2016, p. 8.

⁽⁶⁾ Tra i primi commenti si veda G. FRANSONI, *Un'importante sentenza della Corte costituzionale sulla legittimità delle discriminazioni qualitative*, in *fransoni.it*.

che il dovere tributario (e, quindi, il sistema tributario) svolge un ruolo essenziale nell'organizzazione dello Stato – perché «è *preordinato al finanziamento del sistema dei diritti costituzionali (...) sia quelli sociali (...) sia gran parte di quelli civili*» e, dunque, da ciò deriva che la violazione del dovere tributario «*rec(a) pregiudizio (...) al suddetto sistema dei diritti*»⁽⁷⁾ – allora ben si comprende come il legislatore dell'epoca (e, in specie, il Governo) non abbia resistito alla tentazione di assicurare il perseguimento dei propri obiettivi socio-economici facendo affidamento su di un sistema tributario e repressivo non solo ampiamente rinnovati ma, nel loro rapporto di reciprocità, caratterizzati dalla (tanto innaturale quanto inappropriata) strumentalità del secondo rispetto al primo.

Insomma, risulta piuttosto evidente come il legislatore della l. 516/1982 intese demandare l'efficacia e l'efficienza del sistema tributario, più che altro, alla risposta sanzionatoria dello Stato, enfatizzandone non solo la funzione affittiva ma anche quella deterrente, sicché la sanzione penale (e in particolare quella detentiva), anziché costituire *extrema ratio*, assunse una funzione prettamente preventiva, indifferente alle logiche che governano il mondo degli affari.

Ora, sappiamo tutti che le aspettative generate dalla l. n. 526/1982 andarono ben presto deluse. Da un lato, a cagione della sentenza della Corte costituzionale 12 maggio 1982, n. 88, con cui fu dichiarata l'incostituzionalità della pregiudiziale tributaria⁽⁸⁾, il giudice penale fu costretto a svolgere le funzioni tipiche del giudice tributario e, non essendo a ciò attrezzato, a ricorrere all'ausilio di periti, in tal modo allungando significativamente i tempi del processo e, in definitiva, attenuando la funzione deterrente delle sanzioni penali. Dall'altro, a cagione dell'ampio novero di illeciti suscettibili di sanzione penale, anche per violazioni c.d. "bagatellari"⁽⁹⁾, ben presto si crearono condizioni tali da mettere sotto *stress* la stessa giustizia penale,

⁽⁷⁾ Cfr. sent. 23 dicembre 2019, n. 288.

⁽⁸⁾ Seppur in relazione agli artt. 60 e 21, 3° comma, l. n. 4/1929.

⁽⁹⁾ Ad esempio in tema di scritture contabili, di bolle di accompagnamento, ovvero di ritardato versamento delle ritenute.

con conseguente ulteriore allungamento dei tempi per l'accertamento della verità e, inoltre, con ulteriore perdita di deterrenza del sistema, posto che la proliferazione delle fattispecie penali aveva altresì attenuato il disvalore sociale di determinate condotte.

A tale assetto normativo seguirono, nel corso del tempo, alcune modifiche⁽¹⁰⁾, tuttavia non in grado di rinnegare lo speciale panpenalismo introdotto con la l. n. 516/1982.

2.3. – *Il diritto penale tributario minimo.*

Solo alquanti anni dopo il legislatore trovò la forza per (cercare di) rovesciare l'impostazione preesistente, con l'obiettivo di ricondurre il diritto penale tributario all'interno del diritto penale c.d. "comune". In altre parole, con l. 25 giugno 1999, n. 205, si delegò il governo a depenalizzare una serie di reati tributari minori e a eliminare tutte quelle eccentricità che avevano fatto del diritto penale tributario un (sotto)sistema affatto speciale. Più in dettaglio, tra i vari principi e criteri direttivi, l'art. 9 della legge di delega prevedette: *i)* un ristretto numero di fattispecie, di natura esclusivamente delittuosa, punite con pena detentiva; *ii)* soglie di punibilità idonee a limitare l'intervento penale ai soli illeciti economicamente significativi (salvo che per quanto concerne l'emissione o l'utilizzazione di documentazione falsa e l'occultamento e/o la distruzione di documenti contabili); *iii)* sanzioni accessorie da determinare nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità rispetto alla gravità della fattispecie; *iv)* meccanismi premiali atti a favorire il risarcimento del danno; *v)* di uniformare la disciplina della prescrizione dei reati (tributari) a quella generale, salvo deroghe rese opportune dalla particolarità della materia; *vi)* di prevedere l'applicazione della sola disciplina speciale quando uno stesso fatto risulti punito da una disposizione che prevede una sanzione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa; *vii)* di coordinare le nuove disposizioni (anche) con il sistema sanzionatorio amministrativo, così da assicurare risposte coerenti e concretamente dissuasive.

⁽¹⁰⁾ Cfr. d.l. 16 marzo 1991, n. 83, conv. con mod. in l. 15 maggio 1991, n. 154.

Sia ora consentito osservare – anche in relazione a quanto si dirà appresso – che la scelta di introdurre la riforma in discorso attraverso lo strumento della delega legislativa, se da un lato assicurava la possibilità di svolgere un qualche dibattito in sede parlamentare, dall'altro ne limitava il perimetro ai principi e ai criteri direttivi della delega stessa, di tal guisa rimettendo al governo la fissazione dell'area di rilevanza dei comportamenti punibili. Difatti il governo fu delegato a determinare, in concreto, le soglie di punibilità, seppur nel limite di quelle individuate nella l. delega (cfr. art. 9, l. n. 205/1999⁽¹¹⁾).

In seguito, il d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, cui spettò dare attuazione alla delega, recuperò chiaramente la funzione di *extrema ratio* che, invero *naturaliter*, spetta al diritto penale, ivi compresa la sua declinazione in ambito tributario.

Seguendo questa logica di fondo il legislatore abbandonò quindi il *furor* sanzionatorio in precedenza mostrato con riferimento alle fattispecie prodromiche, per concentrare la repressione penale sul momento della dichiarazione tributaria, ritenuto questo essere il *topos* nel quale si realizza l'evasione tributaria. Conseguentemente il d.lgs. n. 74/2000 fu incentrato su di un nucleo fondamentale formato: *i*) da delitti dichiarativi (dichiarazione fraudolenta, dichiarazione infedele e dichiarazione omessa), *ii*) da alcune figure delittuose collaterali di sicura attitudine lesiva (emissione di fatture e/o altri documenti per operazioni inesistenti atti a consentire a terzi l'evasione), *iii*) dalla previsione del reato volto a sanzionare le condotte di occultamento e/o distruzione di documenti in guisa tale da impedire la ricostruzione dei redditi e del volume d'affari, *iv*) dalla previsione del reato volto a sanzionare la sottrazione alla riscossione coattiva delle imposte mediante il compimento di atti in frode, su beni propri o altrui.

2.4. *Il tradimento della riforma del 2000.*

La spinta verso un diritto penale tributario “minimo” esaurì ben presto la sua forza propulsiva.

⁽¹¹⁾ Che, in concreto, prevede una forchetta tra sei mesi e sei anni, con esclusione di circostanze aggravanti ad effetto speciale caratterizzate da rilevante offensività e dal fine di evasione o di conseguimento di indebiti rimborsi.

Difatti, in un primo tempo, vari provvedimenti clemenziali⁽¹²⁾ limitarono assai l'applicazione giurisprudenziale della nuova normativa. Nel contempo, lo stesso legislatore intervenne – a più riprese – sul *corpus* normativo da poco introdotto, non di rado con innesti poco o affatto (meditati e) coerenti con l'impianto sistematico generale e con gli stessi criteri direttivi della legge di delega che ne costituivano la base⁽¹³⁾. Più in particolare il legislatore, non rinunciò a ricorrere ad una tecnica normativa di tipo casistico, in contrasto con la filosofia di fondo della riforma del 2000, come osservato imperniata su poche fattispecie generali ed astratte. A titolo esemplificativo, basti ricordare l'introduzione degli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater* del d.lgs. n. 74/2000, con cui sono sanzionate, rispettivamente, le fattispecie di omesso versamento di ritenute, di omesso versamento dell'Iva e di indebita compensazione. Al riguardo, è evidente il ripudio dei principi che, solo pochi anni prima, avevano ispirato la riforma del 2000. Invero, con gli interventi da ultimo menzionati, si sono (perfino) criminalizzati meri inadempimenti, per giunta senza che fosse richiesto l'elemento psicologico del dolo specifico, invece previsto per tutte le altre condotte originariamente contemplate dal d.lgs. n. 74/2000.

Peraltro, è appena il caso di osservare che la pressoché contestuale introduzione del c.d. “raddoppio dei termini” per l'accertamento tributario, con riferimento a fattispecie delittuose in quanto tali ritenute meritevoli di rapporto all'autorità giudiziaria (e ciò a prescindere dall'esito del relativo procedimento penale)⁽¹⁴⁾, ha, da un lato, reso evidente la funzione servente del diritto penale tributario rispetto alle esigenze erariali e, dall'altro, ha certamente incrinato il principio della separatezza ed autonomia dei procedimenti penale e amministrativo, invece posto alla base della riforma del 2000.

Nel corso del 2011 sono poi seguite ulteriori modifiche, nel senso di: *i*) escludere la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena

⁽¹²⁾ A partire dalla l. 27 dicembre 2002, n. 289, cui seguì lo scudo fiscale del 2009 (a sua volta riproduttivo di quello del 2001), per poi terminare con la regolarizzazione del 2014-2015 (c.d. “*voluntary disclosure*”).

⁽¹³⁾ Si vedano gli interventi di cui alla c.d. “Legge finanziaria per il 2005” e il c.d. “Decreto Visco-Bersani del 2006”.

⁽¹⁴⁾ Cfr. art. 37, commi 24 e 25, del d.l. n. 223/2006.

oltre una certa soglia di evasione; *ii*) abbassare le soglie di punibilità; *iii*) eliminare le ipotesi attenuate per i reati di utilizzazione ed emissione di fatture per operazioni inesistenti; *iv*) aumentare i termini di prescrizione; *v*) introdurre una condizione ostativa all'applicazione della pena su richiesta delle parti⁽¹⁵⁾; *vi*) criminalizzare sia la condotta di esibizione o trasmissione all'a.f. di documenti falsi, a prescindere dalle conseguenze, sia la condotta del contribuente consistente nel rendere dichiarazioni mendaci all'a.f. in presenza di uno dei delitti previsti e puniti dal d.l.gs. n. 74/2000⁽¹⁶⁾. Quest'ultima fattispecie, invero, laddove prevede la punibilità del semplice comportamento (seppur reticente o fraudolento) che, tuttavia, di per sé non reca una diretta e concreta offesa alle ragioni erariali, rende evidente lo iato del relativo intervento normativo rispetto ai principi ispiratori della riforma del 2000. In altri termini, gli interventi da ultimo evocati finiscono per costituire un *revirement* del legislatore nella direzione della sanzionabilità di fattispecie meramente prodromiche, così rivelando un utilizzo del tutto improprio del diritto penale, impiegato in luogo della introduzione di misure strumentali e organizzative più idonee a consentire all'a.f. di meglio contrastare l'infedeltà fiscale, ovvero, quando non anche impiegato a fini di mera propaganda politica alla stregua della grida di manzoniana memoria.

2.5. – *I più recenti ed estemporanei interventi.*

Ancora, più di recente, nel contesto degli interventi di revisione dell'ordinamento tributario di cui alla l. delega 11 marzo 2014, n. 23, con l'art. 8 di questa si è rimesso all'esecutivo il potere di intervenire sulle soglie di rilevanza penale, finendo così per (ancora una volta) violare (quanto meno lo spirito del) la riserva di legge in materia penale⁽¹⁷⁾. E difatti, la nota vicenda della

⁽¹⁵⁾ Cfr. d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

⁽¹⁶⁾ Cfr. d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

⁽¹⁷⁾ Su cui E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, cit., p. 32, i quali osservano che l'attribuzione al governo delle soglie di punibilità significa rimettere all'esecutivo di disegnare la concreta fattispecie incriminatrice, trasformando fisiologici spazi di discrezionalità tecnica in discrezionalità assoluta, con l'effetto di manipolare le regole costituzionali.

manina – che indusse poi l'esecutivo, per ragioni esclusivamente politiche, a rinunciare alla clausola di non punibilità generica in origine prevista per tutte le fattispecie⁽¹⁸⁾ – rende quanto mai evidente l'inopportunità di delegare al governo scelte tanto delicate. Senonché il successivo d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, come noto, ha principalmente: *i*) rivisto le principali fattispecie criminose; *ii*) innalzato le soglie di punibilità delle singole fattispecie delittuose; *iii*) previsto cause di non punibilità (ovvero attenuanti) per il contribuente che si sia ravveduto entro determinati termini temporali; *iv*) collocato l'istituto della confisca per equivalente all'interno del d.lgs. n. 74/2000.

Infine – come accennato in apertura – con il d.l. n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito in l. n. 157 del 19 dicembre 2019, il legislatore è ancora una volta intervenuto sul d.lgs. n. 74/2000, principalmente, per quanto in questa sede interessa, inasprendo le sanzioni detentive ed abbassando le soglie di rilevanza penale, di tal guisa ampliando il perimetro delle fattispecie aventi rilevanza criminale.

Ma non è tutto, lo schema di decreto di recepimento della direttiva 2017/1371/UE (c.d. “direttiva Pif”), reso necessario dalla legge di delegazione europea (l. n. 117/2019) in attuazione della predetta direttiva di tutela degli interessi finanziari dell'UE, si accinge a modificare ulteriormente il testo del d.lgs. n. 74/2000. Più in particolare, seppur in attuazione della disciplina comunitaria, si prevede ora di intervenire sull'art. 6 del predetto d.lgs. n. 74 introducendo espressamente la punibilità del tentativo per i delitti di dichiarazione fraudolenta e di dichiarazione infedele commessi, anche in territorio estero, ai fini di evasione Iva in misura complessiva non inferiore ad euro dieci milioni.

Ora, al di là della valutazione sulle modalità di recepimento delle direttive comunitarie, vi è da osservare che l'attuale testo dell'art. 6 predetto, laddove esso esclude espressamente la punibilità del tentativo, risulta pienamente coerente con la l. delega n. 205/1999 e con l'impianto generale della riforma del 2000 che, come accennato, intendeva limitare la rilevanza penale alla concreta

⁽¹⁸⁾ Cfr. l'art. 15 dell'originario schema di decreto legislativo laddove era prevista l'introduzione di un art. 19-*bis* al d.lgs. n. 74/2000, in base al quale la punibilità era da escludersi quando l'importo delle imposte evase non superasse determinate soglie in rapporto al reddito imponibile o al volume d'affari (3%).

offensività delle condotte, per lo più incentrate sulla frode della dichiarazione tributaria mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti ovvero mediante altri artifici, ovvero sulla omessa o infedele dichiarazione⁽¹⁹⁾. L'innovazione di cui ora si fa cenno, invece, reintroducendo la criminalizzazione di fattispecie prodromiche, seppure connotate da elementi di transnazionalità e caratterizzate da una particolare gravità, finisce per alterare irrimediabilmente – snaturandolo – l'impianto della riforma del 2000. In altre parole, ad esempio, sarà ben presto sufficiente sola contabilizzazione di fatture false, a seguito di un'operazione transfrontaliera e per un'Iva non inferiore a dieci milioni di euro, per integrare la punibilità a titolo di delitto tentato, come sembra a prescindere dalla insussistenza di una lesione, concreta ed attuale, rispetto all'interesse erariale al conseguimento del prelievo tributario.

Ancora, l'incoerenza della novella del 2019 rispetto alla l. delega n. 205 del 1999 appare altresì evidente se ci si sofferma ad osservare la misura delle pene detentive previste per alcuni reati e, in particolare, per quelli previsti e puniti agli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 74/2000.

Difatti l'attuale previsione della pena detentiva massima della reclusione fino ad otto anni, stride chiaramente con la previsione di cui all'art. 9 della l. delega n. 205/1999 laddove si prevedeva «*un ristretto numero di fattispecie, di natura esclusivamente delittuosa, punite con pena detentiva compresa tra sei mesi e sei anni di reclusione (...)*».

Come si vedrà, i provvedimenti da ultimo richiamati, a prescindere dalla estemporaneità del d.l. n. 124, si collocano entrambi nel solco di quella visione (*rectius*: illusione) panpenalistica avviata con la legge manette agli evasori del 1982 e – al di là della breve parentesi costituita dall'originario testo del d.lgs. n. 74/2000 (ben presto alterato dai di poco successivi interventi di modifica) – poi proseguita (invero senza particolare successo) a far tempo dal 2005-2006⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Va tuttavia osservato che l'esclusione del reato tentato in caso di dichiarazione fraudolenta mediante fatture per operazioni inesistenti stride con il reato di cui all'art. 8 che, come noto, prevede e punisce la condotta costituita dalla sola emissione di fatture per operazioni inesistenti con la medesima pena edittale di cui all'art. 2.

⁽²⁰⁾ Si veda, a titolo di esempio, l'art. 2, comma 36-*vicies semel*, del d.l. 13 agosto 2011, n.

Peraltro, in termini generali, il breve *excursus* svolto ha altresì consentito di osservare che il metodo seguito dal legislatore penale tributario ha privilegiato un'azione legislativa al limite del bulimico, come tale incurante della necessità di ricorrere ad un approccio meditato, teso a restituire organicità alla materia in coerenza con la funzione, di *extrema ratio*, affidata alla norma penale.

3. — *La nozione di operazioni soggettivamente inesistenti nell'attuale sistematica.*

Alla luce delle considerazioni di carattere storico-sistematico sopra illustrate, è ora possibile sinteticamente passare in rassegna il tema affidato, ovvero la nozione di operazioni soggettivamente inesistenti.

Al riguardo, pare senz'altro opportuno principiare delle definizioni offerte dal legislatore all'art. 1 del d.lgs. n. 74/2000. Per “fatture o altri documenti per operazioni inesistenti” si intendono le fatture e gli altri documenti aventi analogo rilievo probatorio emessi a fronte di operazioni non realmente effettuate in tutto o in parte o che indicano i corrispettivi o l'imposta sul valore aggiunto in misura superiore a quella reale, *ovvero che riferiscono l'operazione a soggetti diversi da quelli effettivi*. La norma, quindi, dapprima traccia la nozione di “fattura” ovvero di altro documento rilevante e, successivamente, definisce l'inesistenza (oggettiva o soggettiva) della relativa operazione in fattura rappresentata.

Quanto alla definizione di fattura e di documento di rilievo probatorio ad essa analogo, è sufficiente fare riferimento alla disciplina tributaria, laddove questa regola e tipizza una serie di documenti fiscali, come tali suscettibili di consentire deduzioni e/o detrazioni d'imposta (es. ricevute, scontrini, note di credito, schede carburanti, documenti di trasporto, bolle di accompagnamento, bollette doganali ecc.).

Quanto alla definizione di “operazione inesistente”, il lemma “operazio-

138, conv. con mod. in l. 14 settembre 2011, n. 148, che, abrogando il 3° comma dell'art. 2, d.lgs. n. 74/2000, ha così eliminato la fattispecie penale c.d. “attenuata” in origine prevista per i fatti di minore gravità.

ne” descrive qualsivoglia rapporto a contenuto economico rilevante sia ai fini delle imposte sui redditi, sia ai fini Iva. Quanto al concetto di “inesistenza”, sotto il profilo oggettivo, esso descrive un’operazione mai posta in essere, sia totalmente, sia anche solo parzialmente; sotto il profilo soggettivo, invece, esso descrive un’operazione realmente avvenuta, tuttavia la stessa risulta in realtà intercorsa fra soggetti diversi rispetto a quelli indicati in fattura, ovvero nel documento a questa equipollente. In altri termini, l’inesistenza soggettiva presuppone una diversità tra il soggetto indicato in fattura come destinatario dell’operazione e il soggetto che, in concreto, si avvale della stessa⁽²¹⁾.

A questo punto, quanto all’ambito oggettivo delle imposte che rilevano in merito alla fattispecie delittuosa *de qua*, pare utile dar conto dell’orientamento giurisprudenziale (invero non del tutto condiviso) secondo cui, il reato di utilizzazione fraudolenta in dichiarazione di fatture per operazioni inesistenti è integrato, con riferimento alle imposte dirette, dalla sola inesistenza oggettiva delle prestazioni indicate in fattura, ovvero in relazione alla diversità (totale o parziale) dei costi indicati rispetto a quelli effettivamente sostenuti, mentre, con riferimento all’Iva esso comprende anche l’inesistenza soggettiva che, per converso, non rileva ai fini dell’integrazione del reato nel contesto delle imposte sui redditi⁽²²⁾.

Più in particolare, secondo l’orientamento surriferito, la definizione del reato di operazioni soggettivamente inesistenti, come sopra esposto, presuppone che l’operazione sia realmente svolta, anche se tra parti diverse rispetto a quelle indicate in fattura. Talché, in sede di determinazione del reddito ai fini delle imposte dirette dovute in capo all’utilizzatore della fattura, il costo relativo all’operazione descritta in fattura (seppur con riferimento ad

⁽²¹⁾ Dal punto di vista probatorio l’accennata diversità può essere dimostrata allorquando il cessionario o il committente indicato nel documento sia diverso da colui il quale ha effettuato il pagamento del corrispettivo. In questo caso, infatti, il cessionario o il committente indicato in fattura non ha certamente adempiuto all’obbligazione derivante dall’operazione rappresentata nel documento.

⁽²²⁾ Cfr. Cass., 16 marzo 2010, n. 10394; Cass., 8 marzo 2011, n. 8972; Cass., 14 novembre 2011, n. 41444; Cass., 22 febbraio 2012, n. 7039; Cass., 23 novembre 2017, n. 6935; Cass., 17 aprile 2019, n. 16768.

un diverso fornitore/prestatore di servizi) può dirsi egualmente sostenuto e, come tale, suscettibile di rilevare nella determinazione del reddito. Diversamente, ai fini Iva, l'indicazione di un soggetto diverso rispetto a quello che ha effettuato l'operazione ben può riverberarsi sulla misura dell'aliquota e, dunque, sulla misura dell'imposta detraibile, peraltro coincidente con quella dovuta in capo al cedente/prestatore di servizi, con ciò potendosi creare le premesse per l'esposizione di un credito Iva invece non spettante⁽²³⁾.

In ogni caso, a prescindere dalla distinzione sopra fatta – peraltro non condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria che afferma come il legislatore dell'art. 2, d.lgs. n. 74/2000 non articoli diversamente le conseguenze tra operazioni inesistenti sotto il profilo soggettivo e oggettivo – deve precisarsi che nell'ipotesi in cui il destinatario formale della fattura, senza averne sostenuto il relativo pagamento (perché effettuato da altro soggetto), se ne avvalga in sede di determinazione del reddito, egli finisce per rendersi responsabile del reato in discorso – anche ai fini delle imposte sui redditi – allorché indica in dichiarazione un elemento passivo fittizio, costituito da costo in realtà non sopportato⁽²⁴⁾.

In questo caso – sotto il profilo più squisitamente tributario – qualora il costo non sia stato effettivamente sostenuto dal cessionario/committente indicato in fattura (per essere stato sostenuto da altro cessionario/committente non indicato in fattura), il relativo costo pare non poter essere dedotto, ai fini delle imposte sui redditi, in capo al cessionario/committente

⁽²³⁾ Per connessione di argomento è appena il caso di osservare che, risultando indetraibile l'Iva assolta su fatture per operazioni (sia oggettivamente che soggettivamente) inesistenti (cfr. art. 19, d.P.R. n. 633/1972), allorché l'imposta sul valore aggiunto sia già stata versata (cfr. art. 21 d.P.R. n. 633/1972) e l'operazione inesistente abbia rivelato una natura circolare non evidenziando così perdite di gettito (ad esempio per essere stata realizzata una frode in danno del ceto bancario e non anche in danno del fisco), la corte di Giustizia – valorizzando i principi di neutralità e proporzionalità – ha dichiarato non conforme al diritto comunitario il sistema sanzionatorio allorché preveda l'applicazione di una penalità pari al 100% dell'imposta indebitamente detratta (cfr. Corte giust., sent. 8 maggio 2019, C-712/17).

⁽²⁴⁾ Cfr. Cass., 24 febbraio 2000, n. 2222; Cass., 2 marzo 2018, n. 30874; Cass., 18 ottobre 2018, n. 4236.

risultante in fattura perché esso (il costo) finisce per costituire strumento di distrazione connotato di finalità (con tutta probabilità) illecite (es. tangenti, creazione di fondi neri ecc.), come tali insuscettibili di dare luogo a componenti negativi di reddito rilevanti, anche alla luce della disciplina che riguarda il trattamento fiscale delle attività illecite⁽²⁵⁾.

3.1. – *La differenza tra operazioni soggettivamente inesistente e simulazione.*

Così come sopra enucleata la nozione di operazione soggettivamente inesistente, pare ora opportuno tracciarne la distinzione rispetto alle figure contermini. Difatti, per effetto dell'intervento attuato con il d.lgs. n. 158/2015 (che, come noto, ha modificato gli artt. 1 e 3, d.lgs. n. 74/2000), sembra ora potersi distinguere l'ipotesi di inesistenza soggettiva dall'ipotesi di interposizione fittizia o di simulazione

Quanto alla inesistenza soggettiva, come già osservato, essa consiste nella falsa indicazione dei soggetti cui l'operazione si riferisce (ad esempio il cessionario o il committente), come tale idonea ad integrare la fattispecie di cui alla lett. *a*) dell'art. 1, con conseguente applicazione del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'art. 2.

Diversamente, la simulazione o l'interposizione fittizia, di cui alla lett. *g-bis*) del medesimo art. 1, si realizza per il tramite di operazione "simulata" (sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo) – sempreché la fattispecie non sia già di per sé sussumibile nei termini di cui all'art. 10-*bis* della l. n. 212/2000 sull'abuso del diritto – e, dunque, posta in essere con la volontà di non realizzarla, in tutto o in parte, ovvero riferita a soggetti fittiziamente interposti, con conseguente applicazione del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all'art. 3, così come avviene nel caso delle c.d. "frodi carosello".

A quest'ultimo riguardo, peraltro, il progressivo allargamento del perimetro di cui all'art. 3 predetto ad opera del richiamato intervento di cui al d.lgs. n.

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass., 26 ottobre 2015, n. 42994.

158/2015, che ha altresì aggiunto all'art. 1 in discorso la lett. *g-ter*) contenente la definizione di “mezzi fraudolenti” – consistenti in condotte artificiose realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico e idonee a determinare una falsa rappresentazione della realtà⁽²⁶⁾ –, sembra ora prospettare la punibilità anche di quelle fattispecie caratterizzate da inesistenza giuridica, ad esempio a seguito della declaratoria di nullità o di annullamento del contratto.

4. — *Il riflesso della distinzione tra operazioni soggettivamente inesistenti e simulazione o interposizione fittizia in termini di criminalizzazione della relativa fattispecie. Conseguenze e profili critici.*

Come osservato, con la novella del 2015 il legislatore ha tracciato la distinzione tra operazioni soggettivamente inesistenti, da un lato, e simulazione o interposizione fittizia, dall'altro. Tale distinzione – come pure osservato – si riflette anche rispetto alle relative fattispecie incriminatrici.

Difatti, la dichiarazione fraudolenta realizzata mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni (oggettivamente o soggettivamente) inesistenti risulta punibile a mente dell'art. 2, d.lgs. n. 74/2000 che, come noto, non prevede alcuna soglia di rilevanza.

Diversamente, la dichiarazione fraudolenta realizzata mediante altri artifici – e quindi anche compiendo operazioni simulate (oggettivamente o soggettivamente), ovvero avvalendosi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento o indurre in errore l'amministrazione finanziaria – risulta punibile a mente dell'art. 3, d.lgs. n. 74/2000 che, notoriamente, esige il superamento di alcune soglie di rilevanza penale (imposta evasa superiore ad euro trentamila e ammontare dei componenti positivi evasi o dei componenti negativi fittizi, alternativamente, superiore al 5% del totale degli elementi attivi dichiarati, ovvero, in valore assoluto, superiore ad euro unmilione cinquecentomila).

⁽²⁶⁾ È il caso, ad esempio, del rilascio di un mendace visto di conformità, ovvero di un'infedele certificazione tributaria, entrambi mezzi fraudolenti atti ad indurre l'a.f. in errore.

Pertanto, soprattutto dopo l'eliminazione della fattispecie penale attenuata, in origine prevista nell'art. 2 del d.lgs. n. 74, si ha che la risposta sanzionatoria per la dichiarazione fraudolenta mediante fatture o altri documenti per operazioni inesistenti non distingue le condotte criminali realizzate per modesti importi (ad esempio attraverso l'abusiva compilazione della scheda carburanti, ovvero attraverso l'utilizzo di una nota spese "gonfiata") rispetto a quelle caratterizzate da maggior gravità.

Ed ancora, l'indistinzione sopra richiamata rispetto alle condotte caratterizzate da minor gravità *ex* art. 2, se comparata con le condotte previste e punite ai sensi del successivo art. 3 del decreto (per le quali è prevista una soglia di punibilità), finisce per soffrire di una discriminazione che appare del tutto ingiustificata. E peraltro, ad una tale sperequazione non sembra potersi porre rimedio facendo leva sulla circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, n. 4, c.p. giacché, questa, risulta applicabile ai delitti contro il patrimonio mentre l'art. 2 del d.lgs. configura un delitto – di mera condotta – il cui corrispondente interesse tutelato è costituito dalla lesione dell'interesse erariale all'integrale percezione del tributo.

Sul punto, deve tuttavia osservarsi che la Corte costituzionale, con sentenza n. 95 del 18 aprile 2019, ha dichiarato infondata la relativa questione di legittimità. In particolare, secondo la Consulta, non è censurabile la scelta del legislatore – non trasmodando nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio – allorché egli ha ritenuto di valorizzare il particolare ruolo rivestito dalla fattura e dai documenti ad essa equiparati sul piano probatorio nel quadro dell'adempimento degli obblighi del contribuente e della capacità di sviamento dell'attività accertativa degli uffici finanziari, sia in relazione all'attestazione dei eventuali deduzioni o detrazioni in materia di imposte dirette, sia in relazione all'attuazione del principio di neutralità dell'imposta rispetto ai soggetti passivi Iva, mediante il meccanismo della rivalsa e della detrazione⁽²⁷⁾. Peraltro, la differenziazione della disciplina penalistica in ragione della

⁽²⁷⁾ Difatti, osserva la Corte sulla base della giurisprudenza di legittimità (Cass., 15 dicembre 2017, n. 30148; Cass., ordinanze 19 ottobre 2018, n. 26453, e 5 luglio 2018, n. 17619), ogniqualvolta l'ufficio ritenga che la fattura concerne operazioni inesistenti, è su di esso che grava l'onere di provare che l'operazione fatturata non è stata realmente effettuata

natura del documento su cui ricade la condotta è una costante anche nei delitti di falso, atteso che la falsità in testamento olografo, cambiale o altro titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore (art. 491 c.p.) è punita più severamente della generica falsità in (qualsiasi altra) scrittura privata (art. 485 c.p.) ora persino depenalizzata a seguito delle modifiche introdotte col d.lgs. n. 7/2016. Talché nell'art. 2 del d.lgs. n. 74/2000 – prosegue la Corte – il legislatore ha inteso, quindi, far emergere lo speciale disvalore “di azione” che, nel suo apprezzamento – in sé non manifestamente irragionevole – la specifica fattispecie presenta.

Ora, pare a chi scrive che, pur essendo stata considerata come costituzionalmente legittima la disposizione *de qua* – per non essere stata giudicata manifestamente irragionevole o arbitraria – essa, nella sua formulazione originaria (laddove cioè prevedeva una fattispecie delittuosa attenuata), risultava certamente più coerente sia con l'impianto generale originario della riforma del 2000, sia rispetto all'altra fattispecie delittuosa di cui all'art. 3 più volte citato.

In questo senso va senz'altro salutato con favore il mantenimento della pena nella misura vigente *ante* modifiche apportate con d.l. n. 124/2019 (reclusione da un anno e sei mesi a sei anni) nell'ipotesi di indicazione di elementi passivi in dichiarazione inferiori ad euro centomila. Tale innovazione pare quindi costituire una circostanza attenuante (piuttosto che un reato autonomo) rispetto alla fattispecie punita con la sanzione base, caratterizzata dalla pena edittale della reclusione compresa da quattro a otto anni.

5. — *L'elemento psicologico del reato.*

Il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti è punito esclusivamente a titolo di dolo. A tale riguardo è richiesto che il soggetto attivo del reato agisca con coscienza e volontà di indicare in dichiarazione elementi passivi fittizi, supportati da documentazione falsa (registrata nelle scritture contabili ob-

o che è stata effettuata tra soggetti diversi da quelli in essa indicati.

bligatorie, ovvero detenuta a fini probatori) al fini di evadere le imposte sui redditi o l'Iva, ovvero al fine di conseguire un indebito rimborso o di ottenere il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta. In altri termini, per l'integrazione della fattispecie delittuosa è richiesto che l'evasione tributaria costituisca l'obiettivo dell'agente, ancorché non è necessario che essa si realizzi effettivamente perché il fatto-reato si configuri.

In ogni caso, giova precisare che la presenza del dolo specifico di evasione può anche concorrere con altra e distinta finalità extraevasiva⁽²⁸⁾. Diversamente, il dolo specifico sembrerebbe escludere la configurabilità del dolo eventuale⁽²⁹⁾.

6. — *La consumazione.*

Il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti ha natura esclusivamente commissiva e, dunque, si perfeziona – istantaneamente – nel momento in cui si provvede alla presentazione, nelle forme prescritte dalla legge, della dichiarazione tributaria recante elementi passivi fittizi. Sono quindi del tutto irrilevanti – ad eccezione delle ipotesi in cui il legislatore si appresta a prevedere la punibilità del tentativo (su cui *retro*) – i comportamenti prodromici tenuti dall'agente, ivi comprese le condotte di acquisizione e registrazione nelle scritture contabili delle fatture o documenti per operazioni inesistenti. Ne consegue che il reato è unico anche qualora il contribuente abbia utilizzato una molteplicità di fatture o di documenti falsi.

Quanto alla prescrizione, questa decorre dal momento della presentazione della dichiarazione tributaria, indipendentemente dal fatto che la falsa fattura continui a rimanere conservata a fini di prova nei confronti del fisco e/o registrata nelle scritture contabili.

⁽²⁸⁾ Cfr. E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, cit., p. 145.

⁽²⁹⁾ Così E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, cit., p. 145. *Contra*, in giurisprudenza, Cass., 19 giugno 2018, n. 52411.

Nel caso in cui la stessa falsa fattura dispieghi effetti con riferimento a più periodi d'imposta, e dunque rilevi ai fini dell'infedeltà (*rectius*: fraudolenza) di più dichiarazioni tributarie, si ha che ogni singola dichiarazione fraudolenta dà luogo ad un'autonoma fattispecie delittuosa.

7. — *Fattura per operazioni inesistenti e responsabilità amministrativa ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Possibili criticità.*

Come accennato in apertura, il d.l. n. 124/2019 è altresì intervenuto sul corpo normativo in tema di responsabilità amministrativa delle società costituito dal d.lgs. n. 231/2001. Più in particolare, la nuova disciplina in materia include nel novero dei reati rilevanti ai fini del predetto decreto n. 231, tra gli altri, sia la dichiarazione fraudolenta mediante fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, sia la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.

Come noto, il d.lgs. n. 231 prevede per tali ipotesi una sanzione amministrativa (di tipo pecuniario) fino a 400 quote, ovvero 500 quote, a seconda della gravità della fattispecie delittuosa commessa. Il valore della singola quota può variare da euro 258 ad euro 1.549, talché la sanzione amministrativa irrogabile – a cura del giudice penale – può in concreto raggiungere anche un massimo di euro 619.600 (pari a n. 400 quote per 1.549), ovvero di euro 774.500 (pari a n. 500 quote per 1.549). Se poi l'ente ha conseguito un profitto di rilevante quantità la sanzione è aumentata di un terzo, con la conseguenza che per gli illeciti puniti fino a n. 400 quote la sanzione potrà raggiungere euro 815.333, e per quelli fino a n. 500 quote la stessa potrà raggiungere euro 1.032.666.

Peraltro, alla sanzione amministrativa di tipo pecuniario è possibile aggiungere l'ulteriore sanzione amministrativa – di tipo interdittivo – consistente nel divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero consistente nell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, sussidi, con l'eventuale revoca di quelli già concessi, ovvero consistente nel divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Ora, è quanto mai evidente che le richiamate sanzioni amministrative

sono tutt'altro che inconsistenti. Ed è altrettanto evidente che, nel caso di condanna della persona fisica per il reato contestato, la sanzione amministrativa *ex d.lgs. n. 231/2001* è molto probabile sia comminata, salvo che non sia dimostrata l'adozione di tutte le misure preventive necessarie (c.d. "modello organizzativo") atte ad evitare l'illecito, in questo caso ascrivibile esclusivamente alla persona fisica che lo ha commesso e non anche all'ente. Naturalmente l'ente sarà altresì tenuto al pagamento delle "ordinarie" sanzioni amministrative di tipo tributario.

Ora, a prescindere dalla natura della responsabilità amministrativa *ex d.lgs. n. 231/2001* (penale, amministrativa, ovvero appartenente ad un *tertium genus*), è indubbio che essa viene ad assumere – in ragione della sua concreta afflittività – la natura di sanzione sostanzialmente penale, conformemente alla consolidata ricostruzione offerta dalla giurisprudenza della Corte EDU (c.d. "*Engels criteria*").

E peraltro, in ipotesi, il cumulo tra sanzioni amministrative *ex d.lgs. n. 231/2001* – da comminarsi in capo all'ente – rispetto a quelle amministrative tributarie (già di per sé piuttosto severe e, in ogni caso, tali da aggredire il "profitto conseguito") – parimenti da comminarsi in capo all'ente –, facilmente potrebbe dar luogo ad effetti di tipo espropriativo che, aggiungendosi alla sanzione penale detentiva in capo all'autore, determinano una triplicazione di sanzioni.

Sotto altro angolo visuale, analogo cumulo di sanzioni potrebbe altresì aversi nell'ipotesi in cui l'ente (la cui dichiarazione tributaria venga qualificata "fraudolenta" *ex artt. 2 o 3 del d.lgs. n. 74/2000*) sia stato artificiosamente costituito ed abbia, in realtà, una funzione di mero schermo (è questo il caso, anche, delle società "cartiere", appositamente costituite per consentire l'emissione di documenti falsi). In quest'ipotesi, delle sanzioni amministrative relative al rapporto tributario, riferibile in capo all'ente con personalità giuridica, risponde anche l'autore – persona fisica – della relativa violazione (es. amministratore, anche di fatto), ancorché tali sanzioni siano appunto derivanti da violazioni fiscali riferibili all'ente.

Ebbene, similmente, si è portati a ritenere che, beninteso nel solo caso di società schermo, pure delle sanzioni penali amministrative di cui al *d.lgs. n.*

231/2001 possa rispondere anche la persona fisica (amministratore di fatto o di diritto), la quale, in ogni caso, sarà altresì penalmente responsabile (qualche persona fisica autrice del fatto-reato). In quest'ipotesi, in capo alla persona fisica, non sembra fantasioso ipotizzare addirittura un *tris in idem*.

Ora, i profili da ultimo accennati – in ordine alla (quanto meno) duplicazione di sanzioni – derivanti dall'introduzione della responsabilità amministrativa degli enti anche in caso di reati tributari (già di per sé sanzionati sotto il profilo amministrativo-tributario), sembrerebbero superabili, quanto meno stando alla ricostruzione sviluppata dall'Ufficio del massimario della Cassazione⁽³⁰⁾.

Più in particolare – secondo l'impostazione ora richiamata – la stessa l. 4 ottobre 2019, n. 117, recante la “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea”, laddove, all'art. 3, 1° comma, lett. e), delega il Governo al recepimento della direttiva UE 2017/1371 (c.d. “Direttiva P.I.F.”) concernente la lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale, essa espressamente prevede l'integrazione delle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001, e ciò varrebbe a rappresentare la dimostrazione di un'evoluzione normativa (nello stesso senso di cui al d.l. n. 124 di cui si discute) cui, in qualche modo, avrebbe contribuito lo stesso diritto comunitario.

Francamente la conclusione surriferita – dato il rilievo che è chiamata a rivestire – merita di essere sottoposta a più attenta verifica. Al riguardo, se è pure vero che la direttiva in parola afferma che: «*nella misura in cui gli interessi finanziari dell'Unione possono essere lesi o minacciati dalla condotta imputabile a persone giuridiche, queste dovrebbero essere responsabili dei reati commessi in loro nome, quali definiti nella presente direttiva*»⁽³¹⁾, è altresì vero che la stessa direttiva «*non preclude l'adeguata ed efficace applicazione di misure disciplinari o di sanzioni diverse da quelle di natura penale. Le sanzioni non assimilabili a sanzioni penali, che sono irrogate nei confronti della stessa persona per la stessa condotta possono essere tenute in considerazione in sede di condanna della persona in questione per un reato definito nella presente direttiva. Per gli altri tipi di sanzione dovrebbe essere pienamente rispettato il principio*

⁽³⁰⁾ Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, relazione, cit.

⁽³¹⁾ Cfr. 14° considerando.

del divieto di essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (ne bis in idem)»⁽³²⁾, talché pare evidente che il legislatore comunitario non abbia voluto in alcun modo autorizzare una violazione del principio che fa divieto di essere processati, ovvero puniti, due (o più) volte in ragione dello stesso fatto. Anzi, il riferimento alla necessità di tenere in considerazione, in sede di condanna, delle sanzioni già irrogate per la stessa condotta, rivela la considerazione per il principio di proporzionalità della sanzione che – secondo la più recente giurisprudenza (anche comunitaria) – deve essere tenuto in debito conto allorquando si è chiamati a valutare la sussistenza o meno della violazione del principio del *ne bis in idem*.

Peraltro, poiché lo stesso legislatore comunitario precisa che, «*data la possibile compresenza di più giurisdizioni per i reati transfrontalieri rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che il principio del ne bis in idem sia pienamente rispettato nell'applicazione del diritto nazionale di recepimento della presente direttiva*»⁽³³⁾, pare quanto meno affrettato ritenere che la stessa direttiva abbia altresì autorizzato l'introduzione di una ulteriore sanzione senza considerare il principio del *ne bis in idem* più volte richiamato.

Difatti, gli autori della ricostruzione sopra richiamata, subito dopo, si peritano di precisare che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu sul punto (il riferimento, in particolare, è al caso A e B contro Norvegia⁽³⁴⁾) ha finito per determinare la cessazione del principio in parola quale regola assoluta ed inderogabile conseguente alla definitività del primo procedimento, dovendo ogni valutazione al riguardo essere rimessa all'apprezzamento – proprio della discrezionalità giudiziaria – sia in ordine al nesso che lega i due procedimenti⁽³⁵⁾, sia in ragione della sanzione complessivamente irrogata⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ Cfr. 17° considerando.

⁽³³⁾ Cfr. 21° considerando

⁽³⁴⁾ Cfr. Corte EDU, 15 novembre 2016.

⁽³⁵⁾ Nel senso che solo in presenza di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti è premesso proseguire il nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro.

⁽³⁶⁾ Nel senso che le due sanzioni possano essere considerate parte di un unico sistema sanzionatorio. E dunque tenuto conto del principio, di origine comunitaria, di proporzionalità.

Ed ancora, gli estensori della predetta ricostruzione – stavolta del tutto condivisibilmente – concludono che, nella richiamata prospettiva, «*potrebbe rendersi necessario valutare di dare maggiore rilievo ai meccanismi di coordinamento tra l'attuale sistema sanzionatorio amministrativo tributario e la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti anche la fine di evitare un eccesso della risposta sanzionatoria in contrapposizione con l'esigenza di promuovere un apparato di tutela che appaia legittimo e giusto*».

Infine, poiché allo scopo di apprezzare la natura del coordinamento tra i due procedimenti (penale ed amministrativo) si propone di valorizzare – tra gli altri – alcune norme che ne regolano i rapporti, quale, ad esempio l'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000, sarebbe interessante domandarsi come operi il principio di specialità – previsto all'art. 19 del medesimo d.lgs. n. 74/2000 – rispetto al d.lgs. n. 231/2001 che sanzioni “amministrative” formalmente prevede.

Al riguardo si potrebbe ritenere che il principio da ultimo richiamato non operi, incontrando una deroga (costituita appunto dallo stesso d.lgs. n. 231/2001), sul modello di quanto già accade in ordine alla affermata responsabilità, in sede penale-amministrativa, per fatti di *market abuse*, ma, in questo caso, maggiormente severa è risultata la giurisprudenza della Corte EDU per violazione dell'art. 4, protocollo 7 della CEDU⁽³⁷⁾.

Insomma, in definitiva, pare che la previsione dei reati penali tributari tra quelli che costituiscono presupposto della responsabilità penale amministrativa degli enti non abbia consentito di sciogliere quei dubbi che, da tempo, in dottrina erano stati prospettati in ordine agli effetti derivanti dalla duplicazione delle sanzioni amministrative *ex* d.lgs. n. 231/2001 rispetto a quelle amministrative tributarie.

In ogni caso, su questi temi, è facile prevedere che l'evoluzione giurisprudenziale non mancherà di favorire un adeguato affinamento delle relative riflessioni, con l'auspicio che tale affinamento possa altresì consentire di superare quelle criticità che un intervento legislativo – tanto estemporaneo, quanto poco attento alla sistematica – sembra aver già prospettato.

⁽³⁷⁾ Cfr., per tutti, il caso Grande Stevens.

LORENZO PELLI^(*)

FRODE NELL'ESERCIZIO DEL COMMERCIO AGROALIMENTARE E TUTELA DEL CONSUMATORE

Abstract: This paper gives a brief overview about the protection of the consumer from the criminal law's perspective. More specifically, it brings examples from the reports of the "Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari" – the Italian authority that supervises the quality of food products placed on the market – comparing the data from 2018 and 2019. Furthermore, this article shows the implications of the fraud in commercial activities linked to the responsibility of the entities.

SOMMARIO: 1. Presidi penalistici riconducibili alla tutela del consumatore: profili generali. – 2. Il reato di frode nell'esercizio del commercio a danno del consumatore. – 3. Mappatura delle frodi nel settore agroalimentare: i dati ufficiali dell'ICQRF. – 4. Frode nell'esercizio del commercio e responsabilità della persona giuridica. – 5. Il progetto di riforma della Commissione Caselli. Considerazioni conclusive.

1. — *Presidi penalistici riconducibili alla tutela del consumatore: profili generali.*

La disciplina attinente alla tutela consumeristica ha dei rilevanti risvolti anche in ambito penalistico in quanto diverse sono le fattispecie incriminatrici, previste sia dal codice penale sia dalla legislazione speciale stratificatasi nel corso del tempo, le quali stigmatizzano svariate condotte suscettibili di mettere in pericolo o recare danno a beni protetti immanenti alla sfera giuridica del consumatore⁽¹⁾.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Definito, quest'ultimo, come la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta. Così recita l'art. 3, 1° comma, lett. a), c.cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) il quale ha mutuato la definizione contenuta nel previgente art. 1469-*bis* c.c.: v. diffusamente, a tal riguardo, E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2ª ed., Napoli, 2019, p. 17 ss.

Detti presidi penalistici sono espressione della particolare sensibilità che il legislatore ha dedicato a questa figura negli ultimi anni anche e soprattutto alla luce delle disposizioni normative di derivazione comunitaria.

Invero, pur non avendo il legislatore espressamente inserito⁽²⁾ nella sistematica del codice penale delle norme *ad hoc*⁽³⁾, molteplici sono i paradigmi normativi in ordine ai quali entrano in gioco gli interessi protetti del consumatore il quale viene tutelato tanto dal punto di vista dell'incolumità⁽⁴⁾ (nella sua dimensione pubblica e privata), quanto in quelli della libertà di autodeterminazione e dell'autonomia negoziale⁽⁵⁾.

Dal punto di vista dogmatico vi è, inoltre, anche un altro profilo che implica una particolare attenzione del consumatore da parte dell'universo pe-

⁽²⁾ Differentemente da quanto, invece, effettuato da altri legislatori come ad esempio quello spagnolo il quale all'interno del *Código Penal Español* ha inserito nel "Título" XIII, rubricato sui "Delitos Contra el Patrimonio y Contra la Orden Socioeconómico", il "Capítulo" XI che tratta in modo esplicito "De los Delitos Relativos a la Propiedad Intelectual e Industrial, al Mercado y a los Consumidores" al cui interno vi è un'apposita "Sección" espressamente dedicata a "Los Delitos Relativos al Mercado y a los Consumidores". Segnatamente, i reati posti a diretta tutela del consumatore dal legislatore spagnolo sono più che altro quelli previsti dagli artt. 280, 281 e 282 CPE i quali hanno però una portata applicativa piuttosto irrisoria, come rilevato da L.M. PUENTE ABA, *Tutela penal del inversor/ consumidor e ilícitos penales en la empresa*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, p. 88.

⁽³⁾ Per un'interessante lettura circa la *ratio* sottesa alla scelta di politica criminale del legislatore italiano di non formalizzare dei reati specificamente indirizzati verso la protezione del consumatore atteso che già vi è un ampio ventaglio di fattispecie penali volte a tutelare la vita e l'incolumità personale tra l'altro anche tramite reati "comuni" con condotte causalmente orientate (quali ad esempio l'omicidio e le lesioni personali nelle rispettive versioni dolose e colpose) e, pertanto, fruibili con riguardo ad una vasta gamma di condotte, si rinvia ad A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, Torino, 2006, p. 53.

⁽⁴⁾ Le componenti più rilevanti attraverso cui l'incolumità pubblica si estrinseca sono alcuni degli interessi protetti di maggior spessore quali la vita, la salute e l'integrità psico-fisica. In questi termini, R. MARTINI, *Sub art. 422*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, II, con il coordinamento di A. Caputo, G. De Francesco, G. Fidelbo, A. Vallini, Milano, 2019, p. 2888. V., inoltre, A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, cit., p. 111, che ha individuato un rapporto di *genus ad speciem* fra l'incolumità pubblica e la salute dei consumatori.

⁽⁵⁾ Più precisamente, il legislatore ha effettuato una gradazione delle tutele in base all'offensività delle condotte e dei beni protetti prevedendo talora sanzioni amministrative talora reati contravvenzionali e talaltra fattispecie delittuose. In argomento, G. STEA, *Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione*, in *Riv. dir. alimentare*, 2018, II, p. 46.

nalistico. Nello specifico, egli è oggetto di alcune norme incriminatrici quali ad esempio gli artt. 442, 443, 444, 515 e 517 c.p. che, riferendosi a prodotti destinati al consumo, presuppongono il rapporto produttore⁽⁶⁾-consumatore al fine della propria integrazione.

Preliminarmente, occorre distinguere a seconda che i reati concernenti l'incolumità personale abbiano ad oggetto la dimensione collettiva oppure individuale della stessa. Fra le fattispecie delittuose della prima categoria, rientrano quelle previste e punite dai Capi II e III del Titolo VI del Libro II del codice penale che riguardano rispettivamente i delitti di comune pericolo commessi mediante frode e i delitti colposi di comune pericolo.

Per quanto concerne invece i reati che si riferiscono alla tutela dell'incolumità nella sua veste individuale, sono da ricondurre nella traiettoria di protezione del consumatore i delitti contro la vita e l'integrità personale quali l'omicidio e le lesioni (in genere colposi anche se, a ben vedere, non è da escludersi *sic et simpliciter* la configurabilità delle corrispondenti versioni dolose nell'ambito consumeristico)⁽⁷⁾.

Di tutta evidenza è la diversa percezione a livello di disvalore che il legislatore ha avuto calibrando differentemente il livello della soglia di punibilità a seconda che si tratti di reati che incidono sulla collettività piuttosto che sul singolo; mentre per i primi il legislatore, alla luce del particolare allarme sociale suscitato, ha scelto in chiave general-preventiva di anticipare la soglia della tutela penale prevedendo reati di pericolo, per quanto riguarda i delitti che incidono sulla salute, sulla vita o sull'integrità psicofisica del singolo tale anticipazione non vi è stata.

Invero, sono riscontrabili all'interno del codice penale anche altri tipi di reati che, pur esorbitando dal bene protetto *stricto iure* della personale incolumità, ben possono riguardare il consumatore in quanto ledono interessi ad esso riconducibili.

Segnatamente, i delitti contro l'industria e il commercio previsti dal capo II del Titolo VIII come, ad esempio, quello previsto dall'art. 515 c.p. sulle frodi nell'esercizio del commercio e il reato di cui all'art. 517-*quater* c.p. che si riferisce alle condotte di contraffazione di indicazioni geografiche o deno-

⁽⁶⁾ Con ciò riferendosi a chiunque si frapponga fra il produttore ed il consumatore finale come *e.g.* il distributore, il venditore, l'importatore, etc.

⁽⁷⁾ Per un'attenta e compiuta disamina, v. A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, cit., p. 230 ss.

minazioni di origine dei prodotti agroalimentari.

A completare il quadro, non possono essere sottaciuti i reati di cui al Capo II del Titolo XIII, *id est*, i delitti contro il patrimonio commessi mediante frode ove il riferimento è ad esempio ai delitti di truffa e di usura.

A livello di legislazione speciale, sono intervenute diverse disposizioni normative, non sempre inserite nel contesto ordinamentale con organicità e coerenza⁽⁸⁾, le quali hanno previsto con evidenti finalità di prevenzione tutta una serie di regole cautelari la cui violazione è, pertanto, addebitabile generalmente a titolo di colpa specifica e mediante reati di tipo contravvenzionale o con sanzioni amministrative.

Fra queste, per citare le più importanti, vi è la l. 30 aprile 1962, n. 28⁽⁹⁾ sulla vendita ed il commercio dei prodotti alimentari e delle bevande e la l. 11 ottobre 1986, n. 713 sulla produzione e vendita di prodotti cosmetici e la l. 23 luglio 2009, n. 99 che ha modificato il codice penale e il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sulla responsabilità degli enti da reato.

A livello sovranazionale, possono rammentarsi a titolo esemplificativo il reg. UE n. 1169/2011 sull'etichettatura, il reg. UE n. 1151/2012 sulle denominazioni d'origine ed il reg. UE 952/2013 sul codice doganale dell'Unione.

In definitiva, il legislatore è intervenuto sostanzialmente in due modi al fine di ovviare alle problematiche concernenti il consumatore: da un lato, a livello di prevenzione attraverso la predisposizione di regole cautelari disseminate nella legislazione speciale e, dall'altro, a livello di repressione e deterrenza mediante l'apposizione di sanzioni amministrative e penali.

⁽⁸⁾ In tal senso, M. FERRARI, U. IZZO, *Diritto alimentare comparato. Regole del cibo e ruolo della tecnologia*, Bologna, 2012, p. 266; e, nello stesso senso, A. NATALINI, *Postfazione*, in Id. (a cura di), *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela (Quaderno dei Corsi del 3-5 maggio 2017 e del 9-11 aprile 2018 organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura e dall'Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul tema agroalimentare)*, Milano, 2018, p. 223; nonché, ugualmente critica, A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, cit., p. 48 ss. Spesso la legislazione speciale è, infatti, stata lo strumento di adeguamento agli obblighi di derivazione comunitaria concretizzatisi in numerosi Regolamenti e Direttive emanati con l'evidente fine di armonizzazione delle discipline interne degli Stati membri in tema di protezione del consumatore ai quali però il legislatore nazionale non ha risposto con una normativa che disciplini organicamente la materia.

⁽⁹⁾ Con la quale si raggiunge una certa "maturità normativa" nel settore alimentare. In questi precisi termini, G. STEA, *Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione*, cit., p. 44.

2. — *Il reato di frode nell'esercizio del commercio a danno del consumatore.*

Chiarito a grandi linee come il legislatore si è occupato del consumatore prevedendo svariate fattispecie penali a presidio degli interessi protetti ad esso riconducibili, preme analizzare più da vicino l'ambito delle frodi alimentari.

Fra le disposizioni normative che perseguono condotte di questo tipo rientra il reato punito ai sensi e per gli effetti dell'art. 515 c.p.⁽¹⁰⁾ il quale dà rilevanza penale alla condotta di chi, nell'esercizio di un'attività di natura commerciale, consegna all'acquirente l'*aliud pro alio* e cioè una cosa mobile diversa, per origine, provenienza⁽¹¹⁾, qualità⁽¹²⁾ o quantità rispetto a quella che era stata oggetto di precedenti pattuizioni⁽¹³⁾.

Nonostante l'esordio della disposizione normativa ("chiunque"), trattasi

⁽¹⁰⁾ L'interpretazione della S.C. ha colto lo stretto legame fra questo reato e la tutela del consumatore. Cfr., Cass., 17 marzo 2015, n. 14090, in *Ced Cassazione*, 2015: § 2 della parte motiva ove i giudici di legittimità ebbero ad affermare *apertis verbis* che «giova, inoltre, ricordare che nel nostro codice penale sussiste una specifica fattispecie posta dal legislatore direttamente a tutela dei consumatori regolata dall'articolo 515 c.p.».

⁽¹¹⁾ Per la distinzione fra "origine" che corrisponde alla derivazione geografica e "provenienza" per la quale deve intendersi la riferibilità della merce ad un determinato produttore o intermediario (particolarmente controverso in caso di delocalizzazione), si rinvia a V. PACILEO, *Le frodi agroalimentari tra disciplina nazionale ed europea*, in A. NATALINI (a cura di), *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, cit., spec. p. 125.

⁽¹²⁾ In particolare, la marchiatura CE ove «fasulla o ingannevole, rileva proprio ai sensi dell'art. 515 cod. pen., in quanto incide (non sulla provenienza ma) sulla qualità e sulla sicurezza del prodotto, il quale, appunto, è (falsamente) dichiarato essere conforme agli *standard europei*». Nello specifico era stato apposto il marchio CE indicativo di "China Export", ma idoneo ad ingenerare nel consumatore l'erronea e lapalissiana convinzione che i prodotti riportassero, invece, il marchio CE in quanto corrispondente a "Comunità Europea" con i relativi *standard* di garanzia e sicurezza, v. Cass., 20 giugno 2018, n. 33397, in *De Jure*: § 2.2 della parte motiva. Inoltre, in tema di alimenti, è di diversa qualità il prodotto che viene ottenuto in mancanza del rispetto delle regole metodologico-produttive fissate dal disciplinare di produzione per quel tipo di alimento: in questi termini V. VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, Pisa, 2018, spec. p. 129.

⁽¹³⁾ Più in generale, qualunque alterazione del prodotto che non solo leda la salute umana, ma anche interessi di natura economica come la lealtà e correttezza negli scambi commerciali configura una frode commerciale. Così, A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, cit., p. 104.

di reato proprio⁽¹⁴⁾ in quanto il legislatore ha effettuato un esplicito riferimento al contesto realizzativo ove si colloca il soggetto agente in base al quale al fine del perfezionamento del reato *de quo* è necessaria la *traditio rei* e tale consegna del bene deve essere qualificata inserendosi all'interno dell'esercizio di un'attività commerciale o comunque di uno spaccio aperto al pubblico⁽¹⁵⁾. Inoltre, l'espressa predeterminazione a livello normativo delle modalità attraverso cui deve estrinsecarsi e contestualizzarsi la condotta ai fini dell'integrazione di detta fattispecie incriminatrice denota chiaramente come siamo in presenza di un reato a forma vincolata.

A ben vedere, anche il soggetto passivo è, almeno implicitamente, predeterminato dalla previsione normativa in quanto il richiamo all'attività commerciale e allo spaccio costituiscono un evidente riferimento al consumatore quale soggetto passivo del reato di frode nell'esercizio del commercio.

Infatti, la giurisprudenza di legittimità ritiene pacificamente che la persona offesa dal reato, in quanto tale legittimata ad opporsi alla richiesta di archiviazione, è sia l'acquirente-consumatore sia il produttore della merce scambiata⁽¹⁶⁾. Ciò in quanto la ricostruzione interpretativa prevalente ritiene il reato *ex art. 515 c.p.* un delitto dalla portata plurioffensiva⁽¹⁷⁾ atteso che

⁽¹⁴⁾ Nonostante non manchi chi ritiene che l'art. 515 c.p. racchiuda un reato comune: fra tutti, L. FERRARIS, *Il riciclaggio merceologico come risposta sanzionatoria alle frodi nel settore oleario*, in *Dir. giur. agr.*, 2017, III p. 5, disponibile su rivistadga.it.

⁽¹⁵⁾ Più nello specifico, sul titolare di un esercizio commerciale gravano diversi obblighi connaturali al rischio d'impresa di cui egli si è fatto carico dotandosi e usufruendo dell'organizzazione commerciale, anche minima, fra cui l'obbligo di impartire ai propri dipendenti precise disposizioni con riguardo al leale e scrupoloso comportamento commerciale al quale corrisponde logicamente il correlativo obbligo di vigilare sulla corretta osservanza di tali disposizioni, vedasi Cass., 24 marzo 2015, n. 14257, in *Ced Cassazione*, 2015: spec. § 4 nella parte motiva. Infatti, non serve una qualifica formale per l'addebito di tale reato, essendo sufficiente anche il mero esercizio in via di fatto: così, A. CORBO, *Sub art. 515*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., p. 3437.

⁽¹⁶⁾ L'indirizzo oramai prevalente si dirama dall'orientamento tradizionale in ordine al quale si rimanda a Cass., 16 gennaio 2008, n. 5588, in *Ced Cassazione*, 2008.

⁽¹⁷⁾ In particolare, V. PACILEO, *Le frodi agroalimentari tra disciplina nazionale ed europea*, in A. NATALINI (a cura di), *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, cit., spec. p. 123, secondo il quale l'art. 515 c.p. è volto a tutelare, da un lato, la lealtà del gioco della concorrenza fra imprenditori e, dall'altro lato, il c.d. ordine pubblico economico in quanto riguarda, più in generale, la correttezza dei traffici commerciali con ciò garantendo il con-

l'interesse protetto dalla norma incriminatrice in esame viene individuato tanto nell'interesse dei produttori e commercianti al leale e corretto svolgimento del mercato in termini concorrenziali⁽¹⁸⁾ quanto nell'affidamento negoziale del consumatore a non ricevere una *res* diversa da quella previamente concordata⁽¹⁹⁾.

Più precisamente, l'art. 515 c.p. è volto a tutelare la correttezza delle informazioni⁽²⁰⁾ che il consumatore riceve e le aspettative che lo stesso può

sumatore dal punto di vista della veridicità delle informazioni che egli riceve nell'accingersi all'atto di acquisto. Per un'esauriente ricostruzione di questo orientamento dottrinario, A. CORBO, *Sub art. 515*, cit., p. 3437.

⁽¹⁸⁾ Con particolare riferimento a Cass., 21 gennaio 2014, n. 2617, con nota di S. CORBETTA, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, II, p. 273. Più nel dettaglio, secondo l'interpretazione della S.C. l'interesse del produttore è a non vedere i propri articoli surrettiziamente scambiati con prodotti differenti.

⁽¹⁹⁾ In giurisprudenza, cfr., Cass., 1° aprile 2019, n. 14017, in *De Jure*: § 3 della parte motiva ove la S.C. ebbe a precisare come in realtà il reato di cui all'art. 515 c.p. è posto a tutela della lealtà e correttezza negli scambi commerciali, più che non della liceità e salubrità del prodotto destinato alla vendita. In particolare, nel caso di specie l'indagato avrebbe commercializzato fiori di canapa, tisane e altre infiorescenze, quali prodotti succedanei al tabacco, nonostante fossero etichettati come "non idonei al consumo alimentare". Il fatto che non fossero idonei al consumo non si concilia con la frode in commercio in quanto era stata venduta la stessa merce che era stata oggetto di espressa dichiarazione da parte del venditore difettando così l'*immutatio veri*. In dottrina, G.C. CASELLI, *Prefazione*, in A. NATALINI (a cura di), *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, cit., spec. p. VIII, ad opinione del quale la repressione penale delle frodi negli alimenti sono finalizzate a tutelare le scelte del consumatore. Per un'interessante lettura circa il dirottamento da parte di chi pone sistematicamente in essere tali condotte da quelle nocive per la salute, punite con ben maggior severità, e quelle atte a frodare il consumatore sulla qualità, le cui pene edittali sono ben più esigue (il cui precipitato pratico è stato quello della loro sottovalutazione da parte tanto del legislatore quanto della giurisprudenza), v. A. NATALINI, *Tutela processual-penale della frodi alimentari*, *ivi*, spec. p. 151.

⁽²⁰⁾ Il reato frodatorio è, infatti, stato definito quale "reato informativo" e cioè derivante dalla manipolazione delle informazioni sulle caratteristiche peculiari del prodotto. Per tale ricostruzione, V. PACILEO, *Le frodi agroalimentari tra disciplina nazionale ed europea*, in A. NATALINI (a cura di), *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, cit., spec. p. 124. V., inoltre, F. GIRINELLI, *La gestione del rischio alimentare: certezze consolidate e prospettive per il futuro*, in *Dir. giur. agr.*, V, 2019, p. 5 ss. reperibile su *rivistadga.it.*; e G. SPOTO, *Tutela del consumatore, etichette a semaforo e informazioni "negative"*, in *Riv. dir. alimentare*, 2018, II, p. 28 ss., i quali si soffermano ampiamente sulla centralità strategica dell'informazione nella normati-

fisiologicamente maturare in conseguenza di dette informazioni e non tanto, quindi, il suo patrimonio. Tanto si deduce in quanto il reato in esame vede la sua collocazione sistematica fra i delitti contro l'industria e il commercio⁽²¹⁾ nel Capo II del Titolo VIII (sui delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio) del Libro II del codice penale e non fra i delitti contro il patrimonio mediante frode come *e.g.* la truffa. Infatti, non solo l'assenza di una *deminutio patrimonii* (anche potenziale) patita dal consumatore non vale ad escludere la compiuta realizzazione del disvalore stigmatizzato dalla frode in commercio, bensì neppure un eventuale arricchimento del singolo acquirente a seguito della consegna dell'*aliud pro alio* e cioè la *datio rei* di un bene diverso, ma di maggior valore economico rispetto a quello promesso⁽²²⁾. Il che postula che il consenso della persona offesa nonostante la diversità del bene consegnato non ha alcuna efficacia scriminante *ex art.* 50 c.p. sulla condotta del soggetto agente alla luce della portata superindividuale e della conseguente natura indisponibile del bene giuridico tutelato che rende irrilevante l'atteggiamento psicologico del *deceptus*: è, infatti, indifferente nelle intenzioni del legislatore sia l'atteggiamento, connotato o meno da frodolenza, del venditore sia l'eventuale conoscenza da parte dell'acquirente circa la difformità di quanto a lui consegnato nonché la possibilità che egli potesse rendersene facilmente conto applicando i normali canoni di attenzione e diligenza⁽²³⁾ (mediante ad esempio la lettura del menù del ristorante o dell'etichetta nel supermercato).

va, europea e nazionale, a tutela del consumatore sia in generale che nel settore alimentare. Andando ancor più a fondo, non è poi difficile immaginare i molteplici fattori che rendono indispensabile una corretta informazione sulla qualità dell'alimento che il consumatore si accinge ad acquistare: allergie, intolleranza, motivazioni religiose o anche di affezione verso un certo tipo di animale, etc.

⁽²¹⁾ Difatti, pur non riguardando la contrattazione in serie, ma un singolo contratto, la condotta di cui all'art. 515 c.p. è comunque idonea a compromettere il normale operare del mercato minando la buona fede e la fiducia nella sicurezza dei traffici commerciali, così come indicato da A. CORBO, *Sub art. 515*, cit., p. 3437; v., meno di recente, Corte cost., 28 luglio 1987, n. 294, in *Giur. cost.*, 1987, p. 2296.

⁽²²⁾ *Ex plurimis*, Cass., 15 marzo 2017, n. 39055, in *Ced Cassazione*, 2017: § 2 della parte motiva. Secondo tale arresto giurisprudenziale la frode in commercio si perfeziona, invero, anche in caso di esatto soddisfacimento del consumatore.

⁽²³⁾ In proposito, Cass., 25 febbraio 2019, n. 26039, in *Ced Cassazione*, 2019: spec. § 2.2 della parte motiva; la quale richiama, a sua volta, la precedente in senso conforme che co-

In punto di consumazione, il reato *ex art.* 515 c.p. vede il proprio momento perfezionativo nella consegna materiale della *res* al compratore. Non è, pertanto, dirimente che il prodotto consegnato sia nocivo per la salute, per l'integrità psico-fisica o per la vita del consumatore essendo sufficiente la mancata correlazione fra il chiesto ed il consegnato.

In ordine al tentativo, la dottrina e giurisprudenza più recenti sono pressoché unanimi sulla ravvisabilità dello stesso ritenendolo pienamente compatibile con l'art. 515 c.p. seppur con differenti opinioni in punto di configurazione. A differenza da quanto ritenuto dalla dottrina⁽²⁴⁾ che ritiene indispensabile un effettivo contatto fra venditore e *deceptus*, l'interpretazione prevalente in giurisprudenza sostiene che per la configurabilità del tentativo non è necessario che abbia avuto inizio una concreta contrattazione finalizzata alla cessione con il singolo avventore, essendo sufficiente la mera destinazione alla vendita di un prodotto diverso per origine, provenienza, qualità o quantità da quello pattuito o comunque dichiarato. In altri termini, è responsabile a titolo di delitto di frode in commercio tentato il commerciante già al momento della semplice messa in vendita⁽²⁵⁾ o detenzione di

stituisce oramai *ius receptum* e cioè Cass., 18 novembre 2016, n. 54207, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4085: spec. § 6 in parte motiva. In dottrina, S. MASINI, *Sull'inganno dell'origine nel reato di frode: dalla protezione del consumatore alla tutela della fiducia nel commercio* (nota a Cass., 20 dicembre 2013, n. 19093), in *Dir. giur. agr.*, 2013, p. 397. Ancora sull'irrelevanza dell'inganno da parte del venditore, A. CORBO, *Sub art. 515*, cit., p. 3445.

⁽²⁴⁾ Ciò sia per l'assunto secondo cui la fattispecie astratta richiede per la sua consumazione l'esistenza di un rapporto contrattuale a monte sia in quanto in ordine ad altre ipotesi di reato quali gli artt. 516 e 517 c.p. è stata espressamente prevista la rilevanza penale di condotte prodromiche come la mera messa in commercio il che è stato, pertanto, escluso ragionando *a contrario* per l'art. 515 c.p. Sulla *quaestio iuris*, A. CORBO, *Sub art. 515*, cit., p. 3448. Anche la giurisprudenza più risalente aderiva, invero, a questo orientamento, cfr. Cass., 25 settembre 2002, n. 37459, in *Ced Cassazione*, 2002.

⁽²⁵⁾ È pacifico l'indirizzo ermeneutico maturato in giurisprudenza secondo cui la mera «esposizione di merce presso un negozio destinato all'esercizio dell'attività di vendita integra il tentativo di frode nell'esercizio del commercio in quanto configura condotta che, per il luogo di esposizione della merce, si risolve in un'offerta al pubblico costituente concreta proposta contrattuale; tale condotta è, pertanto, pienamente idonea e diretta in modo non equivoco alla conclusione del contratto finale, e quindi alla consumazione della frode commerciale di cui all'art. 515 cod. pen.», cfr., Cass., 3 novembre 2015, n. 44340, in *Cass. pen.*, 2017, p. 702. Più di recente, Cass., 9 marzo 2017, n. 28695, in *Ced Cassazione*, 2017: § 2 della parte motiva. Tale approdo interpretativo poggia sulla risalente pronuncia a Sezioni Unite

prodotti non corrispondenti a quanto può rientrare nel perimetro conoscitivo dell'eventuale consumatore indipendentemente da un effettivo contatto con la clientela. Un simile avanzamento concernente la soglia della punibilità penale non fa altro che denotare la consistenza del disvalore che tali tipi di condotte esprimono in termini di rilievo penale agli occhi del legislatore oltre che del tessuto sociale.

Con particolare riferimento al settore della ristorazione, ben può integrare, secondo la ricostruzione prevalente, il tentativo di frode in commercio la mera detenzione della merce unitamente al non aver riportato nel menù del ristorante l'indicazione che alcuni alimenti possono essere stati sottoposti a surgelazione, il che viene sovente riscontrato nella casistica. Più nello specifico, anche il semplice fatto della mancata indicazione nella lista delle vivande che determinati prodotti nella disponibilità del ristoratore sono stati congelati può integrare il reato di frode nell'esercizio del commercio nella sua versione tentata in quanto «l'esercizio di attività di vendita al pubblico di prodotti destinati all'alimentazione comporta l'obbligo di dichiarare la qualità della merce offerta ai consumatori, di tal che la mancata specificazione della qualità del prodotto (naturale o congelato)» da parte dell'esercente è da identificarsi quale proposta di vendita non veritiera costituendo un atto diretto in modo non equivoco a commettere il delitto di cui all'art. 515 c.p.⁽²⁶⁾.

che è intervenuta sul tema e, segnatamente, Cass., Sez. un., 25 ottobre 2000, n. 28, in *Ced Cassazione*, 2000, la quale specificò che la mera detenzione della merce senza essere esposta oppure offerta in qualche modo al pubblico non corrisponde alla fattispecie tipica dell'art. 515 c.p. escludendo la mera detenzione.

⁽²⁶⁾ In questi stessi termini, cfr. Cass., 17 maggio 2017, n. 39082, in *Ced Cassazione*, 2017: § 2 della parte motiva; v., inoltre, sul punto, Cass., 17 gennaio 2017, n. 30173, *ibidem*: § 3 della parte motiva. Le quali sono state richiamate da diverse pronunce di recente intervenute sul tema: *ex multis*, Cass., 29 marzo 2019, n. 13726, in *Ced Cassazione*, 2019: § 1 del considerato in diritto.

Pertanto, anche il mero deposito in magazzino o la semplice disponibilità nelle cucine di alimenti la cui qualità surgelata non è riportata al potenziale acquirente sono considerati atti idonei, diretti ed univocamente orientati alla realizzazione della fattispecie penale *de qua*. Quindi, assume rilievo ai sensi dell'art. 515 c.p. tentato non la mera detenzione in sé, ma la disponibilità materiale unitamente alla diversità di un elemento qualitativo del prodotto e alla mancata informazione al consumatore circa tale diversità. In senso contrario, l'orientamento più risalente riteneva l'insussistenza della componente dell'univocità in caso di mera detenzione non corroborata da altri elementi da cui era possibile desumere la futura destinazione alla vendita, cfr. Cass., 3 novembre 2001, n. 35743, in *Ced Cassazione*, 2001.

Invero, nel caso in cui vengano detenuti per la somministrazione alimenti⁽²⁷⁾ presentati ai consumatori come freschi, ma in realtà sottoposti a congelazione o surgelazione senza che tale caratteristica sia stata oggetto di indicazione alcuna è irrilevante ai fini dell'integrazione del reato di tentativo di frode in commercio che tali trattamenti siano avvenuti in fase di lavorazione piuttosto che a prodotto finito, posto che non è in discussione il procedimento produttivo o di conservazione degli alimenti, bensì la mancanza di adeguata informazione ai consumatori⁽²⁸⁾ da cui scaturisce l'inconciliabilità fra quanto pattuito e quanto effettivamente ricevuto.

In punto di componente soggettiva del reato, la giurisprudenza di legittimità e la dottrina ritengono pacificamente sufficiente per la configurazione del delitto *de quo* il dolo generico consistente nella mera coscienza e volontà di cedere, nell'esercizio del commercio, un *quid* diverso da quello pattuito a prescindere da qualsivoglia fine ulteriore di lucro o profitto che ha mosso l'agente⁽²⁹⁾.

In definitiva, l'art. 515 c.p. è posto a tutela dell'interesse dello Stato al leale esercizio del commercio la cui valenza protettiva è da ricondurre, come già visto, tanto verso i produttori ed i distributori quanto ad indirizzo dei consumatori. Invero, la fattispecie criminosa in oggetto ha una portata generale

⁽²⁷⁾ Per alimento si intende a livello europeo «qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito da esseri umani» ai sensi del reg. CE n. 178/2002, mentre nella compagine italiana si abbraccia una nozione più elastica che accoglie anche prodotti naturali scervi da interventi diretti dell'uomo come ad esempio alimenti provenienti da cacciatori o pescatori i quali sono definiti veri e propri "produttori" ai sensi dell'art. 115 Codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005). Per una compiuta descrizione si rinvia a P. MASI, *La filiera alimentare, l'operatore alimentare, l'alimento*, in A. NATALINI (a cura di), *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, cit., spec. p. 74.

⁽²⁸⁾ In questi termini, Cass., 13 gennaio 2016, n. 899, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3711, che analizzava il caso di prodotti dolciari di una pasticceria i quali, pur rappresentati come freschi, erano stati sottoposti a surgelazione. Più di recente, Cass., 25 ottobre 2018, n. 56105, in *De Jure*.

⁽²⁹⁾ Sul punto, Cass., 25 ottobre 2017, n. 13998, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3267. Più in generale, ogni delitto frodatorio che lede gli interessi di natura patrimoniale anziché quelli della salute umana (ove vi sono fattispecie sia dolose sia colpose) è punibile a titolo di dolo e con reati a forma vincolata per selezionare le condotte effettivamente meritevoli della sanzione penale: in proposito, A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, cit., p. 113.

e cioè non è stata espressamente concepita dal legislatore per contrastare la criminalità agroalimentare, ma è stata in molteplici occasioni interpretata dalla giurisprudenza declinandola con casi di frode alimentare⁽³⁰⁾.

3. — *Mappatura delle frodi nel settore agroalimentare: i dati ufficiali dell'ICQRF.*

A far data dal 2007, il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali pubblica nel proprio sito i *reports* di attività dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF), una delle più rilevanti strutture istituzionali dedite al contrasto di frodi, usurpazioni, fenomeni di *Italian sounding* e contraffazioni a danno dei consumatori e del *made in Italy* di qualità attraverso l'attivazione di poteri ispettivi, di vigilanza e sanzionatori volti alla prevenzione ed al monitoraggio della criminalità nel settore agroalimentare⁽³¹⁾.

Detta relazione viene annualmente redatta e pubblicata generalmente nel mese di febbraio dell'anno successivo a quello oggetto di analisi e costituisce una compiuta opera di individuazione e studio dei settori alimentari caratterizzati da maggiori criticità fornendo uno spaccato ben preciso dell'attività che l'ICQRF espleta in fase di prevenzione, mappatura dei rischi e di segnalazione all'Autorità Giudiziaria di quanto fra i dati appresi possa avere rilevanza penale.

In linea generale, il lavoro dell'ICQRF ha costituito il prelude ed il fondamento di rilevanti operazioni di polizia giudiziaria volte al contrasto dei comportamenti criminosi nel settore agroalimentare. Dai dati ufficiali del "Report Attività 2019"⁽³²⁾ si ricava che sono state 395 le notizie di reato su

⁽³⁰⁾ La giurisprudenza tende ad applicare l'art. 515 c.p. in una numerosa serie di casi legati al settore alimentare. Per una ricca disamina della casistica, v. M. FERRARI, U. IZZO, *Diritto alimentare comparato. Regole del cibo e ruolo della tecnologia*, cit., p. 273.

⁽³¹⁾ Per un'interessante ricostruzione delle risalenti radici storiche di questo particolare fenomeno illecito si rimanda a G. STEA, *Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione*, cit., p. 43; sempre in argomento, S. MASINI, *Frammenti per una storia delle frodi alimentari*, in *Dir. agroalimentare*, 2017, p. 313 ss.

⁽³²⁾ A tal riguardo, si rimanda a *politicheagricole.it*, ove è reperibile il "Report attività 2019" dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari pubblicato nel mese di febbraio 2020 dal Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, con particolare riferimento a quanto esposto a p. 35 ss.

base nazionale segnalate all'Autorità Giudiziaria, in netto calo (– 54%) rispetto al 2018 che ne annoverava 721, e le contestazioni amministrative elevate 4.446 (+ 6%); ad esse si aggiungono 2.034 diffide emesse nei confronti degli operatori (in luogo delle 2.629 del 2018). Quanto a merce sequestrata vi è stato invece un ingente aumento con riguardo all'anno precedente (circa 72.000 tonnellate a fronte delle 17.600 tonnellate del 2018) per un valore dei sequestri di oltre 301 milioni di euro (sui 34 milioni di euro del precedente anno).

I controlli antifrode sono stati globalmente 55.539, di cui 41.462 ispettivi e 14.077 analitici. Gli operatori ispezionati sono stati 27.683 e i prodotti sottoposti a controllo 51.289.

Gli interventi dell'Ispettorato a tutela del *Made in Italy* agroalimentare che hanno esorbitato dai confini nazionali e che si sono riversati sul web sono stati 513. Sul web, in particolare, l'ICQRF ha compiuto un'attività di estrema importanza quanto a rimozione di contenuti che possono riguardare frodi alimentari grazie alla continua collaborazione con i tre web *market places*, Alibaba, Amazon ed Ebay, giungendo ad attivare nel 2019 ben 340 (in luogo dei 177 del 2018) interventi a tutela delle produzioni italiane, con il 99% di successi (confermando l'alta percentuale degli anni precedenti: 99% nel 2018 e 98% nel 2017). A livello pratico, in virtù delle segnalazioni dell'organo di ispezione si è ottenuta la rimozione da parte delle piattaforme online di riferimento di contenuti che presentavano delle irregolarità ottenendo così il bloccaggio nel giro di qualche ora (che non superano in genere il raggio massimo di circa 72 ore) degli annunci ingannevoli comunque evocativi dei prodotti di eccellenza italiani.

Proprio in virtù di tale dialogo⁽³³⁾ instaurato con alcuni dei principali *players* mondiali dell'*e-commerce*, anche grazie alla stipulazione di specifici protocolli d'intesa, l'Ispettorato agisce per tutelare i prodotti di qualità italiani operando direttamente su questi tipi di piattaforme web in qualità di soggetto legittimato (*owner*) a difendere il “nome” delle Indicazioni Geografiche italiane⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Per di più, il *report* viene reso noto ogni anno in lingua italiana, inglese e cinese, il che ne evidenzia la risonanza e la fruibilità a livello internazionale.

⁽³⁴⁾ Per una approfondita analisi circa l'operato dell'ICQRF sul web in materia di frodi alimentari si rimanda all'elaborazione compiuta da due membri operativi del Dipartimento dell'Ispettorato stesso che rappresenta un interessante spunto per comprendere il *modus*

I settori dell'agroalimentare che negli ultimi anni sembrano presentare maggiori criticità e che sono stati in maggior misura attenzionati sono costituiti da quelli della carne, del vitivinicolo e degli oli⁽³⁵⁾. Dai dati contenuti nel *report*, si ricava che nell'anno 2019 per quanto concerne la carne ed i prodotti a base di carne sono intervenute 15 notizie di reato su base nazionale. Il dato è particolarmente significativo in quanto è intervenuta una drastica diminuzione di fatti aventi rilevanza penale identificati dall'ICQRF riguardanti prodotti di carne in quanto nel 2018 (che aveva costituito quasi un *annus horribilis*) vi erano state 233 notizie di reato (il che aveva segnato un ingente aumento con riguardo all'anno ancora precedente ove vi erano state 116 *notitae criminis* per questo settore alimentare).

Le contestazioni di carattere amministrativo sono state 197 (anche qui in netto calo rispetto alle 353 del 2018), i sequestri 17 (a fronte dei 31 intervenuti nel 2018) per un valore di € 17.655,00 sulla base di 2.588 controlli (di cui 2.377 ispettivi e 211 analitici); mentre il valore dei sequestri dell'anno precedente era stato di € 1.986.318,00 quale risultato di 3.226 controlli totali (di cui 3.019 controlli ispettivi e 207 controlli analitici).

Il valore estrinsecato in percentuale dei prodotti risultati irregolari fra quelli sottoposti a controllo è di 11,2%, in aumento rispetto al 9,8% del 2018. Più nel dettaglio, i principali illeciti riscontrati dagli uffici di controllo sono stati: preparazioni di carne suina e bovina con composizione difforme dal dichiarato per presenza di principi attivi non riportati in etichetta; irregolare etichettatura di carni e preparati a base di carne per utilizzo di menzioni ingannevoli, tra cui la designazione di origine; irregolarità nel sistema di tracciabilità della carne; impiego di suini non conformi al disciplinare di

operandi di tale istituzione, v. O. GERINI, M.G. SAPORITO, *La contraffazione dei vini di qualità nelle vendite on-line*, in *Dir. giur. agr.*, 2019, VI, *passim*, disponibile in *rivistadga.it*.

⁽³⁵⁾ Con particolare riferimento a questi ultimi due settori, preme rilevare come l'Italia sia ad oggi l'unico Paese al mondo dotato di una banca dati consistente in registri telematici concernenti la movimentazione di vino e olio (che va a completare il quadro delineato dal Sistema informativo agricolo nazionale, o SIAN, che riguarda la tracciabilità elettronica circa fornitori, clienti, movimentazioni dei prodotti alimentari istituito dal MIPAAF e dall'AGEA in virtù della l. 4 giugno 1984, n. 194). In argomento, si rinvia a *politicheagricole.it*, ove è stato pubblicato nel mese di febbraio 2020 dal Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali il "Report attività 2019" dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari, con particolare riguardo a quanto rilevato a p. 5.

produzione di prosciutti a DOP e, infine, carne di pollo surgelata con tenore in acqua superiore al limite consentito

In ordine al settore vitivinicolo, i valori sono rimasti più costanti. In particolare, sono state inoltrate all'Autorità Giudiziaria 201 *notitiae criminis* (da 194 del 2018) e sono state elevate 2.138 sanzioni di natura amministrativa (in luogo delle 1.789 dell'anno precedente); sono, inoltre, stati effettuati 298 (in misura analoga all'antecedente *report*) sequestri corrispondenti ad un valore di € 278.087.308,00 (mentre nell'anno precedente il valore era stato di € 16.292.705,22) a fronte di 18.179 controlli (di cui 13.925 ispettivi e 4.254 analitici). Il valore in percentuale dei prodotti nei quali sono state riscontrate irregolarità è diminuito dal 18,3% del 2018 al 15,4% del 2019.

Le prassi irregolari più frequentemente registrate sono state segnatamente quelle di: commercializzazione fraudolenta di vini DOP e IGP non conformi ai requisiti stabiliti dai rispettivi disciplinari di produzione; sofisticazione di prodotti vitivinicoli per annacquamento e/o zuccheraggio; irregolare aggiunta di aromi nel vino; detenzione di prodotti vitivinicoli c.d. "in nero", *id est* non giustificati dalla documentazione ufficiale di cantina; prodotti vitivinicoli dichiarati come da agricoltura biologica, ma rilevati all'analisi contenere residui di prodotti fitosanitari; violazioni delle disposizioni in materia di designazione e presentazione e/o nel sistema di chiusura di vini, sia generici, che a denominazione d'origine⁽³⁶⁾.

Con riguardo agli oli⁽³⁷⁾, hanno avuto luogo 43 notizie di reato (in diminuzione rispetto alle 59 del 2018 e alle 70 dell'anno ancora precedente), 538 contestazioni amministrative (da 400 del 2018), 49 sequestri (che erano stati 53 nel precedente anno) per un valore nominale di € 628.787,00 (2018: € 151.740,00) quale risultato di 6.875 controlli totali (di cui 5.314 ispettivi e 1.561 analitici). La percentuale dei prodotti risultati irregolari si è collocata sull'11,0% sul totale dei prodotti sottoposti a controllo (in lieve rialzo rispetto al 10,2% del 2018). A livello di maggiori violazioni rilevate si possono annoverare le principali e precisamente: olio extra vergine di oliva risultato di categoria inferiore dall'a-

⁽³⁶⁾ Mentre non è più emersa fra le prassi devianti maggiormente riscontrate l'aggiunta di coloranti non dichiarati in vino aromatizzato né nel *Report* del 2019 né in quello del 2018 come era, invece, avvenuto nel *Report* del 2017.

⁽³⁷⁾ Per un'interessante ricostruzione delle frodi nel settore oleario, v. ampiamente sul tema, F. DIAMANTI, *Aliud pro Olio (S.p.A.?) L'operazione "Arbequino" e le nuove frontiere dell'illegal oil blending*, in *Dir. giur. agr.*, 2019, V, *passim*, disponibile in *rivistadga.it*.

nalisi chimica e/o organolettica; mancata o irregolare indicazione dell'origine geografica in olio extra vergine di oliva; commercializzazione di olio falsamente designato extra vergine di oliva, ma in realtà risultato olio di semi colorato con clorofilla; violazioni delle norme di etichettatura e presentazione degli oli di oliva per omissioni di indicazioni obbligatorie, irregolare utilizzo di indicazioni facoltative, impiego ingannevole della designazione di origine; mancata o irregolare tenuta dei registri telematici degli oli di oliva.

In linea generale, dal resoconto del 2019 si ricava un quadro ben più incoraggiante, seppur non ancora ottimale, rispetto al *report* del 2018⁽³⁸⁾, *annus horribilis* ove si era verificato un consistente aumento tanto delle notizie di reato 721 (+ 58% sul 2017) quanto delle 4.194 contestazioni amministrative (+ 13% sull'anno precedente) con riferimento settori merceologici cui abbiamo fatto riferimento.

Pertanto, dai dati del Ministero si può agevolmente desumere che vi è stata una rilevante decrescita delle notizie di reato dal 2018 al 2019 tanto nel settore di frodi agroalimentari in generale (con una diminuzione del 54%) quanto nell'ambito dei prodotti esaminati con la sola eccezione del settore vitivinicolo che ha, invece, presentato un aumento del 3,61%⁽³⁹⁾.

A livello di controlli, vi è stata una certa continuità fra dati relativi alle verifiche del 2018 e quelle afferenti al 2019. Ciò in quanto mentre nel 2018 erano stati effettuati 54.098 controlli antifrode su base annua, di cui 40.301 ispettivi e 13.797 analitici, nel 2019 i controlli antifrode sono stati 55.539, di cui 41.462 ispettivi e 14.077 analitici. Anche il dato degli operatori ispezionati nel '19 (27.683) fa sostanzialmente da eco a quello del '18 (25.000) nonché quello dei prodotti controllati: 51.289 nel 2019 a 53.000 nel precedente anno di riferimento.

In conclusione, pur emergendo un bilancio pressoché positivo in ordine ai dati raccolti nell'indagine statistica condotta dall'Ispettorato con riguardo

⁽³⁸⁾ Sul tema, v. *politicheagricole.it*, ove è stato pubblicato nel mese di febbraio 2019 dal Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali il “*Report* attività 2018” dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e della repressione frodi dei prodotti agroalimentari, spec. a p. 31 ss.

⁽³⁹⁾ Anche se, come abbiamo avuto modo di vedere in precedenza, i valori del settore vitivinicolo si sono mantenuti pressoché costanti con riferimento a quelli dell'anno precedente. Peraltro, la percentuale di aumento non sembra di rilevante consistenza rispetto al precedente anno di analisi.

all'anno 2019 rispetto al 2018 desta preoccupazione il fatto che l'agroalimentare resta però uno dei settori a maggior "cifra oscura"⁽⁴⁰⁾. Ciò anche alla luce del fatto che le frodi commerciali sugli alimenti sono reati a vittima c.d. "silente" in quanto non direttamente percepibili all'occhio del singolo consumatore: per quanto egli possa essere accorto non è facilmente percepibile, ad esclusione dei casi più grossolani di contraffazione percepibile all'assaggio, la diversità concernente l'origine geografica o la non genuinità. Tanto si deduce *a fortiori* in quanto il riconoscimento di un'adulterazione di un alimento non è di facile rilevamento neanche per gli organi inquirenti⁽⁴¹⁾.

Infatti, l'operato dell'ICQRF è di particolare importanza anche alla luce del fatto che dal punto di vista statistico le notizie di reato in tema di condotte frodatrici sugli alimenti sono in genere il precipitato o di verifiche amministrative da parte di organi di controllo (quale appunto l'Ispettorato) o di attività investigativa ad iniziativa della polizia giudiziaria *ex artt.* 55 e 330 c.p.p. (magari diramandosi da indagini su altri reati) e quasi mai di denunce provenienti da soggetti privati: il che non fa che aumentare la suindicata "cifra nera"⁽⁴²⁾.

Più in generale, l'attività di controllo di carattere amministrativo ha assunto un ruolo determinante ai fini dell'acquisizione della *notitia criminis* in ambito di frode alimentare alla luce del fatto che, sebbene le norme sull'eticheatura prevedano illeciti di natura amministrativa in caso di violazione, dette irregolarità ben possono costituire un illecito-spie della frode in commercio attivando i sensori di rilevamento degli organi inquirenti⁽⁴³⁾ anche

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, A. NATALINI, *Postfazione*, cit., spec. p. 220.

⁽⁴¹⁾ Nello specifico, i metodi scientifici utilizzati, tanto in sede investigativa quanto in quella di istruzione probatoria, sono più che altro sperimentali e non ancora recepiti dalla scienza ufficiale. Tali metodi convergono nell'utilizzo di elaborazioni caratterizzate da criteri statistici/chemiometrici. Le modalità di produzione dei dati sperimentali però variano da laboratorio a laboratorio potendo consistere in analisi elementari, spettrometria di massa, spettroscopie infrarosse, risonanza magnetica nucleare, etc. In argomento, C. CONTI, C. ROSSI, *Metodiche sperimentali e motivazione rafforzata: il processualista interroga lo scienziato*, in A. NATALINI (a cura di), *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, cit., pp. 198 ss.; A. NATALINI, *Indagini e prova delle frodi agroalimentari: percorsi investigativi e processuali del P.M. specializzato*, in *Dir. agroalimentare*, 2017, p. 357; e, più di recente, ID., *Tutela processual-penale delle frodi alimentari*, *ivi*, p. 155 ss.

⁽⁴²⁾ A. NATALINI, *Postfazione*, cit., spec. p. 221.

⁽⁴³⁾ V. diffusamente sul punto, A. NATALINI, *Tutela processual-penale delle frodi alimentari*, cit., spec. p. 162.

grazie al dialogo istituzionale istaurato fra questi e organi di ispezione come l'ICQRF.

4. — *Frode nell'esercizio del commercio e responsabilità della persona giuridica.*

A partire dalla l. n. 99/2009⁽⁴⁴⁾, recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia, entrata in vigore il 15 agosto 2009, vi è stata l'estensione della responsabilità da reato degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001 ai delitti contro l'industria e il commercio previsti nel Capo II, del Titolo VIII del Libro II del codice penale. È stato, infatti, introdotto nel citato d.lgs. n. 231/2001 un nuovo art. 25-*bis*. 1, rubricato "Delitti contro l'industria e il commercio", che prevede la responsabilità dell'ente in relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 513 ss.; in particolare, la lett. *a*) del 1° comma di tale norma stabilisce nei confronti dell'ente e in relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 513, 515, 516, 517, 517-*ter*, 517-*quater* la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.

Ciò con l'evidente fine di contrastare le attività che possono porsi in contrapposizione con il regolare svolgimento degli scambi commerciali nel tentativo di scoraggiare le condotte di contraffazione o alterazione (art. 517-*quater* c.p.), adulterazione (art. 516 c.p.), usurpazione (art. 517-*ter* c.p.) o comunque finalizzate a consegnare un prodotto diverso dal dichiarato (art. 515 c.p.) commesse nell'interesse o a vantaggio delle persone giuridiche⁽⁴⁵⁾ e, al tempo stesso, a danno del consumatore qualora tali ipotesi delittuose vengano perpetrate da qualsiasi soggetto *intranseus* alla compagine aziendale ove è chiamato a svolgere funzioni di natura apicale o subordinata.

⁽⁴⁴⁾ In senso critico circa il ritardo di tale normativa dovuto anche all'assenza di una effettiva sensibilizzazione in tal senso da parte delle varie organizzazioni internazionali, V. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, p. 304 ss.

⁽⁴⁵⁾ Così, M. FERRARI, U. IZZO, *Diritto alimentare comparato. Regole del cibo e ruolo della tecnologia*, cit., p. 278. Più nel particolare, la responsabilizzazione delle persone giuridiche nel contrasto alla criminalità alimentare è considerato il vero punto di svolta in tale ambito da un punto di vista di politica criminale da M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, spec. p. 9.

Il che ne sottolinea la lungimiranza in quanto, a differenza di svariate normative sul tema nella compagine internazionale, il regime italiano di responsabilità degli enti nel settore alimentare si estende non solo alle condotte lesive della salute, ma anche ai fatti connotati da frode⁽⁴⁶⁾.

La responsabilità degli enti da reato è particolarmente controversa quanto a natura giuridica⁽⁴⁷⁾, addebitabilità ed efficacia dei modelli organizzativi. Il nostro Paese ha sposato appieno il paradigma dell'autoresponsabilità dell'ente fondata sulla verifica circa la lacunosità dell'organizzazione interna (c.d. colpa di organizzazione)⁽⁴⁸⁾: il che rende cruciale la predisposizione *ante factum* di modelli organizzativi idonei ad una compiuta mappatura (*risk assessment*), prevenzione e gestione dei rischi (*risk management*) con annessa revisione, controlli (anche finanziari), monitoraggio dell'efficienza del MOD e la creazione di un adeguato sistema informativo⁽⁴⁹⁾.

Come è stato molto correttamente evidenziato, le condotte rilevanti ai sensi degli artt. 515 c.p. e 25 *bis* 1, d.lgs. n. 231/2001 si collocano a valle di quelle degli illeciti di contraffazione, usurpazione, mendacio ed adulterazione e pertanto le misure utili a gestire il rischio-illiceità dovuto alla frode in commercio saranno efficaci nel sol caso della predisposizione delle giuste misure idonee a prevenire i suddetti reati, prima ancora che quello di cui all'art. 515 c.p.⁽⁵⁰⁾.

Più nel dettaglio, atteso che il precetto dell'art. 515 c.p. si focalizza sulla

⁽⁴⁶⁾ Diffusamente sul punto, V. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma*, cit., p. 319 ss.

⁽⁴⁷⁾ *Ex plurimis*, Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, in *Soc.*, 2015, p. 215, con nota di R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione* in *penalecontemporaneo.it*, 2012, *passim*, ID., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistica*, Pisa, 2012, p. 324 ss.

⁽⁴⁸⁾ V. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma*, cit., p. 304 ss.

⁽⁴⁹⁾ Per una compiuta disamina si rinvia a C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, 2^a ed., Milano, 2010, p. 153 ss.

⁽⁵⁰⁾ Così, V. VALENTINI, *Sub art. 25 bis 1*, in D. CASTRINUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO, (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi. D.lgs. n. 231/2001 – Banche, intermediari finanziari, assicurazioni – Reati transnazionali – Ambiente – Sicurezza del lavoro – Anticorruzione e misure di prevenzione – Whistleblowing*, Milano, 2019, p. 544.

fase di trattativa con il consumatore e di informazioni, ne consegue la necessità che l'ente per risultare virtuoso deve predisporre il modello anche tenendo conto di attività di formazione, direzione e controllo del personale addetto alle vendite con ciò garantendo una diffusione dei canoni della c.d. "etica della contrattazione" nella *compliance* aziendale⁽⁵¹⁾.

Pertanto, l'esercente deve adottare tutta una serie di misure che, pur non dovendo rientrare nel MOG e collocandosi a monte rispetto alla frode in commercio, si inseriscono nell'elisione del rischio-vittimizzazione come ad esempio le tutele prasseologiche (l'apposizione del marchio) e tecnologiche (ologrammi e *microchips*) e costituiscono quelle disposizioni che l'ente collettivo in genere adotta per evitare di subire conseguenze dai reati di cui agli artt. 515-ter, 517-*quater* c.p.⁽⁵²⁾.

Invero, sarà dirimente per i prodotti agroalimentari la predisposizione di procedure di accertamento dei fornitori sottoponendo gli stessi a ispezioni e controlli, una strutturazione che consenta il completo monitoraggio del ciclo produttivo (con particolare riferimento alla fase di stoccaggio) e un protocollo che consenta la tracciabilità delle materie prime con previsione di periodiche analisi biomediche⁽⁵³⁾.

A livello di istruzione probatoria, ai fini della responsabilità dell'ente in relazione ai delitti di cui all'art. 25-*bis* 1, d.lgs. n. 231/2001 deve essere appurata documentalmente l'esistenza dei modelli organizzativi e di gestione che devono essere idonei, sottoposti a regolari controlli, adottati antecedentemente alla commissione del reato ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001 e comprensivi dei verbali del consiglio di amministrazione e degli eventuali aggiornamenti e/o integrazioni⁽⁵⁴⁾.

Inoltre, dal punto di vista investigativo, è possibile procedere ad intercettazioni telefoniche, ambientali o telematiche per i reati di cui agli artt. 515, 516, 517-*quater* c.p.⁽⁵⁵⁾ in quanto, pur non soddisfacendo questi ultimi il

(51) Sul punto, cfr. V. VALENTINI, *Sub art. 25 bis 1*, cit., p. 544.

(52) In argomento, V. VALENTINI, *Diritto penale della privativa industriale e misure di compliance*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, p. 249.

(53) T.E. ROMOLOTTI, *D.lgs. 231/2001 e settore agricolo*, in *RASE*, 2011, p. 111.

(54) Su cui v. per tutti A. NATALINI, *Tutela processual-penale delle frodi alimentari*, cit., spec. p. 173.

(55) L'articolato della riforma Caselli si propone di aggiungere all'elenco ai fini dell'u-

requisito della pena edittale massima superiore a 5 anni previsto *ex art.* art. 266, 1° comma, lett. *a*), c.p.p., sono stati inseriti nell'elenco dei delitti in riferimento ai quali è utilizzabile l'attività captativa in esame grazie al disposto normativo di cui all'art. 266, 1° comma, lett. *f-ter*, c.p.p. inserito dall'art. 14, 3° comma, l. 14 gennaio 2013, n. 9 (c.d. "salva olio"). Tale innesto normativo si colloca nella più che evidente direzione della presa di coscienza del particolare allarme sociale prodotto dalle frodi, in qualunque forma si manifestino, nel commercio dell'agroalimentare.

5. — *Il progetto di riforma della Commissione Caselli. Considerazioni conclusive.*

Il settore agroalimentare è stato negli ultimi anni caratterizzato da numerose criticità quali la *food insecurity*⁽⁵⁶⁾, la *food crisis*, le frodi alimentari e il sempre maggiore affacciarsi della criminalità organizzata⁽⁵⁷⁾ nello scenario

utilizzo del mezzo delle intercettazioni anche i reati previsti dagli artt. 444, 473 e 474 c.p. nonché dall'art. 5, 1° comma, l. n. 283/1962. Sul tema si rinvia a Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare, *Schema di disegno di legge recante: "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*, disponibile in *penalecontemporeneo.it*, 2015.

⁽⁵⁶⁾ Per un'attenta disamina della cause di questo fenomeno, quali la globalizzazione economica che ha inciso anche sul settore agroalimentare, le differenze socio-culturali, financo religiose, oltre che economiche che caratterizzano le diverse aree regionali a livello internazionale, si rinvia a A. JANNARELLI, *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Torino, 2015, p. 9 ss. Per una analitica rappresentazione del fenomeno nel tracciato di questi ultimi anni si rimanda al *report* che la FAO cura e aggiorna annualmente: *The State of Food Security and Nutrition in the World. Safeguarding Against Economic Slowdowns and Downturns*, 2019, disponibile consultando il sito *fao.org*; in chiave prospettica, si v. la *2030 Agenda of Sustainable Development Goals*, 2015, elaborata dall'ONU, reperibile in *unric.org*. In senso critico sulla normativa europea sull'argomento in quanto troppo focalizzata sulla *food safety* e non anche sulla *food security*, L. COSTATO, *Diritto al cibo e Global Food Security: la perdurante assenza di un'adeguata risposta europea*, in *Riv. dir. alimentare*, 2017, II, p. 2.

⁽⁵⁷⁾ Il business che il crimine organizzato ricava in Italia dal *food trade* di natura illegale è quantificabile in almeno 24,5 miliardi di euro (circa il 10% del fatturato complessivo criminale nel nostro Paese) con un aumento di circa il 12,4% nel 2018 rispetto al 2017: è quanto emerge dai dati statistici raccolti da *Agromafie. VI rapporto sui crimini agroalimentari in Italia*, Eurispes, Coldiretti, Fondazione Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare (a cura di), Roma, 2019, *passim*, disponibile anche nella versione online su *eurispes.eu*.

del commercio alimentare (nella cui categoria rientrano non solo le agromafie, ma anche i crimini⁽⁵⁸⁾ dei c.d. colletti bianchi dell'industria alimentare⁽⁵⁹⁾).

Buona parte della dottrina ha criticato l'inadeguatezza delle attuali fattispecie penali nel consentire un'effettiva azione di contrasto alle frodi agroalimentari atteso che le pene edittali dei reati ad esse riconducibili sono generalmente troppo esigue⁽⁶⁰⁾. Inoltre, i reati oggi vigenti in tema di frodi risalgono al codice penale del 1930 e mal si attagliano alle moderne esigenze di tutela anche e soprattutto alla luce della diffusione dell'*e-commerce* che ha riguardato anche il commercio degli alimenti caratterizzato, peraltro, da una pervasiva comunicazione transmediale e crossmediale⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Sulla distinzione fra reato, attinente al diritto penale, e crimine, afferente alla criminologia anche alla luce della relativa estensione e serialità, v. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo sociale*, Roma-Bari, 2007, p. 7. In particolare, gli Autori definiscono la corruzione quale crimine, e non reato, in quanto reiterato o seriale e invisibile e cioè caratterizzato da un ingente cifra nera. Su quest'ultima questione si rimanda alla lucida analisi condotta da P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Bari, 2017, p. 27. Come rilevato da A. NATALINI, *Tutela processual-penale delle frodi alimentari*, cit., spec. p. 161, gli imprenditori che effettuano frodi alimentari non di rado indulgono ad un'applicazione sistematica delle stesse anche alla luce delle pene edittali non particolarmente elevate con riguardo a tali reati unitamente agli ingenti profitti che possono ricavarne: dalla potenzialità diffusiva del fenomeno deriva l'espressione crimine anziché reato anche per i reati frodatore in tema di alimenti.

⁽⁵⁹⁾ Anche noti come i c.d. "agropirati" e cioè coloro i quali, a qualsiasi titolo, immettono materie prime di più bassa qualità merceologica all'interno dei cicli trasformativi di prodotti autentici e di qualità, cfr. G.C. CASELLI, *Prefazione*, cit., spec. p. V. Sulla diffusione del fenomeno oltre i confini nazionali con particolare riferimento alla zona di politica agricola comune (PAC) europea, si rimanda a G. PISCIOTTA, *Politica agricola comune e strumenti di lotta alle frodi: criticità e ragioni di interesse*, in *Riv. dir. alimentare*, 2018, III, p. 9 ss. Vi è poi chi parla di *corporate crime* per definire tale fenomeno criminoso, v. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma*, cit., p. 303.

⁽⁶⁰⁾ Così, V. PACILEO, *Le frodi agroalimentari tra disciplina nazionale ed europea*, in A. NATALINI (a cura di), *Frodi agroalimentari: profili giuridici e prospettive di tutela*, cit., pp. 121-122. V., inoltre, G.C. CASELLI, *Prefazione*, cit., spec. p. VII, secondo il quale le norme di settore non riescono più oramai ad avere una funzione deterrente, bensì hanno assunto quella criminogena in quanto la bilancia costi/benefici concernente condotte frodatore propende generalmente a vantaggio del secondo piatto.

⁽⁶¹⁾ In questo senso, A. NATALINI, *Postfazione*, cit., p. 217, che ha coniato un neologismo *ad hoc* e cioè "pancoquinismo" (dal latino "pan", tutto e "coquere", cucinare) riferendosi all'attuale *trend* oramai inarrestabile che ha di recente generato un'esplosione del settore alimentare tanto sul web (con la proliferazione di *blog*, *tutorial*, canali *You Tube* e profili social

Di recente, è stata posta all'attenzione del legislatore una rilevante riforma in tema di reati agroalimentari che si è proposta l'obiettivo di consegnare agli operatori dei più efficaci e specializzati meccanismi di contrasto. Nel 2015 era stata nominata con D.M. 20 aprile 2015 in seno al Ministero della giustizia la Commissione ministeriale Caselli⁽⁶²⁾ che ha elaborato un progetto culminato nella consegna, in data 14 ottobre 2015, al dicastero dello Schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari", unitamente alle Linee guida illustrative, approvato dal Consiglio dei Ministri nel dicembre del 2017 il quale prevede la rivisitazione organica dei reati nel settore alimentare. Sfortunatamente, dal momento che l'approvazione era intervenuta in prossimità dello scioglimento del Parlamento, il progetto non aveva più proseguito il proprio *iter* istituzionale. Recentemente, il Consiglio dei Ministri ha dato notizia, con comunicato n. 32 del 25 febbraio 2020, che è stata approvata la bozza del progetto di riforma Caselli confluita nel d.d.l. S. 283 dall'attuale Governo su proposta del Ministro di giustizia Bonafede e della Ministra delle politiche agricole e alimentari Bellanova.

Il disegno di legge, pur non intaccando direttamente l'art. 515 c.p., incide in vari modi sulle frodi alimentari. Per quanto qui ci interessa, è di estremo rilievo l'innesto che la riforma intende effettuare sull'art. 516 c.p. andando a sanzionare espressamente la mera detenzione al fine di vendita, l'offerta o la semplice messa in vendita concernente alimenti che per origine, provenienza, qualità o quantità sono diversi da quelli indicati, dichiarati o pattuiti da parte di "chiunque, nell'esercizio di un'attività agricola, commerciale, industriale o d'intermediazione" ponga in essere tali condotte.

Di tutta evidenza è la portata di questa ipotesi di riforma che dà espressa formalizzazione normativa ad un percorso già maturato in giurisprudenza, come in precedenza evidenziato, sanzionando *apertis verbis* le condotte prodromiche alla fase di negoziazione con il cliente con ciò determinando un avanzamento della soglia della tutela penale. Di talché, l'offerta, la detenzione o la messa in vendita non dovranno più essere contestate ai sensi degli

interamente o parzialmente dedicati al *food brand*) quanto nella televisione ove sono stati creati proprio negli ultimi anni sempre più canali che trasmettono programmi esclusivamente, o quasi, legati al cibo.

⁽⁶²⁾ Il cui incarico di direzione è stato affidato al Dott. Gian Carlo Caselli Presidente del Comitato scientifico della Fondazione "Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare" e la funzione di vice presidente al Prof. Stefano Masini.

artt. 56 e 515 c.p. bensì quale reato consumato di cui all'art. 516 c.p. (il quale avrebbe, peraltro, una pena edittale più elevata ai sensi della riforma rispetto alla sua attuale formulazione). Inoltre, altro effetto del progetto Caselli è che il riferimento alla diversità dal dichiarato o pattuito anche nell'art. 516 c.p. estende l'alveo applicativo di tale disposizione normativa ricomprendendo una pluralità indeterminata di consumatori e, per di più, in una fase ancora antecedente a quella in cui si potrebbe individuare concretamente un'offesa⁽⁶³⁾. Per una più efficace tutela, non è mancato in dottrina chi ha proposto di innalzare a rango di nuovi beni giuridici protetti dalla severità penale l'"identità del cibo" ed il "patrimonio agroalimentare" in quanto espressione della cultura delle comunità locali e dei produttori italiani⁽⁶⁴⁾.

Altro balzo in avanti compiuto dalla Commissione di riforma è l'introduzione dell'art. 517-*quater* 1 c.p. che punisce esplicitamente il delitto di "Agropirateria"⁽⁶⁵⁾ facendo assurgere ad autonoma fattispecie di reato la partecipazione in forma associativa e organizzata a delitti di frodi alimentari effettuate in modo seriale e sistematico.

L'articolato della Commissione Caselli si è proposto anche l'obiettivo di intervenire sulla responsabilità degli enti da reato in quanto nell'attuale dimensione degli scambi commerciali la forma societaria rappresenta ormai il principale referente criminologico⁽⁶⁶⁾. Principalmente il disegno di legge si

⁽⁶³⁾ Così, C. CUPELLI, *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, in *penale-contemporaneo.it*, 2015, p. 8.

⁽⁶⁴⁾ A tal riguardo, A. NATALINI, *Postfazione*, cit., spec. p. 224. Ed in tal senso si muove l'articolato delineato dalla Commissione Caselli che all'art. 11 prevede espressamente la modifica della rubrica del Titolo VIII del Libro II del codice penale sostituendola con la dicitura "Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria, il commercio ed il patrimonio agroalimentare" in ordine al quale si rinvia a *Schema di disegno di legge recante: "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*, cit.

⁽⁶⁵⁾ In ordine al quale si rimanda a S. FRANCAZI, *DOP e IGP. Tra divieto di evocazione alla luce del caso Queso Manchego, presidi penali attuali e prospettive di riforma nel Progetto Caselli*, in *Dir. gnr. agr.*, IV, 2019, p. 22 ss., reperibile in *rivistadga.it*.

⁽⁶⁶⁾ In questi termini, C. CUPELLI, *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, cit., p. 3. Gli enti sono stati definiti i "veri destinatari" dei precetti penali in tema di alimenti in quanto rimangono i soggetti «portatori del peso economico e organizzativo di tutte le regolarizzazioni: la responsabilità individuale appare dunque strumentale alla sicurezza», cfr. M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, cit., p. 29. Per analoghe

prefigge di ampliare il ventaglio di rati presupposto idonei ad attivare la responsabilità degli enti collettivi *ex art. 25-bis 1 d.lgs. n. 231 del 2001* e di intervenire direttamente sulla predisposizione di un apposito modello organizzativo tipo. In particolare, l'art. 32 dell'articolato prevede analiticamente dei requisiti affinché il MOD possa avere efficacia esimente o attenuante aggiungendo l'art. 6-*bis* al d.lgs. n. 231/2001 fra cui il rispetto degli *standard*, nazionali ed europei, circa le informazioni da fornire al cliente sugli alimenti, procedure di controllo dei prodotti, segnalazione dei prodotti di importazione, la predisposizione di un'efficiente strutturazione con riparto di funzioni, dotazione di misure disciplinari e la realizzazione di periodiche verifiche sull'adeguatezza e l'efficacia del modello⁽⁶⁷⁾.

Desta però stupore⁽⁶⁸⁾ la mancata presa di posizione del progetto di riforma circa l'introduzione degli artt. 5 e 6, l. n. 283/1962 fra i reati presupposto della responsabilità degli enti in quanto trattasi di fattispecie criminose particolarmente rilevanti in chiave di prevenzione di fatti nocivi per la salute del consumatore.

In linea generale, si possono trarre le seguenti considerazioni conclusive. Uno dei profili problematici maggiormente riscontrati nel settore del *food* è la *consumer awareness* che è sicuramente aumentata negli ultimi tempi in conseguenza del fenomeno di proliferazione del settore alimentare nei media il cui precipitato è stato anche quello di portare ad un acquirente più critico, consapevole o comunque maggiormente attento. A ben vedere, tale consapevolezza maturata dal consumatore è però facilmente suscettibile di rilevarsi illusoria⁽⁶⁹⁾ vista la difficoltà che il singolo avventore può riscontrare nell'accorgersi se un cibo sia stato o meno contraffatto, adulterato o semplicemente sostituito con altro di inferiore qualità. Ne consegue che, come già rilevato, le frodi commer-

considerazioni, V. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma*, cit., p. 304 ss.; e G. STEA, *Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione*, cit., p. 54.

⁽⁶⁷⁾ In senso critico, V. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma*, cit., p. 320 ss.

⁽⁶⁸⁾ In argomento, M. DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, cit., p. 29; V. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma*, cit., p. 323 ss.

⁽⁶⁹⁾ Così, A. NATALINI, *Postfazione*, cit., spec. p. 220.

ciali sugli alimenti sono reati a vittima c.d. “silente” in quanto non direttamente percepibili, almeno in genere, all’occhio del singolo *deceptus*⁽⁷⁰⁾.

Per quanto riguarda nello specifico l’art. 515 c.p. gli interpreti hanno rilevato che detta norma ha, oltre a una pena edittale sensibilmente bassa, delle evidenti carenze strutturali: segnatamente l’atto necessario per la consumazione del reato è la consegna. Ciò significa che la norma incriminatrice si disinteressa, se non nella implicita versione tentata, di punire le condotte antecedenti alla *traditio rei* il che denota un vizio di fondo. Se infatti, come già evidenziato, la maggior parte delle notizie di reato derivano da attività ispettive, campionamenti e prelievi aventi ad oggetto alimenti ancora in stoccaggio e il dato statistico delle denunce da parte di privati è pressoché irrisorio, risulta evidente la necessarietà di una rivisitazione dell’art. 515 c.p. quanto al suo perfezionamento⁽⁷¹⁾.

In definitiva, pur risultando lodevoli gli sforzi di dottrina e giurisprudenza in tema di applicazione dell’art. 515 c.p. nel settore alimentare, sembra sempre più impellente l’esigenza di dotarsi di una normativa in grado di interpretare le sfide lanciate dal guanto della globalizzazione del mercato alimentare salvaguardando il consumatore e i produttori nonché declinando armonicamente la repressione penale con la prevenzione e le sanzioni amministrative. Sicuramente encomiabile in tal senso è il progetto di riforma della Commissione Caselli che cerca di ovviare a diverse delle criticità riscontrate nel terreno della prassi nel tentativo di consegnare agli operatori un sistema di prevenzione e repressione più aderente all’odierna compagine dell’industria, anche agroalimentare, 4.0.

⁽⁷⁰⁾ Non solo. I reati di frode agroalimentare presuppongono degli organi inquirenti ed un magistrato giudicante specializzati in materia in quanto la continua evoluzione delle tecniche frodatrici ha reso indispensabile l’utilizzo di patrimoni conoscitivi specialistici in queste investigazioni oramai ai confini con la prova scientifica. V. diffusamente sul tema, A. NATALINI, *Tutela processual-penale delle frodi alimentari*, cit., p. 158.

⁽⁷¹⁾ E in tal senso, come appena rilevato, si colloca la riforma Caselli. Difatti, come è stato molto acutamente messo in evidenza, l’attuale frode in commercio consumata riesce a cogliere solo un’esigua frazione del fenomeno criminoso e cioè quella episodica e locale di un alimento consegnato al singolo. Ne deriva che non viene preso in considerazione, se non come mero tentativo, il complesso di attività che possono preludere ad una frode consumata all’interno della catena produttiva nelle sue diverse segmentazioni. Per tale impostazione, A. NATALINI, *Postfazione*, cit., spec. p. 223.

SERGIO MESSINA^(*)

SOVRANITÀ E CRISI ECOLOGICA. PER UNA DEMOCRAZIA “VERDE” OLTRE LO STATO

Abstract: In this essay after have explored historical and philosophical genesis of sovereignty, the same concept will be analysed in the light of the theories of complexity that have been at the basis of the birth of contemporary ecology. This is an important premise to move on to an examination of the main theories (technocratic proposals such as “eco-authoritarianism”, and “decentralized” solutions such as bioregionalism) that since the 1970s have faced the complex relationship between sovereignty, ecology and ecological crisis. Finally, through a comparison with the current historical context, an attempt will be made to define the identity and role that the State plays today in order to govern global environmental changes together with its citizens, following the principles of a new “biotic”, democratic and supranational constitutionalism.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Stato moderno ed ecologia. Epistemologie della modernità giuspolitica. – 3. Le tentazioni tecnocratiche e la “governance ambientale globale”. – 4. Democrazia “locale” e territorio. Le soluzioni “decentralizzate”. – 5. Verso una *sintesi* “ecodemocratica” oltre il “locale” e il “globale”. – 6. Conclusioni.

1. — *Introduzione.*

Ritorna attuale, sia in ambito accademico sia politico, un dibattito ruotante attorno a un concetto fondamentale della dottrina dello Stato, del diritto pubblico e delle scienze politiche: quello della sovranità⁽¹⁾.

Lo stesso riacquista “vigore” in ragione di discussioni che hanno molto spesso ad oggetto equivoci o fraintendimenti, dovuti a una confusione per-

^(*) Università degli Studi di Salerno. La traduzione di tutti i testi in lingua inglese e francese, ove non diversamente indicato, sono a cura dell’Autore del presente lavoro.

⁽¹⁾ Cfr. C. GALLI, *La sovranità*, Bologna, 2019; A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, (DeriveApprodi) Roma, 2018; T. FAZI, W. MITCHELL, *Sovranità o barbarie. Il ritorno della questione nazionale*, (Meltemi) Milano, 2018.

petrata dal frequente utilizzo del termine “sovranoismo” che denota invece un’accezione politico-ideologica (generalmente di impronta conservatrice e a carattere nazionalistico) orientata a difendere l’identità e i confini statuali da qualsivoglia “ingerenza” esterna (culturale, economica, politica ecc.).

Una discussione rinvigorita dalla necessità da un lato di non opacizzare mediante equivoci di tipo linguistico, sociologico e antropologico un concetto chiave della filosofia del diritto pubblico non riducibile eventualmente a ciò che può essere considerato semmai soltanto uno dei suoi possibili aspetti, dall’altro di comprendere quale compito possa (e forse ancora debba necessariamente) assolvere⁽²⁾ visto il ridimensionamento della capacità da parte degli stessi Stati di permanere quali unici detentori di un effettivo potere “pubblico” di *condizionamento* (coercizione, normazione, e in generale il riferimento è a tutto ciò che attiene al nesso potere-obbedienza-libertà) tanto interno (sul proprio territorio, popolo e governo), quanto esterno (nei confronti di altri Stati e/o di soggetti pubblici e privati che concorrono oggi sempre più frequentemente nell’arena internazionale) e in rapporto ad altre sfere di regolazione sociale come l’economia, la finanza, ad altre Organizzazioni a carattere sovranazionale come l’Unione Europea o Autorità indipendenti, Agenzie tecniche ecc., in particolare nel contesto del diritto internazionale dell’ambiente.

Quest’ultimo nella prospettiva seguita nel presente scritto (ovvero la necessità, condivisa da una parte della dottrina “giusambientale”, di costruire un *rule of law for nature*⁽³⁾ finalizzato non a ritagliare un ulteriore ed ennesimo settore di intervento inerente alla regolamentazione delle “matrici” dell’ambiente umano o naturale secondo la consueta ed errata *giustapposizione* tra interessi appartenenti al genere umano e salvaguardia del “sistema Terra”)

⁽²⁾ Si può affermare, come evidenzia Carlo Galli, che «grava sulla sovranità il pesante compito di restituire alla politica la sua complessità, la sua determinatezza, la sua legittimità, la sua controllabilità, la sua serietà». Cfr. C. GALLI, *La sovranità*, cit., posizione di e-book 964 di 1271

⁽³⁾ Per un approfondimento della tematica, cfr. C. VOIGT (ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, (Cambridge University Press) Cambridge, 2013.

dovrebbe tener conto non soltanto delle consuete suddivisioni della “materia” *de quo* (seppur oggi la stessa sia concepita in modo “trasversale” e “integrato”), ma dei complessivi equilibri ecosistemici del pianeta secondo una visione “olistica” del rapporto umanità/natura⁽⁴⁾. In altri termini, come anche affermato in un recente Report delle Nazioni Unite del 2018⁽⁵⁾, il diritto internazionale dell’ambiente (*environmental rule of law*) soffre di un certo grado di “frammentarietà” e risulta carente sia quanto a coerenza, coordinamento e sinergia tra i vari contesti di produzione normativa e istituzionale, sia nella predisposizione di adeguati strumenti di implementazione. Tutto ciò, come si precisa nello stesso documento, potrebbe provocare serie ricadute quanto a effettività nella tutela dei diritti “ambientali”⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Il termine olistico (insieme all’aggettivo olistico) è stato coniato negli anni Venti da Jan Smuts (1870-1950), filosofo sudafricano, autore di *Holism and Evolution* (Olistico ed evoluzione), in continuità con il pensiero evoluzionista ed è stato utilizzato (soprattutto da Willard Van Orman Quine) al fine di sostenere un’impostazione metodologica che non riducesse la dimensione epistemologica delle teorie scientifiche solo a singoli aspetti di esse, ad esempio relativamente a dati empirici presi isolatamente rispetto al contesto storico-culturale (*Weltanschauung*) in cui gli stessi sono prodotti. Dal punto di vista dell’ecologia scientifica «L’Olistico (dal greco “holon”, cioè tutto) è basato sull’idea che le proprietà di un sistema non possano essere spiegate né isolatamente né esclusivamente tramite le sue componenti in quanto la sommatoria funzionale delle parti è sempre maggiore/differente della somma (delle prestazioni) delle parti prese singolarmente. Tale concezione sottolinea il fatto che la materia è “organizzata” attraverso un processo di raggruppamento ordinato di enti-sistemi (*wholes*) che formano la natura. In quest’ultima è presente una spinta continua verso forme di vita e di organizzazione sempre più complesse che giustifica sia sul piano scientifico che filosofico il legame relazionale che necessariamente la singola parte ha con il “tutto”. Si spiega in tal modo l’idea che l’organismo vivente può e deve essere considerato solo nella sua totalità e completezza e non come semplice somma di parti irrelate. Cfr. C. JOHNSON, *Dizionario della nuova ecologia. Le parole chiave della filosofia ambientalista*, (Mondadori) Milano, 1994 (1991), p. 306 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. Report del Segretario Generale delle Nazioni Unite del 30 novembre 2018, *Gaps in International Environmental Law and Environment-related Instruments: Towards a Global Pact for the Environment*, documento disponibile su: wedocs.unep.org.

⁽⁶⁾ Si tratta di una prospettiva etico-giuridica riconducibile a un “antropocentrismo debole” che ricusa un atteggiamento “dominativo” sebbene neghi un valore intrinseco da attribuire agli enti naturali in quanto tali, conservando in questo modo una sorta di “specificità” che si manifesta però con un atteggiamento responsabile e razionale. «Siamo – come

Nel presente scritto sarà affrontato a partire da una genesi dello Stato moderno in rapporto all'epistemologia derivante dalle "scienze della complessità"⁽⁷⁾, la relazione che sussiste tra la "sovranità" intesa come *fondazione dell'ordine moderno* e l'attuale crisi ecologica, e quali sono state le tesi che a partire dagli anni Settanta del secolo scorso hanno espresso il potenziale di questo concetto al fine di avanzare proposte in merito a "forme di governo" idonee a fronteggiarla, e infine quanto oggi quelle stesse tesi siano ancora o meno valide e/o attuali.

La tesi "autoritaria", che un tempo vedeva lo Stato "hobbesiano" porsi al centro delle riflessioni di alcuni autori "pessimisti" sulla capacità della democrazia di costituire un valido strumento di risoluzione dei problemi affe-

è stato osservato – qui, pienamente all'interno della prospettiva antropocentrica tesa piuttosto al "*greening of the human right law*" che alla creazione di un "*law of environmental rights*". Cfr. S. CIUFFOLETTI, *Verso una giurisprudenza ecologica il discorso giurisprudenziale sui diritti connessi alla protezione dell'ambiente*, in *Jura Gentium, La crisi dei paradigmi e il cambiamento climatico*, vol. XVI, n. 1, anno 2019, p. 201. «La genesi dei diritti ambientali va [quindi] individuata, nel tentativo di corroborare la tutela della dignità umana dinanzi all'uso indiscriminato delle risorse ambientali, allo sfruttamento economico e sociale dell'ambiente, alla distruzione degli *habitat* naturali ed al deterioramento delle condizioni di vita primarie per l'uomo». Cfr. A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, Ambiente, Generazioni future, Specie Umana*, Milano, 2012, pp. 117-118. Tale impostazione, fatta propria dai numerosi casi sottoposti alla Corte EDU e fondata sull'individualismo metodologico, non costituisce peraltro la pietra angolare del diritto ambientale in quanto il diritto a un ambiente sano può essere equiparato o associato ad altri diritti sociali ed economici come il diritto allo sviluppo economico o costituire esso stesso «il passaggio da un diritto antropocentrico a uno biocentrico [che] associa i diritti connessi all'ambiente con una dimensione solidaristica e collettiva in cui si realizza l'espansione della soggettività giuridica dall'individuo alle comunità (*peoples*), titolari del diritto a decidere come meglio gestire e proteggere l'ambiente». Cfr. S. CIUFFOLETTI, *Verso una giurisprudenza ecologica il discorso giurisprudenziale sui diritti connessi alla protezione dell'ambiente*, cit., p. 202.

⁽⁷⁾ Il termine "complessità" fa capo a una serie di teorie scientifiche (ad esempio alla biologia sistemica di Ludwig von Bertalanffy, alla cibernetica di Norbert Wiener) e filosofiche sviluppatesi nel scorso secolo che assume l'imprevedibile, l'incerto, il punto di osservazione, la contraddizione, la molteplicità, la disgiunzione e la contestuale ricorsività circolare degli elementi di un "sistema" o di un "ambiente" a oggetto della propria indagine; ove il primo entra sempre in relazione con l'osservatore e viceversa. Un approccio che era già iniziato ad emergere con la crisi della fisica classica, e con l'osservazione del mondo subatomico. Cfr. per tutti E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso. Gli strumenti per affrontare la sfida della complessità*, trad. it. di M. Corbani, (Sperling & Kupfer) Milano, 1993.

renti a uno sviluppo economico incontrollato, è oggi sostituita da soluzioni “tecnocratiche” di impronta “scientista” ed “economicista” che avallano un “governo della competenza” da affidare o a un’élite di esperti (in particolare scienziati) o lasciando alla spontaneità del mercato la capacità di autoregolarsi armonizzando crescita economica e tutela ambientale.

Nel primo caso abbiamo una soluzione *puramente* “elitista”, nel secondo, modelli che prevedono comportamenti flessibili e diffusi da parte soprattutto di attori privati (imprenditori, multinazionali, istituzioni economiche e finanziarie, ecc.) la cui adozione è ispirata e improntata su criteri utilitaristici, e supportata da una mera analisi tecnica sui costi-benefici dell’azione economica.

A queste due proposte (opposte ma tra loro speculari) che hanno del resto rappresentato i due “paradigmi” delle politiche ambientali⁽⁸⁾ fanno da *pendant* la soluzione “territorialista” e quella dei “commons” che trovano le loro origini rispettivamente nel bioregionalismo⁽⁹⁾, e nel pensiero di Elinor Ostrom⁽¹⁰⁾.

Queste ultime pur nelle diverse declinazioni che verranno in seguito esaminate, esprimono il senso del “riabitare” i *luoghi* e oggi ripropongono quegli stessi scopi avallando una scelta “locale” ed “eco-comunitaria”, promuovendo una democrazia di tipo partecipativo a integrazione o in alcuni casi in aperta opposizione a quella rappresentativa. Vi è, infatti, in generale una diffidenza non solo nei confronti dello Stato, considerato come strumento di

⁽⁸⁾ Il primo è il *command and control*, ovvero una tecnica di regolazione relativa a *standard* legali vincolanti (ad esempio limiti di emissione e norme sulla qualità ambientale, autorizzazioni o interdizioni sull’attività da svolgere, tasse e imposte “verdi”, adozione di specifiche o migliori tecnologie dal punto di vista dell’efficienza energetica e di consumo di risorse naturali), il secondo ha ad oggetto strumenti economici *marketbased*, lasciati al contrario a una spontanea autoregolamentazione degli attori economici e della finanza (permessi negoziabili del diritto di inquinare, titoli assicurativi sui danni ambientali ecc.) Per un’analisi dettagliata delle politiche ambientali cfr. M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell’ambiente*, in P. DELL’ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto ambientale, I. Principi generali*, Padova, 2012.

⁽⁹⁾ Cfr. K. SALE, *Le regioni della natura. La proposta bioregionalista*, trad. it. di Spazzali, (Eleutheria) Milano, 1991; e A. MAGNAGHI, *La bioregion urbaine*, Édition Etérotopia, Paris, 2014.

⁽¹⁰⁾ Cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, (Cambridge University Press) Cambridge, 1990.

oppressione, ma anche del diritto internazionale e comunitario ambientale, entrambi informati dal principio dello “sviluppo sostenibile” e da una “crescita verde” in cui la natura non è considerata come un dispositivo dotato di una propria autonomia, ma disciplinata come una variabile dell’economia⁽¹¹⁾.

A queste correnti sarà rivolto un raffronto e allo stesso tempo uno sguardo critico al fine di indagarne potenzialità e limiti rispetto a una problematica, la questione “ambientale” ed ecologica che è, e resta, principalmente di natura “globale”. In rapporto anche a un altro importante tema che in questa sede potrà essere soltanto sfiorato, ma che risulta essere necessario al fine di comprendere il senso di un “recupero” e allo stesso tempo di una “rivisitazione” in chiave ecologica (e non meramente “ambientale”) della categoria giuspolitica della “sovranità” (anche e soprattutto in funzione della costruzione di un *rule of law for nature* sovranazionale) ovvero la crisi della democrazia rappresentativa, nata entro la cornice dello Stato moderno.

2. — *Stato moderno ed ecologia. Epistemologie della modernità giuspolitica.*

La sovranità, come è noto, costituisce espressione di un «principio cardinale [in base al quale] è stato costruito il diritto pubblico dello Stato moderno dell’Europa continentale»⁽¹²⁾ il cui potere è determinato da un lato dall’esclusività della propria supremazia (*superiorem non recognoscens*), dall’altro dal riconoscimento di una pari ed eguale potestà giuridica di altri soggetti nell’ambito di un *diritto internazionale generale*⁽¹³⁾.

Quanto al dato definitorio essa è «il modo in cui un corpo politico si rappresenta (o si presenta) per esistere, per volere, per ordinarsi e per agire secondo i propri fini nell’epoca moderna in cui l’ordine politico non è più le-

⁽¹¹⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *Estrattivismo e nemico nell’era fossile del costituzionalismo*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, Fascicolo speciale 2019, pp. 70-71.

⁽¹²⁾ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, (Einaudi) Torino, 1992, pp. 138-140.

⁽¹³⁾ Cfr. P. BARILE, E. CHELLI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 8ª ed., Padova, 1998, p. 31.

gittimato da fondamenti tradizionali»⁽¹⁴⁾ (metafisici, religiosi, consuetudinari ecc., caratteristiche tipiche soprattutto della precedente epoca medievale) ma è fondato artificialmente sulla “contingenza” e sul dinamismo della *volontà* (non più quindi sui contenuti statici e immutabili di una *auctoritas*). Secolarizzazione della società (attraverso la neutralizzazione dei conflitti religiosi) e costruzione del mito dell’impersonalità del sistema giuridico, esso stesso promosso a “persona” (quella che diventerà nell’Ottocento “la personalità giuridica dello Stato”)⁽¹⁵⁾ vanno di pari passo.

La stessa sovranità si articola e si evolve nelle varie fasi storiche: a partire (convenzionalmente) dalla pace di Vestfalia del 1648 (anno in cui si concluse la guerra dei Trent’anni), ove si caratterizza principalmente come espressione del monopolio della violenza legittima all’interno e verso l’esterno (ovvero nelle funzioni di polizia e di belligeranza)⁽¹⁶⁾ per poi approdare (non senza discontinuità, sfasature temporali e contaminazioni) prima in uno Stato *liberale* di diritto (supremazia della legge ed eguaglianza di fronte alla medesima, eliminazione dell’arbitrio a favore della trasparenza giuridica e procedurale, separazione dei poteri ecc.)⁽¹⁷⁾ e successivamente nello “Stato costituzionale”, dopo la Seconda guerra mondiale (in reazione all’esperienza lacerante dei regimi totalitari) ove diritti e principi furono fissati in Carte scritte rigide

⁽¹⁴⁾ Cfr. C. GALLI, *La sovranità*, cit., posiz. 61.

⁽¹⁵⁾ C. GALLI, *La sovranità*, cit., posiz. 397.

⁽¹⁶⁾ C. GALLI, *La sovranità*, cit., posiz. 254.

⁽¹⁷⁾ «Non c’è dubbio – come evidenzia Zagrebelsky – che lo stato di diritto abbia rappresentato storicamente uno degli elementi essenziali delle concezioni costituzionali liberali. Tuttavia, non è affatto evidente che esso sia incompatibile con altri orientamenti politico-costituzionali. [Ciò] non comportava affatto che lo Stato rinunciasse al suo carattere potestativo o si riducesse “a mero ordinamento giuridico senza propri scopi amministrativi o a semplice difesa dei diritti degli individui”, ancora non si andava necessariamente contro l’essenza dello Stato di polizia, anche se si spostava l’accento dall’azione libera del Sovrano alla predeterminazione legislativa». Tanto che seppur avendo costituito soltanto una fase storica di trionfo e allo stesso tempo di collasso della sovranità la connotazione sostanziale dello Stato Ottocentesco inerente ai compiti e ai fini da perseguire in rapporto allo sviluppo naturale della vita dei singoli e della società sarebbe stata travolta dal nazionalismo dei primi decenni del secolo successivo; situazione storica che avrebbe portato poi di lì a poco alla Prima guerra mondiale e in seguito alla nascita dei regimi totalitari.

(ovvero non modificabili dal legislatore ordinario se non in forza di procedure che costituiscono esse stesse il riflesso di un sistema generale di “pesi e contrappesi”) finalizzati a limitare (tramite sia l’azione delle Corti costituzionali, sia nel meccanismo elettorale e partecipativo insito nello stesso pluralismo politico dello Stato “pluriclasse”) e al contempo indirizzare la “sovranità” secondo un progetto condiviso di social-democrazia.⁽¹⁸⁾ Come evidenzia Carlo Galli: «la sovranità democratica è dal punto di vista materiale protezione fisica e promozione sociale della persona: “Stato economico” come Stato sociale e come Stato del benessere, insomma (il prodotto del cosiddetto “compromesso socialdemocratico”). Il che implica anche che l’economia capitalistica, il contenuto empirico di questa forma di sovranità, abbia una forma “mista”, o in ogni caso moderata dalla politica, che non ammette alcuna “sovranità del mercato”»⁽¹⁹⁾.

A fronte di un evidente indebolimento della sovranità⁽²⁰⁾, causato dal già menzionato potere “concorrenziale” di altri “soggetti globali”, essa si ripresenta nondimeno da un lato in forme “Iper”⁽²¹⁾, in cui dietro una “morale giuridico-umanitaria” riaffiora lo stato di *eccezione* schmittiano⁽²²⁾, mentre specularmente si avverte un “bisogno di sovranità”⁽²³⁾ che non si identifica soltanto con l’attuale tendenza “sovranista” a rivendicare *sic et simpliciter* il primato dello Stato (soprattutto in rapporto a un “estraneo”), ma anche, ad

⁽¹⁸⁾ «Certo – osserva Carlo Galli –, la sovranità democratica fa suo un progetto di normalità da cui l’eccezione è bandita come centro propulsore; e, certo, viene proclamato concluso il ruolo trascendentale della sovranità; questa rimane però non solo come somma reale dello Stato e come punto di equilibrio tra diversi interessi economici e diverse legittimità, ma anche come sintesi ideale e prospettiva dei poteri istituzionali e come espressione dell’autonomia di un popolo, della sua volontà di autogoverno, anche se questa volontà non è concentrata in una sola istituzione. La democrazia non implica la fine della sovranità, della soggettività politica collettiva». Cfr. C. GALLI, *La sovranità*, cit., posiz. 568.

⁽¹⁹⁾ C. GALLI, *La sovranità*, cit., posiz. 578.

⁽²⁰⁾ Sul tema cfr. M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010; A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’età globale*, Roma-Bari, 2013.

⁽²¹⁾ Cfr. G. PRETEROSI, *La politica negata*, Roma-Bari, 2011 p. XVII.

⁽²²⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 32 ss.

⁽²³⁾ Cfr. C. GALLI, *La sovranità*, cit.

esempio, da ragioni di resistenza a un potere coloniale o di indipendenza rispetto a uno centrale, o da esigenze “protettive” riconducibili a un indebolimento dei diritti sociali causati dalle politiche di austerità per far fronte al debito pubblico, dai vincoli europei ecc.

Esigenze che, a metà degli anni Duemila, erano state avvertite anche dai fautori di una “democrazia ecologica” e di uno “Stato verde”⁽²⁴⁾ ovvero di una proposta elaborata nei paesi anglosassoni⁽²⁵⁾ che assume come punto partenza, per fronteggiare adeguatamente l’attuale crisi ecologica, lo Stato, in virtù del monopolio della forza che (nonostante l’indebolimento sopra menzionato) comunque permane in capo a esso. Allo scopo però di revisionarne profondamente la struttura e la funzione, attesa la natura “transfrontaliera” dei problemi da affrontare (cambiamento climatico, piogge acide, la natura “diffusa” dell’inquinamento e del degrado ecc.) in ragione dei quali nozioni come quelle di *confine* e/o di *territorio* risultano inadeguate se si vuole comprenderli e contemporaneamente fronteggiarli in modo efficace. Struttura e funzione che si esprimono attraverso la costruzione di una “eco-democrazia” che intende riportare la politica dalle mani invisibili del mercato e della tecnica alla trasparenza dell’azione collettiva dei cittadini⁽²⁶⁾.

«Il territorio – come evidenzia Francesco Viola – è quella parte della *natura non umana* su cui e in cui lo Stato esercita la sua sovranità. Il termine stesso indica una delimitazione della terra, un ambito naturale circoscritto non già perché di per sé indivisibile, ma perché convenzionalmente individua i confini materiali dell’autorità statale. Non è l’unità del territorio che definisce l’unità dello Stato, ma al contrario è l’unità del potere sovrano che fa di una porzione della natura non umana un “territorio”, cioè qualcosa di

⁽²⁴⁾ Cfr. J. DRYZEK, *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*, 2ª ed., (Oxford University Press) Oxford, 2005; R. ECKERSLEY, *The Green State. Rethinking Democracy and Sovereignty*, (The MIT Press), Toronto, 2004; J. BARRY, *Rethinking the Green Politics, Nature, Virtue and Progress*, (Sage) Londra, 1999.

⁽²⁵⁾ Principalmente Australia e Gran Bretagna. Accanto ad essa si è contemporaneamente sviluppato anche un ramo “continentale”. Cfr. D. UNGARO, *Democrazia ecologica. L’ambiente e la crisi delle istituzioni neoliberali*, 2ª ed., Roma-Bari, 2006 (2004); e D. BOURG, K. WHITESIDE, *Vers une démocratie écologique. Le citoyen, le savant et la politique*, (Seuil) Paris, 2010.

⁽²⁶⁾ Cfr. D. UNGARO, *Democrazia ecologica*, cit.

significativo dal punto di vista politico e giuridico. Ciò vale anche in negativo, cioè per designare i territori su cui non si esercita alcuna potestà statale. Insomma, la natura non umana o appartiene ad uno Stato o non appartiene ad alcuno Stato, o è amministrata da uno Stato o è amministrata da accordi tra gli Stati, o è già in possesso di uno Stato o è suscettibile di essere conquistata da un potere sovrano. [Infatti] se guardiamo alla formazione originaria del concetto moderno di sovranità, dobbiamo constatare che in esso il territorio e, più in generale, la natura non umana non hanno avuto alcun ruolo determinante. La ragion d'essere della sovranità non è certamente quella di dominare sulle cose, ma sugli uomini, producendo comandi moralmente obbligatori. Essa si rivolge agli esseri umani e non già alle cose, emana leggi per gli uomini e non già per la natura»⁽²⁷⁾.

Potrebbe essere metodologicamente fuorviante interrogarsi secondo un “gioco prospettico” (ovvero alla luce della cultura, delle conoscenze e del tempo storico che ha investito la “questione ambientale” intesa nei termini di una problematica complessiva avente ad oggetto lo studio delle implicazioni e degli effetti delle azioni umane sugli ecosistemi naturali) sulle ragioni di una “compatibilità ecologica” del *concetto* di sovranità⁽²⁸⁾.

Ma l'esigenza di ricostruire lo stesso concetto deriva in realtà non soltanto da interpretazioni o “opinioni”⁽²⁹⁾ ma, soprattutto, da *vicende*, da fatti

⁽²⁷⁾ Cfr. F. VIOLA, *Stato, vincoli, natura*, Relazione al XIX congresso di filosofia giuridica e politica (Trento, 29-30 settembre 1994), pp. 9-11, corsivo nostro.

⁽²⁸⁾ Come è stato osservato da Mariachiara Tallacchini «“Sovranità” e “ecofilosofia” sono termini plurali, esprimono una generalità che si concretizza in molte forme diverse. Le filosofie dell'ambiente sono plurime. Parlare di ecofilosofia non significa assumere una particolare posizione filosofica, ma solo tematizzare filosoficamente i problemi ambientali». Cfr. M. TALLACCHINI, *Sovranità ed ecofilosofie*, in *Arch. giur.*, 1995, p. 229. Tuttavia il “deficit ecologico” fa sì che non possa più essere trascurato il *continuum* tra società e natura, tale che risulti essere oggi parzialmente inadeguata tanto l'antropologia che è alla base della costruzione dello Stato moderno (ovvero l'autoconservazione della sola vita umana), quanto lo stesso dispositivo della “autorizzazione” alla rappresentanza unitaria di un corpo politico stanziato su un dato territorio.

⁽²⁹⁾ Secondo una diversa prospettiva, quella di Michel Foucault, ciò che costituisce il fulcro dell'episteme della rappresentanza moderna non è tanto il collegamento tra il potere e lo spazio, o tra il primo e una collettività di soggetti organizzati seguendo deter-

storici *reali*⁽³⁰⁾ (come la crisi ecologica) che a loro volta si intrecciano con una “storia naturale”⁽³¹⁾. Ciò giustifica l’attualità di una differente costruzione scientifica della stessa “sovranità” da orientarsi secondo *finalità ecologiche* e ponendo in primo luogo in essere una revisione della metafora della natura concepita come una “macchina”⁽³²⁾ da scomporre per analizzarne le singole parti (riduzionismo) secondo rapporti lineari di causa-effetto (meccanicismo) a favore di un *approccio sistemico*: «quello che *non* accetta la logica che la somma delle parti, la somma di tante microconoscenze, costruisce la conoscenza del tutto, che presuppone l’irriducibilità del sistema alle sue parti, che accetta che l’osservatore è parte del sistema osservato, che opera contestualmente su analisi e sintesi, su visione *olistica* e *induttiva*,

minate procedure elettive e deliberative, quanto la separazione che intercorre all’interno della popolazione tra “specie umana” in quanto espressione di bisogni naturali comuni e “pubblico” come insieme di “opinioni inventate” ovvero comportamenti, giudizi e conoscenze individuali che rimandano in via esclusiva al registro culturale umano. Cfr. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, trad. it. di M. Bertani e V. Zini, (Feltrinelli) Milano, 2005. Sul tema cfr. M. CARDUCCI, *È (im)possibile la repubblica dei beni comuni? Da Kouroukanfouga alle autogestioni locali e ritorno*, in *H-ermes*, 2018.

⁽³⁰⁾ Sul problema della dimensione del “reale” al di là di ogni rappresentazione simbolica, compresa quella scientifica cfr. D. DOUCLOIS, *La democrazia delle passioni. Per una nuova ecologia politica*, (Dedalo) Bari, 2000 (1996).

⁽³¹⁾ «Appare (...) evidente che la natura deve essere pensata sotto la categoria della *temporalità* e non dell’eternità (...). Essa ha veramente una *storia* in senso proprio, nasce, cresce e deperisce» (Cfr. F. VIOLA, *Il ritorno della natura nella morale e nel diritto. Lezioni di filosofia del diritto. Anno accademico 1993-94*, Pubblicazione del Dipartimento di Studi su Politica, diritto e società, Università di Palermo, p. 35) non solo *indipendentemente* dall’azione distruttiva dell’essere umano, ma anche *a causa* di essa.

⁽³²⁾ Come osserva Alessandro Pandolfi: «Tra il XVII e XVIII secolo, l’orologio è la metafora prevalente per spiegare la struttura e il funzionamento rispettivamente dell’universo, del corpo umano e dell’ordine politico. Così come l’universo è concepibile come un ordine funzionante secondo ragione in modo immutabile e il corpo è un automa mosso da meccanismi regolari capaci di autopropulsione, anche lo Stato è una struttura centralizza tra le cui parti cooperano con la stessa rapidità e naturalezza delle ruote di un orologio. Nella seconda metà del Seicento (...) l’immagine dell’orologio, e soprattutto quella dell’automa, iniziano a essere svalorizzate come sinonimo di dispotismo e di servitù più o meno volontaria». Cfr. A. PANDOLFI, *Natura umana*, Bologna, 2006, p. 124.

che coglie le relazioni»⁽³³⁾ quale dimensione più adeguata per affrontare l'ambiente⁽³⁴⁾.

È a partire dallo statuto delle “teorie della complessità”⁽³⁵⁾, ovvero dall'interazione circolare tra discipline umanistiche e scientifiche e dall'esigenza di un'epistemologia che superasse le dicotomie della modernità (principalmente l'opposizione mente-natura)⁽³⁶⁾, che si è posto il problema di un nuovo *metodo* per le scienze sociali (tra cui la politica e il diritto) ispirato a un'organizzazione del sapere che potesse “superare” le barriere disciplinari in un'ottica di *interazione* tra le “due culture”, al fine di “riscovere” la genesi di concetti, idee e categorie giuspolitiche, adatte a soddisfare esigenze (ri)fondative.

L'ordine politico (la *res pubblica*) inteso come *spazio*⁽³⁷⁾ è in realtà una costruzione “artificiale” che si pone in opposizione all'estensione materiale dell'*orbis* (il mondo naturale)⁽³⁸⁾. Il razionalismo moderno ha costituito indubbiamente una rottura rispetto alle concezioni filosofico-politiche antica e medievale (in particolare aristotelico-tomista) in base alle quali l'essere umano è dotato per natura di un istinto sociale; il criterio che guida

⁽³³⁾ Cfr. V. COGLIATI DEZZA, *Un mondo tutto attaccato. Guida all'educazione ambientale*, (Franco Angeli) Milano, 1993, p. 36.

⁽³⁴⁾ V. COGLIATI DEZZA, *Un mondo tutto attaccato*, loc. cit.

⁽³⁵⁾ Cfr. *retro*, nt. 7.

⁽³⁶⁾ Il riferimento è all'atteggiamento di derivazione cartesiana che contrappone la “mente” del “soggetto”, alla “mente/organizzazione” più ampia della materia, cioè della natura, il quale ha costituito secondo Bateson l'errore epistemologico principale dell'Occidente cui è scaturita un'"epistemologia del dominio". Una “strumentalizzazione” in cui è “legittimata” a livello “metodologico” l'idea di “manipolabilità della natura che a sua volta ha costituito anche le premesse culturali della “civiltà industriale”, in cui tecnica e tecnologia diventano “autoreferenziali”, oscurando in questo modo la stessa distinzione tra “mezzi” e “fini”. Cfr. G. BATESON, *Verso un'ecologia della mente*, trad. it. a cura di G. Longo, (Adelphi) Milano, 1977.

⁽³⁷⁾ Nel lessico di Carl Schmitt è indicato con il termine Raum (il luogo politico-sociale in cui si manifesta l'ordine delle relazioni esclusivamente tra esseri umani).

⁽³⁸⁾ Indicato invece con “Ortung” (il luogo fisico e biochimico delle cose in relazione all'essere umano). Per una più approfondita discussione sui due termini cfr. M. CARDUCCI, *Estrattivismo e nemico nell'era fossile del costituzionalismo*, cit.

l'azione secondo Thomas Hobbes infatti è piuttosto l'interesse personale (*self-interest*) e il perseguimento del proprio utile.⁽³⁹⁾ Ed è da tale aspetto imprescindibile della natura umana che nasceva l'esigenza di superare lo "stato di natura" e instaurare una "pace formale" che evitasse la guerra di tutti contro tutti. E, specularmente, lo Stato si interessa della natura non umana unicamente per scopi di *autoconservazione* consistenti da un lato nella distribuzione di beni scarsi e dall'altro per permettere un'azione tecnologica che superasse «le forze dei singoli cittadini o di gruppi di essi (ad esempio, la costruzione di una ferrovia, la bonifica di una palude o lo scavo di una miniera)»⁽⁴⁰⁾.

Si sviluppa così inevitabilmente nella modernità un connubio tra scienza, filosofia e sapere sociale (economia, statistica, demografia, diritto ecc.) che supporta mediante occupazione, appropriazione e suddivisione di spazi la costruzione di *entità politiche* in accordo con una concezione meccanicistica (lo Stato come aggregato di individui-atomi) e gerarchica dell'ordinamento giuridico.

È la ragione principale per la quale la sovranità diverrà successivamente bersaglio di un'accesa critica soprattutto da parte del pensiero "benicomunista"⁽⁴¹⁾ il quale evidenzia lo stretto legame che è intercorso e ancora intercorre tra essa e la proprietà (pubblica e privata) quali principi

⁽³⁹⁾ Vi è in tal senso un significativo passaggio del Leviatano dove è descritta la "fisica politica" hobbesiana: «Ogni uomo brama ciò che è bene per lui e fugge tutto ciò che è male; e fugge in primo luogo il più grande dei mali che sono in natura: la morte; e tutto questo secondo una necessità naturale che non è diversa da quella per cui un sasso precipita al suolo». Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it. di G. Micheli, (Rizzoli) Milano, 2011 (1651). Come osserva in merito Dominique Bourg: «Per i teorici del contratto sociale, è precisamente questo pericolo di essere vittima del comportamento "naturale" degli altri che porta gli individui razionali a scambiare la loro libertà naturale con una pace formale. Un sistema rappresentativo ben costruito allontana il processo di elaborazione delle leggi da ciò che è basso ed egoista – questi tratti "naturali". [Esso] si definisce intrinsecamente in opposizione alla natura». Cfr. D. BOURG, K. WHITESIDE, *Vers une démocratie écologique. Le citoyen, le savant et la politique*, cit., p. 51.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. F. VIOLA, *Il ritorno della natura nella morale e nel diritto*, cit., p. 144.

⁽⁴¹⁾ Cfr. F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, (Aboca) San Sepolcro, 2017.

organizzativi che hanno legittimato l'“estrattivismo”⁽⁴²⁾ e la “recinzione” dei “beni comuni”⁽⁴³⁾ a discapito di un'organizzazione sociale (qual era quella premoderna) diseguale ma “pluralistica”, generando un tipo di società (quella moderna) improntata su rapporti individualistico-mercantili che ha costituito a sua volta una delle cause principali dell'attuale crisi ecologica.

Si può, quindi, affermare che la rappresentanza moderna (il Soggetto politico identificato nella costruzione artificiale dello Stato-persona) si fonda su: «un governo rappresentativo finalizzato a regolare i conflitti che si producono tra gli uomini che tentano di *valorizzare* la natura fisica. Una volta messa in sicurezza la proprietà, i teorici del contratto sociale, si aspettano che si persegua rapidamente la valorizzazione della terra. La rappresentanza moderna è stata concepita sia per aprire la strada a una trasformazione

⁽⁴²⁾ Il termine “Estrattivismo” «rimanda a quella dimensione coloniale di organizzazione politica e sociale, che ha permesso al Nord di svilupparsi attraverso la predazione del Sud del mondo e che si fa risalire alla “Conquista” e alla consumazione del primo genocidio moderno dettato da interessi economici globali lo sfruttamento del Cerro Rico de Potosí, dove nel 1545 furono sacrificati otto milioni di indigeni; un crimine che ha accompagnato l'emersione dell'economia moderna ma anche la relazione centro-periferia dei “flussi giuridici” della modernità giuridica. L'espressione, pertanto, identifica qualsiasi forma o processo di accaparramento di ricchezze naturali in funzione di interessi economici, pubblici o privati, nazionali o esteri (si pensi all'attuale fenomeno del *Land Grabbing*), esterni a quelli dei soggetti locali, nei cui territori risiedono tali ricchezze, e perseguito attraverso narrative, pratiche tecnologiche e tecniche giuridiche di legittimazione, estranee a tradizioni e culture del territorio di sfruttamento. In ragione di tali caratteristiche, l'“estrattivismo” funziona non solo per spossessamento delle risorse naturali, ma anche per negazione della cultura e storia soggettiva di un territorio, a vantaggio esclusivamente di “altro”». Cfr. M. CARDUCCI, *Estrattivismo e nemico nell'era fossile del costituzionalismo*, cit., p. 63.

⁽⁴³⁾ Il riferimento è a una serie di leggi che nel XVII secolo il Parlamento inglese emanò (*parliamentary enclosures*) ponendo l'obbligo di privatizzazione e di attribuzione di titoli della proprietà fondiaria. Ciò al fine di assicurare attraverso l'accentramento del potere la concentrazione delle risorse necessaria per garantire a livello interno un certo grado di sviluppo economico e tecnologico e a livello esterno la proiezione dell'autorità sovrana come potenza imperialistica. Per un'analisi storica più approfondita cfr. F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, cit., p. 84. Con le “enclosures” furono soppressi i diritti consuetudinari quali la spigolatura, la raccolta della legna e di altri prodotti della foresta, l'accesso ai fiumi, ai laghi e altri ancora. Cfr. F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, loc. cit.

continua delle risorse della Terra sia per assicurare l'ordine e proteggere la libertà»⁽⁴⁴⁾ (e con essa la proprietà).

Tale accusa allo stato moderno fu al contrario estranea al clima degli anni Settanta da parte di altri teorici politici che in direzione diametralmente opposta avevano di contro esaltato le potenzialità dello “stato hobbesiano” riscoprendone e al contempo riadattandone i fondamenti teorici al fine di evitare la “tragedia dei beni comuni”.

Si tratta della ben nota tesi di Garrett Hardin⁽⁴⁵⁾ in base alla quale la comunione dei beni conduce inevitabilmente a un'universale rovina, poiché l'essere umano è guidato principalmente dal perseguimento del proprio interesse e tende quindi a comportarsi come un *free rider*. Non possono che esservi (a parere di Hardin) che due sole strade alternative tra loro per fronteggiare problemi come la sovrappopolazione e il consumo di risorse che ne consegue: o introdurre diritti di proprietà sui beni o sottoporli a una regolamentazione pubblica. Ed è da qui che hanno inizio ciò che si possono definire: le “tentazioni tecnocratiche” del “governo dell'ambiente”.

3. — *Le tentazioni tecnocratiche e la “governance ambientale globale”.*

«La tentazione tecnocratica si può definire come un'operazione che, con l'obiettivo di neutralizzare le dinamiche politiche che sembrano associare la democrazia all'irrazionalità, alla contraddizione, all'incoerenza, alla decisione imperfetta, tende ad approdare a un sistema di governo nel quale il potere è attribuito a tecnici e a esperti, in quanto detentori di capacità e conoscenze razionali e oggettive che la popolazione non possiede»⁽⁴⁶⁾.

Data l'impossibilità momentanea di concepire a fronte di una “crisi globale di sopravvivenza” (dovuta a un “insostenibile” consumo di risorse ed

⁽⁴⁴⁾ Cfr. D. BOURG, K. WHITESIDE, *Vers une démocratie écologique*, cit., p. 52.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, pp. 1243-1248.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. GIACOMINI, *Democrazia o tecnocrazia? Considerazioni cognitive e sperimentali sulla praticabilità dei regimi politici*, in *Biblioteca libertà*, 2016, pp. 41-72.

energia) una società caratterizzata da un potere “diffuso” e “partecipato”, autori come William Ophuls, Robert Heilbroner, Garrett Hardin, Paul Ehrlich e il chimico James Lovelock avevano sostenuto che, per soddisfare interessi non contingenti ma “a lungo termine”, soltanto un controllo elitario di tipo tecnocratico “dall’alto” avrebbe potuto garantire quell’efficacia di misure politico-ecologiche necessarie a far mutare i comportamenti degli esseri umani per evitare la “rovina”.

Emblematica la tesi di Hans Jonas (per quanto postdatata rispetto a quella degli autori ora menzionati) secondo la quale le democrazie liberali furono giudicate “temporaneamente inadeguate”, schierandosi a favore di una necessaria élite “guardiana” (che il filosofo aveva qualificato come una vera e propria forma di “tirannide”) illuminata e ben intenzionata cui affidare l’incarico di dirigere (così come un tempo aveva immaginato Platone) uno Stato “buono”. La sola “forma di governo” in grado di poter decidere (in virtù della sua costitutiva *lungimiranza*) in merito al destino dell’umanità (anche futura), poiché avrebbe potuto neutralizzare al meglio il “libero” gioco di interessi contingenti e particolari.

Si tratta di teorie filosofico-politiche che risentivano dello spirito “sovpravvivistista” dei primi anni Settanta del secolo scorso, all’indomani della pubblicazione del Rapporto Meadows⁽⁴⁷⁾ e che si ponevano d’altra parte in antitesi al nascente e “cooperativo” diritto internazionale dell’ambiente.

Quest’ultimo, dapprima, si era concretizzato con la stipula di alcuni Trattati bilaterali e in alcune decisioni giudiziali aventi a oggetto soltanto alcuni settori (tutela della flora, della fauna, inquinamento industriale ecc.), in seguito, con Conferenze (Stoccolma 1972, Rio 1992, 2012, 2015, 2019) promosse dalle Nazioni Unite in ragione delle quali si era raggiunta la «piena consapevolezza dell’esistenza di una crisi ambientale globale, che necessitava di interventi coordinati da parte di tutti gli Stati della comunità internazionale, sia per la creazione di un sistema di regole per la protezione dell’ambiente e degli ecosistemi, che per la promozione di uno sviluppo economico e

⁽⁴⁷⁾ Cfr. D.H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDORS, W.W. BEHRENS, *I limiti dello sviluppo*, III, (Mondadori) Milano, 1972.

sociale rispettoso delle esigenze ambientali⁽⁴⁸⁾ fino a esprimere “principi” diventati di dominio “comune”⁽⁴⁹⁾, ma che, tuttavia, non riesce a rappresentare (come sopra accennato) mediante un’ adeguata cornice normativa i processi “fisiologici” di funzionamento dell’intera biosfera (non già soltanto singoli “diritti” o “beni”) e a predisporre in tal senso un “sistema” di tutela coerente con essi.

Si tratta di una “architettura” autenticamente *ecologica* (che manca all’attuale diritto internazionale dell’ambiente) la quale rifugge da una visione etico-politica meramente “utilitarista”, strumentale e antropocentrica riguardo alle relazioni che l’umanità intrattiene con il “mondo naturale”, poco o per nulla accorta (se non in ragione della soddisfazione di “diritti-interessi”⁽⁵⁰⁾ al “deficit ecologico” (consumo complessivo delle risorse e possibilità di rigenerazione delle stesse nei cicli biogeochimici naturali)⁽⁵¹⁾ e ai “confini planetari”⁽⁵²⁾ i quali

⁽⁴⁸⁾ Cfr. M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in P. DELL’ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto ambientale, I. Principi Generali*, cit., p. 14.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. T. YANG, R.V. PERCIVAL, *The Emergence of Global Environmental Law*, in *Ecology Law Quarterly*, XXXVI, 2009, pp. 615-664.

⁽⁵⁰⁾ Maria Rosaria Ferrarese sottolinea la comunanza di intenti delle due categorie nell’ambito del panorama della globalizzazione: «linguaggio degli interessi e linguaggio dei diritti corrispondono entrambi alla tendenza ad assumere dei modelli di regolazione sociale che sono in buona parte dei modelli di “autoregolamentazione”», cfr. M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, p. 163.

⁽⁵¹⁾ Il “deficit ecologico” «è calcolato ogni anno a livello nazionale e globale, dal Global Footprint Network, sulla base di un’operazione molto semplice: il rapporto tra biocapacità della terra e impronta ecologica degli individui umani che la popolano consumandola. L’identificazione globale del “deficit” è definita “giorno del sovra-sfruttamento della Terra” (Earth Overshoot Day). Attualmente emerge alla metà del mese di agosto, ma ogni anno peggiora. L’Organizzazione delle Nazioni Unite l’ha fatta propria, lanciando il più volte citato programma “Climate Neutral Now”». Cfr. M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in *Dig. pubbl., Agg. VII*, Torino, 2017, p. 520.

⁽⁵²⁾ Individuati come segue: (I) cambiamento climatico; (II) perdita di biodiversità (terrestre e marina); (III) interferenza con il ciclo biogeochimico dell’azoto e del fosforo; (IV) riduzione della fascia di ozono nella stratosfera; (V) acidificazione degli oceani; (VI) uso delle acque; (VII) uso del suolo; (VIII) inquinamento chimico; (IX) diffusione di aerosol nell’atmosfera. Cfr. J. ROCKSTRÖM, et al., *A Safe Operating Space for Humanity*, in *Nature*, CDLXI (2009), pp. 472-475.

indicano precisi *limiti fisici* entro i quali il pianeta Terra può o non può sostenere l'attività entropica dell'essere umano.

Tale modalità è accompagnata storicamente anche da un modo speculare con cui si trasforma anche il l'atteggiarsi del diritto nel contesto "globale" sganciato dalla sua tradizionale «connotazione in termini formali-piramidali per *disperdersi* nelle maglie della rete globale»⁽⁵³⁾. Si "transita" come è noto dal modello verticistico del "government" a quello orizzontale della "governance"⁽⁵⁴⁾.

Il concetto di *governance* se non soppianta sicuramente si sovrappone a quello di *government*; «benché incerto, mutevole, flessibile, cerca – infatti – ai vari livelli, ogni volta qualche forma di ricomposizione per garantire un livello minimo di certezza, e coerenza, di prevedibilità»⁽⁵⁵⁾.

Una procedura decisionale che seppur coinvolge anche i destinatari delle decisioni, gli *stakeholders*, o attori interessati di fatto vi è spesso un'esclusione di soggetti poco dotati di risorse, mezzi e peso politico. Per tale ragione potrebbe delinarsi una sorta di meccanismo di "selettività orizzontale"⁽⁵⁶⁾.

E, come è stato evidenziato, nel campo ambientale è lo stesso carattere *transboundary* dei problemi a far sì che la sovranità si atteggi attualmente sempre meno nei termini di un attributo assoluto ma come un concetto multidimensionale in costante flusso e soggetto a costante ridefinizione sociale⁽⁵⁷⁾. Tale rimodulazione di fonti, soggetti e poteri, nonché l'indebolimento della territorialità rendono sempre più sfumate le divisioni tradizionali tra diritto pubblico e privato e tra diritto nazionale e internazionale, promuovendo integrazione e armonizzazione. Il risultato è stato l'emergere di «un "diritto ambientale globale" – un campo che nella sua indole investe tutto in una

⁽⁵³⁾ Cfr. V. GIORDANO, A. TUCCI, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Torino, 2013, p. 127.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *retro*, nt. 20.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. V. GIORDANO, A. TUCCI, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, cit., p. 127.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. D. UNGARO, *Democrazia ecologica*, cit., p. 81 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. J.F. MORIN, A. ORSINI, in IDD. (eds.), *Essential Concepts of Global Environmental Governance*, (Routledge) London, 2014, p. 197.

volta tanto il diritto internazionale quanto il diritto nazionale e transnazionale. Il diritto ambientale globale è l'insieme dei principi legali sviluppati da sistemi di regolamentazione ambientale nazionali, internazionali e transnazionali finalizzati a proteggere l'ambiente e gestire le risorse naturali. Come *body of law*, esso è costituito da un insieme distinto di principi sostanziali e metodi procedurali che sono specificamente importanti o unici per la governance dell'ambiente»⁽⁵⁸⁾.

Potrebbe apparire assodato in prima battuta che la *governance* ambientale globale si porrebbe in un certo senso come espressione di quel “metodo sistemico” di cui si avvale l'ecologia⁽⁵⁹⁾, non solo perché nelle politiche di salvaguardia ambientale si attenua la dicotomia tra pubblico e privato, ma perché nella prassi giurisprudenziale⁽⁶⁰⁾ vi è non di rado un “dialogo” tra più sistemi normativi (dall'economia alla politica, dalla scienza ai sistemi di comunicazione)⁽⁶¹⁾ che, tuttavia, non ricomponne ma, piuttosto, accentua il carattere della *settorialità* (in questo caso del diritto) e del *funzionalismo*⁽⁶²⁾. In altri termini, la *differenziazione funzionale* tra vari sotto-sistemi sociali (e in particolare seguendo la logica “binaria” connessa alla differenza tra sistema sociale/ambiente delineata da Niklas Luhmann) si pone, in realtà, in contrasto con la “razionalità ecologica” (che invece guarda alla “totalità

⁽⁵⁸⁾ Cfr. T. YANG, R.V. PERCIVAL, *The Emergence of Global Environmental Law*, in *Ecology Law Quarterly*, XXXVI (2009), p. 615.

⁽⁵⁹⁾ Intesa non come una delle tante branche del sapere ma essa stessa come espressione di un nuovo “paradigma” di interpretazione della realtà a sua volta finalizzato a un'azione che considera la cooperazione e non il conflitto tra le parti la cifra per una riarticolazione dei rapporti sociali, economici, politici e in generale umani.

⁽⁶⁰⁾ In questo spirito si pone anche l'*Earth system governance project*, un Programma di ricerca internazionale interdisciplinare che coinvolge oltre duemila studiosi di tutto il mondo che ha sede a Lund. Esso è stato predisposto allo scopo di creare una sinergia tra vari ambiti disciplinari al fine di configurare efficaci “strategie di governance su più livelli territoriali di modo da tener conto dell'interconnessione sistemica dei cambiamenti ambientali globali. Cfr. F. BIERMANN, *Earth System Governance: A Research Framework*, in *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2010.

⁽⁶¹⁾ Cfr. C. PITEA, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, Napoli, 2013, p. 121.

⁽⁶²⁾ Cfr. G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1993.

del reale”)⁽⁶³⁾ e in continuità con il meccanicismo moderno nel momento in cui «al posto del rapporto interno/esterno tra il soggetto che conosce ed il mondo – come l’insieme di oggetti conoscibili – subentra il rapporto sistema/ambiente»⁽⁶⁴⁾. Una situazione che, pur delineando secondo alcuni studiosi uno stato di “disaggregazione” o “decostruzione” del diritto, non determina un annullamento totale del potere statale quanto, piuttosto, una disarticolazione della spazialità politico-giuridica che si traduce da una parte in un processo di “denazionalizzazione” e dall’altra in forme contestuali di “riaggregazione” a livello locale o comunque in molteplici ambiti politico-istituzionali sia vecchi, sia nuovi⁽⁶⁵⁾.

Lo stesso principio dello sviluppo sostenibile⁽⁶⁶⁾ riattualizza tra l’altro «l’artificio hobbesiano della riduzione della natura all’autorità umana»⁽⁶⁷⁾ attraverso la “regionalizzazione” dello spazio di azione (gli Stati) e una riduzione della natura a variabile dell’economia, da cui si configura anche a monte l’intera impalcatura del diritto dell’ambiente come disciplina che assume «la natura come [mero] oggetto di aspettative normative individuali o al massimo (...) eco-sociali (è il caso del c.d. “diritto all’ambiente”), comunque funzionali alla salvaguardia dell’economia dello scambio e dei consumi e quindi soltanto di conservazione e protezione(...) dei danni e delle esternalità»⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶³⁾ Come evidenzia Dryzek coincide solo in parte con tale prospettiva “sistemica”, ovvero nella misura in cui si tenga in considerazione esclusivamente l’aspetto “strumentale” delle relazioni che intercorrono tra sistemi umani (in particolar modo quelli economici e giuridici) e naturali, in rapporto alla capacità dei primi di impedire che vengano minate le basi della “sopravvivenza” offerte dai secondi. La frammentazione della società in una serie differenziata di sub-sistemi porta inevitabilmente con sé l’idea di un abbandono di qualsiasi idea di “totalità originaria”. Cfr. J. DRYZEK, *La razionalità ecologica*, (Otium) Ancona, 1989.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. B. TRONCARELLI, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Milano, 2002, p. XI.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all’età globale* (2006), trad. it. di B. Mondadori, Milano, 2008.

⁽⁶⁶⁾ «Gli esseri umani sono al centro delle preoccupazioni relative allo sviluppo sostenibile. Essi hanno diritto a una vita sana e produttiva in armonia con la natura» (Principio 1 della Dichiarazione sull’Ambiente e lo Sviluppo di Rio de Janeiro del 1992).

⁽⁶⁷⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *Estrattivismo e nemico nell’era fossile del costituzionalismo*, cit., p. 70.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, cit., p. 496.

Pur caratterizzandosi in termini di diritto soggettivo (non riducibile pertanto alla semplice componente economica), il “diritto allo sviluppo sostenibile” non costituisce, infatti, dal punto di vista operativo uno scarto significativo rispetto al “diritto allo sviluppo” *tout court*. Ciò ha reso possibile l’emergere di un’etica dei doveri verso l’ambiente⁽⁶⁹⁾ e al contempo una “multidimensionalità” del significato di sostenibilità (economica, sociale e ambientale) che è stato utilizzato come criterio “integrato” di bilanciamento tra contrapposte esigenze socio-economiche da una parte con quelle ambientali dall’altra⁽⁷⁰⁾ che però non abbandona il suo portato di “variabilità” (e di ambiguità) nel momento in cui (malgrado la volontà di sottomettere l’economia a dei principi giuridici come quelli di “integrazione”, “precauzione”, “chi inquina paga” e delle “responsabilità comuni ma differenziate”) l’accostamento dello “sviluppo sostenibile” con la “crescita economica”⁽⁷¹⁾ individua una precisa scelta di campo: è il modello liberale dell’economia di mercato a essere il più conforme al concetto di sviluppo sostenibile.

Una scelta che, il più delle volte, fa prevalere nella trazione tra normatività e pratiche effettive di *governance* un orientamento “gestionale” in cui si associano una componente economica (es. tasse e mercati di licenze di

⁽⁶⁹⁾ Consistente nel «considerare le limitazioni allo sviluppo imposte dal livello di evoluzione tecnologica e dai modelli di organizzazione socio-economica alle capacità umane di sfruttare in modo efficiente, e non solo in un’ottica puramente “estrattiva”, le risorse naturali del Pianeta. In tale contesto [e] la necessità di tenere in adeguata considerazione le limitate capacità di assorbimento da parte della biosfera delle esternalità negative causate dalle attività di origine antropica». Cfr. M. MONTINI, *L’interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l’attuazione del diritto internazionale dell’ambiente*, in *federalismi.it* (8 maggio 2019), p. 8.

⁽⁷⁰⁾ M. MONTINI, *L’interazione tra gli SDGs ed il principio dello sviluppo sostenibile per l’attuazione del diritto internazionale dell’ambiente*, cit., p. 9.

⁽⁷¹⁾ «Gli Stati dovranno cooperare per promuovere un sistema economico internazionale aperto e favorevole, idoneo a generare una crescita economica ed uno sviluppo sostenibile in tutti i paesi ed a consentire una lotta più efficace ai problemi del degrado ambientale. Le misure di politica commerciale a fini ecologici non dovranno costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata o una restrizione dissimulata al commercio internazionale. Si dovrà evitare ogni azione unilaterale diretta a risolvere i grandi problemi ecologici transfrontalieri o mondiali dovranno essere basate, per quanto possibile, su un consenso internazionale.». Dichiarazione di Rio de Janeiro 1992, cit., Principio 12).

emissioni) e una tecnologica (incentivi a cambiamenti che consentono il risparmio di materiali ed energia); scientificamente indirizzato dall'economia ambientale ("ottenere prezzi corretti" mediante "internalizzazione delle esternalità")⁽⁷²⁾. Un sapere, quest'ultimo, che elude da un lato il problema dei "limiti naturali", attraverso il ricorso a un'accezione "debole" di "sostenibilità" (in base alla quale le risorse naturali possono sempre essere sostituite da mezzi artificiali finalizzati allo scambio), dall'altro una serie di caratteristiche del mondo naturale che non possono essere quantificabili (e quindi monetizzabili seguendo una logica meramente compensativa) e che resta improntato sull'individualismo metodologico (criterio delle preferenze, valutazione costi-benefici in funzione della massimizzazione del guadagno o del vantaggio del singolo) e che si pone inoltre sia a monte, sia a valle in stretta relazione anche e soprattutto con il diritto ambientale.

A valle, attraverso un recupero "tecnocratico" dell'azione dello Stato che dovrebbe (sempre nella prospettiva dell'economia ambientale) assumere semplicemente decisioni "correttive" e di "ripristino" dei "fallimenti del mercato".

A monte configurando un diritto che pur definendosi "ambientale" (ove per "ambiente" si intende solo e unicamente lo spazio antropomorfo in cui "abitano" gli individui) «nulla o quasi considera di usi fisiologici della natura»⁽⁷³⁾, recludendo la seconda a ontologia esterna o al massimo residuale⁽⁷⁴⁾.

Differente è, invece, la prospettiva dell'economia *ecologica*⁽⁷⁵⁾ che si discosta dalle tradizionali categorie dell'economia neoclassica per adottare un modello macroeconomico di tipo "sistemico", ma questa volta capovolgendo totalmente l'impostazione in base alla quale la natura costituisce un sottosistema dell'economia e non viceversa; oggetto di studio è infatti non la razionalità "autoreferenziale" del mercato ma i flussi energetici e i grandi

⁽⁷²⁾ Cfr. J.M. ALIER, *Ecologia dei poveri. La lotta per la giustizia ambientale*, ed. it. a cura di M. Armiero, (Jaca Book) Milano, 2009.

⁽⁷³⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, cit., p. 496.

⁽⁷⁴⁾ M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, cit., p. 497.

⁽⁷⁵⁾ Cfr., per tutti, M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, (La Nuova Italia Scientifica) Firenze, 1993.

cicli biochimici che attraversano gli ecosistemi e la biosfera, con i quali è la prima che deve misurarsi adeguando i propri strumenti e sistemi di valutazione ai vincoli fisici posti dalla natura.

Una prospettiva che (al pari della prima) si riflette anch'essa nel mondo del diritto. In particolare in un diritto ambientale che non può essere considerato più "minoritario" ma a tutti gli effetti "concorrente" con l'attuale "global environmental law", ovvero un diritto "ecologico" (*rule of law for nature*)⁽⁷⁶⁾ che pone il problema di un riconoscimento di una "soggettività giuridica" agli enti di natura⁽⁷⁷⁾ o comunque di garantire una maggiore coerenza con un "approccio ecosistemico" che riequilibri il rapporto tra economia e ambiente naturale, superando la "certezza narrativa" di una soluzione "win-win" portata avanti dalla "ecologia di mercato"⁽⁷⁸⁾ senza considerare la fisiologica dinamica dell'"economia della natura"⁽⁷⁹⁾.

Ed è a partire da una concezione che sposa poi una tale *simbiosi* con il mondo naturale che presero piede le proposte di una "democrazia ecologica locale e comunitaria" che si sono articolate in tempi trascorsi (anch'esse dagli anni Settanta del secolo scorso) fino ad arrivare ai giorni nostri con le attuali rivendicazioni dei movimenti "territorialisti" e per i "beni comuni".

4. — *Democrazia "locale" e territorio. Le soluzioni "decentralizzate".*

Leitmotiv di una sovranità che parte dal "basso" è la «dimensione quantitativamente corretta, nel senso che si ravvisa nella "scala ridotta" dei siste-

⁽⁷⁶⁾ Per una panoramica dell'argomento C. VOIGT (ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, cit.

⁽⁷⁷⁾ Un "formante culturale" che deriva dalle cosmologie indigene del Sudamerica che è stato positivizzato nelle Costituzioni di Ecuador e Bolivia nel 2008, nella Dichiarazione dei diritti della Madre Terra, nel Programma ONU Harmony with nature, e preso in considerazione anche in alcune proposte di direttive europee.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. T.L. ANDERSON, D.R. LEAL, *L'ecologia di mercato. Una via liberale alla tutela dell'ambiente*, (Lindau) Torino, 2008.

⁽⁷⁹⁾ Darwinianamente intesa come *relazione* finalizzata a garantire un (seppur solo tendenziale) equilibrio coinvolgente *comunità* e *popolazioni* più che (l'interesse di) singoli individui.

mi economico e politico il principale requisito di ecocompatibilità. [Essa] è utopisticamente centrat[a] sulle microcomunità locali [ed è] rappresentata dall'eco-comunitarismo anarchico, nelle due varianti dell'eco-monasticismo e del bio-regionalismo che hanno quale presupposto la coabitazione di piccoli gruppi umani (...). La natura rappresenta qui l'ideale regolativo (...). Primitivismo, decentramento, rinuncia alla tecnologia e rifiuto dell'economia di mercato, insieme alla distruzione dell'idea di Stato, ad autarchia, cooperazione ed eliminazione della gerarchia»⁽⁸⁰⁾.

La bioregione è un'area non definita geograficamente, ma sulla base delle caratteristiche e delle *specificità ecologiche* (suolo, corsi d'acqua, clima, piante native, specie animali, culture comuni), ove si costituisce a livello sia culturale, sia psicologico, sia politico un'intima associazione materiale e spirituale di reciprocità tra comunità umane e "comunità biotiche", in cui il flusso di compartecipazione tra tutte le entità viventi non avviene tanto attraverso il pensiero razionale, ma mediante una con-divisione emotiva ed empatica con i cicli stagionali della natura.

A livello politico si auspicava una cessione di potere a tale "unità locale" *nella* natura, da articolarsi poi attraverso una confederazione delle stesse (bio)regioni secondo un modello a "rete" considerato in generale da tutti i "bioregionalisti" maggiormente "sostenibile" rispetto a una amministrazione "globale" o "nazionale". Ciò in quanto tutte le strutture gerarchiche, compreso lo Stato-nazione, a parere dei bioregionalisti avrebbero impedito agli esseri umani di esprimere tutte le potenzialità della loro intima natura (quella di esseri "cooperativi") e al contempo mediante la pratica della "riabitazione" dei *luoghi* (del *ridiventare* cioè "nativi" degli stessi) permettere agli ecosistemi di espletare al meglio tutte le funzioni vitali che li pertengono.

Un "esperimento" esplorato anche da Elinor Ostrom allorquando nel discutere di gestione dei "beni comuni" si sostiene che le comunità dei *commoners* non dovrebbero superare i 15.000 partecipanti⁽⁸¹⁾, seppur secondo la stessa autrice oggetto di osservazione non è l'ecosistema in quanto tale,

⁽⁸⁰⁾ Cfr. M. TALLACCHINI, *Sovranità ed ecofilosofie*, cit., pp. 261-263.

⁽⁸¹⁾ Cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, cit.

ma un sistema “socio-ecologico”, espressione di una “co-evoluzione” tra attività antropica (modificativa quindi degli assetti e degli equilibri naturali) e dinamiche biologiche⁽⁸²⁾.

Anche la bioregione è, infatti, oggi concepita⁽⁸³⁾ non in senso ecologico “puro” ma come un’entità spaziale (rurale o urbana) omogenea coincidente con realtà storiche, sociali o geografiche, frutto di una lettura del “territorio” come un insieme interrelato di elementi naturali e artificiali in cui i criteri amministrativi dell’organizzazione dello spazio sono ispirati a logiche non “appropriative” ma di condivisione e coesione, sociale e ambientale, in ultima analisi da *valorizzarsi* (questa volta riconducendo le attività economiche dalle megastrutture produttive “globali” omologanti e sradicanti nella sfera di potere degli “abitanti”-cittadini-produttori) come *bene comune*⁽⁸⁴⁾.

Una riappropriazione che è politica ed esistenziale al tempo stesso, da realizzarsi mediante uno *sviluppo sostenibile locale*⁽⁸⁵⁾, attraverso modalità di *auto-governo* “comunitario”, circoscritto nella dimensione della città e in rapporto al territorio che la comprende⁽⁸⁶⁾ (in questo caso mediante un federalismo

⁽⁸²⁾ Per sistemi socio-ecologici si intende: «quell’insieme di sub-sistemi ecologici e sociali che si configurano, propriamente, come dei sub-sistemi i cui meccanismi di inscindibile interazione e reciproca influenza si svelano soltanto quando essi vengano.

integrati e studiati come “parti” del “tutto” rappresentato da super-sistemi che li includono, qualificabili appunto come sistemi socio-ecologici; in essi le società umane sono a pieno titolo “dentro” gli ecosistemi e “convivono” con i limiti di espansione che questi ultimi pongono alle condotte umane, ricevendone, per converso, i benefici rappresentati dai servizi ecosistemici, i quali in grande parte si ascrivono socialmente alla categoria dei *commons*». Cfr. M. MONTEDURO, *Per una “nuova alleanza” tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le “aree naturali protette”*, Atti del XV Convegno del “Club Giuristi dell’Ambiente”, Pescasseroli, 2013, pp. 15-16. In relazione al tema anche E. OSTROM, *A General Framework for Analyzing Sustainability of Social-Ecological Systems*, in *Science*, 325 (2009), p. 419 ss.

⁽⁸³⁾ Cfr. A. MAGNAGHI, *La bioregion urbaine*, cit.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. A. MAGNAGHI (a cura di), *Il territorio bene comune*, (Firenze University Press) Firenze, 2012.

⁽⁸⁵⁾ ID., *Crisi ecologica globale e progetto locale*, in O. MARZOCCA (a cura di), *Governare l’ambiente? La crisi ecologica tra poteri, saperi e conflitti*, Milano-Udine, 2010.

⁽⁸⁶⁾ Sul tema più approfonditamente cfr. O. MARZOCCA, *Il mondo comune. Dalla virtualità alla cura*, (Manifestolibri) Roma, 2015.

municipale “solidale”), sempre seguendo relazioni non gerarchiche tra istituzioni e “abitanti”, e avvalendosi di strumenti di amministrazione “condivisa” e “partecipata” (es. patti di collaborazione, accordi tra P.A. e cittadini ecc. secondo il principio di sussidiarietà sancito dall’art. 118 Cost.).

Come però ha chiarito Alberto Magnaghi, il fondatore della “scuola territorialista” (sulla base di quanto già accade in merito al protagonismo delle realtà locali nel contesto di Province, Regioni e nello spazio dell’Unione Europea) «Il federalismo municipale solidale [si dovrebbe valorizzare ed estendere al] complesso sistema “multilivello” di reti solidali di città presenti nel territorio europeo per dare risposte a queste sfide ancorandosi ad una definizione “ad alta risoluzione” identitaria e sociale dello spazio europeo: un concetto di Europa che si fondi sulla valorizzazione delle peculiarità delle culture e dei giacimenti patrimoniali locali, attivando un principio di *cittadinanza europea* che trovi le sue radici nella federazione di regioni e di città autonome organizzate ciascuna con forme di democrazia partecipativa come forma ordinaria di governo»⁽⁸⁷⁾, riconoscendo in questo modo la necessità di un coordinamento “sovranaZIONALE” delle realtà tanto nazionali, quanto “locali” in senso stretto.

La dimensione sovranazionale, transnazionale e internazionale risulta, invece, a parere sia dei teorici del *rule of law for nature*⁽⁸⁸⁾, sia della “eco-democrazia” e dello Stato verde⁽⁸⁹⁾, di fondamentale importanza in quanto denotano i limiti di un approccio meramente “localista”, poiché il raggio di azione dell’“azione locale” non può nel contesto di interrelazioni ecologiche “diffuse” (es. piogge acide, cambiamenti climatici, difesa di beni comuni “globali” come i ghiacciai e l’atmosfera in generale) che rimanere limitato a determinati “luoghi”, perdendo così di vista anche l’intento iniziale di porre in essere un modello di “sovranità” che rifletta non una “fisica” politica *aggregativa* à la Hobbes, ma un neo-organicismo “ecologico” che rispecchi

⁽⁸⁷⁾ Cfr. A. MAGNAGHI, *Dalla partecipazione all’autogoverno della comunità locale: verso il federalismo municipale solidale*, in *Democrazia e dir.*, n. 3/2006.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *retro*, nt. 3.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *retro*, nt. 24.

L'effettiva dinamica delle "reti del vivente". Queste ultime riguardano anche "macro-processi" non adeguatamente presi in considerazione dai "localisti".

Un limite e un errore che a parere dei menzionati autori "green" si manifesta anche dal punto di vista "istituzionale"⁽⁹⁰⁾ allorquando esigenze di raccordo "ultra-locale" (es. le confederazioni tra bioregioni) conducono inevitabilmente e nuovamente a qualche forma di "gerarchia organizzativa" necessaria ai fini di una cooperazione transnazionale che non si limiti a fronteggiare la crisi ambientale solo attraverso il criterio della "piccola scala" a misura umana⁽⁹¹⁾.

C'è chi ritiene, allora, sulla base di una *domestic analogy* che contro il mero pragmatismo delle soluzioni "tecnocratiche" possa e debba adottarsi una soluzione "cosmopolita" istituendo una sorta di "Stato mondiale" (che ricorda la *civitas maxima* kelseniana) o quantomeno di istituire nuove Agenzie internazionali o Tribunali per l'ambiente⁽⁹²⁾ che facciano rispettare gli obblighi degli Stati⁽⁹³⁾.

Una soluzione che nonostante alcuni tentativi (come quello di parziale riforma dell'Unep nel 2012) non ha ancora visto la luce da una parte per mancanza di Trattati istitutivi, dall'altra a causa di un fenomeno che la teorica politica australiana Robyn Eckersley, (autrice di *The Green State. Rethinking democracy and sovereignty*) ha definito come "paradosso del multilateralismo", consistente in una crescente proliferazione e "congestione" di accordi internazionali ambientali, a cui è seguito anzitutto non un rafforzamento ma un depotenziamento dell'efficacia dello stesso multilateralismo in termini di effettivo raggiungimento di obiettivi sia di tutela ambientale, sia di equità

⁽⁹⁰⁾ Cfr. R. ECKERSLEY, *Environmentalism and Political Theory. Towards an Ecocentric Approach*, (Sunny Press excelsior editions) New York, 1992, pp. 177-178.

⁽⁹¹⁾ Cfr. E.F. SCHUMACHER, *Piccolo è bello. Uno studio di economia come se la gente contasse qualcosa*, 4ª ed., (Mondadori) Milano, 1992 (1973).

⁽⁹²⁾ Cfr. A. POSTIGLIONE, *Il diritto dell'ambiente: riconoscimento nazionale ed internazionale*, Comitato promotore del Tribunale internazionale dell'ambiente, Milano, 1990.

⁽⁹³⁾ Sul tema più ampiamente Cfr. F. CERUTTI, *Sfide globali per il Leviatano. Una filosofia politica delle armi nucleari e del riscaldamento globale*, (Vita e Pensiero) Milano, 2010.

socio-economica⁽⁹⁴⁾. Situazione che spinge i teorici della “eco-democrazia” e del Green State a propendere per una soluzione che vada “oltre il locale e il globale”.

5. — *Verso una sintesi “ecodemocratica” oltre il “locale” e il “globale”.*

Uno spunto più realistico rispetto ad ancora improbabili “istituzioni globali per l’ambiente” è dato dalla categoria ancora *in fieri* della “cittadinanza europea”, da ripensare e attuare entro una cornice “costituzionale” economica che ridimensioni notevolmente il primato del principio di concorrenza (che trova le sue basi nelle teorie degli ordoliberali tedeschi)⁽⁹⁵⁾ ma funzionale a un “diritto biotico”⁽⁹⁶⁾ o “biochimico” su cui operare una revisione profonda della politica, dell’economia e del diritto, e in particolare il campo dei diritti fondamentali della persona, al fine di «recuperare una giuridicità

⁽⁹⁴⁾ Una prima ragione è da ravvisarsi nelle crescenti tensioni tra Paesi “sviluppati” e Paesi in via di sviluppo in merito alla condivisione degli oneri sulla tutela ambientale e sui limiti da porre a una crescita economica indiscriminata. Una seconda dalla mancanza di armonizzazione e coordinamento a livello internazionale da un lato tra i Trattati in materia ambientale con i regimi sul commercio internazionale (dovuta anche alla carenza di regolamentazione su alcuni aspetti che riguardano questi ultimi) e dall’altro tra gli stessi settori del diritto ambientale e infine una terza è da rinvenirsi nell’assenza o nella scarsa presenza di politiche sia interne, sia internazionali che abbiano previsto un cambiamento di paradigma politico-economico in merito a una concezione “forte” della sostenibilità, essendo prevalsa un’idea meramente economicistica della sostenibilità ambientale riscontrabile nei recenti documenti *The Future we want* dell’ONU, nella Conferenza sul clima di Parigi, e nei Sustainable Development Goals del 2015 delle Nazioni Unite (Agenda 2030) in cui il sostegno ai principi fondati su una *crescita verde* (*green growth*) improntati sull’economia neoclassica, riflettono di fatto la volontà della maggior parte degli Stati di restare “indolente” nel perseguire una transizione da una modernizzazione debole a una “forte”, ovvero fondata su una ristrutturazione dell’economia, della politica e di un diritto che adeguino i loro contenuti ai limiti planetari. Più ampiamente sul tema cfr. P. CHRISTOFF, R. ECKERSLEY (eds.), *Globalization and Environment*, Rowman & Littlefield, Lanham/Maryland, 2013, p. 165 ss.

⁽⁹⁵⁾ Per un’analisi più approfondita sul tema cfr. A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell’economia*, Napoli, 2016.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. G. MAIRET, *Nature et souveraineté*, (Sciences Po. Les Presses) Paris, 2012.

fondata su doveri, esercitati non per imposizione umana né per condivisione, ma (...) per fisiologia di tutti i viventi nelle loro relazioni reciproche di specie, con i beni e i servizi della natura»⁽⁹⁷⁾.

L'«equilibrio ecologico» rappresenta in sostanza una clausola di «solidarietà di specie» e al contempo una necessaria preconditione di sopravvivenza degli stessi diritti umani in cui anche la logica del «bilanciamento» tra diritti o tra diritti rispetto ad alcuni «beni» si rivela alquanto artificiosa se a prevalere è il criterio delle preferenze *immediate* rispetto a quelle *ponderate*⁽⁹⁸⁾. In altri termini, se non si subordinano chiaramente i meri «interessi» individuali alla fisiologica relazione dinamica dell'umanità con la biosfera, riallacciando le astrazioni concettuali della politica, dell'economia e del diritto a contesti *viventi* si perde di vista ovvero si commette (come è stato sottolineato) un errore epistemico, prima ancora che metodologico⁽⁹⁹⁾.

In ordine, all'articolazione istituzionale è evidente che non costituendo l'Unione Europea ancora uno Stato federale (a causa di impedimenti collegati a una gelosa difesa da parte degli Stati membri della propria sovranità) difficilmente potrebbe essere concepita non solo una struttura politicamente unitaria ma che abbia in più una funzione coordinamento in merito al raggiungimento di obiettivi condivisi (in particolare l'abbandono della «crescita» a favore di politiche «costituzionali» improntate a colmare il deficit ecologico, riarticolarlo radicalmente modelli di produzione, consumo e distribuzione di risorse entro schemi istituzionali che siano maggiormente

⁽⁹⁷⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in *Dig. pubbl.*, Agg. VII, Torino, 2017, p. 489.

⁽⁹⁸⁾ Il teorico-politico Bryan Norton, nella sua teoria sul «valore trasformativo» distingue il concetto di preferenze immediate e «ponderate». Le prime sono un'espressione non razionalizzata di bisogni fisici, desideri, impulsi, istinti; le seconde esprimono invece interessi mediati e orientati da convinzioni, valori, ragionamenti, ideali. Secondo questa impostazione, l'antropocentrismo «forte» assume che le preferenze immediate degli esseri umani, non sottoposte a esame critico, determinino i valori, mentre l'antropocentrismo «debole» fa riferimento alle preferenze ponderate, capaci di determinare una condotta umana rispettosa della natura. Cfr. B. NORTON, *Etica ambientale e antropocentrismo debole*, in R. PEVERELLI (a cura di), *Valori selvaggi. L'etica ambientale nella filosofia americana e australiana*, (Medusa) Milano, 2005.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *Il «deficit ecologico» del pianeta come problema di «politica costituzionale»*. Parte prima, in *Revista Juridica – CCJ* 2016.

“prescrittivi” per i singoli Stati e meno “ottativi”); una lacuna che potrebbe essere del resto superata evitando di trasferire *analogicamente* dal piano nazionale a quello sovranazionale il meccanismo della rappresentanza (fermo restando il necessario rafforzamento delle funzioni del Parlamento) e revisionarne urgentemente la *forma*⁽¹⁰⁰⁾ a partire da facilitazioni e sinergie istituzionali che favoriscano modalità di partecipazione *non* “lobbystica” e autenticamente rispettose di ciò che è stata definita come “demodiversità”⁽¹⁰¹⁾.

In tale direzione, come evidenzia Robyn Eckersley⁽¹⁰²⁾, la Convenzione di Aarhus⁽¹⁰³⁾ lascia intravedere una possibile iniziale (ma solo dal punto di vista cronologico) chiave di lettura (normativa e fenomenologica al tempo stesso) *estensiva* di fattispecie concrete che superano la logica dell’“interesse individuale” (coinvolgendo in linea di principio non solo cittadini direttamente “toccati” dalle decisioni ma tutti i possibili interessati da un possibile pregiudizio che può riguardare un dato “ambiente”) ponendo, altresì, una sfida se non allo stesso concetto “moderno” di sovranità, almeno all’“interesse individuale” tanto dello Stato” quanto del “privato” che agisce anche a livello “globale”, orientando verso forme di democrazia “oltre lo stato”⁽¹⁰⁴⁾, sebbene la partecipazione come fine a sé stessa non sia condizione sufficiente⁽¹⁰⁵⁾

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. D. BOURG, K. WHITESIDE, *Vers une démocratie écologique. Le citoyen, le savant et la politique*, cit.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. M. CARDUCCI, *Come governare l'ecosistema? Un approccio multidisciplinare*, (Università di Bologna, Dip. di Scienze giuridiche) Bologna, 2018, pp. 83-84.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. R. ECKERSLEY, *The Green State*, cit., p. 193 ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale del 25 giugno 1998, ratificata dall'Italia con l. 16 marzo 2001, n. 108, su: *unece.org*.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma, 2018, anche a prescindere dai propri confini interni (come accade ad esempio nei casi di consultazione del pubblico transfrontaliero, cfr. C. PITEA, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, cit., p. 198 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Essa, come è stato evidenziato non dovrebbe essere limitata soltanto a piani e programmi la cui definizione e articolazione (nonostante la “partecipazione”) sia esposta a poteri economici concorrenti e antidemocratici, ma riflettere maggiormente le esigenze di territori e “contesti di vita” che possano essere adeguatamente rappresentati al di là di meri criteri “amministrativi” (“competenze”, “materie” e “interessi strategici”). Cfr. M. CARDUCCI, *Come governare l'ecosistema? Un approccio multidisciplinare*, cit.

a stabilire le condizioni per una transizione da un costituzionalismo (sia esso nazionale o europeo) “fossile” verso una “riscoperta” e soprattutto una ri-articolazione (nel contesto odierno) di un diritto costituzionale “biotico” o “biochimico”⁽¹⁰⁶⁾.

6. — Conclusioni.

Dalle riflessioni qui svolte emergono due nuove categorie tra loro complementari: *demodiversità* e *geocittadinanza* che, se da un lato denotano una inadeguatezza di fondo della categoria sovranità nel contesto della odierna crisi ecologica⁽¹⁰⁷⁾, non ne segnano il suo tramonto definitivo.

⁽¹⁰⁶⁾ Per diritto costituzionale “fossile” si intende designare il passaggio nel XVI secolo all’era industriale con la scoperta del carbone; un contesto storico tale che ha influenzato anche il modo di costruire gli ordinamenti giuridici secondo una ragione “estrattivista”. Per “biochimico” si intende invece designare alcuni aspetti significativi dell’epoca precedente alla “modernizzazione” improntata su una maggiore «sostenibilità della produzione agricola e sul governo del legno per la costruzione dei numerosi borghi e mercati cittadini nati intorno al commercio. Questo diritto, indipendentemente dal regime giuridico della proprietà, era molto più elementare nella sua struttura organizzativa e procedimentale, in quanto ancorato alla sostenibilità dei soli bisogni fisiologici di tutte le comunità umane (ripararsi dal freddo, cibarsi e riscaldarsi attraverso la legna), senza nessuna proiezione verso un’idea di appropriazione funzionale alla erogazione di servizi aggiuntivi generali e separati dall’accesso alle risorse» Cfr. M. CARDUCCI, *È (im)possibile la repubblica dei beni comuni?*, cit., p. 46.

⁽¹⁰⁷⁾ Come evidenzia Stefano Nespòr «sono maturi i tempi per parlare di questo argomento, tenendo conto di due aspetti: da un lato che questi principi [quello della sovranità e in genere quelli di diritto internazionale] sono stati concepiti ben prima che si potesse immaginare che le scelte di uno stato potessero produrre effetti potenzialmente gravi e irreversibili sull’ambiente globale, d’altro lato che la democrazia moderna è stata pensata nel quadro dello stato nazione, un organismo ormai liso e inefficiente per confrontarsi con i grandi problemi che ci stanno avanti». Cfr. G. MANFREDI, S. NESPOR, *Ambiente e democrazia: un dibattito*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, p. 313. Come evidenzia Stefano Nespòr «sono maturi i tempi per parlare di questo argomento, tenendo conto di due aspetti: da un lato che questi principi [quello della sovranità e in genere quelli di diritto internazionale] sono stati concepiti ben prima che si potesse immaginare che le scelte di uno stato potessero produrre effetti potenzialmente gravi e irreversibili sull’ambiente globale, d’altro lato che la democrazia moderna è stata pensata nel quadro dello stato nazione, un organismo ormai liso e

La sua permeabilità alle logiche dell’“economico” tuttavia evidenzia come vi sia la necessità del recupero di un ruolo dello Stato nel favorire processi di giuridificazione dei “diritti della natura” anche e soprattutto a livello sovranazionale.

Il termine *geocittadinanza*, coniato da Robyn Eckersley⁽¹⁰⁸⁾, indica una sfera *pubblica* non riducibile soltanto al territorio nazionale, ancorché solo a partire da quest’ultimo si potrebbe credibilmente essere in grado di favorirla e “facilitarla” grazie a un’iniezione di energia e immaginazione politica portata avanti oggi (seppur in forma “embrionale”) grazie alla spinta propulsiva dei giovani movimenti “green”.

Mentre con quello di *demodiversità* si tenta di superare un approccio meramente “partecipativo” al fine di far interagire procedure, competenze e materie entro un quadro integrato e “olistico” di conoscenze, specificità territoriali, connessioni ecosistemiche ecc. al fine di *costruire* una *dimensione istituzionale* adeguata che possa favorire tali processi attraverso un “recupero” della “sovranità” per garantire non già un ritorno al passato (da un diritto costituzionale “fossile” a uno “biochimico”) quanto una giuridicità non ancorata alla “tirannia dell’economico”, in funzione del soddisfacimento di bisogni vitali da un lato e dell’“equilibrio ecologico” dall’altro (secondo un’unità dialettica “aperta”) e che possa essere adeguatamente reso efficace attraverso una presenza forte del diritto e della politica, cui la crisi ecologica consegna la preziosa occasione di un nuovo protagonismo.

Se da un lato è possibile un recupero di una progettualità “sovrana”, dall’altro la stessa necessiterebbe di essere ripensata alla luce del fatto che è l’intera biosfera a dover essere centro dei processi politici, il che vuol dire sostenere non tanto un diverso modo di intendere la sovranità ma di governare la “complessità”.

inefficiente per confrontarsi con i grandi problemi che ci stanno avanti». Cfr. G. MANFREDI, S. NESPOR, *Ambiente e democrazia: un dibattito*, loc. cit.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. R. ECKERSLEY, *Geopolitan Democracy in the Anthropocene*, in *Political Studies*, LXV (2017).

MARIO PAGANO^(*)

OVERCOMING PLAUMANN IN EU ENVIRONMENTAL LITIGATION AN ANALYSIS OF ENGOS LEGAL ARGUMENTS IN ACTIONS FOR ANNULMENT

Abstract: This article focuses on the judicial means used by environmental non-governmental organisations (ENGOS) to overcome the *Plaumann test*, the particularly narrow scrutiny used by the Court of Justice of the EU (CJEU) to grant direct access in actions for annulment to private applicants. In spite of the major changes that have occurred in the EU legal order in the last decades (e.g. the adhesion of the EU to the Aarhus Convention, the adoption of the EU Charter of Fundamental Rights and the entry into force of the Lisbon Treaty), the Court has never amended its test. Therefore, the ultimate goal of this contribution is to highlight the arguments that ENGOS have generally used to mobilise to CJEU with regard to *Plaumann* and to reflect on how these arguments have evolved on the basis of an equally evolving EU legal system.

SUMMARY: 1. Introduction. – **I.** The ‘pre-Aarhus period’: Greenpeace: 2. Article 173 TEC and the Plaumann test. – 3. Factual background. – 4. The applicants’ arguments and the answers of the CJEU. – 4.1. Treating the environment differently. – 4.1.1. Treating ENGOS differently. – 4.2. Effective judicial protection. – 4.3. EU law consistency. – 4.3.1. Consistency with EU secondary law. – 4.3.2. Consistency with the case law of the CJEU. – 5. Preliminary remarks on the ‘pre-Aarhus period’. – **II.** The ‘post-Aarhus (I)’ period: Stichting Natuur: 6. The Aarhus Regulation. – 7. Factual background. – 8. The arguments of the applicants. – 8.1. An act of ‘individual scope’. – 8.2. Compliance with international environmental law. – 9. Preliminary remarks on the ‘post-Aarhus (I)’ period. – **III.** The ‘post-Aarhus (II)’ period: 10. The ACCC findings. – 11. Post-Aarhus (II) – post findings: Mellifera. – 12. Preliminary remarks on the ‘post-Aarhus (II) – post findings’ period. – 13. Post-Aarhus (II) – the CCL trend. – 14. The Carvalho case. – 14.1. The arguments of the applicants. – 14.1.1. Effective judicial protection. – 14.1.2. Breaching individuals’ FRs. – 15. Preliminary remarks on the ‘post-Aarhus (II) – the CCL trend’ period. – **IV.** Concluding remarks: 16 – Conclusions.

1. — *Introduction.*

This article will consider four case studies representing four distinct ‘key

^(*) European University Institute, Law Department.

periods'⁽¹⁾ in the legal history of the Court's environmental jurisprudence on *Plaumann*. These periods can be explained as follows.

1. *The 'pre-Aarhus' period*: the first period considered runs from 1996 to 2012. The case study that I chose to shed light on this timeframe is *Greenpeace*, the very first environmental direct action brought by a civil society organisation before the EU judiciary. I chose this case because all the main arguments used by *Greenpeace's* lawyers have basically been replicated to a large extent in the subsequent case law occurring during the same period. In this sense, *Greenpeace* can be considered as a 'case model' for what I called the 'pre-Aarhus period'.

2. *The 'post-Aarhus (I)' period*: the second period considered runs from 2012 to 2018 and sees the entry into force of the Aarhus Regulation (AR) as a first major change impacting environmental litigation before EU Courts. The case study that I chose to represent this period is *Stichting Natuur*, one of the first cases brought before the EU judiciary under art. 12 AR. Once again, I chose this case because all the main arguments used by the applicants' lawyers have been reflected in following rulings on access to justice under the AR.

3. *The 'post-Aarhus II' period*: the last two periods considered both run from 2018 to present. In fact, the study of this timeframe actually explores two different (and contemporary) legal 'pathways' that are currently being used by ENGOs in an attempt to get access to justice before EU Courts.

I. *Post-Aarhus II – post findings*: the first pathway refers, once again, to art. 12 AR. This section will draw attention to how the arguments used by ENGOs changed after the publication – in 2017 – of the ACCC findings on EU compliance with the Aarhus Convention. For this reason, I have chosen *Mellifera* as a case study for this period.

⁽¹⁾ I am perfectly aware of the fact that the periods to be considered could be more than three. This since, as aforementioned, the legal changes occurred in the timeframe under analysis go well beyond the entry into force of the Aarhus Convention and the adoption of the Aarhus Regulation. However, the cases here examined were 'mainly' affected by the legal changes that will be mentioned throughout the article.

II. *Post-Aarhus II – the CCL trend*: the second pathway refers to the EU Treaty provisions under which natural and legal persons may seek access to justice in actions for annulment before the EU judiciary. This section will particularly emphasise how the ongoing global climate change litigation (CCL) trend is affecting the arguments used by civil society organisations to overcome the *Plaumann* test. The case study that I chose for this period is *Carvalho*.

Having offered an overview of the different timeframes under consideration, it is now necessary to provide the reader with a clearer structure of the overall article. In particular, my contribution will seek to: *i*) describe each case study, the relevant legal framework, its factual background and the legal arguments put forward by both, applicants and judges of the EU Courts. The purpose is to try to create a sort of ‘taxonomy’ of ENGOs’ and judges’ arguments; *ii*) provide preliminary remarks on the findings for each case study. In these preliminary remarks, I will also try to highlight what these ENGOs have actually achieved in terms of access to environmental justice by litigating before EU Courts; *iii*) set out some concluding remarks on the overall analysis.

I. – THE ‘PRE-AARHUS PERIOD’: GREENPEACE

Before the entry into force of the Aarhus Convention, ENGOs tried on a number of occasions⁽²⁾ to challenge EU measures before the CJEU under the relevant Treaty provisions. But they never succeeded. The *Greenpeace* case⁽³⁾ is thus crucial in the current analysis for a number of reasons. It is the very first direct challenge against an EU measure brought by an

⁽²⁾ See T-142/03, *Fost Plus v. Commission* (2005) ECLI:EU:T:2005:51; joined cases T-236/04 and T-241/04, *EEB and Stichting Natuur en Milieu v. Commission* (2005) ECLI:EU:T:2005:426; T-91/07, *WWF-UK v. Council* (2008) ECLI:EU:T:2008:170.

⁽³⁾ Case T-585/93, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) and others v. Commission* (1995) ECLI:EU:T:1995:147; C-321/95 P, *Greenpeace and Others v. Commission* (1998) ECLI:EU:C:1998:153. Hereinafter ‘*Greenpeace* (CFI)’ and ‘*Greenpeace* (CJEU)’.

ENGO before the EU judiciary. Because of this and because of the legal arguments raised before the Court, this case has been used as a point of reference by other environmental litigants in subsequent actions for annulment. Furthermore, the *Greenpeace* case has contributed to stimulating a rich academic debate over environmental judicial protection in the EU⁽⁴⁾. In the light of this, an in-depth analysis of this case study is included in the following sections.

2. — *Article 173 TEC and the Plaumann test.*

When the proceedings in *Greenpeace* were brought before the Court of First Instance (CFI⁽⁵⁾) in 1993, art. 173(4) TEC was the provision establishing the conditions under which any natural or legal person could seek the annulment of an EU act before the EU judiciary. Notably, under paragraph 4: *Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against a decision addressed to that person or against a decision which, although in the form of a regulation or a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to the former.*

The CJEU interpreted the criterion of ‘individual concern’ for the first time in 1963 in the *Plaumann* case⁽⁶⁾. In this ruling, the Court held that: «persons other than those to whom a decision is addressed may only claim to be individually concerned if that decision affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in

⁽⁴⁾ See, *inter alia*, C. HILSON, *Community Rights and Wrongs: Greenpeace before the Court of Justice*, in *Emtl. L. Rev.* (1999) 1, p. 52; Olivier DE SCHUTTER, *Public Interest Litigation before the European Court of Justice*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, (2006) 13, p. 9; T. CROSSEN, V. NIESSEN, *NGO Standing in the European Court of Justice – Does the Aarhus Regulation Open the Door?*, in *RECIEL* (2007) 16, pp. 332-340. doi:10.1111/j.1467-9388.2007.00569.x; L. KRÄMER, *Access to Environmental Justice: the Double Standards of the ECJ*, in *Journal for European Environmental & Planning Law* (2017) 14(2), pp. 159-185. doi: <https://doi-org.ezproxy.eui.eu/10.1163/18760104-01402003>.

⁽⁵⁾ Current ‘General Court’ (GC).

⁽⁶⁾ Case 25-62, *Plaumann & Co. v. Commission* (1963) ECLI:EU:C:1963:17.

which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually just as in the case of the person addressed»⁽⁷⁾.

The criteria for standing established in this decision have since then been referred to as the ‘*Plaumann* test’, which has traditionally been extremely difficult to satisfy in environmental litigation. This because environmental measures are usually acts of general application and rarely capable of addressing specific subjects or affecting them by reason of certain attributes that are peculiar to them⁽⁸⁾. Such a narrow interpretation of the individual concern requirement is thus particularly problematic when environmental protection is at stake. In this regard, it is no surprise that – at present – no action for annulment brought by ENGOs has ever been deemed admissible by the EU judiciary.

3. — *Factual background.*

In 1991, the European Commission (the Commission) adopted Decision C(91) 440 (decision 1) granting Spain financial assistance from the European Regional Development Fund (ERDF) for the construction of two power stations in the Canary Islands, works which had to be carried out by the Spanish company ‘Unelco’.

A relevant aspect to stress is that art. 5 of decision 1 allowed the Commission to reduce or suspend the aid granted to the operation in issue «if an examination were to reveal an irregularity and in particular a significant change affecting the way in which it was carried out for which the Commission’s approval had not been requested»⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, § 9.

⁽⁸⁾ E.g. EU measures setting national quotas for fishing or maximum residue levels for products.

⁽⁹⁾ *Greenpeace* (CFI), see n. 4, § 2.

Nevertheless, with decision 1, the Commission ‘promised’ Spain that it would finance the project, but – as it will now be outlined – the period of time between this promise and the actual ‘payment’ of that aid, was characterised by a remarkable ‘activism’ on the part of individuals and groups concerned about the Commission’s decision.

Indeed, a few months after the adoption of the aforementioned decision, two Spanish individuals informed the Commission by letter that they considered that the works carried out on one of the islands (namely Gran Canaria) were unlawful, as Unelco had failed to undertake an environmental impact assessment (EIA) as required by the EIA Directive⁽¹⁰⁾.

Almost a year later, in November 1992, again by letter, another individual sought the Commission’s assistance on the ground that the Canary Islands Commission for Planning and the Environment (Cumac) had not issued its declarations of EIA with regard to Unelco’s work on Gran Canaria and Tenerife in accordance with Spanish law. However, such declarations were issued by Cumac a few days later⁽¹¹⁾.

In spite of the issuing of these declarations, in spring 1993, two local environmental associations (namely *Tagoror Ecologista Alternativo* – TEA and *Comisión Canaria contra la Contaminación* – CIC) lodged two different administrative actions for judicial review before the Spanish competent authorities against Cumac’s declarations of EIA relating to the contested projects. The same was also done by ‘Greenpeace Spain’ (GP), an ENGO particularly active at national level⁽¹²⁾.

Besides the judicial proceedings brought in Spain, GP sent a letter to Directorate-General of the Commission for Regional Policies (current DG REGIO) asking it to confirm «whether Community structural funds had been paid to the Regional Government of the Canary Islands for the con-

⁽¹⁰⁾ Current Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, OJ L 26, 28 January 2012, pp. 1-21.

⁽¹¹⁾ *Greenpeace* (CFI), see n. 4, § 4.

⁽¹²⁾ *Ibid.*, §§ 6-7.

struction of two power stations and to inform it of the timetable for the release of those funds»⁽¹³⁾.

DG REGIO answered by recommending GP to read the decision containing «details of the specific conditions to be respected by Unelco in order to obtain Community support and the financing plan»⁽¹⁴⁾. The ENGO thus asked the Commission for full disclosure of all information relating to measures it had taken with regard to the construction of the two contested power stations in accordance with art. 7 of Council Regulation n. 2052/88⁽¹⁵⁾ on the tasks of the Structural Funds and their effectiveness and on coordination of their activities between themselves and with the operations of the EIB⁽¹⁶⁾ and the other existing financial instruments⁽¹⁷⁾.

Under this provision, measures financed by the Funds or receiving assistance from the EIB or from another existing financial instrument shall be in keeping with the provisions of the Treaties, with the instruments adopted pursuant thereto and with EU policies, including those concerning ... environmental protection⁽¹⁸⁾.

Nevertheless, the EU executive denied access to information, since the request was deemed to concern the internal decision making procedure of the Commission. After a meeting in Brussels between representatives of DG REGIO and GP, the latter – along with various individuals – decided to bring an action before the CFI seeking annulment of the decision alleged to have been taken by the Commission to disburse regional development funds to Spain (decision 2)⁽¹⁹⁾. In 1995 the CFI released its ruling, dismissing the action brought by the applicants for lack of standing. Such a decision was then upheld by the CJEU three years later, in 1998.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, § 8.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, § 9.

⁽¹⁵⁾ No longer into force.

⁽¹⁶⁾ European Investment Bank.

⁽¹⁷⁾ *Greenpeace* (CFI), see n. 4, § 10.

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*

⁽¹⁹⁾ *Ibid.*, § 13.

4. — *The applicants' arguments and the answers of the CJEU.*

In *Greenpeace*, the applicants put forward a number of legal arguments mainly aiming to support three different propositions: i) *The environment and ENGOs should receive special treatment*: environmental protection is a peculiar kind of public interest which requires a different treatment. This is enshrined in EU primary law and in the case law of the CJEU. As a consequence, even ENGOs should receive a special treatment when accessing EU courts; ii) *Effective judicial protection*: by denying standing to ENGOs before EU courts, there arises a judicial protection vacuum in the EU legal order; iii) *EU law consistency*: granting standing to civil society environmental organisations would be a consistent step to take having regard to EU law as well as with the case law of the CJEU in legal areas other than environmental protection.

4.1. — *Treating the environment differently.*

According to the applicants in *Greenpeace*, the Court's traditional interpretation of art. 173(4) TEC had to be amended in order to also take into account the peculiar characteristics of the environment.

In particular, in the appeal process of this case, the applicants explained the main reason why – in their view – the environment should receive special judicial treatment. They maintained that in the area of environmental protection, the interests are, «by their very nature, common and shared, and the rights relating to those interests are liable to be held by a potentially large number of individuals»⁽²⁰⁾.

Even Advocate General (AG) Cosmas seemed to agree with the applicants on this point, as in his opinion he stated: *For environmental protection is indeed a matter of general interest. Conservation of the environment is a legal interest theoretically shared by all natural persons; it thus has a communal dimension. Further-*

⁽²⁰⁾ *Greenpeace* (CJEU), see n. 4 § 18.

more, the more significant is the intervention in or impingement on the environment, the greater is the number of persons affected thereby⁽²¹⁾.

In the same opinion, AG Cosmas provided an interesting overview of the position occupied by environmental protection in the EU Treaties and the Court's case law⁽²²⁾. By so doing, he seemed to imply that environmental protection already had – even at that time – a special place within the EU legal order. Indeed, he recalled that in 1985 the EU judiciary in *ADBHU*⁽²³⁾ affirmed that «environmental protection is one of the fundamental objectives of the [EU]», a status confirmed one year later, when the European Single Act introduced a specific chapter on the environment in EU primary law.

«The general outlines of that policy – argued the AG – are elaborated in Title XVI of the Treaty (of the European Communities, *ndr*)»⁽²⁴⁾. That policy is to contribute, under art. 130r of the Treaty (current art. 191 TFEU), *inter alia*, to «preserving, protecting and improving the quality of the environment, protecting human health», and «prudent and rational utilization of natural resources»⁽²⁵⁾. The AG further pointed out that EU primary law also establishes that «environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of other [EU] policies». A principle testifying the 'peculiar place' of environmental policy in the EU Treaties⁽²⁶⁾.

In spite of AG Cosmas' overview, the CJEU was silent on the argument related to the 'distinctiveness' of the environment as an objective or as a policy domain. Indeed, the EU judges did not provide any answer on whether they agreed or not with the applicants and the AG. Conversely, the Court highlighted that the environmental rights invoked by the applicants under the EIA directive were judicially 'fully protected'. On this point, the Court stressed that it was the Commission's decision to build the two power

⁽²¹⁾ Opinion AG Cosmas, Greenpeace (CJEU), see n. 4, § 102.

⁽²²⁾ *Ibid.*, § 51.

⁽²³⁾ Case 240/83, *Procureur de la République v. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)* (1985) ECLI:EU:C:1985:59.

⁽²⁴⁾ Opinion AG Cosmas, Greenpeace (CJEU), see n. 4, § 51.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*

⁽²⁶⁾ Today the principle of integration is enshrined under art. 11 TFEU.

stations in question which was able to affect the environmental rights arising under the EIA directive that the appellants were seeking to invoke⁽²⁷⁾. Nevertheless, the Court concluded by holding that those rights were «fully protected by the national courts which may, if need be, refer a question to this Court for a preliminary ruling under [art. 267] of the Treaty»⁽²⁸⁾.

The Court thus seemed to disagree with the applicants on *how* this ‘special treatment’ for the environment should be recognised. According to the CJEU, by establishing an efficient system of judicial protection for the environment at national level. According to the ENGOs, this efficient system should also include a broader access to the EU jurisdictions.

Interestingly, some years later after *Greenpeace*, the applicants’ argument relating to the ‘communal dimension’ of the environment was implicitly referred to (and enriched by) two AGs – namely Sharpston and Kokott – in two different cases dealing with access to justice in environmental matters at national level⁽²⁹⁾.

The first reference, by AG Sharpston, was made during the hearing of the *Trianel* case⁽³⁰⁾, where she ascertained that the ‘fish cannot go to Court’ and added: «the environment cannot protect itself if it is threatened or harmed. It is a public good and should be supported by public voice». By saying so, AG Sharpston pointed out a second reason why the environment should be treated differently: because it has no voice. Therefore, it requires someone acting on its behalf.

The second reference was made by AG Kokott in her opinion for the *Edwards* case⁽³¹⁾, dealing with costs in environmental judicial proceedings in

⁽²⁷⁾ *Greenpeace* (CFI), see n. 4, § 30.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, § 33.

⁽²⁹⁾ Both of these cases have not been taken into consideration for the current analysis. The arguments put forward in the opinions of AGs Kokott and Sharpston have been reported only to show how the question related to the ‘specialty of the environment’ has been raised also in cases dealing with access to justice at national level.

⁽³⁰⁾ C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen* (2011) ECLI:EU:C:2011:289.

⁽³¹⁾ Opinion AG Kokott, C-260/11, *Edwards and Pallikaropoulos* (2013) ECLI:EU:C:2012:645.

the UK. Here the Court's advisor argued that: «Recognition of the public interest in environmental protection is especially important since there may be many cases where the legally protected interests of particular individuals are not affected or are affected only peripherally. However, the environment cannot defend itself before a court, but needs to be represented, for example by active citizens or non-governmental organisations»⁽³²⁾.

In this section of her opinion, AG Kokott actually put forward a third reason why the environment should be granted a special treatment by courts: because there may be cases where the environmental is severely impacted while the legally protected interests of individuals are not affected at all or are affected only incidentally. Furthermore, the AG argued for an 'external intervention' in defence of the environment, which needs to be represented by civil society or ENGOs.

4.1.1. - *Treating ENGOs differently.*

Because of the need of this 'external intervention', according to the plaintiffs in *Greenpeace*, distinctive judicial treatment of the environment should naturally also imply a special treatment accorded to ENGOs. Indeed, «environmental associations should be recognised as having *locus standi* where their objectives concern chiefly environmental protection and one or more of their members are individually concerned by the contested [EU] decision, but also where, independently, their primary objective is environmental protection and they can demonstrate a specific interest in the question at issue»⁽³³⁾.

In this regard, the EU judges rejected any idea of making an exception for ENGOs under art. 173(4) TEC and pointed out that the same criterion used for natural persons applies to associations which claim to have *locus standi* on the basis of the fact that the persons whom they represent are individually concerned by the contested decision⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ *Ibid.*, § 42.

⁽³³⁾ *Greenpeace* (CJEU), see n. 4, § 25.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, § 29.

4.2. – *Effective judicial protection.*

The second main proposition put forward by GP to justify why the Plaumann test should be overcome, concerned the fundamental right to effective judicial protection, today enshrined under art. 47 of the European Charter of Fundamental Rights (ECFR).

The applicants claimed that, if the individuals affected by the challenged EU measure were not granted *locus standi*, this would create a legal vacuum in the EU judicial protection system⁽³⁵⁾. Plus, this vacuum could not be filled even by the possibility of bringing proceedings before the national courts. In fact, the plaintiffs clarified that they had already brought such proceedings in Spain, but these concerned the national authorities' failure to comply with their obligations under the EIA directive and not the legality of the contested EU measure. In other words, the illegality alleged at the EU level centered on the lawfulness under EU law of the Commission's disbursement of structural funds on the ground that that disbursement was in violation of an obligation for protecting the environment⁽³⁶⁾.

Nonetheless, as mentioned before, the CJEU responded by simply stating that the rights which the plaintiffs claimed to be impaired by the contested EU decision were in fact «fully protected by the national courts which may, if need be, refer a question to this Court for a preliminary ruling».

This line of reasoning was confirmed by the Court a few years later in another relevant ruling, namely *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)*⁽³⁷⁾. In this case, the EU judiciary held that current art. 263 TFEU⁽³⁸⁾ should be read in a more systemic way, in accordance with arts. 267 and 277 TFEU. This since, under these provisions, the Treaty has established a «complete system of legal remedies and procedures designed to ensure review of the legality of acts of the institutions, and has entrusted such review to the [EU] Courts. Under that system, where

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, § 18.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*

⁽³⁷⁾ C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores v. Council* (2002) ECLI:EU:C:2002:462.

⁽³⁸⁾ Art. 173 TEC at that time.

natural or legal persons cannot, by reason of the conditions for admissibility laid down in the fourth paragraph of article 173 TEC, directly challenge [EU] measures of general application, they are able, depending on the case, either indirectly to plead the invalidity of such acts before the [EU] Courts under article 177 TEC or to do so before the national courts and ask them, since they have no jurisdiction themselves to declare those measures invalid, to make a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling on validity. / Thus it is for the Member States to establish a system of legal remedies and procedures which ensure respect for the right to effective judicial protection»⁽³⁹⁾.

Therefore, in the Court's view, the EU judicial system should not be seen as limited to the GC and the CJEU, but as also including all the Member States' (MSs) courts. Indeed, national courts contribute to 'complete' the EU judicial protection system, having the duty to apply and enforce EU law provisions and – at least in the case of courts from which there is no right of appeal – the duty to refer questions of interpretation or validity to the CJEU.

However, in other cases⁽⁴⁰⁾ the applicants shared the view that, in some circumstances, the preliminary reference procedure may not be sufficient. Indeed, they claimed that access to justice before the EU judiciary must be granted wherever no legal remedies under national law are available. In addressing this argument, the GC affirmed the sharp separation between the judicial proceedings at national and EU level, and stated that «the admissibility of an action for annulment before the [EU] courts does not depend on whether there is a remedy before a national court enabling the validity of the act being challenged to be examined»⁽⁴¹⁾. As an inevitable consequence, the argument was rejected and EU Courts never recognised a breach of the fundamental right to effective judicial protection with regard to the Plaumann test.

⁽³⁹⁾ *UPA*, see n. 37, §§ 40-41.

⁽⁴⁰⁾ Joined cases T-236/04 and T-241/04, *EEB and Stichting Natuur en Milieu v. Commission* (2005) ECLI:EU:T:2005:426; T-541/10, *ADEDY and Others v. Council* (2012) ECLI:EU:T:2012:626.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, *EEB*, § 67.

4.3. – *EU law consistency.*

The third main assumption supported by ENGOs in actions for annulment in the pre-Aarhus period concerns the necessity of guaranteeing the *consistency* of the EU legal order. By the term *consistency*, I refer to the necessity of making sure that the interpretation provided by the Court in a given case is coherent with the overall jurisprudence of the Court as well as with EU primary and secondary law.

Indeed, according to the applicants who put forward the argument, a more comprehensive reading of EU primary and secondary law, as well as of the jurisprudence of the CJEU, would naturally lead the latter to actually grant standing to ENGOs in direct actions. This for the reasons that will be outlined in the following sections.

However, as far as consistency with EU primary law and the CJEU's jurisprudence in environmental matters is concerned, I would like to refer back to the description of AG Cosmas' arguments, presented in section 4.1 of this article. Therefore, the sections below will explore the arguments used in *Greenpeace* to promote a better consistency with EU secondary law and the case law of the CJEU in areas *other* than environmental protection.

4.3.1. - *Consistency with EU secondary law.*

Consistency in the granting of *locus standi* in direct actions, on the one hand, and EU secondary law, on the other, has usually been translated by environmental litigants in terms of consistency between the procedural rights recognized by EU primary law in the *litigation phase* and the procedural rights provided by EU secondary law in the *pre-litigation phase*.

To give a clear example, in *Greenpeace* the applicants claimed that «*special circumstances such as the role played by an association in a procedure which led to the adoption of an act within the meaning of article 173 of the Treaty may justify holding admissible an action brought by an association whose members are not directly and individually concerned by the contested measure*»⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ *Greenpeace* (CFI), see n. 4, § 59.

In this regard, given that some of the applicants submitted complaints to the Commission in the pre-litigation phase, it was argued that the Court should grant them standing on this basis alone. The plaintiffs added that the exchange of correspondence and the meeting in Brussels between members of GP and the Commission was enough to provide them with *locus standi*.

In addressing these arguments, the EU judiciary sharply distinguished between the *spontaneous participation* of private parties in the EU decision-making and *mandatory consultation duties* provided under EU law. The CFI made clear that «no specific procedures are provided for whereby individuals may be associated with the adoption, implementation and monitoring of decisions taken in the field of financial assistance granted by the ERDF»⁽⁴³⁾. «The Commission – continued the Court – was under no duty either to consult or to hear the applicants in the context of the implementation of the contested decision. Greenpeace’s approaches to the Commission cannot, therefore, give it *locus standi*»⁽⁴⁴⁾.

4.3.2. - Consistency with the case law of the CJEU.

This section explores the arguments of the applicants in *Greenpeace* which aim to strengthen the consistency of the case law of the CJEU on standing in environmental matters on the one hand, and in different areas of EU law on the other hand.

In particular, the plaintiffs held that the requirement that in order to establish *locus standi*, applicants must show that they are affected in the same way as the addressee of a decision was «not borne out by the case-law of the Court of Justice»⁽⁴⁵⁾. In this regard, the plaintiffs cited the CJEU case law in the field of State aids, «recognizing that competitors of beneficiaries of aid have standing to bring an action under art. 173 of the Treaty although their interests are not affected in the same way as the addressee of a decision,

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, § 56.

⁽⁴⁴⁾ *Ibid.*, § 63.

⁽⁴⁵⁾ *Greenpeace* (CFI), see n. 4, § 31.

which is the Member State concerned»⁽⁴⁶⁾. The applicants pursued mobilising the GC to adopt a more liberal approach toward standing. In particular, they argued that «their *locus standi* can depend not on a purely economic interests but on their interests in the protection of the environment»⁽⁴⁷⁾.

In other words, the real question raised in *Greenpeace* was: why *yes* for corporations in State Aid cases and *no* for NGOs in environmental cases?

On this point, the EU judges did not provide a comprehensive answer⁽⁴⁸⁾. They limited themselves to defending the CJEU's *Plaumann* formula and maintained that this test 'remains applicable whatever the nature, economic or otherwise, of those of the applicants' interests which are affected' and that the conditions laid down in art. 173(4) TEC may not be disregarded.

5. — *Preliminary remarks on the 'pre-Aarhus period'.*

This close analysis of the plaintiffs' reasoning in *Greenpeace* allows me to lay down some preliminary remarks on how ENGOs looked at direct access to justice in the field of environmental protection before the entry into force of the AR.

First, we can notice that the question of access to environmental justice was a question purely internal to the EU legal order. Indeed, in the absence of an international agreement governing the matter, the plaintiffs solely referred to provisions and principles laid down in EU law. These arguments mainly aimed at supporting three particular propositions. The first one being that the protection of the environment represents a particular kind of public interest, deserving a special treatment in courts. The second one being that denying standing to ENGOs before EU Courts creates a legal vacuum in the EU judicial protection system. The third one being that standing of ENGOs must be

⁽⁴⁶⁾ Case C-198/91, *William Cook plc v. Commission* (1993) ECLI:EU:C:1993:197.

⁽⁴⁷⁾ *Greenpeace* (CFI), see n. 4, § 32.

⁽⁴⁸⁾ For an interesting explanation of the traditional standard on standing of the CJEU, see T. HARTELY, *The Foundations of EC law*, Oxford (2010), p. 374.

ensured in order to guarantee consistency between EU primary and secondary law as well as in the case law of the CJEU in all the policy domains.

Second, ENGOs had a very *procedural* approach to *locus standi*. On this point, in all the environmental actions for annulment brought before the Court in the pre-Aarhus period, the applicants put particular emphasis on procedural participatory rights.

In *Greenpeace*, the plaintiffs claimed standing on the basis of their spontaneous participation in the decision-making process. Similarly, in *WWF* – a case dealing with the Common Fisheries Policy – the plaintiff held that its membership to the North Sea Regional Advisory Council was sufficient to prove that the organisation was actually individually concerned by the contested EU measure⁽⁴⁹⁾.

Third, by simply looking at the names of the plaintiffs⁽⁵⁰⁾, we can notice that the main and most famous European (and international) ENGOs were all actively involved in litigating before the CJEU in order to try to get access to justice. The first cases brought under art. 173(4) TEC were initiated by leading organisations like Greenpeace, WWF and the EEB, while – as it will be shown – the most recent environmental actions for annulment see very different actors acting as applicants.

II. – THE ‘POST-AAHRUS (I)’ PERIOD: STICHTING NATUUR

In 2005, the EU ratified the 1998 UNECE Aarhus Convention, which had already entered into force on 30 October 2001⁽⁵¹⁾. This Convention aims at fostering environmental democracy in Europe by enshrining three procedural rights with a strong link to environmental protection. The first Aarhus ‘pillar’ is represented by the right to receive environmental informa-

⁽⁴⁹⁾ *WWF-UK v. Council*, see n. 3, § 44.

⁽⁵⁰⁾ See case law outlined in nn. 3-4.

⁽⁵¹⁾ Council Decision of 17 February 2005 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters OJ L 124, 17 May 2005, pp. 1-3.

tion that is held by public authorities. The second pillar consists of the right to participate in environmental decision-making. The third pillar involves the right to review procedures to challenge public decisions that have been made without respecting the two aforementioned rights or environmental law in general (namely, the right to ‘access to justice’).

6. — *The Aarhus Regulation.*

In 2006, one year after its ratification of the Convention, the EU adopted the so-called ‘Aarhus Regulation’ – namely Regulation n. 1367/2006⁽⁵²⁾ – which binds the EU institutions, bodies and agencies to respect the obligations stemming from the Aarhus Convention. Indeed, the AR – *inter alia* – aims to grant access to justice in environmental matters at EU level under the conditions laid down by the Regulation. In this regard, art. 10 provides a procedure for internal review of administrative acts which is available to any ENGO meeting the criteria set out in art. 11.

Any non-governmental organisation which meets the criteria set out in art. 11 is entitled to make a request for internal review to the Community institution or body that has adopted an administrative act under environmental law or, in case of an alleged administrative omission, should have adopted such an act.

This request for internal review of EU administrative acts must be made in writing and within a time limit not exceeding six weeks after the administrative act was adopted, notified or published. Plus, in case the EU institution addressed rejects the request or stays silent, the ENGO may institute proceedings before the EU Courts «in accordance with the relevant provisions of the Treaty»⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ Regulation (EC) n. 1367/2006 of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies OJ L 264, 25 September 2006, pp. 13-19.

⁽⁵³⁾ *Ibid.*, art. 12.

It is worth noticing that, since the entry into force of the AR, ENGOs have usually brought actions for annulment via the internal review procedure established under the AR.

At present⁽⁵⁴⁾, civil society organisations have submitted forty-one requests to the Commission under art. 10 AR and only 10 of these have been found admissible. 18 out of the remaining 31 requests ended up in court proceedings. In six of these proceedings the applicants withdrew their applications before adjudication. At the moment, two cases are pending, while the other ten cases were concluded with a final ruling/order issued by the EU judiciary⁽⁵⁵⁾.

7. — *Factual background.*

The *Stichting Natuur* case⁽⁵⁶⁾ was brought by two ENGOs founded under

⁽⁵⁴⁾ 20 October 2019.

⁽⁵⁵⁾ Repository of requests for internal review lodged with the European Commission pursuant to art. 10 of Regulation (EC) No 1367/2006 ('Aarhus Regulation'). Available at: ec.europa.eu (20 October 2019). It should be noted, however, that other EU bodies can – and do – also receive requests. Lists of requests which ended up in court proceedings: T-338/08, *Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe v. Commission* (2012) ECLI:EU:T:2012:300; T-574/12, *PAN Europe and Stichting Natuur en Milieu v. Commission* (2015) ECLI:EU:T:2015:541; T-396/09, *Vereniging Milieudefensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht v. Commission* (2012) ECLI:EU:T:2012:301; T-232/11, *Stichting Greenpeace Nederland and PAN Europe v. Commission* (2015) ECLI:EU:T:2015:342; T-192/12, *PAN Europe v. Commission* (2014) ECLI:EU:T:2014:152; T-458/12, *Générations futures v. Commission* (2015) ECLI:EU:T:2015:155; T-168/13, *EPAW v. Commission* (2014) ECLI:EU:T:2014:47; T-177/13, *TestBioTech and Others v. Commission* (2016) ECLI:EU:T:2016:736; T-8/13, *ClientEarth and Others v. Commission* (2015) ECLI:EU:T:2015:348; T-19/13, *Frank Bold v. Commission* (2015) ECLI:EU:T:2015:520; T-462/14, *EEB v. Commission* (2015) ECLI:EU:T:2015:327; T-565/14, *EEB v. Commission* (2015) ECLI:EU:T:2015:559; T-685/14, *EEB v. Commission* (2015) ECLI:EU:T:2015:560; T-33/16, *TestBioTech v. Commission* (2018) ECLI:EU:T:2018:135; T-108/17, *ClientEarth v. Commission* (2019) ECLI:EU:T:2019:215; T-12/17, *Mellifera v. Commission* (2018) ECLI:EU:T:2018:616; T-436/17, *ClientEarth and Others v. Commission* (pending); T-393/18, *Mellifera v. Commission* (pending).

⁽⁵⁶⁾ T-338/08, *Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe v. Commission*

Dutch law, namely *Stichting Natuur en Milieu*, set up in 1978 and established in Utrecht, whose object is protection of the environment, and *Pesticide Action Network Europe*, set up in 2003 and established in London, whose purpose is to campaign against the use of chemical pesticides.

In 2008, these ENGOs submitted two requests under art. 10 AR to the Commission for an internal review of Regulation n. 149/2008⁽⁵⁷⁾ amending Regulation n. 396/2005 of the European Parliament and of the Council on maximum residue levels (MRLs) of pesticides in or on food and feed of plant and animal origin.

Art. 2(1)(g) AR defines ‘administrative act’ as meaning «any measure of individual scope under environmental law, taken by a Community institution or body, and having legally binding and external effects». On the basis of this, the Commission rejected the applicants’ requests presented under art. 10 by holding that «a request for internal review shall comply with certain conditions, including the nature of the administrative act, which has to fall under the definition given in article 2(1)(g) of the same Regulation»⁽⁵⁸⁾. The Commission did not consider that the contested measures constituted administrative acts within the meaning of the AR. In the light of this rejection, in 2008 the two ENGOs instituted proceedings before the GC and sought the annulment of both the Commission’s decision rejecting the requests as well as of the initial Regulation which had formed the subject matter of the ENGOs’ internal review demand.

At the end of the judicial proceedings, the applicants’ arguments prevailed before the GC, which found the *Fediol* and *Nakajima* case law to be applicable. The Court thus annulled the two contested measures, namely the

(2012) ECLI:EU:T:2012:300; joined cases C-404/12 P and C-405/12 P, *Council and Commission v. Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe* (2015) ECLI:EU:C:2015:5. Hereinafter ‘*Stichting Natuur* (GC)’ and ‘*Stichting Natuur* (CJEU)’.

⁽⁵⁷⁾ Commission Regulation (EC) No 149/2008 of 29 January 2008 amending Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and of the Council by establishing Annexes II, III and IV setting maximum residue levels for products covered by Annex I thereto (Text with EEA relevance) OJ L 58, 1 March 2008, pp. 1-398.

⁽⁵⁸⁾ *Stichting Natuur* (GC), see n. 56, § 4.

initial Regulation (object of the internal review request) and the Commission's decision rejecting the requests of the ENGOs. The GC's judgment was then appealed by the Council and the Commission and the case was finally decided by the CJEU in 2015.

8. — *The arguments of the applicants.*

By contrast with *Greenpeace*, in the drafting of this section I have had the advantage of gaining access to the original application file⁽⁵⁹⁾ submitted by the applicants in the appeal process of *Stichting Natuur* before the CJEU⁽⁶⁰⁾.

In seeking the annulment of the two EU measures, the applicants in *Stichting Natuur* put forward a number of legal arguments, aimed mainly at supporting two different propositions, each an alternative to the other: i) *An act of 'individual scope'*: the act for which the internal review under art. 10 AR was requested (the initial Regulation, ndr) is an administrative act, having individual scope; ii) *Compliance with international environmental law*: art. 2(1)(g) AR is not in compliance with art. 9(3) of the Aarhus Convention. Plus, the latter can be invoked in order to assess the legality of the AR.

8.1. — *An act of 'individual scope'.*

The EU's adoption of the AR immediately provoked an interesting change in EU environmental litigation. While in previous actions for annulment ENGOs had struggled to show that they were 'individually concerned' by the contested EU act, the real challenge under the AR related to the quality of 'challengeable act'.

In this respect, in *Stichting Natuur* the applicants were required to prove that the act for which they submitted a request for internal review was an

⁽⁵⁹⁾ *Stichting Natuur* – AF.

⁽⁶⁰⁾ In this regard, I warmly thank the law firm *Van Den Biesen* in Amsterdam for making such file available for legal research.

administrative act having ‘individual scope’. However, all their arguments were firmly rejected by the EU judiciary.

The case law of the CJEU does not offer any definition of ‘act of individual scope’ but it does provide a definition of its opposite, namely of what does ‘act of general scope’ entail under EU law. Indeed, in the *UCDV* case, the CJEU ruled that a measure is regarded as being of general application if it applies to «objectively determined situations and entails legal effects for categories of persons envisaged generally and in the abstract»⁽⁶¹⁾.

In the case here at stake, the applicants claimed that the Commission wrongly found that the challenged Regulation could not be considered to be an act of ‘individuals scope’⁽⁶²⁾. In this regard – the plaintiffs – maintained that the contested EU measure represented a specific application of the general standards laid down in Regulation n. 396/2005⁽⁶³⁾ and applied only to specific activities⁽⁶⁴⁾. In addition, Directive 91/414/EEC on the placing of plant protection products on the market grants the possibility to submit to the Commission a separate application for establishment or modification of each temporary MRL. For this reason, the applicants argued that the contested measure had to be considered as a ‘bundle of individual decisions’⁽⁶⁵⁾.

On such points, the GC found that the contested Regulation set out the list of active substances for plant protection products evaluated under EU law for which no MRLs were required⁽⁶⁶⁾. Thus, the EU judges held that – in view of its purpose and content – the contested Regulation had to be qualified as an ‘act of general scope’. This was because it applied to «objectively determined situations» and entailed «legal effects for categories of persons envisaged generally and in the abstract; that is to say, economic operators who are manufacturers, growers, importers or producers of products cov-

⁽⁶¹⁾ C-244/88, *UCDV v. Commission* (1989) ECLI:EU:C:1989:588, § 13.

⁽⁶²⁾ *Stichting Natuur* (GC), see n. 55, § 27.

⁽⁶³⁾ *Ibid.*, § 41.

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, § 42.

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.*, § 27.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, § 38.

ered by the annexes to Regulation n. 396/2005»⁽⁶⁷⁾.

Being an ‘act of general scope’, the fact that the contested Regulation applied to a clearly defined group of products and substances to which no other substance could be added at a later stage was thus for the Court «not relevant for the purposes of identifying the scope of that regulation»⁽⁶⁸⁾.

Furthermore, with regard to the ‘bundle of individual decisions’ argument advanced by the applicants, the GC recalled the *International Fruit Company* case law⁽⁶⁹⁾, according to which «a contested measure adopted in the guise of a measure of general application is deemed to constitute a bundle of individual decisions if it has been adopted in order to respond to individual claims, so that the contested measure affects the legal position of each claimant»⁽⁷⁰⁾. Since the MRLs established by the challenged EU act were not adopted in response to individual claims, the Court concluded that the applicants’ argument had to be rejected⁽⁷¹⁾.

8.2. – *Compliance with international environmental law.*

In *Stichting Natuur*, the applicants also invoked a plea of illegality before the GC: if the latter had not found the contested measure to be an ‘act of individual scope’, the Court then had to recognise art. 9(3) of the Aarhus Convention as having direct effect and review the legality of art. 10 AR *vis-à-vis* such a provision. Art. 9(3) of the Convention represents the ‘heart’ of the Aarhus third pillar and reads as follows: «Each Party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment».

⁽⁶⁷⁾ *Ibid.*

⁽⁶⁸⁾ *Ibid.*, § 44.

⁽⁶⁹⁾ Joined cases 41/70 to 44/70, *NV International Fruit Company and others v. Commission of the European Communities* (1971) ECLI:EU:C:1971:53.

⁽⁷⁰⁾ *Stichting Natuur* (GC), see n. 55, § 45.

⁽⁷¹⁾ *Ibid.*

Therefore, in the applicants' view, an internal review procedure limited to administrative acts of 'individual scope', was not compatible with the wording of art. 9(3).

By so arguing, the applicants raised the crucial question of whether provisions of an international agreement, to which the EU is a party, can be relied on in support of an action for annulment of an act of secondary EU legislation. According to the CJEU's *Intertanko*⁽⁷²⁾ and *FLAMM*⁽⁷³⁾ jurisprudence, applicants may rely on such provisions when «first, the nature and the broad logic of that agreement do not preclude it and, secondly, those provisions appear, as regards their content, to be unconditional and sufficiently precise»⁽⁷⁴⁾ (in other words, have direct effect).

However, in the case here at stake, the GC recalled that where the EU has intended to «implement a particular obligation assumed under an international agreement, or where the measure makes an express *renvoi* to particular provisions of that agreement, it is for the Court to review the legality of the measure in question in the light of the rules laid down in that agreement»⁽⁷⁵⁾. In this regard, the EU judges found the so-called *Fediol*⁽⁷⁶⁾ and *Nakajima*⁽⁷⁷⁾ 'exceptions' applicable to in relation to the contested measures.

In those cases the Court recognised its competence to review the legality of the EU act at issue, and the acts adopted for its implementation, in the light of the rules of the World Trade Organisation (WTO) agreements where (i) the EU intends to implement a particular obligation concluded in the context of the WTO (*Nakajima* exception)⁽⁷⁸⁾; or (ii) where the EU act at issue re-

⁽⁷²⁾ C-308/06 *Intertanko and Others* (2008) ECLI:EU:C:2008:312.

⁽⁷³⁾ C-120/06 P *FLAMM and Others v. Council and Commission* (2008) ECLI:EU:C:2008:476.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*, §§ 110–20.

⁽⁷⁵⁾ *Stichting Natuur* (GC), see n. 55, § 54.

⁽⁷⁶⁾ Case 79/87 *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) v. Commission of the European Communities* (1989) ECLI:EU:C:1989:254.

⁽⁷⁷⁾ C-69/89 *Nakajima All Precision Co Ltd v. Council of the European Communities* (1991) ECLI:EU:C:1991:186.

⁽⁷⁸⁾ *Ibid.*, § 31.

fers explicitly to specific provisions of those agreements (*Fediol* exception)⁽⁷⁹⁾.

The GC dismissed the plaintiffs' argument on direct effect of art. 9(3) based on the *Slovak bear*⁽⁸⁰⁾ case law, where the CJEU held that art. 9(3) of the Aarhus Convention does not contain «any unconditional and sufficiently precise obligation capable of directly regulating the legal position of individuals and therefore does not meet those conditions».

Nonetheless, the GC found that the AR 'implemented' the relevant international agreement, as it was adopted to meet 'the European Union's international obligations under art. 9(3) of the Aarhus Convention'. By carrying out its review, the GC pointed out that the Convention does not provide any definition of the term 'acts'⁽⁸¹⁾, and an internal review procedure covering only measures of individual scope would be very limited, «since acts adopted in the field of the environment are mostly acts of general application»⁽⁸²⁾. The GC thus found the internal review procedure laid down under art. 10 AR incompatible with the Convention and annulled the contested measures.

The GC's decision was then appealed by the Council and the Commission, which maintained that the Court erred in law in finding the two exceptions applicable. On the opposite, the ENGOs argued that the Court also erred in law in denying direct effect of art. 9(3) of the Convention. This point deserves a closer reading. Indeed, in their pleadings the ENGOs strongly emphasised that *Slovak bear* and *Stichting Natuur* had very different scopes. *Slovak bear* dealt with the 'procedure' under which national ENGOs could be granted access to justice in Slovakia, while the present case dealt with the 'object' of the internal review procedure, namely the notion of 'administrative act' as laid down in the AR⁽⁸³⁾.

In other words, the ENGOs seemed to argue that art. 9(3) could be denied direct effect with regard to standing at national level, but that provision

⁽⁷⁹⁾ *Fediol*, see n. 76, § 19.

⁽⁸⁰⁾ C-240/09 *Lesoochranárske zoskupenie* (2011) ECLI:EU:C:2011:125.

⁽⁸¹⁾ *Stichting Natuur* (GC), see n. 55, § 72.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, § 76.

⁽⁸³⁾ *Stichting Natuur* – AF, 9.

is sufficiently clear and precise to set aside EU legislation limiting the object of a judicial or administrative review to environmental administrative acts of individual scope.

In spite of the ENGOs' arguments, the CJEU confirmed what was stated in *Slovak bear* and denied the direct effect of art. 9(3) of the Aarhus Convention. Moreover, the Court dismissed the applicability of the *Fediol* and *Nakajima* exceptions on the basis that they were «justified solely by the particularities of the agreements that led to their application»⁽⁸⁴⁾. As to the *Fediol* exception, it did not apply to the cases at issue since art. 10 AR does not directly refer to any specific provisions of the Aarhus Convention, nor does it explicitly confer a right on individuals. As to the *Nakajima* exception, the factual and legal background of *Nakajima* had to be distinguished from the case at hand⁽⁸⁵⁾. In *Nakajima* the dispute centred on an EU implementing act linked to the anti-dumping system, which was, according to the Grand Chamber, «extremely dense in its design and application, in the sense that it provides for measures in respect of undertakings accused of dumping practices»⁽⁸⁶⁾. As a consequence, the CJEU concluded that no implementation was at stake in the *Stichting Natuur* case⁽⁸⁷⁾.

Furthermore, by adopting the AR, which concerns only EU institutions and one of the remedies available to private citizens for ensuring compliance with EU environmental law, the EU was not intended to implement the obligations deriving from art. 9(3) of the Convention, within the meaning of the *Fediol* and *Nakajima* case law⁽⁸⁸⁾. According to the Court's reasoning, those obligations «fall primarily within the scope of Member States law», as previously stated in the *Slovak bear* case. As a consequence, the CJEU dismissed the cross-appeal and set aside the GC's ruling.

⁽⁸⁴⁾ *Stichting Natuur* (CJEU), see n. 55, § 49.

⁽⁸⁵⁾ H. SCHOUKENS, *Access to Justice in Environmental Cases after the Rulings of the Court of Justice of 13 January 2015: Kafka Revisited?*, in *Utrecht Journal of International and European Law* (2015) 31(81), p. 58.

⁽⁸⁶⁾ *Stichting Natuur* (CJEU), see n. 55, § 51.

⁽⁸⁷⁾ H. Schoukens, see n. 78, 58.

⁽⁸⁸⁾ *Stichting Natuur* (CJEU), see n. 55, § 52.

9. — *Preliminary remarks on the ‘post-Aarhus (I)’ period.*

In the light of the final outcome of the *Stichting Natuur* case, it is possible to argue that the entry into force of the AR in the EU legal order has brought small ‘procedural’ changes but no ‘substantive’ improvements with regard to access to environmental justice before EU Courts⁽⁸⁹⁾.

The internal review procedure laid down under art. 10 AR could be seen – initially – as a ‘new tool’, to be used by civil society organisations to push the EU institutions to reconsider their administrative decisions taken in the field of the environment. However, the narrow scope of the review provided under the Regulation makes extremely difficult that ENGOs’ requests are deemed admissible by the addressed institution.

In particular, accessing EU Courts under the AR has made the ‘object’ of the procedure the main obstacle on the ENGOs’ path toward judicial review: the problem is the ‘act’ in itself, rather than the relationship between the act and the legal sphere of the applicant (as it is under Plaumann). Furthermore, the AR has increased the use of the plea of illegality in EU environmental litigation. Indeed, ENGOs have usually invoked the remedy available under art. 277 TFEU to contest the legality of the AR in actions for annulment. Plus, such illegality has generally been based on the alleged incoherence between the AR and the Aarhus Convention.

This aspect probably highlights the most interesting change that the AR has brought in the EU legal order. From being a purely internal issue – to be solved only through the provisions available under EU law – the question of access to environmental justice has suddenly become a matter of ‘EU exter-

⁽⁸⁹⁾ H. SCHOUKENS, *Articles 9(3) and 9(4) of the Aarhus Convention and Access to Justice before EU Courts in Environmental Cases: Balancing On or Over the Edge of Non-Compliance?*, in *European Energy and Environmental Law Review* (2016) 25(6), p. 178; M. PALLEMAERTS, *Access to Environmental Justice at EU Level: Has “the Aarhus Regulation” Improved the Situation?*, in *Id.*, *The Aarhus Convention at Ten: Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law*, Europa Law Publishing, 2011, p. 271; J.H. JANS, G. HARRYVAN, *Internal Review of EU Environmental Measures. It’s True: Baron Van Munchausen Doesn’t Exist! Some Remarks on the Application of the So-Called Aarhus Regulation*, in *Review of European and Administrative Law* (2010) 3(2), p. 55.

nal relations' and compliance with the Aarhus Convention. In other words, if in the pre-Aarhus period the question of access to justice was a matter of 'EU law *versus* EU law', after Aarhus the same question has become a matter of 'EU law *versus* international law'⁽⁹⁰⁾. An important shift, which has brought also international compliance bodies to take position on this matter (as it will be outlined in the next sections).

One last interesting aspect worth consideration regards the 'new' litigants arisen after the entry into force of the AR. In addition to some of the ENGOs already litigating in the pre-Aarhus period (such as Greenpeace, EEB and Stichting Natuur), the (potential) opportunities offered by the procedure laid down under art. 10 AR have attracted a number of smaller and highly specialised ENGOs. These include organisations like 'Testbiotech' (focusing on risks deriving from genetical engineering)⁽⁹¹⁾ and 'Mellifera' (focusing on bees protection)⁽⁹²⁾, as it will be reported in the next sections).

III. – THE 'POST-AARHUS (II)' PERIOD

The 'post-Aarhus (II)' period runs from 17 March 2017 – the day on which the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC) released its findings on compliance of the EU with the Aarhus Convention – to the present. As mentioned at the beginning of the chapter, the study of this timeframe actually explores two different legal 'pathways', currently used by ENGOs in the attempt to get access to justice before EU Courts. The first pathway concerns, once again, access to justice under the AR (after the ACCC findings); the second pathway focuses on access to justice under the relevant Treaty provisions and it seeks to highlight how the ongoing global CCL trend is affecting the reasoning of the ENGOs in actions for annulment.

⁽⁹⁰⁾ I acknowledge that this is not entirely correct, since international agreements to which the EU is a party become integral part of EU law.

⁽⁹¹⁾ From Testbiotech official website, available at: testbiotech.org.

⁽⁹²⁾ From Mellifera e. V. official website, available at: mellifera.de.

10. — *The ACCC findings.*

The ACCC is the non-confrontational, non-judicial and consultative body established in Geneva in 2002 which is called upon to check the conformity between the legislation of the Parties to the Aarhus Convention with the Convention itself. It is interesting to notice that even associations and ENGOs may submit communications to the Committee with regard to the compliance of one of the Parties with the Convention, which counts 47 Parties (including the EU).

The Committee adopts findings which do not have any legally binding character and if non-compliance is found, it may make recommendations either to the Meeting of the Parties (MOP), or, with the Party's agreement, directly to the Party concerned (on a case by case basis)⁽⁹³⁾.

In 2008, the ENGO 'ClientEarth' submitted a communication⁽⁹⁴⁾ to the Committee concerning compliance by the EU with the Aarhus Convention. In particular, the ENGO complained about the *Plaumann* test and the alleged incompliance between the internal review procedure laid down under the AR and the Aarhus Convention.

With regard to the *Plaumann* test, the ACCC pointed out that art. 263(4) TFEU – on which the EU judges have based their strict position on standing – is «drafted in a way that could be interpreted so as to provide standing for qualified individuals and civil society organizations in a way that would meet the standard of article 9(3) of the Convention»⁽⁹⁵⁾.

In this regard, in its communication, ClientEarth argued that, to be individually concerned, according to the CJEU, «the legal situation of the person must be affected because of a factual situation that differentiates him or

⁽⁹³⁾ United Nations Economic Commission for Europe, Guide to the Aarhus Convention Compliance Committee, 2nd edn (draft) (2015) 6. Available at unece.org.

⁽⁹⁴⁾ Communication ACCC/C/2008/30.

⁽⁹⁵⁾ Report of the Compliance Committee, findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2008/32 (Part I) concerning compliance by the European Union, 14 April 2011, § 86. Hereinafter 'Part I'.

her from all other persons»⁽⁹⁶⁾. Thus, private citizens cannot be individually concerned if the decision or regulation takes effect by virtue of an objective legal or factual situation⁽⁹⁷⁾. The consequences of applying the Plaumann test to environmental and health issues is that in effect no member of the public is ever able to challenge a decision or a regulation in such case before the CJEU⁽⁹⁸⁾.

The ACCC thus concluded that «without having to analyse further in detail all the cases referred to, it is clear to the Committee that this jurisprudence established by the [CJEU] is too strict to meet the criteria of the Convention»⁽⁹⁹⁾.

With regard to the internal review procedure laid down under the AR, it is necessary to highlight that, at the time of the ACCC review, the *Stichting Natuur* case was still pending before the CJEU. For this reason, the Committee refrained from examining whether the AR or any other relevant internal administrative review procedure of the EU met the Convention's requirements on access to justice.

Therefore, on 14 April 2011, the ACCC released only a first part of its findings and simply concluded that – with regard to access to justice by members of the public – if *the jurisprudence of the EU Courts, as evidenced by the cases examined, were to continue, unless fully compensated for by adequate administrative review procedures, the Party concerned would fail to comply with article 9, paragraphs 3 and 4, of the Convention*⁽¹⁰⁰⁾.

The second part of the ACCC findings was thus published on 17 March 2017⁽¹⁰¹⁾, two years after *Stichting Natuur* was ultimately decided. The Committee found that art. 2(1)(g) AR, defining 'administrative act' as meaning

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, § 87.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, § 94.

⁽¹⁰¹⁾ Report of the Compliance Committee, findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2008/32 (Part II) concerning compliance by the European Union, 17 March 2017. Hereinafter 'Part II'.

«any measure of individual scope adopted under environment law (...)», was in breach of the obligations stemming from art. 9(3) of the Convention, as the latter covers ‘any act under any law’ which contravenes law relating to the environment.

Plus, the Committee maintained that even the scope of the expression ‘acts adopted under environmental law’ is too narrow, as art. 2(1)(f) AR intends ‘environmental law’ as including any EU legislation which, irrespective of its legal basis, contributes to the pursuit of the objectives of the EU policy on the environment as set out in the Treaty⁽¹⁰²⁾. Conversely, the scope of art. 9(3) of the Convention – held the ACCC – is broader than that, since it is clear that, under the Aarhus Convention, «an act may contravene laws relating to the environment without being adopted under environmental law» within the meaning of art. 10 AR⁽¹⁰³⁾. Furthermore, the Committee found that the Treaty of Lisbon – amending the fourth paragraph of art. 263(4) TFEU – did not bring substantive changes for ENGOs seeking access to justice at EU level⁽¹⁰⁴⁾.

The ACCC’s final assessment stressed a serious instance of non-compliance with art. 9(3) and (4) of the Convention with regard to «access to justice by members of the public because neither the [AR], nor the jurisprudence of the CJEU, implements or complies with the obligations arising under those paragraphs»⁽¹⁰⁵⁾. In conclusion, the Committee recommended to the EU that it amends the AR and invited the CJEU in particular to ‘update’ its jurisprudence on art. 263(4) TFEU⁽¹⁰⁶⁾.

Nonetheless, at its sixth session which took place in Budva (Montenegro) on 11-13 September 2017, the MOP – «considering the exceptional circumstances» – decided by consensus to «postpone the decision-making on draft decision VI/8f concerning the EU to the next ordinary session of the

⁽¹⁰²⁾ *Ibid.*, § 96.

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*, § 98.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, § 120.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, § 123.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*

Meeting of the Parties to be held in 2021»⁽¹⁰⁷⁾. On the other side, the EU recalled its «willingness to continue exploring ways and means to comply with the Convention in a way that is compatible with the fundamental principles of the Union legal order and with its system of judicial review»⁽¹⁰⁸⁾.

Such a final outcome of the sixth session of the MOP was highly criticised by civil society organisations, which accused the EU of ‘hypocrisy’ and invited the latter, without delay, to start the process of «revising the [AR] which up to now, in combination with the jurisprudence of the [CJEU], has effectively prevented NGOs from seeking access to justice in defence of the environment at the EU level in all but access to documents cases»⁽¹⁰⁹⁾.

11. — *Post-Aarhus (II) – post findings: Mellifera.*

The first case brought by an ENGO under the AR after the ACCC released the final part of its findings on compliance of the EU, is *Mellifera*⁽¹¹⁰⁾. Given that the appeal process is still pending, for the analysis of this case it has so far only been possible to rely on the GC’s decision, adopted in September 2018.

The factual background in *Mellifera* is very similar to the one in *Stichting Natuur*. ‘Mellifera eV’ is a German environmental association aiming at preserving bees’ health. The association asked the Commission to review – under art. 10 AR – implementing regulation 2016/1056⁽¹¹¹⁾, extending the

⁽¹⁰⁷⁾ See *ukhumanrightsblog.com*.

⁽¹⁰⁸⁾ Full Summary of the Budva Meetings – Sixth Session of the Meeting of the Parties to the Aarhus Convention. Available at: *unece.org*.

⁽¹⁰⁹⁾ European Eco Forum statement on the role of the European Union in relation to the finding that it is in non-compliance with the Aarhus Convention, Budva, Montenegro, Thursday 14 September 2017. See *wecf.eu*.

⁽¹¹⁰⁾ T-12/17, *Mellifera v. Commission* (2018) ECLI:EU:T:2018:616.

⁽¹¹¹⁾ Commission Implementing Regulation (EU) 2016/1056 of 29 June 2016 amending Implementing Regulation (EU) No 540/2011 as regards the extension of the approval period of the active substance glyphosate (Text with EEA relevance) C/2016/4152 OJ L 173, 30 June 2016, pp. 52-54.

approval period of the active substance glyphosate. The European executive rejected Mellifera's request on the ground that such a measure did not constitute a challengeable EU administrative act as outlined in art. 2(1)(g) AR. As a consequence, in January 2017 the association decided to challenge the Commission's decision rejecting its request before the EU GC.

Apart from the arguments advanced by the applicant to demonstrate that the contested measure was an administrative act having 'individual scope', what is extremely worth considering in *Mellifera* is the explicit invitation made to the Court to take into account the ACCC findings and modify the jurisprudence on the 'act of individual scope' requirement⁽¹¹²⁾. In addition, the association invited the EU judges to provide a consistent interpretation of art. 10 AR with the Aarhus Convention, in order to bring the EU closer to a full compliance with the international agreement⁽¹¹³⁾.

As showed in section II, in *Stichting Natuur* the GC proved to be more willing than the CJEU to review conformity of EU secondary law with the Aarhus Convention. In that case, the GC actually declared art. 10 AR incompatible with the Convention and it annulled the EU measures challenged by the applicants. However, such a 'progressive' interpretation of the AR was already abandoned by the GC in *Frank Bold*⁽¹¹⁴⁾ in 2015, where the EU judiciary aligned its case law with the jurisprudence of the CJEU on art. 10 AR. Such consistency in the case law has been confirmed by the GC also in *Mellifera*, where, in spite of the applicant's invitation to take into account the ACCC findings, the Court dismissed the action brought by the association.

In this regard, the applicant in *Mellifera* recalled that the Aarhus Convention is binding on the EU and that art. 9(3) guarantees the broadest access to justice possible, not limiting the possibility to challenge measures having a negative impact on the environment to acts of 'individual scope'⁽¹¹⁵⁾. This

⁽¹¹²⁾ *Mellifera*, see n. 96, § 78.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, § 79.

⁽¹¹⁴⁾ T-19/13, *Frank Bold v. Commission* (2015) ECLI:EU:T:2015:520.

⁽¹¹⁵⁾ *Mellifera*, see n. 96, § 78.

is a stricter definition introduced by the EU legislator that is not required by the Aarhus Convention.

In addition, the applicant stressed that, in spite of the lack of direct effect of art. 9(3) of the Convention – strongly affirmed in *Stichting natuur* and *Slovak bear* – the Court has a duty of consistent interpretation of EU secondary law with international agreements to which the EU is party. This meant that, according to *Mellifera*, the Court had to interpret [where possible] art. 10 AR in compliance with art. 9(3) of the Aarhus Convention⁽¹¹⁶⁾.

Nevertheless, the GC rejected all the applicant's arguments. First, it denied once again that art. 9(3) may have direct effect in the EU legal order⁽¹¹⁷⁾. Second, regarding the invitation to follow the ACCC findings, the EU judges answered that even assuming that such findings had binding force, these are nothing more than a simple 'draft', not officially adopted by the MOP and released on 17 March 2017, therefore once the contested regulation had already been adopted by the Commission (in 2016, *ndr*)⁽¹¹⁸⁾.

Regarding the duty of consistent interpretation with international agreements to which the EU is Party, the Court held that this is possible only where the wording of the concerned legislation allows for such an interpretation and this does not lead to an interpretation *contra legem*⁽¹¹⁹⁾.

On this point, the EU judges noticed that, since the wording of the AR is very clear in limiting the types of challengeable measures to administrative acts having an 'individual scope', a consistent interpretation of such a regulation must be excluded, especially in the case at stake, since the Court had already qualified the contested implementing regulation 2016/1056 as a measure of 'general scope'. For these reasons, the Court rejected all the pleas advanced by the association and dismissed its action.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, § 79.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibid.*, § 95.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*, § 86.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*, § 87. See also C-106/89, *Marleasing v. Comercial Internacional de Alimentación* (1990) ECLI:EU:C:1990:395.

12. — *Preliminary remarks on the ‘post-Aarhus (II) – post findings’ period.*

The ‘post-Aarhus’ period can be seen, in the end, as a ‘post-Lisbon’ period too⁽¹²⁰⁾. Indeed, the Treaty of Lisbon – entered into force in 2009 – should also be mentioned in an analysis like this one, which tries to describe how ENGOs’ arguments in actions for annulment have evolved in accordance with an equally evolving EU legal order. However, the changes occurred in Lisbon did not have a major impact on the arguments and the remedies used by ENGOs when seeking to challenge the legality of EU environmental measures. This was also confirmed by the ACCC in its findings and this is why no specific section was devoted to the ‘post-Lisbon’ period in this paper.

With regard to the findings of the ACCC, these can surely be considered as a major achievement for ENGOs with regard to access to justice before EU Courts. Indeed, the impact of these findings can be considered from both, a legal and a political perspective.

From a purely legal point of view, the ACCC findings have already been referred to by other ENGOs (like *Mellifera*) in actions brought under art. 263(4) TFEU. This in order to try to convince the EU judiciary to take into account the outcome of a review which – although not binding on the Parties – has highlighted a serious non-compliance by the EU with the Aarhus Convention. However, *Mellifera* shows, once again, that the CJEU is the ultimate judge of the EU, the only institution authorised by the Treaties to rule on the autonomy of the EU legal order and to decide to what extent, international agreements to which the EU is a party, may be invoked before EU Courts⁽¹²¹⁾.

⁽¹²⁰⁾ Treaty of Lisbon.

⁽¹²¹⁾ In this regard, see K. LENAERTS, *Direct Applicability and Direct Effect of International Law in the EU Legal Order*, in I. GOVAERE, E. LANNON, P. VAN ELSUWEGE, S. ADAM, *The European Union in the World – Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2014, p. 45, doi: doi.org; N. ZIPPERLE, *The Court’s Case Law on Direct Effect of International Agreements (Free Trade Associations, Accession Associations, Development Associations and EEA) and Status of WTO Law*, in ID., *EU International Agreements*, Springer, Cham, 2017,

Moreover, in *Mellifera* the Court also relied on a chronological argument – according to which the findings were released only after the challenged implementing regulation – as a justification for disregarding the fact that the EU still is not in compliance with the Aarhus Convention. Given this argument, it will be interesting to see how the Court will answer to applications challenging EU measures adopted ‘after’ the publication of the ACCC findings⁽¹²²⁾.

From a political point of view, it is undeniable that the ACCC findings put considerable pressure on the EU institutions. In particular, the European Parliament (hereinafter ‘the EP’), the Council of the EU (hereinafter ‘the Council’) and the European Economic and Social Committee (hereinafter ‘the EESC’) have all taken clear positions with regard to compliance of the EU with the Aarhus Convention.

First, the EP on 15 November 2017 adopted a resolution on an ‘Action Plan for nature, people and the economy’⁽¹²³⁾. In this document the EP emphasized ‘the role of civil society in ensuring better implementation of Union nature legislation, and the importance of the provisions of the AC in this regard’⁽¹²⁴⁾. In addition, and most importantly, the European co-legislator called on the Commission to: *come forward with a new legislative proposal on minimum standards for access to judicial review, and a revision of the Aarhus Regulation implementing the Convention as regards Union action in order to take account of the recent recommendation from the Aarhus Convention Compliance Committee*⁽¹²⁵⁾.

p. 9; N. GHAZARYAN, *Who Are the ‘Gatekeepers’?: In Continuation of the Debate on the Direct Applicability and the Direct Effect of EU International Agreements*, Yearbook of European Law, Vol. 37, 2018, p. 27, *doi.org*.

⁽¹²²⁾ In this regard, see T-141/19, *Sabo and Others v. Parliament and Council* (pending).

⁽¹²³⁾ European Parliament resolution of 15 November 2017 on an Action Plan for nature, people and the economy [2017/2819(RSP)].

⁽¹²⁴⁾ *Ibid.*, § 15.

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, § 16.

Second, the EESC – in its opinion⁽¹²⁶⁾ adopted on 7 December 2017 on the Commission’s notice on access to justice in environmental matters⁽¹²⁷⁾ – highlighted the limitations inherent in that notice in «failing to include the findings of the independent Compliance Committee of the Aarhus Convention (ACCC) (...)»⁽¹²⁸⁾.

Furthermore, the European Committee expressed its full support to «the Aarhus Convention and its full implementation by and within the EU», and added «[it] is therefore essential that the findings on compliance of the ACCC, appointed by the Parties, are fully endorsed by the Parties»⁽¹²⁹⁾.

Third, with respect to this matter, the Council decided on 11 June 2018 to trigger the procedure under art. 241 TFEU, which has rarely been used in the EU legal history. This Treaty provision allows the Council, acting by a simple majority, to: *request the Commission to undertake any studies the Council considers desirable for the attainment of the common objectives, and to submit to it any appropriate proposals. If the Commission does not submit a proposal, it shall inform the Council of the reasons*⁽¹³⁰⁾.

In its decision triggering the procedure, the Council took into serious consideration the ACCC findings and asked the Commission to complete the study by 30 September 2019 and, if changes to the AR are considered appropriate in view of the outcomes of the study, to prepare a proposal for an amendment of the regulation by 30 September 2020⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁶⁾ EESC opinion on Communication from the Commission of 28 April 2017 ‘Commission Notice on Access to Justice in Environmental Matters’ [C(2017) 2616 final].

⁽¹²⁷⁾ Commission Notice on access to justice in environmental matters, C/2017/2616, OJ C 275, 18 August 2017, pp. 1-39.

⁽¹²⁸⁾ EESC opinion, see n. 109, § 1.12.

⁽¹²⁹⁾ *Ibid.*, § 1.13.

⁽¹³⁰⁾ Council decision requesting the Commission to submit a study on the Union’s options for addressing the findings of the Aarhus Convention Compliance Committee in case ACCC/C/2008/32 and, if appropriate in view of the outcomes of the study, a proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1367/2006.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*, art. 1.

In October 2019, the Commission published its final study⁽¹³²⁾ along with a report⁽¹³³⁾ on EU implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters. The report tries to «look at the Union system of judicial redress as a whole, taking account of the national courts as well as the CJEU». In this respect, the report seems to identify the preliminary reference on validity⁽¹³⁴⁾ – laid down under art. 267 TFEU – as the most suitable remedy to fill the gap between the EU judicial protection system and the Aarhus Convention provisions on access to justice. A solution already highly criticized by many ENGOs⁽¹³⁵⁾.

13. — *Post-Aarhus (II) – the CCL trend.*

In June 2015, the Hague District Court decided the infamous case *Urgenda*⁽¹³⁶⁾, where the national court ruled that the Dutch State must take more action to reduce the greenhouse gas emissions in the Netherlands. The case was brought by the ‘Urgenda Foundation’, a Dutch ENGO aiming for a «fast transition towards a sustainable society, with a focus on the transition towards a circular economy using only renewable energy»⁽¹³⁷⁾.

In spite of being a national case, *Urgenda* is also relevant in the present analysis for the following reasons. Indeed, *Urgenda* started a significant

⁽¹³²⁾ Final study on EU implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters. Available at: *ec.europa.eu*.

⁽¹³³⁾ Commission Report published on EU implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters. Available at: *ec.europa.eu*.

⁽¹³⁴⁾ *Ibid.*, 27.

⁽¹³⁵⁾ *Ibid.* See also M. VAN WOLFEREN, M. ELIANTONIO, *Access to Justice in Environmental Matters: The EU’s Difficult Road Towards Non-Compliance With the Aarhus Convention*, in M. PEETERS, M. ELIANTONIO, *Research Handbook on EU Environmental Law*, Edward Elgar, Research Handbooks in European Law series, 2019.

⁽¹³⁶⁾ *Urgenda Foundation v. The Netherlands* [2015] HAZA C/09/00456689 (24 June 2015); aff’d (9 October 2018); aff’d (20 December 2019) (District Court of the Hague, The Hague Court of Appeal and the Supreme Court of the Netherlands).

⁽¹³⁷⁾ From the ‘Urgenda Foundation’s official website. Available at: *urgenda.nl*.

global CCL trend⁽¹³⁸⁾, promoted by civil society organisations, aiming to hold States and corporations accountable for the negative effects that climate change has on citizens' fundamental rights (FRs). These lawsuits are therefore characterised by a looser causation between States interventions (or omissions) and FRs violations at the expenses of present and future generations of citizens. Such a causation link with FRs violations (present or future) is generally supported by extensive scientific data, submitted by plaintiffs along with their applications files.

14. — *The Carvalho case.*

Needless to say that also EU Courts are not completely immune from the global CCL trend described here above. Indeed, *Urgenda* paved the way to actions brought by individuals and ENGOs under art. 263(4) TFEU, aiming to hold the EU institutions accountable for the negative effects of climate change on individuals.

In particular, in 2018, ten families (36 individuals in total) – from Portugal, Germany, France, Italy, Romania, Kenya and Fiji – as well as one civil society organisation, namely the 'Saami Youth Association Sáminuorra', challenged the legality of three EU measures. By these measures, the EU seeks to comply with the 'nationally determined contributions' (NDCs), as required by art. 4(2) of the Paris Agreement. The case – still pending before the CJEU – is called *Carvalho*⁽¹³⁹⁾, also known as the *People's Climate case*⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁸⁾ E.g. *Notre Affaire à Tous and Others v. France* (France, brought in 2018, pending); *Plan B Earth and Others v. The Secretary of State for Business, Energy, and Industrial Strategy* (United Kingdom, decided on 20 January 2019); *Juliana v. United States* (U.S., brought in 2015, pending); *Thomson v. Minister for Climate Change Issues* (New Zealand, decided on 2 November 2017). Data available on *climatecasechart.com*. See also J. SETZER, R. BYRNES, *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot*, Policy report, July 2019, p. 3. Available at: *lse.ac.uk*.

⁽¹³⁹⁾ T-330/18, *Carvalho and Others v. Parliament and Council* (2019) ECLI:EU:T:2019:324.

⁽¹⁴⁰⁾ See *peoplesclimatecase.caneurope.org*.

To simplify, in *Carvalho* the plaintiffs maintain that the climate targets laid down in the contested measures are not sufficiently ambitious to preserve their FRs. A reasoning very similar to the one adopted in *Urgenda*, to which the applicants made a direct reference in their application file⁽¹⁴¹⁾.

14.1. – *The arguments of the applicants.*

In order to overcome the Plaumann test and prove that they were all individually concerned by the contested measures, the applicants in *Carvalho* devoted a considerable part of their application file to the admissibility of the case. In this regard, they put forward claims supporting two main assumptions: i) *Effective judicial protection*: the Plaumann test is not compatible with the general principle of effective judicial protection; ii) *The EU action breaches individuals' FRs*: by setting insufficiently ambitious climate targets, the EU is not doing enough to protect the applicants from violations of their FRs.

14.1.1. – *Effective judicial protection.*

In *Carvalho*, the plaintiffs maintained that the Plaumann formula is not itself based in the text of current art. 263(4) TFEU. It was originally conceived on the basis of the old text of art. 173 TEC, which referred to 'decisions' as the object of an action, not to 'acts' (as in the current wording⁽¹⁴²⁾). Given that now even legislative acts having general scope may be challenged under Treaty provisions, «the application of the admissibility criterion must reflect the general character of legislative acts»⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴¹⁾ I want to thank the applicants in *Carvalho* for making their application file publicly available even before the case was decided. All the case-related documents are available here: peoplesclimatecase.caneurope.org. Hereinafter '*Carvalho* - AF', § 38.

⁽¹⁴²⁾ Art. 263(4) TFEU: *Any natural or legal person may, under the conditions laid down in the first and second paragraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures.*

⁽¹⁴³⁾ *Ibid.*, § 131.

Moreover, the plaintiffs stressed the so-called ‘Plaumann paradox’: the more widespread the damaging effects of a measure, the more restrictive the access to courts will be. ‘This leads to an obvious gap in judicial protection’⁽¹⁴⁴⁾.

On this point, the plaintiffs also recalled AG Jacobs’ opinion in the *UPA*⁽¹⁴⁵⁾ case, where the Court’s advisor proposed an alternative interpretation of the Treaty provisions allowing for access to justice of private parties before EU Courts. In Jacobs’ view, a natural or legal person should be regarded as «individually concerned by [an EU measure] of general application that concerns him directly if the measure in question affects his legal position, in a manner which is both definite and immediate, by restricting his rights or by imposing obligations on him»⁽¹⁴⁶⁾.

Interestingly, in the attempt to address these arguments, the GC limited itself to simply ‘report’ them in its final order. Actually, the Court confirmed the Plaumann formula without even trying to provide convincing counterarguments to dismiss those claims.

However, the Court responded to the argument relating to art. 47 ECFR, enshrining the FR to effective judicial protection⁽¹⁴⁷⁾. The applicants held that, even though, such a provision «is not intended to change the system of judicial review laid down by the Treaties, and particularly the rules relating to the admissibility of direct actions», the conditions of admissibility must nevertheless «be interpreted in the light of the fundamental right to effective judicial protection».

In this respect, the plaintiffs attempted to anticipate the GC’s answers on the availability of the preliminary reference procedure, the counterargument traditionally used by the EU judiciary in its case law⁽¹⁴⁸⁾. «The CJEU considers that this complete system is provided on the premise that there is coor-

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibid.*, § 132.

⁽¹⁴⁵⁾ *UPA*, see n. 39.

⁽¹⁴⁶⁾ *Carvalho* – AF, § 141.

⁽¹⁴⁷⁾ *Carvalho*, see n. 119, § 52.

⁽¹⁴⁸⁾ *Carvalho* – AF, § 144.

dination of remedies before national and EU courts, including through the availability of preliminary reference» claimed the applicants. However, «as the CJEU has held, this all depends on the availability of appropriate remedies in national law»⁽¹⁴⁹⁾. The plaintiffs argued that such a case could only be solved by the EU judiciary, as the action was *not directed against implementing measures of either Member States or EU institutions but rather against the fundamental legal basis for climate action; more precisely the allocation by the GHG Emissions Acts of an excessive and unlawful quantity of emissions. That allocation is dictated by the Emissions Acts themselves, and requires no implementing measures which could be the subject of a challenge.*

Regarding this, the GC pointed out that art. 47 ECFR does not require that an individual should have an unconditional entitlement to bring an action for annulment of such a legislative act of the Union directly before the [CJEU]. The Court then confirmed the traditional reasoning on the already existing ‘complete system of legal remedies’⁽¹⁵⁰⁾ and upheld the argument proposed by the Parliament and the Council. According to the institutions the implementation of the climate package presupposes a number of implementing measures to be adopted by national authorities. As a consequence, such measures could be challenged by natural and legal persons before national courts which may then refer the CJEU for a preliminary ruling on validity or interpretation⁽¹⁵¹⁾.

14.1.2. - Breaching individuals’ FRs.

With regard to the alleged breaches of their FRs, the applicants held that *while all persons may in principle each enjoy the same right (such as the right to life, or the right to an occupation) the effects of climate change (to which the EU Emissions Acts under challenge contribute) and hence the infringement of rights is distinctive and different for each individual. A farmer who is affected by drought is in a different position from a fisherman affected by a loss of sea ice*⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵⁰⁾ See *supra* ‘pre-Aarhus’ period, section 3.2.

⁽¹⁵¹⁾ *Carnalho*, see n. 121, § 53.

⁽¹⁵²⁾ *Ibid.*, § 128.

On this point, the plaintiffs argued that, given that the EU has not adhered to the European Convention on Human Rights (ECHR), «the CJEU is to be the sole arbiter of the reconciliation of EU measures and [FRs]». «It must follow – continued the plaintiffs – that an individual whose [FRs] are at stake necessarily has a right of access to the EU judicature. In consequence, it should be held that a person is *individually concerned* where the person is *affected in a fundamental right*»⁽¹⁵³⁾.

The plaintiffs also tried to rely on the *Codorniu*⁽¹⁵⁴⁾ and *FLAMM*⁽¹⁵⁵⁾ case law. In the former the applicant established individual concern because it had an individual right (a trademark) that was adversely affected by the legislative act (notwithstanding the act being of general application).

In the latter, an Italian accumulator manufacturer, claimed that the EU had infringed WTO law thereby provoking US countermeasures imposing customs on accumulator imports. For this reason, FIAMM requested compensation. The plaintiffs in *Carvalho* noticed that although the application was «denied in substance it was found admissible without the Court as well as the [CJEU] on appeal even mentioning the question of standing. This is notable because many other manufacturers of accumulators may also have been affected by the US customs».

Noteworthy, to these claims the EU judges responded by acknowledging that climate change may certainly affect the enjoyment of FRs⁽¹⁵⁶⁾. However, the EU Treaties require a clear (and strict) link between the contested measure and the legal sphere of the applicant, not between climate change, on the one hand, and individuals' FRs, on the other.

The risk – argued the Court – would be to recognise standing to any citizen and make the requirements established under art. 263(4) TFEU completely meaningless⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵³⁾ *Ibid.*, § 140. Emphasis added.

⁽¹⁵⁴⁾ C-309/89, *Codorniu v. Council* (1994) ECLI:EU:C:1994:197.

⁽¹⁵⁵⁾ *FLAMM*, see n. 68.

⁽¹⁵⁶⁾ *Carvalho*, see n. 121, § 50.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibid.*

Indeed, the GC found that the plaintiffs did not establish that the contested provisions of the legislative package infringed their FRs and distinguished them individually from all other natural or legal persons concerned by those provisions just as in the case of the addressee⁽¹⁵⁸⁾.

As a consequence, the case was dismissed by the GC for lack of standing of the applicants.

15. — *Preliminary remarks on the 'post-Aarhus (II) – the CCL trend' period.*

An increasing amount of individuals and civil society organisations throughout the world is turning to courts to remedy the institutional negligence regarding cuts to greenhouse gases emissions. In this respect, *Carvalho* clearly shows how the global CCL trend also affected EU ENGOs and jurisdictions. New litigants and new arguments have been brought before the CJEU, which seems still unresponsive to the requests of the applicants in the field of climate change.

With regard to the 'new litigants', the most recent climate actions for annulment see individuals taking over, although 'backed up' by a few ENGOs⁽¹⁵⁹⁾. This is also in line with the global CCL trend, where it is possible to notice more and more individual plaintiffs (rather than organisations) seeking to hold governments and corporations accountable for climate change⁽¹⁶⁰⁾.

Moreover, with regard to the 'new arguments', even the recent case law of the Court in the field of climate change has definitely experienced a 'FRs turn' in the legal reasoning proposed by the plaintiffs. This is also perfectly in line with the global CCL trend, as extensively explained by leading legal scholars in the field of CCL⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibid.*, § 49.

⁽¹⁵⁹⁾ This can be noticed in both, the *Carvalho* and *Sabo* cases (see n. 122).

⁽¹⁶⁰⁾ See for instance the *Juliana* case (n. 138) or the *Linya v. RWE AG* (Germany, brought in 2015, pending).

⁽¹⁶¹⁾ See J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, *Transnational Environmental Law*, (2018) 7 (1), p. 37.

However, the impact of *Urgenda* does not seem to be sufficient to explain this strong shift from *aggregate* (ENGOs) to *individual* plaintiffs and from *procedural* to (fundamental) *substantive* rights in EU environmental litigation. On this point, some scholars have linked the ‘rights turn’ to a broader ‘narrative turn’ that is currently taking place in global CCL⁽¹⁶²⁾. Climate litigants are using courts to ‘tell stories’ and raise public awareness by focusing on individual narratives having a significant ‘emotional content’⁽¹⁶³⁾. Literature in the fields of digital education and psychology helps us understand that showing individual litigants instead of organisations favours a better ‘identification’ with the plaintiff, since ‘individuals have stories’⁽¹⁶⁴⁾ and moving stories may inspire empathy in other people⁽¹⁶⁵⁾. As a consequence, the will to ‘empathize’ is also incredibly affecting the legal reasoning, which has to be framed in new terms aiming to facilitate the ‘identification process’.

For instance, in *Carvalho* one of the applicants claimed to *own a section of forest in central Portugal near Vila de Barba (12 ha in total) where they carry on forestry work. As the applicant has observed, the trend in recent years in this region has been for a general temperature increase, more frequent heatwaves and droughts. This culminated*

⁽¹⁶²⁾ C. HILSON, *Law, courts and populism: climate change litigation and the narrative turn*, in S.M. STERETT, L.D. WALKER, *Research Handbook on Law and Courts*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 90. doi: doi.org.

⁽¹⁶³⁾ *Ibid.* However, it must be stressed that this is not the case for all CCL cases worldwide. Indeed, ENGOs still continue to bring climate cases in their own name. On this point, see for instance the ‘Carbon Majors’ case in the Philippines (brought by Greenpeace South Asia and other organisations) or the ‘announced’ Italian climate case ‘Giudizio Universale’, more info here: giudiziouniversale.eu.

⁽¹⁶⁴⁾ V.X. WANG, *Handbook of Research on Education and Technology in a Changing Society*, Florida Atlantic University (2014), p. 109. On this point, see also, G.J. WESTERHOF, E.T. Bohlmeijer, *Life Stories and Mental Health: The Role of Identification Processes in Theory and Interventions*, *Narrative works* (2012) 2(1), p. 106; K. DILL, M. GREEN, *Engaging with Stories and Characters: Learning, Persuasion, and Transportation into Narrative Worlds*, in K. DILL, *The Oxford Handbook of Media Psychology*, Oxford University Press, 2012, p. 449.

⁽¹⁶⁵⁾ P.J. ZAK, *Why inspiring stories make us react: the neuroscience of narrative*, Cerebrum: the Dana forum on brain science, 2015, p. 2.

in catastrophic fires in October 2017, which burnt all the forest areas owned by the Carvalho family (...)⁽¹⁶⁶⁾.

Another applicant, in the (pending) *Sabo* case, described *the choice he has made to raise his family in a region of Slovakia where he can access the forests to which he has a deep personal connection, specifically so that he can pass on this connection to his sons. Mr Sabo's connection to the forests is grounded in his deep understanding of their ecological significance and his own interdependence as a human being with natural systems*⁽¹⁶⁷⁾.

Some scholars have stressed how FRs already have, *per se*, a high emotional and cultural content⁽¹⁶⁸⁾. The novelty here lies in the litigants' attempt to link this FRs' emotional value to the global and widespread challenges of climate change. An attempt that may be legally unrewarding, but politically fruitful.

This said, in *Carvalho* this new FRs-emotional narrative has been added to the 'effective judicial protection' arguments, already presented more than twenty years ago in *Greenpeace*. And just like twenty years ago, the case was dismissed for lack of standing. In this respect, *Carvalho* also suggests that the CJEU probably is a forum immune to CCL cases initiated by ENGOs. This because of the narrow standing requirements provided under the EU Treaties, as interpreted by the Court⁽¹⁶⁹⁾. The Plaumann test requires applicants to prove a strict causation between the contested EU measure and their legal sphere, a condition particularly hard to meet in CCL⁽¹⁷⁰⁾. EU Courts, just like in the pre-Aarhus period, refer private applicants to national courts, which

⁽¹⁶⁶⁾ *Carvalho* – AF, § 46.

⁽¹⁶⁷⁾ *Sabo* – AF, § 196.

⁽¹⁶⁸⁾ See L. NORMAN, *Theorizing the social foundations of exceptional security politics: Rights, emotions and community*, Cooperation and Conflict, 2018, Vol. 53, Issue 1, p. 84: doi.org; L. HALL, *Rights and the Heart: Emotions and Rights Claims in the Political Theory of Edmund Burke*, The Review of Politics, 2011, Vol. 73, Issue 4, p. 609; K. ABRAMS, *Emotions in the Mobilization of Rights*, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Scholarship Repository, 2011, vol. 46, p. 551.

⁽¹⁶⁹⁾ See also L. KRÄMER, *Climate Change, Human Rights and Access to Justice*, Journal for European Environmental & Planning Law, 2019, Vol. 16, Issue 1, pp. 21-34: doi: doi-org.ezproxy.eui.eu.

⁽¹⁷⁰⁾ See also J. PEEL, *Issues in Climate Change Litigation*, Carbon & Climate Law Review (2011) 5(1), pp. 15-24.

should be considered – in the CJEU’s wording – «the ordinary judges of EU law». Since the Court’s judgment in *UPA*, it is clear that the CJEU and the Commission⁽¹⁷¹⁾ conceive national courts as integral pieces of the EU judicial protection puzzle, which may rely on a «complete system of legal remedies and procedures designed to ensure review of the legality of acts of the institutions».

IV. – CONCLUDING REMARKS

16. — *Conclusions.*

The description of the Court’s case law on Plaumann in the field of environmental protection and climate change allows us to identify some key takeaways.

Litigation in the ‘pre-Aarhus’ period is essentially dominated by some of the main EU ENGOs, such as Greenpeace International, EEB and WWF. In this first period, the question of access to environmental justice before the CJEU was a matter purely internal to the EU legal order, while the rights allegedly breached were mainly *procedural/participatory* rights.

In the second phase, ‘post-Aarhus I’, a few relevant legal changes – specifically the adhesion of the EU to the Aarhus Convention and the consequent adoption of the AR in 2006 – gave the impression to open new litigation opportunities for ENGOs before the CJEU. However, civil society’s expectations were soon deluded by the narrow definition of ‘administrative act’ included in art. 2(g) AR.

Therefore, the entry into force of the AR has not brought any substantive improvement for environmental litigation in the EU, but it has contributed to transform the question of access to justice from a matter purely internal to the EU legal order into a matter of compliance of EU law with international law.

⁽¹⁷¹⁾ Commission report, see n. 115.

In spite of this, the CJEU keeps denying direct effect of art. 9(3) of the Convention, making impossible to set aside the EU secondary law provisions impeding ENGOs to challenge EU administrative acts having an impact on the environment. In order to set aside such provisions, environmental litigants also tried to rely on an EU remedy traditionally underexploited, the plea of illegality, but with extremely modest results.

Nevertheless, the adoption of the AR has also pushed other ENGOs to make use of the internal review procedure laid down under art. 10 AR. If in the pre-Aarhus period the main litigants were essentially Greenpeace International, EEB, Stichting Natuur en Milieu and WWF, in the post-Aarhus I and II periods new litigants have, first, sought the internal review and, after, the Court's judicial review of EU environmental measures. In particular, the entry into force of the AR has been followed by cases also brought by Pesticide Action Network Europe, Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, Stichting Greenpeace Nederland, Générations futures, EPAW, TestBioTech, ClientEarth, Frank Bold and Mellifera.

In particular, one of these ENGOs, ClientEarth, has taken the EU before the ACCC, in the attempt to bring the Union in compliance with the provisions of the Aarhus Convention on access to justice. In 2017, the Aarhus Committee has ascertained a major incompliance of the EU with the Convention and has recommended amendments of 'constitutional relevance' in the EU legal order. The Union has *de facto* 'taken time', while exploring means and tools to respect the findings of the ACCC. In the meantime, other lawsuits have been initiated by individuals and civil society organisations under both, the AR and art. 263(4) TFEU, in the ongoing period that I called post-Aarhus II.

With regard to the cases brought under the AR, environmental organisations keep mobilising the EU judiciary with the purpose of implementing the Aarhus Committee's findings and setting aside the AR provisions being incompatible with the Convention. On this point, the ENGO Mellifera has invited the Court to take into account the ACCC findings when reviewing the definition of 'individual act' *vis-à-vis* the Convention. By so doing, the or-

ganisation attempted to favour a dialogue between the UN compliance body and the EU judiciary. However, the latter has declined Mellifera's claims and has stated that the Aarhus Committee's findings are only a 'draft' version, which has not yet been endorsed by the MOP to the Convention. In this way, the Court has made clear that it is the 'ultimate judge of EU law', the only institution allowed to give definitive interpretations of EU law provisions, as specified under art. 19 TEU.

Conversely, with regard to the actions brought under 263(4) TFEU, these are mainly initiated by climate litigants seeking to hold the EU institutions accountable for the negative effects of climate change on citizens' FRs. EU climate litigants have been encouraged and inspired by the infamous *Urgenda* case, where even the Dutch Supreme Court has recently declared the Dutch State responsible for protecting the rights enshrined under the ECHR from the effects of climate change. In particular, the Dutch judges have required the Netherlands to cut their emissions from 17% to 25% by 2020.

However, EU climate lawsuits brought after the *Urgenda* case under art. 263(4) TFEU show a number of peculiarities, especially in terms of plaintiffs and legal reasoning. Indeed, current EU climate plaintiffs are mainly individuals rather than ENGOs, which usually decide to 'accompany' the individual applicants in their 'fights' for protecting their own FRs. On this point, the legal reasoning of these applicants is characterised by a strong focus on FRs violations, marking a sharp shift from the *procedural* claims of the pre-Aarhus period, to the *substantive* FRs claims of the post-Aarhus II period. Some scholars have explained this 'narrative turn' in CCL as justified by major public awareness reasons. Current EU climate lawsuits seem to mainly aim at inspiring people rather than convincing judges. To achieve this goal, the FRs claims embedded in the application files usually refer to the individual stories of the plaintiffs, stressing the sufferance and the emotional dimension of the FRs violations, rather than the authority of indisputable scientific evidence.

In addition to the 'international' pathway pursued by ClientEarth via the ACCC, the 'narrative turn' in EU CCL seems to be the ultimate 'new pathway' attempted by private applicants to try to overcome the Plaumann test.

Given the difficulties in convincing the Court to abandon its restrictive test on standing, as well as the peculiar attention that climate change is receiving nowadays in mainstream media, climate litigants seem to want to mobilise EU citizens by inspiring them with ‘climate stories’. This in order to obtain something probably much bigger than winning a case or get access to justice: winning the favour of citizens.

CARLO VITTORIO GIABARDO^(*)

CLIMATE CHANGE LITIGATION AND TORT LAW. REGULATION THROUGH LITIGATION?

Abstract: Protecting our climate is a legal obligation. While the judiciary is called to a new role in the global governance of climate change, legal scholars have wondered whether tort law is the appropriate form for regulating climate risks. More specifically, in the aftermath of the historical ruling of the Urgenda case, and while tort law cases are currently pending against energy and oil & gas giant corporations for their contribution to climate change (e.g., against Shell in The Netherlands and against Total in France), this article offers a view of the current state of affairs in this domain and critically discusses some of the “legal conundrums” that characterize the interplays between tort law and climate change in courts.

SUMMARY: 1. Introduction. Climate Change Litigation as a Global Trend. – 2. The “Judicial Governance” of Climate Change and the Role of Courts. – 3. “Regulating Through Litigating”. Tort Law Between Private and Public. – 4. The “Anti-tort” Structure of Climate Change. – 5. “Injury to All is Injury to None”? Duty of Care and Negligence in Climate Litigation. – 6. Causing Climate Harm. A Tort Law Perspective. – 7. Conclusions.

1. — *Introduction. Climate Change Litigation as a Global Trend.*

Climate change is a legal issue. It is not only a matter of policy and powers, but also of law and justice. Climate change certainly *is* a political problem, but not an exclusively one: reducing emission is currently understood as a positive and enforceable legal duty and not just a political or moral obligation. As a consequence, climate change and climate harm is increasingly the object of court litigation. Over the past five years, many lawsuits across

^(*) Juan de la Cierva, University of Girona. This article extends and develops some reflections I presented at the Tarragona International Environmental Law Colloquium “New Trends in Environmental Litigation: Issues of Theory and Practice”, University of Tarragona “Rovira y Virgili”, School of Law, 27-28 June 2019.

the world explicitly refer to climate change, in the sense that not only it is expressly mentioned in the proceedings, but in the stronger sense that the main arguments of litigation are framed in terms of avoiding global heating or mitigating its effects *as a legal obligation*. So, courts globally have increasingly become exposed to climate-related reasoning and facts and called to assess complex scientific risks. From the United States to India, from Europe (both at a national level – The Netherlands, Belgium, France, Austria, Germany, Ireland – and at supranational scale) to Australia and New Zealand, from Latin America (Brazil, Colombia, Ecuador) to Philippines and Africa, individuals, groups of people, investors, activists, associations and non-governmental and non-profit organizations seek remedies of various forms in courts against greenhouse emitting corporations and governments for causing, or contributing to cause, the global rise in temperature, or for failing to adequately address climate change with a proper, stricter legislation (so-called climate change litigation)⁽¹⁾. Climate change litigation is, in short a powerful way (probably the most powerful) to hold all the responsible actors *accountable*.

As a matter of fact, the expression “climate change litigation” is a short-cut term for identifying a broad array of different cases. By and large, climate change lawsuits can be either private law or public law-based, they can raise issues of private (tort) law, criminal law or administrative law, or even constitutional or human rights law; they can simply enforce statutory law or call for a judicial review, or require substantive changes in the existing legislation, and so on.

In an attempt to rationalize this complex body of cases of climate

⁽¹⁾ For a comprehensive survey of the climate change lawsuits existing in the world, see the database of the Grantham Research Institute on Climate and the Environment, of the London School of Economics (and, in particular, the report by J. SETZER, R. BYRNES, *Global Trends in Climate Change Legislation and Litigation*, available online at lse.ac.uk) and the one of the Sabin Center for Climate Change Law, at Columbia University (available online). See also J. SETZER, L. VANHALA, *Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance*, in *WIREs Climate Change*, 2019, available at onlinelibrary.wiley.com; J. SETZER, M. BANGALORE, *Regulating Climate Change in the Courts*, in A. AVERCHENKOVA, S. FANKHAUSER, N. NACHMANY, *Trends in Climate Change Litigation*, London, 2017, p. 175.

change litigation, legal scholars have distinguished between “routine cases” and “strategic cases”, both equally important (but different) as to their outcomes, objectives and effects⁽²⁾.

The first ones are less visible and have narrower, and more focused, objects. Here climate change is more of a *peripheral* reference than a crucial motive. Usually those cases are brought to court by individuals against private actors, often under private law, and thus seeking monetary compensation or injunctive reliefs for loss and damages (framed in terms of climate change). They do not possess openly an activist intent, but they are rather initiated in the pursuit of parties’ private (financial) self-interests⁽³⁾. They do not aim to change, but rather to enforce current legislations. Therefore, routine cases aim to have a limited impact *per se* even though, in the long run, they might represent a *de facto* regulatory device in defining standards and establishing thresholds of responsibility⁽⁴⁾.

“Strategic” (or “tactical”) cases, on the contrary, adopt a “visionary approach”. Those cases do not aim to be successful in the first place; their purpose is to foster debate, or to purport a different and radical interpretation of the existing legal materials. Their scope is to extend their effect well beyond the courtroom and to influence larger state policy and public decisions more generally. They are brought in the main (but not only) against governments and public bodies, and the majority of them are public law cases. It could be said that those cases are a larger part of a political manifesto: to force national governments and corporations to take stronger action at legislative level and to adopt more stringent climate rules in corporate governance.

⁽²⁾ For this key distinction, that has become classic in the relevant legal literature, see K. BOWER, *The Unsexy Future of Climate Change*, in *Journal of Environmental Law*, 2018, p. 483; G. GANGULY, J. SETZER, V. HEYVAERT, *If at First You Don’t Succeed: Suing Corporations for Climate Change*, in *Oxford Journal Legal Studies*, 2018, pp. 841-843; J. SETZER, R. BYRNES, *Global Trends in Climate Change Litigation, 2019 Policy Report*, cit. (online).

⁽³⁾ K. BOWER, *The Unsexy Future of Climate Change Litigation*, in *Journal of Environmental Law*, 2018, pp. 483-485.

⁽⁴⁾ K. BOWER, *The Unsexy Future of Climate Change Litigation*, loc. cit.; J.B. RUHL, *Climate Change Adaptation and the Structural Transformation of Environmental Law*, in 40 *Env. L.*, 2010, p. 363.

Two “strategic” cases, in particular, have inspired a wave of similar legal initiatives and sparked endless academic debate. These two cases are worth being reported here as despite their global resonance they have not gained, in the Italian legal academia, the attention they deserve.

The first one is the recent decision rendered in the internationally-known case “*Urgenda*”. In the final and binding judgment released on the 20th of December 2019 (*State of The Netherlands v. Urgenda Foundation*) the Dutch Supreme Court confirmed the historical ruling of the Hague District Court (24 June 2015⁽⁵⁾) and then the judgment of the Court of Appeal (9 October 2018⁽⁶⁾) according to which the State was found to have committed a general tort against its citizens (and specifically, a «unlawful endangerment» or, otherwise stated, a «hazardous negligence» which is contrary to the general «duty of care» the State owes to its people⁽⁷⁾) because its political plans to reduce greenhouse gas emission were not considered sufficient (more specifically, the Court considered negligent the goal to reduce gas emission at a lower percentage of 25 per cent, compared to the levels of 1990)⁽⁸⁾. In simpler words, The Netherlands, by retaining a legislation that was deemed being too “soft” on climate matters, was damaging its population and their right to life⁽⁹⁾. The court based its decision arguing in the light of general

⁽⁵⁾ *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, Case No. C/09/456689 / HA ZA 13-1396, 24 June 2015.

⁽⁶⁾ *The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment) v. Urgenda Foundation*, C/09/456689 / HA ZA 13-1396, 9 Oct. 2018. B. MAYER, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation: Ruling of the Court of Appeal of The Hague (9 October 2018)* in 8, *Transnational Environmental Law*, 2019, 167. In Italian, see V. JACOMETTI, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico*, in *Riv. giur. ambiente*, 2019, p. 121.

⁽⁷⁾ See *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, cit., §§ 4.46 and 4.55.

⁽⁸⁾ J. VAN ZEBEN, *Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?* in 4(2) *Transnational Environmental Law*, 2015, p. 339; P. MINNEROP, *Integrating the ‘Duty of Dare’ Under the European Convention on Human Rights and the Science and Law of Climate Change: The Decision of The Hague Court of Appeal in the Urgenda Case*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2019, p. 149.

⁽⁹⁾ K. DE GRAAF, J. JANS, *The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change*, in 27, *Journal of Environmental Law*, 2015, p. 517.

soft law and non-binding principles, international agreements and treaties (such as the United Nation Convention on Climate Change) as well as on the European Convention on Human Rights (and specifically on art. 2, that protects the right to life, and on art. 8, that protects the right to family life)⁽¹⁰⁾. All these sources were taken together not to establish the existence of State's obligations but rather to determine the content of the duty of care that the State owes to its inhabitants.

The second one, similar in the motives but different as to the outcome, is the case *Juliana vs. United States* (colloquially known as “the kid’s case”). In that lawsuit, begun in 2015, Kelsey Juliana, a young climate activist of 22 years old from the State of Oregon, together with other young activists and non-profit organizations sued the United States federal government (as well as the President of the United States and several federal agencies) for failing to stabilize greenhouse gas emissions and thus to protect the right to life of its citizens. More specifically, according to the plaintiffs, by doing so the Federal Government has breached its duty of care towards its people, endangering their «life, liberty and property» that they cannot be deprived of without a due process. In this case the key question was: is legally conceivable an enforceable, justiciable fundamental right to a «stable climate», that is to a «climate system capable of sustaining human life»? Notwithstanding, initially, the Oregon District Judge Ann Aiken had shown enthusiasm for this cause – denying an early initial request for dismissal⁽¹¹⁾ – unfortunately the case has

⁽¹⁰⁾ I. LEIJTEN, *Human Rights vs. Insufficient Climate Action: The Urgenda Case*, in *The Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, p. 112. See also J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in 7, *Transnational Environmental Law*, 2018, p. 37. More generally, on the role of soft law principles in climate change governance, see J. PICKERING, et al., *Global Climate Governance Between Hard and Soft Law: Can the Paris Agreement's 'Crème Brûlée' Approach Enhance Ecological Reflexivity?*, in 31, *Journal of Env. Law*, 2019, p. 1.

⁽¹¹⁾ M.C. BLUMM, M.C. WOOD, “No Ordinary Lawsuit”: *Climate Change, Due Process and the Public Trust Doctrine*, in *American University Law Rev.*, 2017, p. 1. For an important precedent – although different under many respects – see the case *Massachusetts v. Environmental Protection Agency (EPA)*, 549 US 497 (2007). For comments on this last case, see B.C. MANK, *Standing and Future Generations: Does Massachusetts v. EPA Open Standing for Generations to Come?*, 34 *Columb. J. Env. Law*, 2009, p. 1; E. FISHER, *Climate Change Litigation, Obsession and Expertise: Reflecting on the Scholarly Response to Massachusetts v. EPA*, in 35 *Law Pol.*, 2013, p. 236.

been recently dismissed (17 January 2020). In a split decision, the Ninth Circuit Court of Appeal has rejected the case on the basis of a lack of standing of plaintiffs, and thus for a procedural reason.

Similarly, in the case *Carvalho and Others v Parliament and Council* (known as “The People’s Climate Case”) a group of ten families coming from different parts of the world brought before the General Court of the Court of Justice of the European Union the Council of the European Union and the European Parliament for the alleged unlawfulness of many parts of European legislation and for its tortious liability for climate change since its normative apparatus fails to protect plaintiff’s fundamental rights. Although on the 22nd of May 2018 the case has been dismissed and declared non-admissible for a lack of «*individual concern*», this case exemplifies a growing trend⁽¹²⁾.

In all these cases, private law arguments were spent. People sought – whether successfully or not – to sue their own states on the grounds that they failed to protect their personal rights, their property, their constitutional interests and goods. The vocabulary employed comes from classical tort law doctrines: negligence, duty of care, harm, wrong, cause, etc. The States – so the arguments go – are acting *negligently*. Regardless of international binding agreements, States, by having a too much tolerant legislation on climate matters, are operating in disrespect of their *duty of care* and so they are *harming wrongfully* those they should, instead, protect. States’ weak, indulgent approach is contributing to *causing* climate change, and so on. Now, this same tort law language is increasingly used to held polluting companies and corporations accountable for their “climate harm” (see *infra*).

What should be stressed is that these cases and future developments are symptomatic of a “judicial turn” in the complex net of climate gover-

⁽¹²⁾ Case T-330/18. See L. KRÄMER, *The Environment Before the European Court of Justice*, in C. VOIGT (ed.), *International Judicial Practice on the Environment. Questions of Legitimacy*, Cambridge, 2019, p. 25; ID., *Climate Change, Human Rights and Access to Justice*, in *Journal European Env. & Planning Law*, 2019, p. 21. See also C.V. GIABARDO, *Towards a “Judicial Governance” of Climate Change? Climate Change Litigation, State Responsibility and the Role of Courts in the Global Regime*, in B. POZZI, V. JACOMETTI (eds.), *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective: Attribution, Liability, Compensation and Restoration*, Cambridge, 2020 (forthcoming).

nance. This raises larger political questions as to the capacity and opportunity of courts to trigger the climate change revolution and the transition to a low-carbon economy.

2. — *The “Judicial Governance” of Climate Change and the Role of Courts.*

Political theorists know very well that in any given context power as a whole is always a *fixed* quantity. The amount of power always remains *the same*: what changes is who exercises it. When an institution falls back, another one moves forwards; when an institution leaves an empty space of power, another one inevitably fills it up. And – as history clearly shows – when political power fails to meet its objectives (and renounces therefore to employ its authority in a certain area), judicial power will take its place. Power does not tolerate emptiness.

The same is happening in the climate change governance. Courts are simply filling the voids left by politics. We are assisting therefore to the birth and evolution of a “judicial governance” of climate change⁽¹³⁾.

This “judicial governance” has many positive sides. It is based upon bottom-up, de-centralized initiatives, and so has the capacity to directly empower stakeholders. It is a form of having their voices heard⁽¹⁴⁾. Socially, it favors the engagement and international mobilization of people, it gives rise to social movements and to a more powerful involvement of the social body in environmental matters⁽¹⁵⁾. In addition, even when the case is un-

⁽¹³⁾ I developed this point more at length in C.V. GIABARDO, *Towards a “Judicial Governance” of Climate Change? Climate Change Litigation, State Responsibility and the Role of Courts in the Global Regime*, cit.

⁽¹⁴⁾ See the very influential book written by R. COX (who is the lawyer at the forefront of many existing climate legal cases) *Revolution Justified. Why Only the Law Can Save Us*, Planet Prosperity Foundation, 2012.

⁽¹⁵⁾ A.M. MARSHALL, S. STERETT, *Legal Mobilization and Climate Change: The Role of Law in Wicked Problems*, in 9, *Oñati Socio-legal Series*, 2019, p. 267, available at opo.iisj.net. More generally, see L. VANHALA, *Legal Opportunity Structures and the Paradox of Legal Mobilization by the Environmental Movement in the UK*, in 46, *Law & Society Review*, 2012, p. 523.

successful, climate change judicial cases – by gaining media attention and coverage – contribute to the sensibilization of public discourses and to the construction of an environmental conscious narrative that displays at many levels of society⁽¹⁶⁾.

From a political theory standpoint, one could ask if courts are proper venues to decide climate change-related issues. This is a powerful argument not only because the assessment of such issues requires the use of technical and expert scientific knowledge – that judges might not be provided with – but also because adjudicating climate-related issues often entails the balancing of delicate policy questions that might best tackled in political arenas⁽¹⁷⁾. The problem is that if climate questions are considered political, then they are non-justiciable in courts, and vice versa. The “separation of power” doctrine is often raised by public defendants in such lawsuits and was central (although ineffective) in the Dutch government’s defense in the *Urgenda* case⁽¹⁸⁾. Has a court the legitimacy and competence to order a State to implement a different legislation?⁽¹⁹⁾

However, the judicial governance of climate change should not be surprising. Indeed, it is quite easy to explain. We are living in an era marked by political inertia and ineffectiveness of political action. Therefore, people resort to courts not only to seek a redress to their own harm but also to

⁽¹⁶⁾ G. NOSEK, *Climate Change Litigation and Narrative: How to Use Litigation to Tell Compelling Climate Stories*, in 42, *William & Mary Environmental Law & Policy Rev.*, 2018, p. 733; G. GANGULY, J. SETZER, V. HEYVAERT, *If at First You Don’t Succeed*, cit.

⁽¹⁷⁾ S.M. LATOURETTE, *Note, Global Climate Change: A Political Question?*, in 40 *Rutgers L. J.*, 2008, p. 219; J.R. MAY, *Climate Change, Constitutional Consignment, and the Political Question Doctrine*, 85 *Denn. Univ. L. Rev.*, 2008, p. 919; A. THORPE, *Tort-Based Climate Change Litigation and the Political Question Doctrine*, in 24 *J. Land Use & Env. Law*, 2008, p. 79; E.C. BORISSOV, *Global Warming: A Questionable Use of the Political Question Doctrine*, in 41 *Ind. L. Rev.*, 2008, p. 415.

⁽¹⁸⁾ L. BERGKAMP, *A Dutch Court’s “Revolutionary” Climate Policy Judgment: The Perversion of Judicial Power, the State’s Duties of Care, and Science*, in 12 *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2015, p. 241.

⁽¹⁹⁾ B.W. WEGENER, *Urgenda – World Rescue by Court Order? The “Climate Justice” – Movement Tests the Limits of Legal Protection*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2019, p. 125.

obtain effective legal developments and the oversight of political decisions. That politics seem to be either unwilling or unable to tackle climate change effectively is hardly deniable. It is true that in 2015 the international community gathered together and signed the Paris Agreement, where the world leaders committed themselves to limit global warming to “well below” 2 Celsius degrees, and preferably to 1.5 [art. 2 (a)] to prevent an irreversible climate catastrophe (even if the Trump administration withdrew from it)⁽²⁰⁾. But it is equally true that the Paris Agreement – by imposing heavy duties and commitments to signing states – opens, rather than restricts, new and further spaces for litigation, as citizens and stakeholders will have stronger reasons to hold governments accountable. Domestic policies and measures enacted nationally to give legal effects to the commitments will be likely submitted to judicial scrutiny⁽²¹⁾. Judges and courts, therefore, are expected to play an even larger and more intense role in the near future in the global governance of climate change.

The harsh reality is that addressing in full climate change entails passing and implementing painful measures that will hardly meet people’s desires and expectations. De-carbonizing the economy calls for the overturning of the current economic model of production (which implies enormous costs) and a massive de-growth process that has to occur simultaneously at a global and at a local and then individual scale. Politically, this means that the implementation of climate change reducing policies will likely have a negative impact upon the immediate interests of the “productive forces” of society – not only companies and enterprises but also workers and consumers – and

⁽²⁰⁾ D. BODANSKY, *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?* in *American Journal of International Law*, 2016, p. 100; L. RAJAMANI, *Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative Possibilities and Underlying Politics*, in *65 Int’l Comp. Law Quarterly*, 2016, p. 493. For climate change litigation in the age of the Trump’s “de-regulation” age, see D.P. ADLER, *U.S. Climate Change Litigation in the Era of Trump: Year One*, working paper of the Sabin Center For Climate Change Law, Columbia University Law School, available online at columbiaclimatelaw.com.

⁽²¹⁾ L. WEGENER, *Can the Paris Agreement Help Climate Change Litigation and Vice Versa?*, in *Transnational Env. Law*, 2020, p. 1; Lord R. CARMWATH, *Climate Change Adjudication after Paris: A Reflection*, in *28 Journal of Environmental Studies*, 2016, p. 5.

then on the dynamics of the elections. As we have seen, recently, in France, the government's decision to raise the price of carbon fossil fuels, and ultimately the price of gasoline for cars, has been stopped by huge protests led by the Yellow Vests movement⁽²²⁾.

3. — “Regulating Through Litigating”. *Tort Law Between Private and Public.*

Before getting back to climate change litigation, let me briefly consider theoretically the scopes and functions of tort law and the role it plays from a public point of view⁽²³⁾.

As it is known, tort law is that part of private law whose rules aim *in the first place* to compensate the victim of an injury (tort) for his losses. More specifically, tort law performs two functions: (a) redressing a past wrong and repairing a past harm (that is backward-looking) and (b) preventing the same wrongful conduct from happening again, through the establishing of precedents by courts (forward-looking). So, the threat of liability – as declared by a court – could well have a “risk regulation” function, as it deters future wrongful conducts and minimizes and distributes the costs of accidents. Tort law has therefore a double souls: on the one side it provides a compensation; on the other one, it deters (supposedly) wrongful behaviors⁽²⁴⁾.

At times, this deterrence effect has been strongly emphasized over the function of compensation. «*Tort law* – as it has been famously said – *is public*

⁽²²⁾ As remembered by L. BURGERS, *Should Judges Make Climate Change Law?* in *Transnational Environmental Law*, 2020, pp. 1-5.

⁽²³⁾ For a thorough current discussion, see D. PAPANANNIS, *El derecho privado como cuestión pública*, Universidad del Externado de Colombia, 2016; See also ID., *Derecho de daños, principio morales y justicia social*, Madrid-Barcelona, 2013.

⁽²⁴⁾ G.T. SCHWARZ, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, in 75 *Texas Law Rev.*, 1997, p. 1801; S. HEDLEY, *Looking Outward or Looking Inward? Obligations Scholarship in the Early 21st Century*, in A. ROBERTSON, H. WU TANG (eds.), *The Goals of Private Law*, Hart, 2009. See also, for a recent panoramic view, J. MURPHY, *The Heterogeneity of Tort Law*, in 39, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, p. 455.

law in disguise⁽²⁵⁾. But in what sense? Generally, private law theorists coming from the *Law & Economics* tradition are inclined to see tort law rules in instrumental terms, that is serving, more or less explicitly, a risk control and a risk governance function, which are clearly public goals⁽²⁶⁾. Tort law, by imposing penalties, creates incentives and disincentives. In this way it guides the behaviors of various social actors – consumers, risk-producing entities, companies, governments, and so on – and thus shapes the structure of society people live in. So, tort law can be designed in various different ways as to obtain the desired social policy goals. This mainly occurs through the activity of judges, and thus through adjudication: this is why the phenomenon is known, conceptually, as “regulation through litigation”⁽²⁷⁾. Of course, the intensity and practical relevance of litigation as a form of regulation varies

⁽²⁵⁾ L. GREEN, *Tort Law Public Law in Disguise*, in 38, *Texas L. Rev.*, 1959, p. 1.

⁽²⁶⁾ D.A. KYSAR, *The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism*, in 9, *European Journal of Risk Regulation*, 2018, p. 48; M. DYSON (ed.), *Regulating Risk through Private Law*, Cambridge, 2018; P. CANE, *Tort Law as Regulation*, in 31 *Common Law World Review*, 2002, p. 305; ID., *Rights in Private Law*, in D. NOLAN, A. ROBERTSON (eds.), *Rights and Private Law*, Hart, 2011. See also S. SHAVELL, *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, in 13 *Journal of Legal Studies*, 1984, p. 357. For early discussion of tort law in regulating environmental law, see also ID., *Using Tort Law to Enforce Environmental Regulation*, in 41, *Washburn LJ*, 2002, p. 427; A. ABELKOP, *Tort Law as an Environmental Policy Instrument*, in *Oregon Law Rev.*, 2014, p. 381. From a more theoretical viewpoint, see J.C.P. GOLDBERG, B. ZIPURSKY, *Torts as Wrongs*, in 88, *Texas Law Rev.*, 2010, p. 917; G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in 70(4) *Yale Law Journal*, 1961, p. 499; ID., *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970. In the Italian legal doctrine, see G. ALPA, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1985, IV, c. 193; S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 596.

⁽²⁷⁾ A.P. MORRIS, B. YANDLE, A. DORCHAK, *Regulation by Litigation*, Yale, 2008; T.O. MCGARITY, *Regulation and Litigation: Complementary Tool for Environmental Protection*, in 30 *Columbia J. Env. Law*, 2005, p. 371; P. LUFF, *The Political Economy of Court-Based Regulation*, in U. MATTEI, J.D. HASKELL (eds.), *Research Handbook on Political Economy and Law* (Edward Elgar, Cheltenham 2015), p. 192. However, remarking the difference between regulation and litigation (that is between *ex post* vs. *ex ante* remedies, between rule vs. standards, between courts vs. agency, and between private vs. public enforcement) see R.A. POSNER, *Regulation (Agency) Versus Litigation: An Analytical Framework*, in D.P. KESSLER, *Regulation vs. Litigation: Perspectives from Economics and Law*, University of Chicago Press, 2009, p. 11.

from jurisdiction to jurisdiction, and it is expressly recognized as a typical feature of the American legal tradition⁽²⁸⁾.

In reality, there is an important current stream of private law theorists who conceive rigorously tort law as a purely autonomous practice. According to them, the functions of private law should not be thought of by reference to external goals (such as promoting social justice, maximizing welfare and social utility, minimizing the cost of injury, and the like) but rather “internally”: tort law rules just protect personal rights and obligations according to the (Aristotelian – Kantian) idea of “corrective justice”, by which wrongdoers must return injurer to a “pre-tort” position, and nothing more⁽²⁹⁾.

However, taking position in this debate is not the purpose of my analysis. Therefore, a simpler and more practical stance will be adopted here. Indeed, regardless what the functions of tort law should be, it is hardly contestable that judicial tort law decisions have a *de facto* regulatory effect on the behaviors of non-litigants parties. The general, normative commands of tort law are made actual and concrete through litigation. This is to say that, through the resolution of a particular and specific case, courts at the same time also declare, elucidate and clarify the norms of behavior *vis a vis* the community. Courts in deciding tort law cases before them interpret both procedural requirements (jurisdictional standings, burden of proof, etc.) and define substantial standards. They analyse and articulate key concepts as foreseeability,

⁽²⁸⁾ A. KAGAN, *Adversarial Legalism*, Harvard UP, 2019 (or. ed., 2001), Ch. 6 (*Civil Justice*), at 118 («The United States more often relies on privately initiated civil litigation and judges to resolve commercial disputes, implement public policy, and enforce regulatory statutes and civil rights laws»), and Ch. 7 (*The Tort Law System*), at 147.

⁽²⁹⁾ The most famous exponent of this “purist” view is, perhaps, Ernest J. WEINRIE, *The Idea of Private Law*, Cambridge UP, 1995; ID., *Corrective Justice*, Oxford UP, 2012; ID., *Understanding Tort Law*, 23 *Va. U. Law Rev.*, 1989, p. 485; ID., *Towards a Moral Theory of Negligence Law*, in *Law and Philosophy*, 1983, p. 37; ID., *The Special Morality of Tort Law*, in 34 *McGill Law Journal*, 1989, p. 403. See also R. A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 *Journal of Legal Studies*, 1973, p. 151; J.L. Coleman, *The Structure of Tort Law*, in 97 *Yale LJ*, 1988, p. 1233; ID., *Doing Away with Tort Law*, 41 *Loyola Los Angeles Law Rev.*, 2008, p. 1149; S.R. PERRY, *The Moral Foundations of Tort Law*, in 77 *Iowa Law Rev.*, 1992, p. 449. For a general, helpful discussion of these problems, see J. GARDNER, *What is Tort Law For? The Place of Corrective Justice*, in *Law and Philosophy*, 2011, p. 1; and W. LUCY, *Philosophy of Private Law*, Oxford, 2007 (Tort Law).

reasonableness, the limits of the duty of care, the content of harm, in various different situations. These functions of “problem articulation” and “norm declaration” are extremely important in framing further legal and political discussions⁽³⁰⁾. Therefore, by relying on private choices (i.e., the choice individuals make whether to sue or not), courts clearly perform a public activity, i.e. that of generating and implementing norms that will govern future cases, and thus future actions. Private litigation has a public dimension⁽³¹⁾. Seen in this light, tort law litigation is a form a private ordering⁽³²⁾ and it can well be considered, under specific circumstances, an alternative form of social control (alternative to administrative statutes, for example).

On another note – as it has already been pointed out – courts sometimes also perform this regulatory function *indirectly*, i.e. even when a case is unsuccessful, by raising social awareness and public attention around a certain social issue. This effect is “indirect” as it is not tort law *per se*, but rather the public resonance of the litigation that plays the regulatory role⁽³³⁾. Indeed, adjudication principles establish that parties are entitled to a court response even if the case is not legally meritorious. If a certain case is accepted and discussed by a court, and simply out of this fact, then it means that a certain harm is, at least, a legitimate subject of public attention. The “Tobacco litigation” (in the United States) or the many lawsuits related to asbestos (in the UK and in Europe) clearly prove this fact: not only they have led enterprises to modify their corporate behaviors as to avoid being sued, but they also have triggered a wave of legislative modifications. As Professor Douglas Kysar notes, tobacco industry as a whole has faced more than three hundred

⁽³⁰⁾ B. EWING, D.A. KYSAR, *Prods and Pleas: Limited Government in an Era of Unlimited Harm*, in *Yale Law Journal*, 2011, p. 350.

⁽³¹⁾ S HEDLEY, *Courts as Public Authorities, Private Law as an Instrument of Government*, in K. BARKER, D. JENSEN (eds.), *Private Law. Key Encounters with Public Law*, Cambridge, 2013, p. 89. See also, for the emphasis of the “public dimension” of private law, C.V. GIABARDO, *Private Law in the Age of the Vanishing Trial*, in K. BARKER, K. FAIRWEATHER, R. GRANTHAM (eds.), *Private Law in the 21st Century*, Oxford (Hart), 2017, p. 547, but spec. p. 559.

⁽³²⁾ J.C.P. GOLDBERG, B.C. ZIPURSKY, *Accidents of the Great Society* in *64 Modern Law Rev.*, 2005, p. 364.

⁽³³⁾ A. BLOOM, *The Radiating Effects of Torts*, in *62 DePaul Law Rev.*, 2013, p. 229.

lawsuits over a period of forty years, on the dangerousness of cigarettes, without losing a single case or settling. Then, in a case, the Attorney General of Minnesota required tobacco companies to disclose all their documents, and millions of pages of documents were produced. Those documents went publicly available, became the basis of articles, policy reports, media coverage, and so on, and shaped the current negative perception of smoking, which in turn led to stringent smoking regulations around the world⁽³⁴⁾.

4. — *The “Anti-Tort” Structure of Climate Change.*

Now, let us get back to climate change. Can a plaintiff (be it an individual or a group of people, an NGO, or even a state) sue a defendant (such as, say, a major carbon producer) seeking monetary recovery or injunctive orders (e.g., an order to stop, or to further reduce, polluting activities, or to reconvert its business choices) on the basis that it is contributing to the global emission of greenhouse gas, that will result in the rise of global temperatures (or others climate adverse phenomena)? Would such a claim be justiciable? Could a major enterprise be held liable⁽³⁵⁾? And if so, on what grounds?

These questions are not imaginative. Consider the following cases. A State sues for public nuisance some big automotive companies, lamenting that, due to their emission in the air of greenhouse gases, coastal sea levels are rising (and so are public expenses linked to flood control infrastructures) and care costs for the population living within its borders are growing⁽³⁶⁾. A

⁽³⁴⁾ D.A. KYSAR, *The Public Life of Private Law*, cit., p. 9. See also A. KAGAN, *Adversarial Legalism*, cit., p. 148.

⁽³⁵⁾ J. BRUNNÉE, et al., *Climate Change Liability: Transnational Law and Practice*, Cambridge UP, 2012, p. 29.

⁽³⁶⁾ *People of the State of California v. General Motors Corp. No C06_05755* (ND Cal, 17 September 2007). See R.S. ABATE, *Automobile Emissions and Climate Change Impacts: Employing Public Nuisance Doctrine as Part of a “Global Warming Solution” in California*, in 40 *Conn. Law Rev.*, 2008, p. 591.

tiny village in a remote area of Alaska sues a group of big oil & gas companies (that are distant thousands of kilometers) for their contributions to climate change, which is causing the melting of the levels of permafrost in which the village rests upon, and asks the court that the companies will pay for the extremely high costs of relocating to a safer place⁽³⁷⁾.

All these are instances of tort-based climate change litigation, a phenomenon that poses a huge arrays of problems and intricate legal conundrums⁽³⁸⁾. Indeed, conceptually speaking, tort law and climate change seem to have very little in common. They somehow are *at odds*. While climate change affects humanity as a whole, private law is about private relations. While climate change is public, in the sense that the need of its mitigation transcends private interests, tort law is about two or more individuals who act in the pursuit of their own interests. Professor Douglas Kysar of Yale Law School, in a path-breaking article dedicated to the interplays between tort law and climate change (titled “*What Climate Change Can Do for Tort Law?*”) identifies many factors of tort law doctrine that cannot be easily conceptualized as to fit climate change goals and that, therefore, are quite ineffective for deterring climate harms. Those factors can be reduced (a) to the impressive scale of the subjects both causing the harm and suffering the losses, (b) to the ubiquity and diffusion of climate harm (that can happen everywhere and at every time), and (c) to the probabilistic correlation between the wrongful behavior and the harm⁽³⁹⁾. For these reasons, as he writes, climate change possesses an “anti-tort” structure⁽⁴⁰⁾.

His idea is that the conceptual simplicity of tort law is unsuitable to address all the scale and complexities of climate change. Basically, current tort law still revolves around the idea of a harm caused by a person to another, and that this situation requires to be addressed. Tort law is therefore deep-

⁽³⁷⁾ *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*, 696 F.3d 849 (9th Cir. 2012).

⁽³⁸⁾ D. GROSSMAN, *Warming Up to a Not-So-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation*, in 28 *Columbia J. Env. Law*, 2003, p. 1.

⁽³⁹⁾ D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, in 41, *Env. Law*, 2011, p. 1.

⁽⁴⁰⁾ D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, cit., p. 8.

ly marked by classical liberal ideas both in terms of individualism and in term of a “mechanistic” image of causation⁽⁴¹⁾. The liberal structure of tort law is still essentially dyadic: “A” wrongfully and directly causes a harm to “B”, where A and B are two subjects, atomistic, who must have a particular connection: they somehow *de facto* belong to the same community, context, place and time⁽⁴²⁾. Theirs is, at best, an occasional life encounter. Their connection should not be *too remote*. A and B are simply people who came into contact, and the first caused a damage to the second.

In contrast, in climate change there are plenty of wrongdoers (i.e., green gas houses emitters) and at the same time plenty of damaged, potentially all the humanity in its entirety. From a purely scientific perspective, everyone is responsible towards everyone, no matter how distant *in place* (this is the “transnationalism” of climate change: a heavily polluting corporation may well be responsible, in part, for damages happened on the opposite side of the world⁽⁴³⁾) and *in time* (climate harm could reveal itself decades, or even centuries, after the conduct). The emission of greenhouse gases does not impact directly a specific property or people; the gases disperse into the atmosphere and contribute to the rise in temperature on earth, which, in turn, causes a net of complex and unforeseeable weather events, such as heat waves, hurricanes, sea level rise, loss of biodiversity, disease spreading, and the like, and that are likely to damage properties, infrastructures, economy, and human health, and whose general effects might become visible even century after the emission⁽⁴⁴⁾. So, what kind of *harm* should be protected?

⁽⁴¹⁾ D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, cit., p. 6.

⁽⁴²⁾ B.C. ZIPURSKY, *Foreseeability in Breach, Duty, and Proximate Cause*, in 44 *Wake Forest Law Rev.*, 2009, p. 1247.

⁽⁴³⁾ *Native Village of Kivalina*, cit.; see also D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, cit., p. 27. Generally, see M. BYERS, F. KELSEY, A. GAGE, *The Internationalization of Climate Damages Litigation*, in 7 *Washington Journal of Environmental Law & Policy*, 2017, p. 264; J. PEEL, J. LIN, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*, in 113 *American Journal of International Law*, 2019, p. 679.

⁽⁴⁴⁾ R.K. CRAIG, *Adapting to Climate Change: The Potential Role of State Common-Law Public Trust Doctrines*, in 34 *Vermont Law Rev.*, 2010, p. 809.

5. — “*Injury to All is Injury to None*”? Reflections on Negligence and Duty of Care in Climate Change.

Simply put, what tort law does is to require people to behave reasonably (i.e., not negligently) as to avoid probable and foreseeable negative consequences. This embodies the “moral” core of the duty of care, which represents what we owe to each other as members of society⁽⁴⁵⁾. In order to conceive a *climate tort*, we should therefore argue that we all owe to each other a “climate duty of care”, in the sense that we should not act negligently in causing a climate harm⁽⁴⁶⁾. In order for this to be possible we should imagine an existent and enforceable, constitutional, or human, personal right (to which everyone of us is entitled) to a climate system «capable of sustaining human life»⁽⁴⁷⁾, with the consequence that any behavior that causes an harm to that right calls for a compensation. But even in this scenario, how can this “climate negligence” be conceptualized? In other words, how can this duty be breached? Or, if we want to translate the very same problem in Italian terms (i.e., adopting the terminology of the art. 2043 of the Italian Civil Code) what constitutes, in climate change, an unjust harm (*danno ingiusto*)?

Scientifically, data are available. If we adopt this perspective, the content of our duty of care in climate change and its breaching is thus just a matter of calculus. It suffices to take the total amount of greenhouse gases that can be emitted in a given period of time to have a reasonable probability to stay at 2 degree Celsius above the current temperatures and divide it equally among the world population⁽⁴⁸⁾. What we will obtain is an individual annual

⁽⁴⁵⁾ For discussion in the American legal context, see D.A. ESPER, G.C. KEATING, *Abusing “Duty”*, in 79 *South. Cal. Law Rev.*, 2006, p. 265; J.C.P. GOLDBERG, *The Life of the Law*, in 51 *Stanford Law Rev.*, 1999, p. 1419. For the theoretical framework, see D. PAPAYANNIS, *La práctica del alterum non laedere*, in 41, *Isonomia*, 2014, p. 19.

⁽⁴⁶⁾ For interesting discussions, see D. HUNTER, J. SALZMAN, *Negligence in the Air: The Duty of Care in Climate Change Litigation*, 155 *U. Penn. Law Rev.*, 2007, p. 1741.

⁽⁴⁷⁾ To use the words employed by the defendants in the case *Juliana vs United States* (see *supra*).

⁽⁴⁸⁾ D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, cit., p. 10.

budget, a per-person emission allowance above which our behaviors might be considered unlawful. The consequences are paradoxical. Even taking a flight or driving a car instead of walking for short distances scientifically causes a damage, with the consequence that the very basic freedoms of liberal societies will be impaired. Simply, that means that the vast majority of the world population (billions of people) is currently breaching climate change duties of care, including probably the plaintiff himself, who is contributing to cause the damage he is asking the damages for⁽⁴⁹⁾. This would render the feasibility of this rigorous doctrine impossible to pursue. If our behaviors technically cause injury to all, then they causes injury to none⁽⁵⁰⁾.

6. — *Who is Causing Climate Harm? A Tort Law Perspective.*

These reflections lead to consider the causation of climate harm, that is possibly the most significant challenge climate change litigation plaintiffs have to face before a court. In climate change tort law causation is always, at best, conceptualized in probabilistic terms⁽⁵¹⁾. Indeed, the main problem about the connection between any individual climate-related harm and a particular defendant's emission is the extraordinary number of greenhouse gas emitters. Even if the human, anthropogenic contribution to a single, specific adverse atmospheric or climatic event (say, a hurricane) would not

⁽⁴⁹⁾ With great clarity, D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, cit., p. 11 («To put the guidelines in perspective, consider the following activities, each of which in the United States would consume approximately one ton from an individual's annual emissions budget: driving a standard passenger vehicle for ten weeks, consuming household energy in an average single family home for four weeks, or flying roundtrip from New York City to San Francisco. Obviously, then, much of the world's population is currently in violation of the duty of ordinary climate care, at least when that duty is defined according to our best scientific estimates of the aggregate global emissions levels»).

⁽⁵⁰⁾ B.C. MANK, *Standing and Global Warming: Is Injury to All Injury to None?*, in 35 *Env. Law*, 2005, p. 1. For early discussion, E.M. PENALVER, *Acts of God or Toxic Torts? Applying Tort Principles to the Problem of Climate Change*, in 38, *Natural Resources Journal*, 1998, p. 563.

⁽⁵¹⁾ For the theoretical analysis of probabilistic causation in tort law, see D. PAPAYANNIS, *Probabilistic Causation in Efficiency-Based Liability Judgments*, in 20, *Legal Theory*, 2014, p. 210.

be contested, the causations are so diffuse that it is almost impossible to disaggregate them in any helpful ways. Theoretically, emissions are simply too small to cause any differences⁽⁵²⁾. That makes it almost impossible to quantify one's contributions. It is the combination that counts. In climate change tort law litigation, then, the classical "but-for" test for establishing causation is highly ineffective. If without my behavior the adverse event would have occurred *anyway*, then I am not liable for it (this is the "consequentialist alibi", as Kysar puts it⁽⁵³⁾).

Perhaps, a way to overcome these problems is the possibility to sue directly states and nations for permitting greenhouse emission activities, and thus for failing to adequately protect the environment, under the tort law doctrine. They are sued not for causing climate harm directly, but for failing to adopt a stricter legislation of greenhouse gas emitters. But even in this scenario is unlikely that climate change as a whole would not have occurred without the contribution of a single state – even if we are dealing with a large emitter, such as the United States, or China. This was precisely one of the arguments the State of The Netherlands spent in the case *Urgenda* (see *supra*). The Netherlands claimed that the state was only a minor contribution to climate change in the world economy and its responsibility was limited to a small share of global emissions. The Court responded not only that The Netherlands is subjected to its own obligations regardless to what other states do, but also that each state should be held responsible for their share. But we should also be aware that the *Urgenda* decision is an exception in the climate change litigation, and that generally courts have proved rather conservative in declaring the causation link.

An intelligent way to overcome these problems is the suggestion to apply not the "but for" test but rather the "market share" liability doctrine to allocate damages⁽⁵⁴⁾. According to this doctrine, courts will be able to

⁽⁵²⁾ D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, cit., p. 35.

⁽⁵³⁾ D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, loc. cit.

⁽⁵⁴⁾ D.J. GRIMM, *Global Warming and Market Share Liability: A Proposed Model for Allocating Tort Damage Among CO2 Producers*, in 32 *Columbia J. Env. Law*, 2007, p. 209; K.B. MAAG, *Note, Climate Change Litigation: Drawing Lines to Avoid Strict, Joint, and Several Liability*, 98, *Georgetown*

quantify the proportional contribution to climate change according to the defendant's portion of market, rather than to its direct or probabilistic causal responsibility. So, plaintiffs could seek remedy by carefully selecting the defendants among the highest-emitting companies of the world, whose single emissions constitute a substantial factor in causing global warming. Scientifically, it is indeed proven that a relatively small group of extra-large emitters (so-called "Carbon Majors") is responsible alone for the two third of the anthropogenic carbon emissions. So, theoretically speaking, it would be perfectly possible to conceive a successful action brought against this group as a whole, or against some of its most powerful members⁽⁵⁵⁾.

This is the path that seems to be actually undertaken.

In the recent case *Llinhya against RWE* (Germany's largest electricity producer), a Peruvian farmer sued for damage the German company as its contribution to climate change is allegedly causing the melting of a mountain glacier in Perù that threatens the inhabitants security of the inhabitants. The plaintiff claimed that as RWE is (scientifically) responsible for the 0,47 per cent of all global emissions of greenhouses gases, and carbon dioxide in particular, it should pay the correspondent amount of money⁽⁵⁶⁾. Even though the German court dismissed the action, the reasoning remains appealing.

The same line of thought underlines the case recently brought to the public attention by *Milieudefensie*, an environmental NGO based in The Netherlands. *Milieudefensie*, together with more than seventeen thousand co-plaintiff and other six organizations, has sued Shell – one the biggest oil companies in the world and the biggest in The Netherlands – for its share of responsibility in causing climate change⁽⁵⁷⁾. The letter initially sent to Shell states that its business model poses a threat to the global environment and makes it more difficult to meet the objectives of the Paris Agreement. As

Law Journal, 2009, p. 185; D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, cit., p. 37.

⁽⁵⁵⁾ S. HSU, *A Realistic Evaluation of Climate Change Litigation Through the Lens of a Hypothetical Lawsuit*, in *U Colorado Law Rev.*, 2008, p. 13.

⁽⁵⁶⁾ A. NOLLKAEMPER, L. BURGERS, *A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court in the Urgenda Case*, available online at ejiltalk.org.

⁽⁵⁷⁾ Climatecasechart.com.

Shell is responsible alone of the 1 per cent of the global emissions of greenhouse gases, it has a legally enforceable “social” duty of care of taking urgent climate actions (e.g., by stopping to invest billions of dollars in oil and gas and other highly polluting fossil fuels). Therefore, the plaintiffs ask the court to issue an injunctive order towards Shell requiring it to immediately reduce its emissions to at least 45 per cent by 2030 – which will likely entail a complete overturning of Shell’s business model and societal structure.

Also, this year, in 2020, a proceeding before the Nanterre District Court in France is being initiated by the NGO *Notre Affaire à Tous*, together with other non-profit organizations and even local authorities (in and out the borders of France, such as La Possession, on Réunion island, in the Indian Ocean, and the town of Sevran, in the north of Paris) against the oil and gas giant French company Total, to force it to undertake climate action as to align itself with the Paris Agreement’s goals and to mitigate the risks associated with climate change⁽⁵⁸⁾. The court case has already been supported by more than 2 million people in an online petition.

Are courts legitimized to do this? Has the judiciary got the power to impose a redefinition of companies’ targets and priorities arguing on the basis of climate harm? Are courts equipped to take decisions on crucial companies, operating a cost/benefit analysis? In a world marked by the imminent climate catastrophe, these developments represent a serious attempt that merits our attention as legal scholars.

7. — *Conclusion.*

Climate change has a *legally disruptive* effect⁽⁵⁹⁾. As, perhaps, the greatest threat humanity is called to face so far and the most complex ones in many respects (scientifically, socially, politically, economically), climate change has

⁽⁵⁸⁾ See, for a brief description, *climatecasechart.com*.

⁽⁵⁹⁾ E. FISHER, E. SCOTFORD, E. BARRITT, *The Legally Disruptive Nature of Climate Change*, in *Modern Law Review*, 2017, p. 173.

a destabilizing effect on traditional legal doctrines and on the concepts of the law⁽⁶⁰⁾. This is due to the difficulty – and probably the inutility – of “squeezing” climate change challenges into traditional “legal boxes”. No legal domain will be exempt from this transformation: human rights law, competition law, tax law, corporate and insurance law, international law, and the prevailing notions of our legal mind, such as the separation of powers, the boundaries between private and public law, etc., all need to be re-thought as to fit the new climate situation.

In that scenario, tort law makes no exception. The imagination of an enforceable right to a stable climate, a right that earth temperatures *should not rise* due to human causes, the creation of a corresponding duty to “take care” of our climate, as a part of the larger duty of care we owe to each other as members of human society, and the configuration of causation in probabilistic terms, and so on, are just instances of the wider transformation tort law is undergoing to meet the expectations and new exigencies of people. As Douglas Kysar put it bluntly, «*tort law will be forced to adapt or perish, much like life itself in a warming world*»⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ R.H. WEAVER, D.A. KYSAR, *Courting Disaster. Climate Change and the Adjudication of Catastrophe*, in *Notre Dame Law Rev.*, 2017, pp. 295-296.

⁽⁶¹⁾ D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do for Tort Law?*, cit., p. 7.

GIADA GIACOMINI^(*)

INDIGENOUS PEOPLES AND CLIMATE CHANGE:
THE YANESHA PEOPLE'S CASE FROM
A PARTICIPATORY JUSTICE PERSPECTIVE

Abstract: This paper analyses the main results of the fieldwork conducted by the author for the purposes of determining the impacts of climate change in traditionally living Yanéscha communities of the Palcazu, Peru. It gives an overview of the relationship between the Yanéscha people and their sacred territory before delving into the data gathered during the fieldwork carried out in November 2018. It concludes by linking the Yanéscha people's case to the broader issue of climate justice, arguing that Indigenous peoples' participatory rights should be at the centre of a fair and inclusive international and national climate governance regime that recognizes both their vulnerability and their role as agents of environmental conservation.

Nosotros necesitaríamos hacer reforestaciones. Creo que esto es la base de alguna manera para combatir este cambio. La deforestación es masiva y el desconocimiento de la gente sobre este. A mí me gustaría reforestar. Pero necesitamos algunos proyectos de ayuda. Ese es lo que más requerimos (Representative of the Yanéscha community in Shiringamazu, November 2018).

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Fieldwork methodology. – 3. The sacred landscape. – 4. Climate change in the Palcazu: implications for Yanéscha communities. – 5. Discussion: decolonizing Indigenous participatory rights in climate governance. – 6. Concluding remarks.

1. — *Introduction.*

Climate change is already impacting the lives of vulnerable people around the globe. These impacts are particularly significant for traditionally living Indigenous communities, who rely on the preservation of the environment and its natural resources for their survival.

Climate disasters are increasingly resulting in diminishing crop yields,

^(*) Sapienza Università di Roma.

change of rainfall patterns and resource scarcity, just to mention few of the effects⁽¹⁾. Moreover, it has been estimated that climate change will increase by 100 million the worldwide number of people living in poverty by 2030, while climate disasters will exacerbate inequality and diminish economic growth⁽²⁾. Indigenous peoples already make up 15% of the poorest of the poor, even though they represent 5% of the global population⁽³⁾. Crucially, the dramatic impacts of climate change on Indigenous peoples raise important questions of justice and ethics, primarily because they are carrying the burden of a phenomenon they did not contribute in causing because of their sustainable lifestyle. But Indigenous peoples are not just to be considered as victims to the effects of climate change. On the contrary, their ancestral knowledge and practices contribute in preserving forests, reducing emissions and conserving biodiversity⁽⁴⁾.

Secondly, the lack of fair, equitable and meaningful participation of Indigenous peoples in national and international climate governance is one symptom of a broader governance problem that relates to the misrecognition of Indigenous peoples as powerful agents of change⁽⁵⁾. Misrecognition of Indigenous cultures and exclusion of Indigenous peoples' groups and alliances in international and national talks has led to imbalances of power and apathy in addressing the problem of climate change⁽⁶⁾.

(1) S. HALLEGATTE, M. BANGALORE, L. BONZANIGO, et al., *Shock waves: managing the impacts of climate change on poverty*, Climate Change and Development Series, Washington DC, World Bank, 2016.

(2) World Bank website, available at worldbank.org.

(3) World Bank, *Implementation of operational directive 4.20 on indigenous peoples: an independent desk review*, Washington DC, 2003.

(4) L. ETCHART, *The role of indigenous peoples in combating climate change*, Palgrave Commun 3, 17085, 2017.

(5) A.A. DOOLITTLE, *The Politics of Indigeneity Indigenous Strategies for Inclusion in Climate Change Negotiations*, Conservation & Society, Vol. 8, No. 4 (2010), pp. 286-291.

(6) C. COMBERTI, T.F. THORNTON, M. KORODIMOU, M. MEGHAN SHEA, K. OLE RIAMIT, *Adaptation and Resilience at the Margins: Addressing Indigenous Peoples' Marginalization at International Climate Negotiations*, Environment: Science and Policy for Sustainable Development, 2019.

Therefore, the present paper serves a twofold purpose. First, it aims at sharing the results of the fieldwork investigation that the author conducted in the Peruvian Amazon in order to understand the impacts of climate change in Yanesha communities of the Palcazu district. After delving into the fieldwork methodology, the paper addresses the role of the landscape and the environment in the cosmivision of the Yanesha communities. Such understanding is paramount because on the one hand, it helps us in shifting our westernized conception of the environment to a more holistic appreciation for nature, and, on the other hand, it gives us a context that will ultimately help to frame the meaning of climate change impacts in Yanesha communities. As will be further discussed below, the investigation in the Amazon was based on the perceptions of climate change in Yanesha communities based on their Traditional Knowledge (TK) and not westernized scientific measurements. This is because the Yanesha have inhabited their ancestral lands since immemorial time. Therefore, their knowledge of the territory and its meteorological manifestations should be deemed relevant in determining the climate change impacts in the area.

TK is: «(...) the knowledge that we're born with, that we've inherited, that we contribute to in our lifetime and pass on to future generations. Its whole function is survival and the development of a culture, of a people»⁽⁷⁾.

Second, the paper argues that, despite the fact that Indigenous TK is increasingly being recognized as a valid source of knowledge in climate change and environmental governance, and can help States reach their climate targets, there is still a lack of meaningful participation and recognition of Indigenous peoples in national and international governance. The use of Indigenous TK should follow criteria of ethics and justice that promote respect of Indigenous peoples' rights and legal entitlement to territories prior to the appropriation of their knowledge for scientific or academic purposes.

The paper argues that the Peruvian Climate Change Law Framework and its Regulation, adopted in 2019 after an extensive consultation with

⁽⁷⁾ Aohra Mead, Maori Leader, quoted in the exhibition *The Genetic Revolution*, 2006, website tepapa.govt.nz.

Indigenous peoples could constitute an example of this fair and inclusive approach, granting Indigenous peoples an essential role in the drafting of national adaptation and mitigation policies.

Overall, this paper seeks to give voice to the Yanasha people who are being affected by climate change notwithstanding their traditional, low-emissions lifestyle. It also seeks to highlight the issues of justice that are inherent to Indigenous participation within climate governance, calling for the need to re-think and redress the historical marginalisation and subjugation of Indigenous peoples in order to achieve their meaningful inclusion across different levels of decision-making.

2. — *Fieldwork Methodology.*

The hypothesis of my research project is framed as «Indigenous peoples living in the Amazon area in Peru, despite their minimal contribution to global greenhouse gases emissions, are being impacted by the negative effects of climate change. This constitutes a case of climate injustice». Such type of research follows the sociological *explicative model*, which traditionally leads to an explicative structure of the phenomena analysed. In other words, this model clarifies the given empirical conditions through existing theories⁽⁸⁾. In practice, the result of the research can be simply framed as a confirmation of the interdependence between the variables “Indigenous peoples” and “climate injustice”. The causal relationship between the two variables elucidates the general proposition asserting the connection and frequent dependence between the fact of “belonging to an Indigenous community” and “being affected by climate injustice”. Thus, a research framed in this sense can be defined as a *verification* of the given hypothesis⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ G. STATERA, *Manuale di sociologia scientifica*, Collana di Scienze Sociali, Edizioni Seam, 2002, p. 319.

⁽⁹⁾ G. STATERA, *Manuale di sociologia scientifica*, loc. cit.

As a method to verify my initial hypothesis, I decided to get in contact with traditional Indigenous communities which belong to the Yanesha ethnic group, also known as Amuesha, politically organized in the FECONAYA federation since 1981. The Yanesha hold legal title on territories since the 1970s, when the *Ley de Comunidades Nativas* was enacted⁽¹⁰⁾. I decided to use interviews framed as dialogues as a mean of engaging with Yanesha representatives. There are several reasons why I chose this method. First, for practical reasons. It would have been problematic to administer written questionnaires with closed answers. Indeed, the last available data regarding the literacy rates among Yanesha people affirms that almost 10% cannot read or write⁽¹¹⁾. Therefore, an oral interaction might have been the most appropriate mean of collecting information. Secondly, I was more interested in an approach to research based on dialogue and active listening to the words of people I met. This is because the purpose of the fieldwork was to collect information grounded on the representatives' perceptions of climate change based on their ancestral knowledge, and not framed in Western scientific terms. Although the anthropological approach of engaging with people's stories as a means of understanding their culture and reality is not widely accepted in legal research, I firmly believe that in an Indigenous traditional context this is the right path to follow⁽¹²⁾.

In engaging directly with Yanesha people, my aim was to understand their lived experience of climate change and the meaning they make of such experience, gaining access to the community's understanding of the environment. Before getting to the point of being introduced to the communities, I completed an extensive literature research to get to know their history and customs. Few academic authors have dedicated their research to the Yanesha people, while there is no specific demographic information

⁽¹⁰⁾ C. CAMINHA DE SOUZA RIBEIRO, *Ponaseñets: los Yanesha en transformación – Endoeconomía y mercado global*, Espaço Ameríndio, Porto Alegre, 2014, v. 8, n. 2, pp. 127-151.

⁽¹¹⁾ The last available data on the alphabetization of Yanesha communities dates to the 2007. See also: INEI, Censos Nacionales 2007, Resumen Ejecutivo, available at inei.gob.pe.

⁽¹²⁾ I. SEIDMAN, *Interviewing as Qualitative Research: A Guide for Researchers in Education and the Social Sciences*, 3rd ed., Teachers College Press, New York, 2006.

about the communities⁽¹³⁾. The only demographic and anthropologic statistics accessible are those represented by the Peruvian database of Indigenous peoples⁽¹⁴⁾, the INEI database⁽¹⁵⁾ and the Oxapampa district website⁽¹⁶⁾. This lack of information, confirmed by the researcher with whom I have worked in Peru, Mabel Lopez Cruz, constituted a challenge for the determination of the best way of interaction. Therefore, the interview modalities I used were aimed at establishing a human relationship and having a dialogue with open-ended questions, where the Indigenous TK of the environment would be at the centre of our interaction.

For the purposes of the present investigation, it was desirable to get in contact with Yanéscha representatives in their day-to-day context. In fact, people's behaviour and narratives become meaningful and understandable when placed in the very context of their lives⁽¹⁷⁾. Of course, this approach presents risks and challenges. For example, I believe that no matter how researchers call themselves – investigators, students, visitors – we are entering delicate ecosystems where people live in a totally different way compared to the societies of the Global North. For this reason, collaborating with

⁽¹³⁾ For example, see R. SMITH, *Where Our Ancestors Once Tread: Amuesha Territoriality and Sacred Landscape in the Andean Amazon of Central Peru*, in C. GROS, MC. STIGLER (eds.), *Être Indien dans les Amériques Spoliations et résistance – Mobilisations ethniques et politiques du multiculturalisme*, Institut des Amériques and l'HEAL-CREDAL l'Université Paris III, Paris, 2006, pp. 69-84.

⁽¹⁴⁾ Base de datos pueblos indígenas originarios, at bdpi.cultura.gob.pe.

⁽¹⁵⁾ INEI, Censos nacionales 2017, at censos2017.inei.gob.pe. The INEI database does not offer specific information regarding Yanéscha people. It is possible, by selecting the filter «por su costumbres y su antepasados usted se considera» and the filter “región Pasco”, where Yanéscha communities live, to have the statistics of people who consider themselves as Quechua/Aymara; Amazon native; Other indigenous origin; afroperuvian/afrodescendant; white; mixed; other. According to the INEI database, more than 10,000 individuals in the Pasco region consider themselves as Amazonian native. By applying the filter “lengua con el que aprendió hablar”, the 0.55% of people (485 individuals) living in the region learnt Yanéscha as first language.

⁽¹⁶⁾ Municipalidad Provincial de Oxapampa, at peru.gob.pe.

⁽¹⁷⁾ I. SEIDMAN, *Interviewing as Qualitative Research: A Guide for Researchers in Education and the Social Sciences*, loc. cit.

an NGO that has worked for many years in the communities has helped me in establishing a human relationship with the people I got to know. I have shared meals with Yanesha families, which constituted an integrative behaviour. It helped me in building the human relationship and trust I was looking for in my experience in the Amazon.

Access to the Yanesha communities was made possible thanks to Chirapaq, the Peruvian Indigenous NGO that appointed me as Visiting Researcher in October and November 2018. Chirapaq concluded a cooperation agreement with FECONAYA, with the aim of fostering the development of local communities and the empowerment of Yanesha women⁽¹⁸⁾. I joined Mabel in the context of a project geared towards women empowerment, participating in meetings with Yanesha leaders⁽¹⁹⁾. Thus, participants in the research were chosen within the context of this project. Otherwise, the realization of the research would not have been possible, since the area is of problematic access and it would have been extremely difficult to reach the communities alone – meaning, without being introduced by a person they trusted, and without knowing the road and where to find the community leaders.

I have visited communities located in: San Pedro, Santo Domingo, Santa Rosa de Pichanaz, Nueva Aldea, Loma Linda – Laguna, Shiringamazú and its three sectors (San Luis, Progreso and Pueblo Libre), Siete de Junio – Villa America, Santa Rosa de Chuchurras and Buenos Aires. I have interviewed a total of 12 community leaders. Each visit lasted about one and a half hour. I mainly listened in silence during Mabel's work, until I was kindly invited to join the conversation and asked the leaders if they were willing to take part in the investigation. I deemed satisfactory the information gathered from these interviews after the 12th. First, because they constituted a sufficient quantitative sample (few communities of the Palcazu area were not encountered, for example Alto Agarto)⁽²⁰⁾. Secondly, the answers were

⁽¹⁸⁾ Chirapaq, *Chirapaq y el pueblo yanesha ratifican alianza*, 2018, available at chirapaq.org.pe.

⁽¹⁹⁾ Chirapaq, *Yanesha women revive traditional dyeing with innovative designs*, at chirapaq.org.pe.

⁽²⁰⁾ A full list of communities is available on the Oxapampa province website, at peru.gob.pe.

quite homogeneous and consistent, and information tended to be repetitive, demonstrating that the impacts of climate change in the area were felt in the same way by different communities.

Interviews/dialogues with open-ended questions followed this pattern: Mabel introduced me to the Yanéscha representatives, explaining why I came there, my job at the university and my research areas. After this introduction, I reiterated my research purposes, explained the format of the interviews, how the data would be collected and managed, and informed them about the anonymity of their answers and that the audio files would be deleted once the interviews were transcribed⁽²¹⁾. Interviews were lasting 15-20 minutes, depending on the length of their answers. Mabel was sometimes acting as participant in the dialogues. Given her knowledge of the territory and Yanéscha customs, I found her intervention appropriate and an important help in framing the dialogue with Yanéscha leaders.

Finally, the data was managed first by transcribing the interviews. Punctuation was added in order to re-create the verbal material. The next step was paraphrasing and translating concepts into English, by summarizing the words of the participants and labelling the different concepts expressed, for example “climate change effects”, “consequences”, “governmental actions in relation to the problems expressed”. The third step was analysing and exercising judgment about what was significant in the transcripts for the ends of the research. Finally, the data was organized in tables.

The fieldwork in the Amazon has confirmed that Indigenous communities are taking on the burden of climate change consequences despite their environmentally sustainable lifestyles. This study allowed me to outline the present climate change impacts in the area and the significance they have for Yanéscha communities. Such study can contribute in the advocacy for Yanéscha people’s rights, highlighting the need for adaptation and mitigation policies.

⁽²¹⁾ For further information on the interview format, please find a fac-simile in G. GIACOMINI, *Indigenous peoples and climate change: addressing environmental injustice* (PhD thesis), La Sapienza, Roma, 2020.

3. — *The sacred landscape.*

Yanesha people have inhabited their ancestral territories since immemorial time. Traditionally, they have been dwelling mainly in the mountainous area of the Palcazu region. However, several communities have been relocated in the “lower” part of the Palcazu Valley due to colonisation and investments in the area⁽²²⁾. At the moment, they inhabit the districts of Chanchamayo (Junín), Oxapampa (Pasco) y Puerto Inca (Huánuco). Even though in traditional colonial literature they are regarded as Amazonian communities, the significant research of the anthropologist Richard Chase Smith has demonstrated that, on the contrary, they are closely related to the Andean cultures. In the documentary *RROMUEPATTSRO: Mapeando el mundo histórico-cultural de los Yanesha, Perú*, Chase Smith and the Chief Espiritu Bautista show, thanks to decades of fieldwork in the ancestral territories, how closely related Yanesha people were to the surrounding territory from the Andes to the Pacific Ocean⁽²³⁾.

The official statistics of the Peruvian government report around 12.000 members as pertaining to the Yanesha community – although around 7000 of them are resident in their ancestral territories⁽²⁴⁾. Because of the migration to the cities and their closeness with inhabited centres such as Iscozacín, nowadays they are at risk of cultural and linguistic losses in a logic of adaptation to more westernized customs⁽²⁵⁾. This process of loss of Yanesha culture manifests, for example, with changes in clothing

⁽²²⁾ There are two main inhabited areas in the Palcazu valley, one defined as “lower” – characterized by tropical forests and subtropical transition areas – and the other defined as “higher” – characterised by high altitude subtropical forests. See: C. VALADEAU, *Catégorisation des plantes et des entités étiologiques chez les Yanesha (piémont amazonien du Pérou)*, Bulletin de l’Institut français d’études andines, 41 (2) 2012.

⁽²³⁾ Instituto del Bien Común, *RROMUEPATTSRO: Mapeando el mundo histórico-cultural de los Yanesha, Perú*, 2010, at youtube.com.

⁽²⁴⁾ Ministerio de cultura de Peru – Base de datos pueblos indígenas, at bdpi.cultura.gob.pe.

⁽²⁵⁾ Chirapaq, *El pueblo Yanesha en el tiempo*, Chirapaq Centro de Culturas Indígenas del Peru, 2019.

preferences, relegating the use of the *cushma*, the traditional robe, only in traditional ceremonies and official meetings⁽²⁶⁾.

According to Chase Smith and Granero, the Yaneshas were related to other ancestral people in the Amazon and Andean area before the arrival of the Spanish⁽²⁷⁾. Such connection was demonstrated through the comparative study between the ancient Yanesha and Andean mythology and tales, and by linguistic studies that witnessed the use of common words in Yanesha and other Andean languages⁽²⁸⁾. The first ethnographic documents mentioning the Yanesha date back to the 16th century, when the first Christian missions entered the territory⁽²⁹⁾. While the purpose of this paper is not to give a comprehensive historical review of the events that took place in the Yanesha territories – which has been extensively documented by the above-mentioned authors – it is important to mention that the Yanesha have not suffered a consistent and systematic dislocation compared to other peoples subject to colonization processes⁽³⁰⁾. In fact, even if in the Nineteenth century the affluence of European and Andean colonizers provoked the relocation of Yanesha communities towards the Iscozacín and Pachitea basins, they were able to maintain their close cultural relationship and practices with the ancestral territory⁽³¹⁾.

The consideration of such complex relationship is paramount if we wish to understand the importance of the sacred territories in Yanesha culture. The multifaceted traditional environmental knowledge, which has been

⁽²⁶⁾ F. SANTOS-GRANERO, *Hybrid Bodyscapes A Visual History of Yanesha Patterns of Cultural Change*, Current Anthropology, Vol. 50, No. 4, University of Chicago, 2009.

⁽²⁷⁾ R. CHASE SMITH, *Donde nuestros ancestros tal vez caminaron. Territorialidad y lugares sagrados Amuesha en la Amazonia Andina del Perú central*, Être Indien dans les Amériques. Spoliations et résistance – Mobilisations ethniques et politiques du multiculturalisme: une perspective comparative. Coloquio internacional de la Universidad de Paris III – Nueva Sorbona, Organizado por Iheal-Credal, Cec, Opea y Cervepas, December 2004; and F. SANTOS GRANERO, *Los yanesha*, in F. SANTOS GRANERO, F. FREDERICA BARCLAY (eds.), *Guía etnográfica de la Alta Amazonia*, Vol. IV, Lima, Smithsonian Tropical Research Institute, IFEA, pp. 159-360.

⁽²⁸⁾ R. CHASE SMITH, *Donde nuestros ancestros tal vez caminaron*, loc. cit.

⁽²⁹⁾ F. SANTOS GRANERO, *Los yanesha*, loc. cit.

⁽³⁰⁾ R. CHASE SMITH, *Donde nuestros ancestros tal vez caminaron*, loc. cit.

⁽³¹⁾ *Ibid.*

orally transmitted through the centuries and combines mythology, medicine and rituals, makes the Yaneshas one of the main contributors in witnessing how climate change is impacting their ancestral territories. But before delving into the perceptions of Yaneshas people in relation to climate change impacts in the Amazon, it is necessary to understand how Yaneshas perceive their sacred landscape, which is completely different from the westernized, positivistic conception of the environment as a mere resource that serves different purposes. In fact, in environmental law and governance forests are usually conceived as providers of “ecosystem services”⁽³²⁾, such as in the case of the highly criticized Reducing Emission from Deforestation and Forest Degradation (REDD) programmes⁽³³⁾. In Indigenous views, forests are much more than an easy way to provide ecosystems services or amass carbon credits. They represent a source of biodiversity and oxygen and they can represent homes, source of food, water and shelter for Indigenous and local communities. Not only are forests crucial for the reproduction of Indigenous peoples’ traditional livelihoods, but they are also fundamental for their cultural practices and religious beliefs.

Understanding the narratives that Indigenous communities have developed around the environment is key to appreciating their conception of natural resources, as this is holistically entrenched holistically in their culture and spirituality⁽³⁴⁾. Only after having gained this understanding we can dis-

⁽³²⁾ For an account of the critics to the concept of “ecosystem services”, refer to M. SCHROTER, E. VAN DER ZANDEN, A.P.E. VAN OUDENHOVEN, R.P. REMME, H.M. SERNA-CHAVEZ, R.S. DE GROOT, P. OPDAM, *Ecosystem Services as a Contested Concept: A Synthesis of Critique and Counter-Arguments*, Conservation Letters, 7(6), 514-523, 2014.

⁽³³⁾ The question of avoided deforestation as a commodification of forests for carbon credits was reintroduced, after the initial exclusion from the Clean Development Mechanism in favour of afforestation and reforestation measures, by the Coalition for Rainforest Nations. It posed great emphasis on the economic opportunity deriving from the conservation of forests and their proposal was reiterated by various state and non-state actors such as the World Bank Group and Norway. See also: B. STEPHAN, *Bringing discourse to the market: the commodification of avoided deforestation*, Environmental Politics, 21:4, 621-639, 2012.

⁽³⁴⁾ NJ. REO, *The Importance of Belief Systems in Traditional Ecological Knowledge Initiatives*, in *The International Indigenous Policy Journal*, 2(4), 2011.

cern the different threats that climate change poses for traditionally living communities.

Yaneshas perceive their ancestral lands in a holistic manner, whereas geographical space is understood as a continuum with human beings. For example, in Yanesha traditional medicine, plants that are used to cure illnesses and aches are considered far more than pharmacological objects⁽³⁵⁾. They are deemed as hidden, invisible human beings embodied in the forms of plants since immemorial times. In Yanesha cosmology, humans were transformed due to the willing of the gods to serve human needs⁽³⁶⁾. In this sense, human beings and plants are considered as different manifestations of life in a mutually reinforcing relationship⁽³⁷⁾. Therefore, the medicinal practices in Yanesha culture reflect the interconnection between plants, humans and diseases. These last are interpreted as a manifestation of an etiological agent which has caused the sickness, aimed at creating physical trouble to a specific person⁽³⁸⁾.

Such deep interconnection with natural elements makes Yanesha's forest management well-known for being totally sustainable and respectful of the environment. This can be clearly explained if we consider that in Yanesha mythology the geographical space is interpreted as a "sacred landscape"⁽³⁹⁾. The ancestral territories are embedded with historical and cultural significance, as the geographical space is where ancestors disappeared or hid, becoming natural elements such as mountains and rivers. The Yaneshas still conserve an extensive body of oral literature that narrates the or-

⁽³⁵⁾ C. VALADEAU, J. ALBAN CASTILLO, M. SAUVAING, A. FRANCIS LORES, G. BOURDY, *The rainbow hurts my skin: Medicinal concepts and plants uses among the Yanesha (Amuesha), an Amazonian Peruvian ethnic group*, in *Journal of Ethnopharmacology*, 127, 2010, pp. 175-192.

⁽³⁶⁾ F.S. GRANERO, *Writing history into the landscape: space, myth, and ritual in contemporary Amazonia*, in *American Ethnologist*, 25 (2), 1998, pp. 128-148.

⁽³⁷⁾ C. VALADEAU, *Catégorisation des plantes et des entités étiologiques chez les Yanesha*, loc. cit.

⁽³⁸⁾ C. VALADEAU, J. ALBAN CASTILLO, M. SAUVAING, A. FRANCIS LORES, G. BOURDY, *The rainbow hurts my skin: Medicinal concepts and plants uses among the Yanesha (Amuesha), an Amazonian Peruvian ethnic group*, loc. cit.

⁽³⁹⁾ F.S. GRANERO, *Writing history into the landscape: space, myth, and ritual in contemporary Amazonia*, loc. cit.

igin of the natural landscapes. Such narratives have been documented in the above-mentioned documentary *RROMUEPATTSRO: Mapeando el mundo histórico-cultural de los Yanesha, Perú*, and in other audio-visual productions distributed by the Instituto del Bien Común⁽⁴⁰⁾.

Since the 1970s, thanks to Geographic Information System (GIS) technology, it has been possible to track and document the geographical sites that, according to the Yanesha mythology, were directly related to their powerful ancestors. For example, it is narrated that the Yanesha ancestor Yato' Pap hid inside a big mountain above the Paucartambo river. It is believed that from there, he still looks after his grandchildren, the shamans⁽⁴¹⁾. The mapping of the Yanesha territory evidenced the existence of more than 2000 geographical, historical and natural resources sites⁽⁴²⁾. Such georeferencing demonstrates the importance of the landscape and ancestral territories in Yanesha culture. The collective memory of the Yaneshas contributes in renewing the importance of sacred ancestral territories through rituals, songs and narrations, as the traditional iconography is deeply embedded into the Amazonian and Andean landscapes.

This profound reverence for natural and geographical elements is reflected in the traditional management of forests and natural resources typical of the Yanesha people. When visiting the *chacras* ("fields") where Yanesha people grow cocoa, cotton, yuca and other plants, it is almost impossible to realize that the land has been modified by human actions. This is because the ancestral cultivation practices of the Yanesha prescribe a total respect for the natural environment without altering the landscape⁽⁴³⁾. This ancient way of producing food and other resources is nowadays defined as agrofor-

⁽⁴⁰⁾ Instituto del Bien Común, *Where Our Ancestors Once Tread Mapping the Historical-Cultural Space of the Yanesha People*. A four-part film series, at ethnovisions.net.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*

⁽⁴²⁾ R. CHASE SMITH, *Donde nuestros ancestros tal vez caminaron*, loc. cit.

⁽⁴³⁾ Visit Pro Naturaleza website for information on Yanesha traditional cultivations, at pronaturaleza.org, or watch the documentary *Producción de Cacao en Sistemas Agroforestales en Palcazu, Perú*, youtube.com for a documentary on the sustainable production of cocoa in Yanesha communities.

estry⁽⁴⁴⁾, and it is being promoted in the Palcazu area to contrast the colonial practices of monoculture which have triggered soil degradation and high rates of deforestation⁽⁴⁵⁾.

This complex system of ancient ecological knowledge and the profound relationship that Yanesha people have with their ancestral lands and territory is an element that constantly emerged during my visits to the communities. But if, on the one hand, it is important to promote and encourage ancestral Indigenous practices that contribute to the enhancement of environmental conservation, on the other hand we should be aware of the threats that are endangering the survival of such ancient traditions. Climate change can be considered one such threat, especially for Indigenous communities living in Peru. Therefore, it is important to document the current climate change impacts in the communities. The next section is dedicated to such documentation in traditionally living Yanesha Indigenous communities.

4. — *Climate change in the Palcazu: implications for Yanesha communities.*

My field research aimed at investigating which impacts of climate change are significant for Yanesha communities, and how they are perceiving such changes from their unique TK perspective⁽⁴⁶⁾. The impacts and implications of climate change constitute a manifestation of environmental injustice, because, as demonstrated in the previous section, their lifestyle and livelihoods are environmentally sustainable. In fact, the Yaneshas did not significantly contribute to global greenhouse gas emissions, whilst they are suffering the repercussions of climate change consequences which have negative implications for their everyday life.

⁽⁴⁴⁾ R. MILLER, P.K. NAIR, *Indigenous Agroforestry Systems in Amazonia: From Prehistory to Today*, in *Agroforestry Systems*, 66, 2006.

⁽⁴⁵⁾ For a full account on the deforestation and colonial practices in the Palcazu: Ministerio del Ambiente del Peru, *Análisis económico de las actividades causantes de la deforestación en Pichis-Palcazú*, 2011.

⁽⁴⁶⁾ Please refer back to the “Fieldwork methodology” section.

In the general context, Peru is one of the world's most affected countries in terms of climate change effects: 67% of its environmental disasters are related to its impacts⁽⁴⁷⁾. In the first half of 2017, floods and mudslides left a toll of 28,784 victims, 38,382 homes destroyed, and 43,718 hectares of lost crops⁽⁴⁸⁾. Peru is globally ranked as the third country at risk of climate change disasters and second in the Latin American ranking⁽⁴⁹⁾. In addition, it is the South American country that experiences the highest level of water scarcity: 70% of its population resides in the desertic coastal region where only 2% of water is found⁽⁵⁰⁾. In this area, the river runoff is crucial and it is due to the Andes' yearly glacial melt⁽⁵¹⁾. Moreover, Peru is characterized by very high rates of socioenvironmental conflicts, that would likely be mutually reinforced by the climate change impacts described⁽⁵²⁾. Out of the 169 conflicts reported in December 2017, 120 were of socio-environmental nature⁽⁵³⁾. For example, in the areas of Challhuahuacho, Haquira, and Mara a state of emergency has been declared since August 2017⁽⁵⁴⁾. Climate change effects are likely to exacerbate this kind of conflicts and those related to the lack of natural resources.

In terms of forests, Peru is the country with the largest area occupied by the Amazon forest after Brazil. But large areas of forest are threatened by ongoing deforestation and soil degradation: in the years 2001-2016, almost 2 million of hectares were lost⁽⁵⁵⁾, with the most affected area m being Ucay-

⁽⁴⁷⁾ See generally Peruvian Ministry of the Environment website at *minam.gob.pe*.

⁽⁴⁸⁾ P. JACQUELIN-ANDERSEN, *The Indigenous World 2018*, International Work Group for Indigenous Affairs, Copenhagen, 2018, p. 166.

⁽⁴⁹⁾ N. BROOKS, W. NEIL ADGER, *Country level risk measures of climate-related natural disasters and implications for adaptation to climate change*, Tyndall Centre for Climate Change Research, Working Paper 26, January 2003.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁵¹⁾ *Idem.*

⁽⁵²⁾ Defensoría del Pueblo. *Reporte de Conflictos Sociales No. 168*, 2018.

⁽⁵³⁾ P. JACQUELIN-ANDERSEN, *The Indigenous World 2018*, loc. cit.

⁽⁵⁴⁾ *Ibid.*

⁽⁵⁵⁾ See generally: Peruvian Ministry of the Environment website at *bosques.gob.pe*.

ali⁽⁵⁶⁾. Forests in Peru are also devastated by illegal mining, which provokes deforestation and mercury contamination in the soils⁽⁵⁷⁾. Deforestation is one of the leading causes of climate change and if its trends remain unaltered, the consequences will be devastating for both people and the environment.

This section witnesses how climate change is impacting Yanesha communities living in the Amazon forest with data collected on field. During my stay in the Peruvian amazon, I have visited 9 communities and completed a total of 12 interviews – although I prefer to refer to them as “dialogues” – with Yanesha representatives. I was concerned with understanding how communities are coping with climate change and if the government is interested in helping them in the adaptation process.

The dialogues, as outlined in the methodology section, resulted in a free and relaxed process, and I was happy to listen to all they felt comfortable in sharing with me. However, throughout our dialogues I followed a specific pattern based on the following list of questions⁽⁵⁸⁾: 1) Is your community perceiving a change in the climate? If yes, since when?; 2) What are the consequences of these changes in your community’s life?; 3) Is the quantity of the food you can produce decreasing? 4) Have you registered an increase in the mortality of animals?; 5) Have you registered an increase in illnesses?; 6) How is the community adapting to climate change?; 7) Is the government or the region helping your community?

Each Yanesha representative interviewed has affirmed that the climate and the meteorological conditions have consistently changed in the last ten years. They do not have knowledge about the causes that led to this increase in temperature, but they have a very clear perception of the changes that are occurring in their territories. Their traditional livelihoods are deeply dependent on the regularity of seasons since they rely on agriculture, fishing and breeding.

⁽⁵⁶⁾ P. JACQUELIN-ANDERSEN, *The Indigenous World 2018*, cit., p. 168.

⁽⁵⁷⁾ Y. SIERRA PRAELI, *Deforestación por minería ilegal alcanza niveles históricos en Perú*, February 2019, available at es.mongabay.com.

⁽⁵⁸⁾ Transcriptions of the interviews are found in G. GIACOMINI, *Indigenous peoples and climate change: addressing environmental injustice*, cit.

Native communities have a clear perception of the changes that are occurring in seasonal patterns, frequency of rain and daytime temperature.

The first effect that they perceive is the increase in temperature during the warm season. They have affirmed that the sun is burning their skins and it is impossible to work in their *chacras* after 11^{am} – while before it was not like this, they could work all day without problems. The diminution of hours worked in the *chacras* has a direct consequence on the production of food, which, of course, is decreasing.

The second climate modification that they perceive is the changing in the rainfall pattern, which causes abrupt temperature changes. They affirmed that when it rains it becomes suddenly cold and people in their communities – especially children – have been suffering many diseases such as high temperature, cough, diarrhoea and cold. They affirmed that before it was not like this and they could better control the appearance of these illnesses. Also, the changes in temperature have been causing illness and death among their livestock which, in turn, has led to a decrease of the food available (mainly poultry and eggs). The increased rainfall causes major troubles in an area that is normally afflicted by floods in the raining season – normally, when rivers grow, it can become impossible to use the road, as it would be flooded; as a result, the area cannot be accessed from Iscozacín or other villages. Their cultivations often get rotten or develop illnesses because of the excessive rain, leading to a further decrease of the food stocks and of the cotton plants available.

Finally, several Yanéscha representatives have reported a change in the so-called *indicadores* (indicators). In the Palcazu area and, in general, in the areas where Yanéscha communities live, the consideration of seasonal indicators is important when tracking current environmental changes. The characteristics of the different seasons were, until recently, easily acknowledged by the Yanéschas. The two main seasons traditionally recognized in the annual cycle are the dry season (*charo*) and raining season (*huapo*)⁽⁵⁹⁾. However, the

⁽⁵⁹⁾ C. VALADEAU, *Cambio ambiental y chamanización de las nuevas prácticas religiosas entre los yánéscha (piedemonte peruano)*, [En línea], 47 (3) | 2018, in *Bulletin de l'Institut Français d'Études Andines*, 2018.

seasons and the meteorological events are no longer respecting the traditional patterns, while the *indicadores* that determined the different productive activities in the Yanéscha communities are changing as well. The indicators are, for example, the singing of certain birds which normally announce the beginning of the dry season, or the animal sounds from the forest which mark the right time for hunting. Such indicators are nowadays not working like before. According to the Yanéschas, it is like the animals are not behaving according to the meteorological seasons⁽⁶⁰⁾.

In another part of our conversation, I asked how communities are coping with these changes. Some representatives answered me that they are selecting the plants that better survive the rain, isolating those that caught some illnesses, burying them in deep holes in the ground. Buenos Aires community is currently restoring traditional aquaculture in order to have better access to food.

All people interviewed have affirmed that nobody from the government or the region is helping them to face these changes. Chirapaq, they told, is the only organization that is helping them through small development projects. However, they expressed that there is an ongoing governmental conservation project in the area, which involves them directly. The Forest Programme of the Ministry of the Environment (MINAM) is operative in the Oxapampa province and the Palcazu area since July 2017⁽⁶¹⁾. The programme aims at conserving forests through the direct involvement of Yanéscha Indigenous communities. A total of 293 families located in Alto Iscozacín, Buenos Aires, Santa Rosa de Pichanaz, Shiringamazú y Santa Rosa de Chuchurras are receiving economic incentives (67.800 soles in 2017) for the conservation of 6,780 hectares of forest – which makes 10 soles (around 2 pounds) for an hectare⁽⁶²⁾. This lack of fair compensation has been criticised by some the Yanéscha representatives I interviewed. Although

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁶¹⁾ See Peruvian Forest Programme in Oxapampa Province, available at MINAM website: bosques.gob.pe.

⁽⁶²⁾ *Ibid.*

the conservation of the forests, respect for nature and preservation of biodiversity is inherent to their culture, some representatives of the Yanéscha communities believe that the economic compensation is not adequate⁽⁶³⁾. In fact, the colonization of the area that occurred after the construction of the road and the contact with villages such as Iscozacín, has brought them new necessities that did not exist before, like buying sugar, salt and clothes. Availability of money is becoming nowadays essential in Yanéscha communities, but there are very few opportunities for them to gain it.

The Yanéscha people case is not isolated. On the contrary, many Indigenous peoples all over the world, from Antarctica to Australia, are being negatively impacted by climate change. In the worst-case scenario, traditionally living communities are at risk of loss and culture and identity, relocation and food scarcity due to the permanent modification of the environmental conditions⁽⁶⁴⁾. The next section interprets this phenomenon in the light of a justice perspective, with the ultimate aim of advancing a possible solution based on participatory and inclusive governance built on a non-anthropological conception of environmental law.

5. — *Discussion: decolonizing Indigenous participatory rights in climate governance.*

In light of the considerations expressed in the previous sections, Indigenous peoples are increasingly being recognized by international and national law and institutions as extremely vulnerable to climate change impacts, even

⁽⁶³⁾ Such compensation is yearly around 10 Peruvian soles for each hectare of forest.

⁽⁶⁴⁾ International and national climate litigation cases are progressively being brought by Indigenous peoples before tribunals under these premises. See also: IACmHR. *The Arctic Athabaskan Council, Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada*, 2018; *Petition To The Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief From Violations Resulting from Global Warming Caused By Acts and Omissions of the United States*, 2005; Un Human Rights Committee, *Petition of Torres Strait Islanders to the United Nations Human Rights Committee Alleging Violations Stemming from Australia's Inaction on Climate Change*, 2019.

though they contributed in a limited manner to global greenhouse gas emissions⁽⁶⁵⁾. This vulnerability is due to a variety of particular conditions that draw upon the characteristics of Indigenous peoples' traditional livelihoods such as their special connection and dependence on natural resources⁽⁶⁶⁾. In relation to climate change, vulnerability is generally understood as an integrated manner that not only takes into account environmental and geographical hazards, but also economic, social and cultural impacts⁽⁶⁷⁾.

According to the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), «[v]ulnerability refers to the propensity of exposed elements such as human beings, their livelihoods, and assets to suffer adverse effects when impacted by hazardous events»⁽⁶⁸⁾. Thus, in considering the physical realities of climate change, we should also rely on the characteristics of the system exposed in order to determine the vulnerability of the people who inhabit such system. In the case here represented, the Yanésa people can be considered vulnerable since climate change is altering at a fast pace the delicate ecosystem of the Amazon, on which they rely for their livelihood.

In addition, as demonstrated in this paper, Indigenous peoples' traditional livelihoods, employment and subsistence are based on the preservation of forests and related natural resources⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁵⁾ United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues: *Backgrounder: Climate change and indigenous peoples*, UNPFII, at *un.org*.

⁽⁶⁶⁾ R. MEARNS, A. NORTON (eds.). *Social dimensions of climate change: equity and vulnerability in a warming world*, New Frontiers of Social Policy, Washington DC, World Bank, 2010, pp. 1-44.

⁽⁶⁷⁾ World Food Programme, *Vulnerability Analysis and Mapping: A Tentative Methodology*, 2004, at: *proventionconsortium.org*.

⁽⁶⁸⁾ O.D. CARDONA, M.K. VAN AALST, J.M. BIRKMAN, G. FORDHAM, R. MCGREGOR, R.S. PEREZ, E. PULWARTY, L.F. SCHIPPER, B.T. SINH, *Determinants of risk: exposure and vulnerability*, in *Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change Adaptation*, IPCC, 2012; C.B. FIELD, V. BARROS, T.F. STOCKER, D. QIN, D.J. DOKKEN, K.L. EBI, M.D. MASTRANDREA, K.J. MACH, G.-K. PLATTNER, S.K. ALLEN, M. TIGNOR, P.M. MIDGLEY (eds.), *A Special Report of Working Groups I and II of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*, Cambridge University Press, Cambridge, UK – New York, NY, USA, 2012, pp. 65-108.

⁽⁶⁹⁾ Over 1.6 billion – including more than 2000 indigenous cultures – are dependent on forests for their survivals. See Sustainable Development Goals website, available at *sustainabledevelopment.un.org*.

In the case of the Yanasha people the fieldwork has evidenced that, despite they are engaging in a forest conservation project established by the government, at present they are not receiving any aid to cope with the impacts of climate change that are affecting their lives. This constitutes a relevant example of climate injustice because: on the one hand their TK is considered useful for conservation of forests which, in turns, helps Peru reaching its climate goals, on the other hand, the necessities of the Yanasha people are ignored by governmental institutions, which leaves them to deal with adaptation and mitigation strategies.

If governments tend to rely on Indigenous TK, this does not automatically translate into a valid recognition of the interlinkage between the environment and Indigenous identity – despite the acknowledgement made by international instruments such as the Convention on Biological Diversity (CBD) and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). The special, intimate connection between Indigenous peoples and the environment has been largely ignored in the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) processes⁽⁷⁰⁾. Indigenous views and claims have been barely considered in the shaping of international climate change agreements. One need only to think about the indifference within international fora of the statements made in the Anchorage Declaration, the outcome document of the Indigenous Peoples Global Summit on Climate Change⁽⁷¹⁾. Similarly, no international treaty recognizes the importance of the respect for Mother Nature that, for Indigenous peoples, should be at the centre of environmental policies⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁷¹⁾ Indigenous Peoples Global Summit on Climate Change, *The Anchorage Declaration*, 24 April 2009, at *unfccc.int*.

⁽⁷²⁾ The Anchorage Declaration, adopted at the 2009 Indigenous Summit on Climate Change, contains an appeal to «an immediate end to the destruction and desecration of the elements of life». They also called for a drastic reduction in the emissions (45% compared to the 1990 levels by 2020, and 95% by 2050), and also to recognize the importance of traditional knowledge in the global fight against climate change. Indigenous peoples also called for the instauration of better participation mechanisms in the decision-making bodies of the UNFCCC and for the cease of “false solutions” to climate change that are nega-

The inadequate recognition of the relationship between environment and human capabilities, the perpetration of ecosystems destruction and the related consequences on Indigenous peoples' lives, together with the lack of participation of native communities in climate change governance, are at the core of climate justice issues. The development of a theory of climate justice should then take into consideration the recognition, participation and cooperation with Indigenous peoples and other groups as fundamental to achieve a true global climate governance. The double-sided consideration of Indigenous peoples in climate governance, both as vulnerable collectivities and as holders of valuable TK, should foster practises of democratic and inclusive participation. A theory of climate justice should follow principles of equity in distributing the burdens of climate change adaptation and mitigation costs, freedom of peoples to make choices that maximize their capabilities, rebuilding the damaged historical relationship between global North and South and social and political processes of recognition and participation⁽⁷³⁾.

At a first glance, it may appear as a positive fact that Indigenous TK, essential in biodiversity conservation, is increasingly being recognized as a key to combat climate change. Native communities' culture, beliefs and religion are indeed deemed relevant factors in environmental protection and therefore could extensively contribute in the development of adaptation strategies. The Paris Agreement⁽⁷⁴⁾ and the Cancun Agreement⁽⁷⁵⁾ recognize the importance of TK systems, customary law and beliefs, which are deeply embedded and connected to the natural environment.

Indigenous ways to interact with the ecosystems are unique and they could provide an important added value to climate mitigation. The IPCC has recognised this aspect in its Fifth assessment report, which states that

tively impacting their rights, such as agrofuels and market-based mechanism. See generally: Indigenous Peoples' Global Summit on Climate Change, *The Anchorage Declaration*, 2009.

⁽⁷³⁾ R.E. DUNLAP, R. BRULLE, *Climate Change and Society: Sociological Perspectives*, Oxford University Press, 2015, pp. 127-163.

⁽⁷⁴⁾ Paris Agreement, Article 5.

⁽⁷⁵⁾ Cancun Agreement, Article 12.

«Indigenous, local, and traditional forms of knowledge are a major resource for adapting to climate change (...). Natural resource dependent communities, including Indigenous peoples, have a long history of adapting to highly variable and changing social and ecological conditions»⁽⁷⁶⁾.

At the moment, Indigenous initiatives for climate change adaptation and biodiversity conservation are being implemented at the national level in a variety of countries, demonstrating that native communities play an essential part in sustainable agricultural practices, food security and inclusive development, such as in the case of the conservation project in the Yanasha reserve⁽⁷⁷⁾.

In addition, preservation of Indigenous TK systems is considered essential because of its positive contribution to sustainable development, since Indigenous communities generally rely on sustainable and traditional management of resources and ecosystems⁽⁷⁸⁾. Sustainable harvesting, traditional livestock keeping and fishing, gathering and collecting of fruit and natural medicines are able to minimize the emissions while simultaneously conserving biodiversity⁽⁷⁹⁾. Furthermore, it has been proved that granting the

⁽⁷⁶⁾ J. FORD, L. CAMERON, J. RUBIS, M. MAILLET, D. NAKASHIMA, A. WILLOX, T. PEARCE, *Including Indigenous Knowledge and Experience in IPCC Assessment Reports*, in *Nature Climate Change* 6, No. 4, 2016, pp. 349-353.

⁽⁷⁷⁾ For example, biodiversity conservation and climate adaptation initiatives are being implemented in the Peruvian Andes where Quechua communities are managing the Potato Park aimed at restoring the region potatoes biodiversity, following their customary laws and knowledge. In South Africa, in 2008, traditional livestock keepers, adopted the Declaration of Livestock Keepers Rights, which recognises the importance of biodiversity conservation for the sustainable use of traditional breeds. Traditional knowledge helped to prevent an environmental disaster in 2004, when Moken people in Myanmar recognized the signs of an incoming tsunami and moved their village to a higher ground, avoiding death. See generally: B. TOBIN, *Bridging the Nagoya Compliance Gap: the Fundamental Role of Customary Law in the Protection of Indigenous Peoples' Resources and Knowledge Rights*, 9/2 Law, Environment and Development Journal, 2013.

⁽⁷⁸⁾ ILO, *Indigenous peoples and climate change: from victims to change agents through decent work*, International Labour Office, Gender, Equality and Diversity Branch, Geneva, 2017, pp. 23-29.

⁽⁷⁹⁾ *Ibid.*

management of forests to Indigenous peoples by securing their land rights contributes to lowering consistently the GHGs emission levels⁽⁸⁰⁾. But this sustainable management is deeply entrenched in their belief system, which endows nature with intrinsic, spiritual rather than economic value.

Although we have instances in international law with instruments that prescribe and facilitate participation of Indigenous peoples, such as the CBD, and in national law, there is a significant difference between the weight of different stakeholders in negotiations. For example, Indigenous peoples' representatives might need to confront States, corporations and other actors in structures that ignore power imbalances that exist within the very decision-making systems⁽⁸¹⁾.

Meaningful participation of Indigenous peoples in climate governance should then be part of a broader decolonization process, which cannot be separated from an actual respect of their right to self-determination, as described by the UNDRIP⁽⁸²⁾, and from the actual control over their territory through instruments such as legal entitlement to ancestral lands and respect of the right to Free Prior and Informed Consent⁽⁸³⁾. Recovery of indigenous right to self-determination and control over their national territories are crucial elements of a decolonization of Indigenous peoples' participatory rights in climate governance.

The recognition of Indigenous TK should never be seen as a utilitarian tool, as a resource to be plundered in order to reach our goals, whether they

⁽⁸⁰⁾ C. STEVENS, R. WINTERBOTTOM, K. REYTA, et al., *Securing rights, combating climate change: how strengthening community forest rights mitigates climate change*, Washington DC, World Resources Institute, 2014.

⁽⁸¹⁾ M. NTONA, M. SCHROEDER, *Regulating oceanic imaginaries: the legal construction of space, identities, relations and epistemological hierarchies within marine spatial planning*, Maritime study, 2020.

⁽⁸²⁾ Article 3.

⁽⁸³⁾ For an instance, Yanesha communities have been legally entitled to their territories since the 1970s thanks to the efforts of the FECONAYA federation, while they have been protagonists of the FPIC processes "Plan Maestro de la Reserva Comunal El Sira 2015-2019", and "Reserva Comunal Yanesha". See also Ministerio de Cultura de Perú, at consultaprevia.cultura.gob.pe.

are scientific or academic⁽⁸⁴⁾. A meaningful recognition of Indigenous peoples as relevant stakeholders in climate governance implies a total re-thinking of existing power structures, in a logic of decolonisation and redress of historical injustices⁽⁸⁵⁾. Engaging in this anti-colonial strategies would mean not only recognizing TK as a way for Indigenous peoples to participate in climate governance, but also to invert the dreadful trend of a new colonisation era in Indigenous territories, represented mainly by certain governmental strategies aimed at dismantling ancestral reserves in the name of mining and development projects⁽⁸⁶⁾.

Participatory governance, as prescribed by national and international instruments, can only work if, in the negotiating arena, all stakeholders can exert a similar influence. If Indigenous peoples' rights and legal entitlement to their ancestral territories keep being denied by predatory governments and corporations, there cannot be a fair and ethical participation. Therefore, a decolonisation of international practices is needed to avoid the risk of misappropriation of Indigenous TK to serve our climate goals.

Recent Peruvian legislation might provide a good example of this inclusive, transparent and effective participatory approach to climate governance. The Peruvian government has approved in April 2018 the Climate Change Framework Act (in Spanish, *Ley Marco sobre Cambio Climático*). This Act has the objective of integrating climate change planification in the three levels of government – legislative, judicial, executive – promoting the inclusion of adaptation and mitigation measures in development planning, investments

⁽⁸⁴⁾ B. FIKRET, *Sacred Ecology: Traditional Ecological Knowledge and Resource Management*, Taylor and Francis, Philadelphia, 1999.

⁽⁸⁵⁾ LR. SIMPSON, *Anticolonial Strategies for the Recovery and Maintenance of Indigenous Knowledge*, in *American Indian Quarterly*, 28, No. 3/4, Special Issue: *The Recovery of Indigenous Knowledge* (Summer-Autumn, 2004), pp. 373-384.

⁽⁸⁶⁾ For instance, see Bolsonaro's politics in the Amazon: L. FERRANTE, P. FEARNESIDE, *Brazil's new president and 'ruralists' threaten Amazonia's environment, traditional peoples and the global climate*, *Environmental Conservation*, 46(4), 261-263, 2019; or the indiscriminate killing of environmental and human rights defenders: according to the UNEP, *164 environmental defenders were killed in 2018*, at unenvironment.org.

and governmental management⁽⁸⁷⁾. It also establishes a multisectoral competence framework, where each public entity at national, subnational and regional level should define and report actions undertaken for adaptation and mitigation⁽⁸⁸⁾.

Indigenous peoples are key actors in this process, as the objective of the Act is to involve and promote capacity building of actors from public and private environment in developing governmental strategies against climate change⁽⁸⁹⁾. The Act establishes general requirements for the development and implementation of climate change policies with a particular focus on Indigenous peoples both as agents of change and beneficiaries of adaptation and mitigation funds⁽⁹⁰⁾. Indigenous TK and alternative views concerning harmonic development strategies that respect nature should be incorporated into the design and implementation of climate change strategies⁽⁹¹⁾. They are also recognized as important stakeholders in the conservation of forests and in the reduction of emissions derived from forest degradation⁽⁹²⁾. Inclusion of Indigenous TK and alternative views should be done through a transparent, participative and inclusive process that aims at respecting nature while implementing adaptation and mitigation strategies⁽⁹³⁾.

A more detailed operationalization of the Act is contained in the *Reglamento que aprueba la Ley Marco sobre Cambio Climático* (Regulation approving the Climate Change Law Framework)⁽⁹⁴⁾. The Regulation aims at setting norms for the practical application of the Act, among which the obligation for the State to consult with Indigenous peoples according to the International

⁽⁸⁷⁾ See generally MINAM website: *minam.gob.pe*.

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*

⁽⁸⁹⁾ Congreso de la Republica, Ley N. 30754, *Ley Marco sobre Cambio Climático*, Article 2 section 2.2.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, Articles 3 and 4.

⁽⁹²⁾ *Ibid.*, Article 17.

⁽⁹³⁾ *Ibid.*, Articles 4 and 17.

⁽⁹⁴⁾ Peruvian Government, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30754, *Ley Marco sobre Cambio Climático*, at *busquedas.elperuano.pe*.

Labour Convention 169. It contains several norms aimed at regulating the relationship between the State and Indigenous peoples, among which an obligation for the State to guarantee the participation of Indigenous peoples in determining the State's climate policies⁽⁹⁵⁾. Furthermore, it recognizes as an "enabling condition" all actions that guarantee the legal entitlement of lands and territories and foster the collective rights of Indigenous peoples⁽⁹⁶⁾. The recognition of the interlinkage between the necessity of protecting Indigenous rights to their ancestral lands is paramount in relation to the realization of a meaningful and inclusive governance, as previously stated in this paper. In addition, the Regulation invokes the creation of a *Plataforma de pueblos indígenas para enfrentar el cambio climático* (Indigenous peoples platform to address climate change) to foster knowledge exchange and to share practices that contribute in the management of climate impacts⁽⁹⁷⁾. Finally, it aims at promoting the participation of Indigenous peoples in international and national climate funds⁽⁹⁸⁾. This norm is particularly significant as it might be considered as an attempt to redress the problem of the exclusion of Indigenous peoples in negotiations, whereas the excessive state-centred (or corporate-centred) discussion models have prevented a real inclusion of Indigenous views in climate policies.

6. — *Concluding remarks.*

In practice, a rightful and correct participation of Indigenous peoples in global and local climate governance should take into consideration the essential difference between the Westernized conception of nature as a "resource" and the Indigenous philosophies that see nature as a prima-

⁽⁹⁵⁾ Article 17 "Obligación de garantizar la participación de los pueblos indígenas u originarios".

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*

⁽⁹⁷⁾ Disposiciones complementarias finales, decima segunda.

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*, decima tercera.

ry life-giver⁽⁹⁹⁾. The enhancement of Indigenous peoples' participatory rights should entail recognition and revaluation of TK, not as a mere instrument to reach climate goals, but as a mean to respect and safeguard Indigenous peoples' culture. However, this is far from being a straightforward and risk-free process. It would need to entail a cognizant and systematic attempt to revalue what has been denigrated and denied for centuries – Indigenous peoples' rights and the validity of their knowledge⁽¹⁰⁰⁾. It involves the challenging of powerful institutions that have systematically dismissed and subjected alternative knowledge to the westernized, positivistic science, in the name of an assimilationist and paternalistic approach to Indigenous cultures⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁹⁾ NJ. REO, *The Importance of Belief Systems in Traditional Ecological Knowledge Initiatives*, in *The International Indigenous Policy Journal*, 2(4), 2011.

⁽¹⁰⁰⁾ AW. WAZIYATAWIN, *Introduction: Indigenous Knowledge Recovery Is Indigenous Empowerment*, in *American Indian Quarterly*, 28, No. 3/4, 2004: 359-372

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*

SABRINA BRIZIOLI^(*)

SHIFTING VARIABLES IN REGULATING GENETIC RESOURCES: DEFINITION, LEGAL *STATUS* AND ACCESS

Abstract: This paper aims to investigate the implementation of Access and Benefit-Sharing (ABS) regimes by examining their key elements, i.e. the notion of ‘genetic resources’, their *legal status* and the concept of ‘access’. The study will tackle the loopholes and inconsistencies of ABS rules, as stem from the inclusion of digital information sequences, and attention will mainly be paid to the topic of dematerialisation of genetic resources and its relationship with the instances for the recognition of the right to seeds. The author concludes by noting that the debate is still in its infancy, but the importance of food security should leave considerable room for the engagement of peasants in the ‘sustainable management’, even with regard to data and digital sequence information. In conclusion it is stressed that ABS regimes should pursue fundamental objectives of sustainable use of genetic resources and contribute to human rights such as right to food and health.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. A closer look at the notion of genetic resources. – 2.1. Defining genetic resources. – 2.2. Derivatives. – 3. The *legal status* of genetic resources. – 4. Access: the notion within and outside the Nagoya Protocol. – 4.1. The Tragedy of the Anti-commons and the specialized FAO regime for access to plant genetic resources for food and agriculture. – 5. The temporal scope of the Nagoya Protocol. – 6. Loopholes and controversial questions. – 6.1. Genetic resources and digital sequence information. – 6.2. Open access, bounded openness and enclosure 3.0. – 7. Conclusions.

1. — *Introduction.*

This paper deals with the implementation of Access and Benefit-Sharing (ABS) regimes by examining their key elements, namely the notion of ‘genetic resources’, their legal status and the concept of ‘access’. Indeed, the application of said regimes is particularly challenging if these features are not correctly defined and understood.

^(*) Università degli Studi di Perugia.

Genetic resources should be considered building blocks of life: they are the basis for improvement of agricultural crops and, today, they are incorporated in the value chain that leads to the production of many goods to meet emerging demands resulting from changing socioeconomic conditions (such as population growth, intensive agricultural production systems and spreading of new diseases)⁽¹⁾.

Despite the uses and global flow of the genetic materials, there is still lack of clarity concerning the subject matter as actually covered by international agreements and domestic ABS legislations. Notably, the question of what constitutes genetic resources, i.e. the object of access measures, has not been fully addressed. This definition issue is directly linked to the implementation and improvement of international and national legal regimes for said resources. Notwithstanding that the cardinal notion of sovereignty over natural resources is firmly established in international law⁽²⁾, it is still highly problematic for States to exercise their power to regulate access to genetic resources⁽³⁾. Moreover, 'access' itself is a vague formula generating a number of questions and concerns: what is exactly meant by 'access'? And what are the rights and duties of States as subjects of international law, in relation to the acquisition of the genetic resources?

In this context, this paper firstly aims to provide an interpretation of the notion of 'genetic resources', examining its emergence within international treaties (notably the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol) and implementing legislations. Secondly, it will briefly explore the historical development of genetic resources' *legal status*, to then move to the new emerging challenges related to access. Thirdly, the last sections will tackle gaps and deficiencies as far as the elements previously described are

⁽¹⁾ Commission On Genetic Resources For Food And Agriculture, *ABS Elements. Elements to Facilitate Domestic Implementation of Access and Benefit-Sharing for Different Subsectors of Genetic Resources for Food and Agriculture*, FAO, Rome, 2016, p. 7, available at fao.org.

⁽²⁾ M. GESTRI, *La gestione delle risorse naturali d'interesse generale per la comunità internazionale*, Torino, 1996, p. 67.

⁽³⁾ In the present chapter the term 'State' is used in its meaning under international law, i.e. State as a subject of international law.

concerned. They will discuss the practical implications of a narrow or extensive understanding of the definition 'genetic resources', the fragmented exercise of sovereign rights over them and the loopholes and unresolved questions in ABS procedures.

2. — *A closer look at the notion of genetic resources.*

The notion of 'genetic resources' is at the very core of ABS mechanisms, whose effectiveness largely depends on its meaning. As a practical matter, it is fundamental for providers and users to be aware of which materials can be owned, controlled and transferred under applicable domestic and international regimes⁽⁴⁾. Furthermore, the understanding of genetic resources can directly influence what is meant by 'utilisation' of genetic material as covered by international and domestic legislations.

As noted by Schei and Tvedt: «Since the potential value and the level of knowledge regarding the functionality in biology change, the wording of the legally binding definition suggests being dynamic in the sense that it captures the evolving knowledge and (...) all biological material will be covered by this definition when its use captures either the actual or the potential value of the hereditary elements»⁽⁵⁾.

The term 'resource' conveys the idea of something naturally occurring within States' jurisdiction, which may be used and manufactured along the industrial value chain to increase national wealth. There are, however, several examples of different ways in which the notion 'genetic resources' has been used in international arenas, prior to and after the Convention on Biological Diversity and as a consequence of the evolving scientific knowledge and technological advances. One should note that the definition 'genetic

⁽⁴⁾ See W. TVEDT, T. YOUNG, *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, IUCN, Gland-Bonn, 2007, p. 53.

⁽⁵⁾ See J.P. SCHEI, W. TVEDT, *Genetic Resources in the CBD: the Wording, the Past, the Present and the Future*, UNEP/CBD/WG-ABS/9/INF/1, Fridtjof Nansen Institute, Oslo, 2010, p. 10, available at *cbd.int*.

resources' rests mainly in the text of the CBD, while the Conference of the Parties (COP) has maintained considerable discretion regarding the concept. Since its inclusion in the CBD, the formula has been introduced into international treaties, discussions, documents and domestic laws. Nevertheless, ABS transactions have not benefitted as expected from these normative trends because of its lack of consistency and the disarray concerning its extent.

The following sections will firstly trace the understanding of the concept 'genetic resources' and their legal regime within the framework of the CBD and the Nagoya Protocol, and then analyse the meaning of the notion of 'derivatives', whose inclusion in the ABS international regimes is still questioned.

2.1. – *Defining genetic resources.*

The Convention provides a packaged definition of 'genetic resources', linking this expression to those of 'genetic material' and 'biological resources'. It is therefore crucial to start with an overview of the interconnected definitions. Art. 2 of the CBD describes this construct as follows: 'Biological resources' include 'genetic resources, organisms or parts thereof, populations, or any other biotic component of ecosystems with actual or potential use or value for humanity'; 'Genetic material' means 'any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity'; 'Genetic resources' indicates 'genetic material of actual or potential value'.

Read together, the above definitions under art. 2 of the CBD seem to indicate that both biological resources and genetic resources rely on their 'actual or potential value' to humans. Indeed, it appears from art. 2 of the CBD that 'genetic resources are a subset of biological resources'⁽⁶⁾, which differ

⁽⁶⁾ According to UNEP, genetic resources include, for example, seeds, but also DNA (extracted from plants, animals or microbes) in the form of chromosomes, genes or plasmids, as well as any part thereof, such as the promoter region of a gene. See UNEP, *Report of the Meeting of the Group of Legal and Technical Experts on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches*, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, Annex, § 3, available at cbd.int.

from the broader category of biological resources for containing ‘functional units of heredity’. Yet the term ‘functional units of heredity’ has not been defined in the CBD. This is due to the fact that in the *travaux préparatoires* the political compromise prevailed, rather than a scientific approach⁽⁷⁾.

In theory, the expression ‘genetic resources’ might include all genetic elements containing both DNA (deoxyribonucleic acid) and RNA (ribonucleic acid). Special weight to determine the meaning of the formula ‘genetic resources’ is to be paid to interpretation by subsequent legal and legislative action⁽⁸⁾. According to the literary meaning of art. 2, what clearly falls outside the concept of ‘genetic resources’, as conceived in the CBD, is any biological resources used as commodity in trade⁽⁹⁾. However, many scientific and political definitions are possible, which implies that the criterion of the ordinary meaning of the terms used is not helpful. Neither is helpful recourse to the preparatory work as a supplementary means of interpretation under art. 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

As far as the Nagoya Protocol is concerned, the *chapeau* of its art. 2 (dealing with ‘Use of terms’) clarifies that definitions under the CBD are applicable to it: as a result, the notion of ‘genetic resources’ as expressed in the CBD constitutes an integral part of the Protocol⁽¹⁰⁾. However, the Protocol seems to go beyond the definitions listed in the CBD, by including in art. 2 a reference to ‘derivatives’. Furthermore, it defines ‘utilisation

⁽⁷⁾ See W. TVEDT, T. YOUNG, *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, cit., p. 54 ss.

⁽⁸⁾ UN Convention on the Law of Treaties (Vienna, 1969), art. 31(3). For a thorough study on the role of subsequent agreements and subsequent practice as means of treaty interpretation within the framework of the rules on the interpretation of treaties set forth in arts. 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention see International Law Commission, *Draft Conclusion on the Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries*, A/73/10, Part Two, 2018, pp. 17-50. Available at legal.un.org.

⁽⁹⁾ According to art. 2, the Convention also does not include human genetic resources, although States may choose to regulate access to this material after having taken into account its bioethical implications.

⁽¹⁰⁾ See Nagoya Protocol, art. 2.

of genetic resources’ as «means to conduct research and development on the genetic and/or *biochemical composition of genetic resources*, including through the application of biotechnology as defined in article 2 of the Convention»⁽¹¹⁾. While the issue of ‘derivatives’ will be examined in the following paragraph, it is worth here to briefly dwell upon the phrase ‘biochemical composition of genetic resources’. This formula was introduced in the Nagoya Protocol as the result of a debate among parties on whether the term ‘genetic resources’, beyond referring to DNA, should also include: 1) genetic expression such as RNA, proteins and enzymes; and 2) any naturally occurring biochemical compounds which result from the cellular metabolism (i.e. resins or essential oils)⁽¹²⁾. Some commentators believe that reading art. 2(c), which mentions ‘biochemical composition of the genetic resources’, with the definition of derivatives, leads to a broader reach of the Nagoya Protocol provisions which, in the end, would cover all kind of biological materials⁽¹³⁾.

2.2. – *Derivatives.*

Of all the possible types of materials susceptible to be regulated by ABS regimes, the most controversial are derivatives. The debate on ‘derivatives’ is crucial for its economic and commercial consequences. In sectors such as pharmaceuticals, food or cosmetics, many products contain unmodified genetic resources or come from those patterned on or incorporating manip-

⁽¹¹⁾ See Nagoya Protocol art. 2(c), italics added. On the point see E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol. A Commentary on the Nagoya Protocol Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*, Leiden/Boston, 2014, p. 65.

⁽¹²⁾ E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol*, loc. cit. The authors also explain that while RNA, proteins and enzymes do not contain functional units of heredity but retain information from them, the naturally occurring compounds do neither contain hereditary characters nor information from them and they can be synthesized if the material is directly extracted from the biological sample.

⁽¹³⁾ See G. BURTON, *Implementation of the Nagoya Protocol in Juscany Countries: The Unlikely Lot*, in E. MORGERA, M. BUCK, E. TSIUMANI, *2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing in Perspective. Implications for International Law and Implementing Challenges*, Leiden, 2013, p. 302.

ulated biochemical compounds and genes found in nature. As an example, the shikimic acid extracted from star anise, which is the raw material of Tamiflu (a medicine for flu treatment), is a derivative⁽¹⁴⁾. Is a compound synthesised artificially with reference to shikimic acid all the same a derivative? Is it regarded as an object of the Nagoya Protocol?

These questions lead to the consideration that it can be complicated to determine whether ABS procedures should apply to meta-extracts, fractions or essences obtained from plants, animals or other biological samples and finally used as excipients in industrial processes.

In the context of the CBD, 'derivatives' appeared in the definition of 'biotechnology'⁽¹⁵⁾, but were not properly or clearly mentioned elsewhere in the text of the Convention. After its entry into force, some scholars had argued that «the benefit-sharing provisions of the Convention of Biological Diversity only apply to genetic material. Consequently, potentially valuable materials, such as biochemicals, sometimes (and confusingly) referred to as derivatives, are not covered by the access and benefit-sharing provisions of the Convention»⁽¹⁶⁾.

The Bonn Guidelines, instead, related to derivatives in the context of prior informed consent⁽¹⁷⁾ and mutually agreed-upon terms⁽¹⁸⁾, without, however, defining them properly.

In 2008, the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity (COP) decided to establish the Group of Legal and Technical Experts on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches, in order to clarify the meaning of this term and its consequences in the ABS

⁽¹⁴⁾ See R. KOHSAKA, *The Negotiating History of the Nagoya Protocol on ABS: Perspective from Japan*, 2012, p. 61, available at ipaj.org.

⁽¹⁵⁾ CBD art. 2 defines 'biotechnology' as: «any technological application that uses biological systems, living organisms, or *derivatives* thereof, to make or modify products or processes for specific use» (emphasis added).

⁽¹⁶⁾ See L. GLOWKA, *A Guide to Designing Legal Frameworks to Determine Access to Genetic Resources*, IUCN, Gland, Cambridge and Bonn, 1998, p. 35.

⁽¹⁷⁾ See Bonn Guidelines, § 36 (1), available at cbd.int.

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, § 44 (1).

framework⁽¹⁹⁾. It confirmed that there was no common understanding of the concept and listed many different conceptions of derivatives⁽²⁰⁾: «a) derivatives understood as the results of an organism's metabolism; b) derivatives understood as any result of human activity utilizing genetic resources; c) derivatives understood as information on genetic resources»⁽²¹⁾. According to the expert group, opinions also diverged regarding the possibility of having «derivatives that are genetic resources and derivatives that are not»⁽²²⁾. Although no clear position emerged from the works of the expert group, it provided useful information regarding how domestic legislations addressed the issues of derivatives in relation to prior informed consent and mutually agreed terms⁽²³⁾.

Indeed, after Rio, governmental practice has been expansive in dealing with the material covered by the ABS regulations and a number of domestic laws included definitions of 'derivatives', 'by-product' and 'synthesised product'⁽²⁴⁾. For instance, the Andean Pact Decision 391/1996 on 'Common Regime on Access to Genetic Resources' has included within its purview 'by-products', i.e. «a molecule, a combination or mixture of natural molecules, including crude extracts of live or dead organisms of biological origin that come from the metabolism of living beings»⁽²⁵⁾. Actually, the early drafts of the Decision extended the regulation to synthesised end-products from genetic resources but, in the end, the final version did not include them in the access regime⁽²⁶⁾.

⁽¹⁹⁾ See Decision IX/12, Annex II, B Expert Group on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches. Some more information on the matter is available at *cbd.int*.

⁽²⁰⁾ See UNEP/CBD/WG-ABS/7/2/2, *Report of the Meeting of the Group of Legal and Technical Experts on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches*, 2009, p. 9, available at *cbd.int*.

⁽²¹⁾ *Ibid.*, p. 9.

⁽²²⁾ *Ibid.*, p. 10.

⁽²³⁾ *Ibid.*, §§ 31-34, p. 11.

⁽²⁴⁾ For an overview see K. KATE, S. LAIRD, *Biodiversity and Business: Coming to terms with the "grand bargain"*, in *International Affairs*, 2000, p. 261 ss.

⁽²⁵⁾ See the Andean Pact Decision 391- Common Regime on Access to Genetic Resources, art. 1, available at *wipo.int*.

⁽²⁶⁾ See *Ibid.*, p. 36.

Some years later, also the Seychelles in its ‘Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing Bill’ (2005), referred to ‘parts and components’ of genetic resources to indicate «functional units of heredity, DNA sequences, chemical compounds, secondary metabolites, biochemicals and other similar materials and transcriptions or information describing any of the above in terms of structure or similar technical details»⁽²⁷⁾. This provision was introduced to indicate that «any element of a genetic resource should be considered as a genetic resource in its own right and, therefore, the ownership and control, and any associated rights and obligations, also apply equally»⁽²⁸⁾.

Elsewhere, legislators use a broader definition to indicate what kind of material triggers users’ obligations. Most notably, the recent Brazilian Law 13.123 (2015) utilizes the concept ‘genetic heritage’ to gather both genetic sequences and ‘substances derived from the metabolism of these living beings’⁽²⁹⁾.

In such a context of puzzling inclusion of the term ‘derivatives’ within ABS domestic measures, the Nagoya Protocol not only has introduced the notion in its ‘Use of terms’ provision, but has also defined it. Pursuant to its art. 2, the word ‘derivate’ means ‘a naturally occurring biochemical compound resulting from the genetic expression or metabolism of biological or genetic resources, even if it does not contain function units of heredity’⁽³⁰⁾. What seems to remain at question is whether the ABS obligations should

⁽²⁷⁾ Republic of Seychelles, Access to Genetic Resources and Benefit Sharing Bill, Supplementary scope definitions, Section 5.6. See J.R. LEWIS-LETTINGTON, D. DOGLEY, *Commentary on the Development of the Republic of Seychelles Access to Genetic Resources and Benefit Sharing Bill (2005)*, International Plant Genetic Resources Institute, Rome, 2006, p. 19.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 20.

⁽²⁹⁾ Brazilian Law 13.123 effective on 17 November 2015. The Law repeals the former Brazilian Biodiversity Law (Provisional Measure 2.186, 2001), and its implementation is regulated by Decree 8772 of 11 May 2016, available at planalto.gov.br. See also M. DA SILVA, D.R. DE OLIVEIRA, *The New Brazilian Legislation on Access to the Biodiversity Act (Law 13, 123/15 and Decree 8772/16)*, in *Brazilian Journal of Microbiology*, 2018, pp. 1-4, available at sciencedirect.com.

⁽³⁰⁾ See Nagoya Protocol, art. 2(e).

be extended to derivatives or should be limited to genetic resources⁽³¹⁾. This mainly depends on the fact that, as the divergence about the inclusion of a specific reference to derivatives in the Protocol continued during the negotiation, especially between developing and industrialised Countries, the final compromise was to mention this term only in art. 2 (Definitions) eliminating all references to it in the operational provisions⁽³²⁾.

Moreover, one more question arises in cases concerning derivatives acquired without physical access to genetic resources, extracted and isolated from their natural habitat and available *ex situ*⁽³³⁾, the so-called 'isolated derivatives'⁽³⁴⁾. For instance, once collected, the biochemical compounds of a resin produced by a plant may be extracted and isolated in the laboratory of a local university. The question is: what if a foreign researcher obtains access only to the isolated biochemical compounds collected, but not to the plant that produced the resin or to the resin itself⁽³⁵⁾. This hypothesis was discussed by the Group of Legal and Technical Experts on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches, which highlighted that in these cases it is questioned whether derivatives would fall under the international regime; in any case, they «could be regarded as biological resources and therefore be subject to national sovereign rights and mutually agreed terms»⁽³⁶⁾.

⁽³¹⁾ T. GREIBER, S. MORENO, M. ÅHREN, J.N. CARRASCO, E.C. KAMAU, J.C. MEDIGLIA, M.J.OLIVA, F.P. WELCH, *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, in IUCN *Environmental Policy and Law Paper No. 83*, Gland, 2012, p. 70.

⁽³²⁾ However, this led to the indirect link between 'utilisation' and 'derivative' through the reference 'application of biotechnology' in the definition of 'utilisation'.

⁽³³⁾ According to the CBD, the expression 'ex-situ' conservation means 'the conservation of components of biological diversity outside their natural habitats'. See CBD art. 2.

⁽³⁴⁾ Cfr. T. GREIBER, et al., *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, cit., p. 67.

⁽³⁵⁾ Cfr. E. MORGERA, E. TSIΟΥMANI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol*, cit., p. 69.

⁽³⁶⁾ See UNEP/CBD/WG-ABS/7/2/2, *Report of the Meeting of the Group of Legal and Technical Experts on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches*, cit., § 21, p. 10.

3. — *The legal status of genetic resources.*

Through history, the international community has adopted three main approaches concerning genetic resources: free access, common heritage of humankind and nations' sovereignty. The '*semina libera*' (i.e. free access) approach implied that any individual could freely access genetic resources all over the world, without requiring the consent of the territorial State, and export and freely use the collected samples for scientific, breeding or simply reproductive purposes⁽³⁷⁾.

In the 1980s, the FAO contributed to the spread of the opinion in the international community that plant genetic resources should be considered a 'Common Heritage of Mankind' (CHM), a notion that had been formerly applied in the context of the law of the seas (with regard to the mineral resources of the soil under the high sea). The CHM principle implied that these resources could not be appropriated by any single State and should be used according to solidaristic principles⁽³⁸⁾.

In the early 1990s, national sovereignty over genetic resources emerged as a principle of international law, and the 1992 CBD changed the previous understanding, by establishing that genetic resources fell under the territorial sovereignty of those individual States where they are found: States have the sovereign right to exploit them exclusively and the authority to enact laws regulating bioprospecting activities (i.e. access to genetic resources) within their borders⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ See A. FODELLA, *Recent Developments on Access and Benefit Sharing Relating to Genetic Resources (ABS) in International Law*, in C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, C. PICIOCCHI, M. TOMASI (eds.), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, (Università degli Studi di Trento) Trento, 2014, p. 96.

⁽³⁸⁾ See J.E. NOYES, *The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, 2012, p. 447 ss.

⁽³⁹⁾ The move towards the application of States' sovereign rights was mainly motivated by dissatisfaction, particularly among developing Countries, about the increasing exploitation of genetic resources and their falling under control of foreign individuals or companies through the means of intellectual property rights, known as 'biopiracy'. See A. ZAINOL, L. AMIN, F. AKPOVIRI, R. RAMLI, *Biopiracy and States' Sovereignty over Their Biological Resources*, in

Sovereign rights of States are referred to in the Preamble of the CBD and twice in the text⁽⁴⁰⁾. However, this peculiar emphasis on national sovereignty is balanced by duties: firstly, conservation of biodiversity is declared as a ‘common concern’⁽⁴¹⁾ to the entire international community. Secondly, nations are bound to create conditions that facilitate access to their genetic resources for environmentally sound uses by other parties, and not to impose restrictions that run counter to the objectives of the CBD⁽⁴²⁾.

Because the CBD limits these rights within States’ borders, without allocating property rights over these resources, property law issues must be regulated by State legislative or administrative measures establishing the *legal status* of genetic resources⁽⁴³⁾. However, it has been noted that sovereignty in the CBD «is recast in a modern perspective», in the sense that it does not imply an absolute territorial power and *jus excludendi alios* but embodies «a public authority to be exercised in a manner that is functional to the goals of sustainable utilization of the common good of biodiversity»⁽⁴⁴⁾.

As noted above, while recognising national sovereignty over genetic

African Journal of Biotechnology, 2011, p. 12395 ss. Within the purview of what is generally termed ‘biopiracy’, the specific concept of ‘misappropriation’ has emerged. The term ‘misappropriation’ of genetic resources and traditional knowledge could be defined as the appropriation (and subsequent utilisation) of such resources and knowledge, which occurs in violation of the applicable domestic ABS legislation or regulatory requirements of a ‘Party to the Protocol’, for this definition see C. CHIAROLLA, *Biopiracy and the Role of Private International Law under the Nagoya Protocol*, in *IDDRI Working Paper*, 2012, p. 7, available at iddri.org.

⁽⁴⁰⁾ See CBD, arts. 3 and 15. The former recalls Principle 21 of the Stockholm Declaration, recognising that nations have sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, the latter again reproduces the sovereign rights of States as a basis to determine access to genetic resources.

⁽⁴¹⁾ On the replacement of the concept of ‘common heritage of mankind’ by ‘common concern’, see N.J. SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources, Balancing Rights and Duties in an Interdependent World*, University of Groningen, 1995, p. 201 ss., available at rug.nl.

⁽⁴²⁾ See CBD, art. 15.2.

⁽⁴³⁾ See A. SMAGADI, *National Measures on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing – The Case of the Philippines*, in *Law Environmental and Development Journal*, 2005, p. 54.

⁽⁴⁴⁾ E. MORGERA, E. TSIOMANI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol*, cit., p. XIII.

resources, international law leaves States free to determine the *legal status* of genetic resources that is «how they are treated in law at national and sub-national levels»⁽⁴⁵⁾. Some observers have noticed that ideally the *legal status* of genetic resources should distinguish between rights over: *a)* an organism, a biological sample or its parts, including genetic material (physical entity); and *b)* the intangible informational component that is embodied in the sample⁽⁴⁶⁾. Historically, until the intangible component of genetic resources has been described with sufficient specificity⁽⁴⁷⁾, legal approaches focused on the physical entity and the ownership over the biological resources was considered in terms of physical property.

Notwithstanding the development of international biodiversity law, it was evident that States faced difficulties in creating within their domestic legal orders workable frameworks to determine ownership, national rights and property over genetic resources. States adopted multiple approaches and applied concepts such as ‘ownership’, ‘property’ and ‘control’ differently: the ownership of genetic resources ranged «from a total state ownership as in Costa Rica and Ethiopia, to the apparent recognition of outright private ownership (...) for example Canada and Australia, and to *res nullius*»⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ See UNEP/CBD/WG-ABS/5/5, *Report on the Legal Status of Genetic Resources in National Law, Including Law, Where Applicable, in a Selection of Countries*, 2007, Annex, available at *cbd.int*.

⁽⁴⁶⁾ See M.C. CORREA, *Sovereign and Property Rights over Plant Genetic Resources*, Background Study Paper No. 2, FAO, 1994, Rome, p. 2 ss., available at *fao.org*.

⁽⁴⁷⁾ The importance of the informational side of the genetic material is well described by Vogel: ‘Users are interested in the “natural information” teased out of the biological sample through research and development (R&D) and will obtain the input from the cheapest Provider’ see H.J. VOGEL, *On the Silver Jubilee of “Intellectual Property and Information Markets: Preliminaries to a New Conservation Policy*, in M.R. MULLER, *Genetic Resource as Natural Information: Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol*, London-New York, 2015, Foreword, p. XV.

⁽⁴⁸⁾ See UNEP/CBD/WG-ABS/5/5, *Report on the Legal Status of Genetic Resources in National Law, Including Law, Where Applicable, in a Selection of Countries*, cit., p. 3.

4. — *Access: the notion within and outside the Nagoya Protocol.*

One of the most difficult conceptual problem in the nowadays ABS regimes emerges when one asks: what is access? Even if one might think that the term ‘access’ has a clear and self-evident meaning, it has indeed assumed different meanings, especially after it was introduced in the wording of the CBD where it is completely undefined.

When the Rio Convention was negotiated, developing and developed States’ parties proposed to link ‘access’ to ‘benefit sharing’, in order to make clear that access procedures were connected to the users’ obligation to share equally benefits arising from utilisation of genetic resources. However, this linkage was rejected by some scholars who noticed that «there is no mandatory link between “access” and “benefit sharing” because thousands of people may obtain “access” (i.e. be allowed to collect samples), but only those who “utilize genetic resources” must engage in the benefit sharing»⁽⁴⁹⁾.

Some domestic statutes, adopted after the entry into force of the CBD, define access as consisting of either the physical acquisition of the genetic resource or its utilisation. For instance, The Andean Community Decision 391/1996 defines access «as the obtaining and use of genetic resources for purposes of research, biological prospecting, conservation, industrial application and commercial *use*, among others»⁽⁵⁰⁾. According to the drafting of this provision, the obtaining of genetic resources and their utilisation are cumulatively considered within the *formula* of access. A slightly different *formula* is that of art. 2 of the Ethiopian Proclamation No. 482/2006 on Access to Genetic Resources and Community Knowledge and Community Right since it refers to access as «the collection, acquisition, transfer *or use* of genetic resources and/or community knowledge»⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ See W. TVEDT, T. YOUNG, *Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD*, cit., p. 14.

⁽⁵⁰⁾ Andean Community Decision 391/1996 – Common Regime on Access to Genetic Resources, Title I, On the Definitions § 1, available at nipo.int.

⁽⁵¹⁾ Ethiopian Proclamation to Provide for Access to Genetic Resources and Community Knowledge and Community Right No. 482/2006, Part One General Provision, § 2 (1) emphasis added, available at cbd.int.

Differently, the draft version of Section 6b of the Access and Benefit Sharing Policy of Bhutan provides that «access to genetic resources means the *utilization* of genetic resources from Bhutan irrespective of whether they are accessed *in situ* or *ex situ* for the purpose of conducting any research and/or development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources including through the application of biotechnology»⁽⁵²⁾.

Special attention should be also paid to the *African Model Legislation for the protection of the rights of local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources* which focuses on access as acquisition and not on utilisation of the material accessed. It refers to access as «the acquisition of biological resources, their derivatives, community knowledge, innovations, technologies, or practices as authorized by the National Competent Authority»⁽⁵³⁾.

The Nagoya Protocol provides international obligations, linking together administrative decisions on access (set out in domestic permits) and benefit-sharing agreements. Art. 6 establishes the Parties' rights and obligations in regulating access to genetic resources. Not only does it reaffirm the States' authority to determine access to resources under their jurisdiction, but it also establishes the principle of Prior Informed Consent (PIC) as a precondition for access⁽⁵⁴⁾, requiring mutually agreed terms (MATs) to be negotiated. As a result, the basic points of the Nagoya Protocol ABS seem to be clear from the outset: each State is entitled to authorise or deny access to genetic resources found in areas subject to its jurisdiction and may set conditions on access. Access is given in return for the sharing of benefits which arise from a certain kind of utilisation (i.e. research and development), which also include non-monetary benefits as technological transfer,

⁽⁵²⁾ Draft of Access and Benefit Sharing Policy of Bhutan, 2014, § 6 (c) emphasis added, available at *moaf.gov.bt*. The above mentioned definition within the draft has been endorsed in the Access and Benefit Sharing Policy of Bhutan, 2015, p. 10, available at *absch.cbd.int*.

⁽⁵³⁾ See African Model Legislation on Access and Benefit Sharing, art. 2, Part II, available at *wipo.int*.

⁽⁵⁴⁾ See CBD, art. 15(4) and Nagoya Protocol, art. 6.

community improvement, jobs, sharing of research data and other advantages for the country of origin⁽⁵⁵⁾.

However, the Nagoya Protocol neither defines the expression ‘access to genetic resources’, nor the envisaged utilisations that users should indicate in access permits or licences. Within the wording of the Nagoya Protocol access is one of the main pillars of the ABS system; it operates as a precondition for the sharing of benefits arising from the utilisation of genetic material.

In light of the definition ‘utilisation of genetic resources’ and through the expression ‘access for their utilization’⁽⁵⁶⁾, the term ‘access’ has been considered to be «the beginning of the conduct aimed at research and development in the jurisdiction of one Party on the genetic or biochemical composition of genetic resources that are provided by another Party»⁽⁵⁷⁾. This has led to the idea that ‘access’ can be achieved through specific activities aiming to research and development and including collecting biological material in the wild, obtaining samples from gene banks or possibly getting digitalised information about genetic resources and their compositions.

The Regulation (EU) n. 511/2014, which has implemented the Nagoya Protocol in the European Union⁽⁵⁸⁾ and established a system to monitor users’ due diligence obligations, defines access as «the acquisition of genetic resources and traditional knowledge (...) in a Party to the Protocol»⁽⁵⁹⁾. It links this acquisition to the term access instead of that of utilisation, e.g. «research and development activities on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology»⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁵⁾ See Nagoya Protocol, arts. 6 and 5(4); Annex.

⁽⁵⁶⁾ See Nagoya Protocol, art. 6(1).

⁽⁵⁷⁾ See E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol*, cit., p. 140.

⁽⁵⁸⁾ See 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 (eds.), *Genetic Information and Individual Rights*, Regensburg, 2018, pp. 80-95.

⁽⁵⁹⁾ See Regulation (EU) 511/2014, art. 3(3).

⁽⁶⁰⁾ Regulation (EU) 511/2014, art. 3(5). See European Commission, *Guidance document*

The Brazilian ABS Law 13.123 (2015) describes ‘access’ as research or technological development carried out on genetic heritage sample.⁽⁶¹⁾ In so doing, the law seems to cover the kind of activities which are similarly included in the EU Regulation’s term ‘utilisation’⁽⁶²⁾. The focus on utilisation as research and development is crucial within the Brazilian system when there is a change of intent in utilising genetic resources: if the specimens are initially accessed (acquired) for non-molecular research activities, they will be covered by Brazilian permits for export or transport, but researchers in foreign Countries will need to register access (for research and development purposes) when utilising the same or other specimens for molecular research⁽⁶³⁾.

Under the law of treaties, subsequent practice of contracting Parties is decisive to establish the meaning to be attached to ambiguous treaty provisions, like the Nagoya Protocol’s notion of access. If it is consistent and reflects the common understanding of the parties as to the meaning of the treaty, it must be taken into account as an element of treaty interpretation as recently emphasized by the International Law Commission’s report on the interpretation of treaties⁽⁶⁴⁾. Nevertheless, the above mentioned and various *formulae* to define access within domestic legislations and in the EU Regulation 511/2014 reveal that States do not have (yet) reached a common view on how to frame the genetic resources’ acquisition.

on the scope of application and core obligations of Regulation (EU) No. 511/2014, 2016, p. 10, available at eur-lex.europa.eu.

⁽⁶¹⁾ Literally Lei n. 13.123, art. 2, § VIII, Chapter I, defines ‘acesso ao patrimônio genético’ as «pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre amostra de patrimônio genético».

⁽⁶²⁾ See *Workshop Report: Utilization of Brazilian Genetic Resources in the EU- Understanding ABS Expectations and Legal Requirements*, Natural History Museum, London, 2016, p. 5, available at embrapa.br.

⁽⁶³⁾ See K. DAVIS, P. HOLANDA, *Monitoring Requirements of the Nagoya Protocol and New EU and Brazilian Legislation, and Existing Sectoral Workflow for the Tracking ABS Information: A Preliminary Analysis*, in *Background Paper for the Brazil ABS Workshop*, Brasilia, 2016, p. 22.

⁽⁶⁴⁾ See International Law Commission, *Draft Conclusion on the Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries*, A/73/10, Part Two, cit., p. 36.

4.1. – *The Tragedy of the Anti-commons and the specialized FAO regime for access to plant genetic resources for food and agriculture.*

The shift from the concept of ‘*common heritage*’ to ‘*sovereign rights*’, by giving rise to an enclosure of raw genetic material, has turned genetic resources into anti-commons⁽⁶⁵⁾. As said, many States (especially in the Global South) have been asserting their sovereignty rights over genetic materials, as a response to biopiracy, by passing laws that restrict access to genetic materials within their territory. This has created artificial scarcity of a *per se* non-rivalrous resource, in other words an anti-commons situation susceptible to pose many problems for the conservation and improvement of genetic resources crucial for food security and public health. One should note that only the international flow of plant genetic resources can ensure adequate agro-biodiversity, which is in its turn indispensable to face changing environmental conditions and ultimately to guarantee global food security and the enjoyment of the fundamental right to food.

The International FAO Seed Treaty⁽⁶⁶⁾ represents a reaction to the rising tide of measures that extend private (by way of IPRs) or sovereign control over genetic resources, which seems inappropriate for food and agriculture⁽⁶⁷⁾. The Seed Treaty recognizes that ABS for agriculture biodiversity must be treated differently from how is generally regulated under the CBD and the Nagoya Protocol, by providing an internationally agreed framework for the conservation and sustainable use for crop diversity⁽⁶⁸⁾. *Ratione materiae*, it covers a subset of genetic resources of particular im-

⁽⁶⁵⁾ See M.A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: A Concise Introduction and Lexicon*, in *Modern Law Review*, 2013, p. 6 ss.

⁽⁶⁶⁾ Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA or Seed Treaty) adopted by the FAO in 2001 and entered into force in 2004.

⁽⁶⁷⁾ See M. HALEWOOD, K. NNADOZIE, *Giving Priority to the Commons: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA)*, in G. TANSEY (ed.), *The Future Control of Food. A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property, Biodiversity and Food Security*, London-Sterling, 2008, p. 115.

⁽⁶⁸⁾ See C. CHIAROLLA, *Intellectual Property, Agriculture and Global Food Security: The Privatization of Crop Diversity*, Cheltenham-Northampton, 2011, p. 7.

portance for agriculture, more precisely 35 crop *genera* and 29 forage species (Annex I), including wheat, rice, bananas, etc. In this respect, the Treaty should be considered as a *lex specialis*, whereas the CBD and the Nagoya Protocol provide the general framework for the protection and sustainable use of biodiversity.

It is arguable that the Treaty establishes a multilateral regime for the management of global commons indispensable for the enjoyment of the fundamental right to food. It establishes a Multilateral System to facilitate access to the specified list of plant genetic resources for food and agriculture, balanced by benefit-sharing obligations in the areas of information exchange, technology transfer, capacity building and commercial development. Contracting Parties, in the exercise of their sovereignty, provide (almost) free access to each others' plant genetic resources for research, conservation and breeding. Access to the materials included in the Multilateral System is supposed to be obtained without the possibility for the beneficiary to be granted IPRs over products or processes obtained by using the accessed resources, in order to maintain the *spirit of the commons*⁽⁶⁹⁾. In case of grant of IPRs, based on a model Materials Transfer Agreement, the IPR holder has to pay part of the royalties to an international trust fund administered to the FAO to the benefit of farmers in the Global South. Although much attention has been paid to the Multilateral System's provisions, it is important to underline one other relevant element of the FAO Seed Treaty: the concept of '*farmers' rights*'⁽⁷⁰⁾, i.e. the rights of farmers to re-use, sell and exchange seeds obtained as part of their harvests. The recognition of farmers' rights highlights the tension between the stewardship approach (that is prevalent in the Treaty) and the ownership approach (that is prevalent in the Nagoya Protocol and in the TRIPs agreement).

⁽⁶⁹⁾ See S. VEZZANI, *Le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura nel dibattito sui global commons*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 433 ss.

⁽⁷⁰⁾ See L. PAOLONI, *Diritti degli agricoltori e tutela della biodiversità*, Torino, 2005, p. 11.

5. — *The temporal scope of the Nagoya Protocol.*

Within the Nagoya Protocol, there is some uncertainty concerning the temporal scope of the ABS regime and the triggering of users' obligations⁽⁷¹⁾. Indeed, it has been questioned whether obligations are triggered by utilisation or only when genetic resources are newly accessed. The solution to this question is of key importance: there are many cases where genetic resources have been physically accessed prior the entry into force of the Nagoya Protocol (on 12 October 2014), whose use has yet occurred or continued after the Treaty was entered into force. If ABS obligations are triggered at the time of access, the ongoing or new utilisation of resources accessed prior the Protocol's entering into force would be excluded from the scope of the Nagoya Protocol⁽⁷²⁾.

The question here under discussion is not about the non-retroactive application of the Protocol⁽⁷³⁾, but rather about when users' obligations arise. The temporal scope issue was one of the most contentious in the negotiations leading to the adoption of the Nagoya Protocol: most developing Countries proposed utilisation as the trigger for benefit-sharing obligations, whereas developed Countries and private companies opposed it⁽⁷⁴⁾.

The unclear wording of art. 2 does not solve the question of temporal scope; indeed, no specific provision was introduced because no compromise had been reached during the negotiations. However, the joint reading of

⁽⁷¹⁾ B. LASSEN, et al., *The Two Words of Nagoya – ABS Legislation in the EU and Provider Countries: Discrepancies and How to Deal with Them*, Public Eye, Natural Justice, 2016, p. 7.

⁽⁷²⁾ See Berne Declaration and Natural Justice (eds.), *Access or Utilisation – What Triggers User Obligations? A Comment on the Draft Proposal of the European Commission on the Implementation of the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing*, 2013, p. 4, available at publiceye.ch.

⁽⁷³⁾ See art. 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties which affirms the non-retroactivity of treaties: «Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party».

⁽⁷⁴⁾ See S.G. NIJAR, *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: An Analysis*, Ceblaw Brief, Malaya, 2011, p. 25.

arts. 2, 3 and 5(1) may suggest that the trigger for benefit sharing is utilisation rather than access⁽⁷⁵⁾. According to this interpretation, new utilisations would lead to the application of the Protocol, regardless of whether the physical access took place before or after the Nagoya Protocol entered into force. This understanding could be considered in line with some domestic provisions, which are targeted towards the utilisation of genetic resources rather than access. For instance, both South Africa and India focus on the activities carried out in relation to genetic resources, as opposed to access, and designate utilisation as the trigger moment for ABS obligations. Some Countries have included express reference to genetic resources accessed before the entry into force of domestic law which requires access agreements⁽⁷⁶⁾; some others have obtained the same result by defining access as also including utilisation⁽⁷⁷⁾. To the contrary, other States have linked users' duties and obligations to bioprospecting activities, thus excluding from the scope of application of the domestic ABS regime all materials previously accessed⁽⁷⁸⁾.

Against this background, the EU regulations establish that PIC and MAT are needed only when new access to genetic resources has occurred after the Nagoya Protocol came into force for the Union and its member States. Thus, the European ABS Regulation covers acquisitions as of 12 October 2014 (the date when the Nagoya Protocol entered into force) and the Regulation is not applicable to genetic material whose utilisation occurs after 12 October 2014, but has been accessed prior that date⁽⁷⁹⁾. In

⁽⁷⁵⁾ See B. LASSEN, et al., *The Two Words of Nagoya – ABS Legislation in the EU and Provider Countries: Discrepancies and How to Deal with Them*, cit., p. 7.

⁽⁷⁶⁾ See e.g. Act No. 16/2016 of Zambia on Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Expression of Folklore, Section seventy-four, available at www.ilo.org.

⁽⁷⁷⁾ See e.g. Proclamation No. 482/2006 of Ethiopia on Access to Genetic Resources and Community Knowledge, and Community Rights, available at cbd.int. For a legal framework targeted toward the utilisation see Biological Diversity Act of India, available at nbaindia.org.

⁽⁷⁸⁾ *Ibid.*, p. 19.

⁽⁷⁹⁾ See *Guidance on the EU ABS Regulation Implementing the Nagoya Protocol*, 2016, p. 9, available at naturvardsverket.se.

other words, a large number of genetic resources, that have been accessed from provider Countries and currently distributed through collections or utilised by companies, are excluded from ABS regulation in the EU framework.

The EU ABS framework that excludes from its scope the genetic resources which were physically accessed in the country of origin before the entry into force of the Nagoya Protocol, even if utilization takes place afterwards, does not take into account the position expressed by provider Countries, especially the African Group⁽⁸⁰⁾. Moreover, the focus on physical access as the trigger for user obligations in the EU has risen a number of concerns because it appears to run counter to art. 15 of the CBD which requires the fair and equitable sharing of benefits arising from utilization and, mostly, it does not follow the preferable joint treading of arts. 2 and 5(1) of the Nagoya Protocol, according to which utilization is the triggers for benefit sharing⁽⁸¹⁾.

6. — *Loopholes and controversial questions.*

The previous sections have analysed the novelty within the wording of international instruments which have introduced the notion of genetic resources, established the sovereignty rights of State over them and considered access as a pillar concept for the governance of genetic resources.

The analysis below aims at showing the new loopholes and the inconsistencies of ABS rules that stem from the inclusion of digital information sequences in the discourse of genetic resources.

⁽⁸⁰⁾ For an analysis of the African Group contributions in international access and benefit sharing regime see B. COOLSAET, J. PITSEY, *Fair and Equitable Negotiations? African Influence and the International Access and Benefit-Sharing Regime*, in *Global Environmental Politics*, 2015, p. 44.

⁽⁸¹⁾ See Berne Declaration and Natural Justice (eds.), *Access or Utilisation – What Triggers User Obligations?*, cit., pp. 11-16.

6.1. – *Genetic resources and digital sequence information.*

The blurred outlines of the genetic resources notion, as explained before, need to be emphasized here in order to underline how the lack of clarity on this term is now concerning data, accessed on the Internet or through digital databases, which relate to genetic material. Indeed, the unfortunate drafting of the CBD and Nagoya Protocol does not explicitly address the application of computer science to genetic resources which facilitate the spread of digital information sequences. Nevertheless, information technology allows obtaining knowledge about genetic material without the need for access to biological samples. Thus, it is still much questioned if the transfer of digital sequence information should or should not be covered by the CBD and the Nagoya Protocol⁽⁸²⁾.

On the one hand, it has been said that the adjective ‘functional’ within the definition of ‘derivative’ [as a naturally occurring biochemical compound resulting from the genetic expression or metabolism of biological or genetic resources, even if does not contain *functional* units of heredity]⁽⁸³⁾ also refers to the information encapsulated in the DNA that can be transformed in a new, digital and ‘functional’ form⁽⁸⁴⁾. On the other hand, it has been recommended to maintain a conceptual and definitional distinction between genetic material and data or information⁽⁸⁵⁾. Opinions diverge both in the

⁽⁸²⁾ In Decision XIII/16, the Conference of the Parties (COP) requested the Executive Secretary to commission a fact-finding study to clarify terminology and concepts and to assess the extend and the terms and conditions of the use of digital sequence information on genetic resources in the text of the Convention and the Nagoya Protocol. See Secretary of the Convention on Biological Diversity United Nations Environment Programme, ‘Call for Expressions of Interest Study on Digital Sequence Information on Genetic Resources, 24 April 2017, available at *cbd.int*.

⁽⁸³⁾ See Nagoya Protocol, art. 2(e) emphasis added.

⁽⁸⁴⁾ See J.P. SCHEI, W.M. TVEDT, *Genetic Resources in the CBD: the Wording, the Past, the Present and the Future*, cit., p. 20.

⁽⁸⁵⁾ See U.S. Submission on Digital Information on Genetic Resources, 18 August 2017 available at *cbd.int*. For an overview of the issues see also CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4, *Outcomes of the Meeting of the Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information on*

doctrine and among States. Some of them have underlined that considering digital sequence information as genetic resources under the CBD and the Nagoya Protocol should lead to ‘a renegotiation of the Convention and the Nagoya Protocol to redefine genetic material noting that information does not contain functional units of heredity or genes’⁽⁸⁶⁾.

As a matter of fact, this is not only a conceptual debate. Relevant economic interests are at stake: as scientific advances have shown, the utilisation of genetic resources does not originate merely from the physical acquisition of biological samples, but it rather comes out of the availability of digital information sequences. By making digital data freely available, online databases reduce the cost in research and development activities. In the near future, it might even be possible to reproduce living (micro-)organisms in laboratories without accessing biological samples, which might give rise to a new form of digital biopiracy⁽⁸⁷⁾.

The shifting pathway through nonphysical access to genetic resources is now a very current topic in the international arena. Several multilateral debates are underway in order to find regulatory mechanisms applicable to sequences data even outside the Convention and the Nagoya Protocol. These frameworks could include the Multilateral System of the FAO Seed Treaty⁽⁸⁸⁾, the WHO (in the context of the Pandemic Influenza Prepared-

Genetic Resources. Terminology and Different Types of Digital Sequence Information on Genetic Resources, in *Report of the Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information on Genetic Resources, Annex*, 2018, p. 5., available at cbd.int.

⁽⁸⁶⁾ See Australian Submission on Digital Sequence Information on Genetic Resources, CBD Notification 2017-037, available at cbd.int.

⁽⁸⁷⁾ In 2014, the Startup Synthorx reported the creation of a bacterium with an expanded six-letter genetic alphabet, adding new bases X and Y to the standard G, A, T and C bases. Simultaneously, synthetic biology researchers have designed and produced a synthetic copy of thebaine, the opiate morphine precursor harvested from poppies for millennia, using yeast embedded with genetic sequence information from several plant species, a bacterium, and a rodent. See R.F. SERVICE, *Modified Yeast Produce Opiates from Sugar*, in *Science*, 2015, p. 677, available at science.sciencemag.org.

⁽⁸⁸⁾ See FAO, *Enhancing the Functioning of the Multilateral System: Note by the Co-Chairs*, 10-12 October 2018, available at www.fao.org.

ness Framework)⁽⁸⁹⁾, the intergovernmental discussion concerning access to marine genetic resources beyond national jurisdiction⁽⁹⁰⁾ and the negotiation of the UN Declaration on the Rights of Peasants within the United Nations⁽⁹¹⁾.

Many Countries and observers fear that allowing access to genetic information without Prior Informed Consent and in the absence of a Benefit Sharing agreement, the existing ABS regime would be undermined, unable to prevent biopiracy or misappropriation of genetic resources⁽⁹²⁾. Many international provisions might go unheeded and be simply bypassed⁽⁹³⁾.

In the current discussions around this topic there have been conflicting views: some Countries and NGOs have recommended legally-binding decisions by international bodies to unequivocally require that digitalised sequence information are considered equivalent to its physical biological counterpart. They strongly believe that access and benefit sharing should

⁽⁸⁹⁾ See World Health Organization, *Comments on the Draft Fact-Finding and Scoping Study on Digital Sequence Information on Genetic Resources*, 2017, p. 2, available at [cbd.int](#).

⁽⁹⁰⁾ See H. HARDEN-DAVIES, *Deep-sea Genetic Resources: New Frontiers for Science and Stewardship in Areas Beyond National Jurisdiction*, in *Deep – Sea Research Part 2: Topical Studies in Oceanography*, 2017, pp. 504-513. Also see, *Summary of the Firts Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction (4-17 September 2018)*, in *Earth Negotiations Bulletin* 20 September 2018, pp. 2-9, available at [enb.iisd.org](#).

⁽⁹¹⁾ Recently, instances for the recognition of the right to seeds, right to biological diversity and right to the protection of plant genetic resources have resulted in the Draft Declaration on the Rights of Paesants and Other People Working in Rural Areas, proposed by civil society and representatives of paesants and other people working in rural regions. The document, which has been adopted in 2018 by the UN Human Rights Council, will be voted soon by the General Assembly. See Human Rights Council, *Report of the Open-Ended Intergovernemetal Working Group on a Draft United Nation Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas*, 2018, p. 58, available at [obchr.org](#).

⁽⁹²⁾ See Decision XIII/16, Digital Sequence Information on Genetic Resources, adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biolgical Diversity, 4-17 December 2016, Cancun, available at [cbd.int](#).

⁽⁹³⁾ Namely, Convention on Biological Diversity and its 3rd objective, the Nagoya Protocol and the Fao Seed Treaty.

not only apply to the physical transfer of biological material, but also to sequence data⁽⁹⁴⁾. On the opposite side, other States and stakeholders have questioned the falling of digital sequence information into the definition of genetic resources and have provided reasonable arguments for free access and the public domain use of data⁽⁹⁵⁾.

For instance, as concerns marine genetic resources China and the Holy See, opposed by Republic of Korea, Switzerland and Japan, favored applying an International legal binding instrument to marine genetic resources *in silico*⁽⁹⁶⁾. Conversely the United States and Canada cautioned against including information under an ABS regime and concerned that this would lead to a reduction in data sharing and challenges in data tracking⁽⁹⁷⁾.

6.2. – *Open access, bounded openness and enclosure 3.0.*

The ‘Rio’ legal framework concerning access to genetic resources and benefit-sharing was drafted primarily with tangible genetic resources in mind and does not expressly address the rather different issue of sequences information. The use of term ‘genetic material’ in the CBD/Nagoya Protocol seems to suggest that intangibles do not fall within the scope of the above instruments. Indeed, the digital transfer of DNA sequences does not even require a Material Transfer Agreement, since no physical material is

⁽⁹⁴⁾ See African Centre for Biodiversity (ABC), *Submission of Information on the Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources for Food and Agriculture*, 2017, § 4, p. 3 ss., available at *cbd.int*.

⁽⁹⁵⁾ See G. GARRITY, *The Emergence and Growth of Digital Sequence Information in Research and Development: Implications for the Conservation and Sustainable Use of Biodiversity, and Fair and Equitable Benefit-Sharing – A Fact Finding and Scoping Study Undertaken for the Secretariat of the Convention on Biological Diversity*, Society for Industrial Microbiology and Biotechnology, available at *cbd.int*.

⁽⁹⁶⁾ See, *Summary of the First Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction (4-17 September 2018)*, in *Earth Negotiations Bulletin* 20 September 2018, cit., p. 4.

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*

transferred at all. This has led some researchers to argue that ‘[t]here are no restrictions on the use of our portal or the genome data’⁽⁹⁸⁾. Many users, in order to avoid the obligation of benefit sharing, argue that no genetic material was accessed and thus they do not have any benefit-sharing obligation to the State of origin of the material from which the sequences have been isolated. May they use the freely accessed genetic information to realize new products and processes to be patented as inventions? This approach concerning digital genetic information “in silico” recalls the ‘*enclosure of the intangible commons of the mind*’: a new state-created property rights that includes ‘*intellectual*’ rather than ‘*real*’⁽⁹⁹⁾.

But there is more. While depriving State of origin of control over genetic materials, the sequencing of genetic data and their storage in databases may result in increasing the power of information technology companies (the ‘giants of the web’), ensuring control over big data containing the very foundations of life⁽¹⁰⁰⁾. In this connection a number of scholars have expressed strong criticisms regarding the phenomenon of the cloud and related copyright issues. It has been said that the cloud ‘imposes a hierarchy to the web, centralizing capacities’ and ‘increase the ability of cloud players to control when, where and how users interact with the web’⁽¹⁰¹⁾. According to this view the cloud mechanism generates an Enclosure 3.0 characterized by a reduction of users’ possibilities to participate in the Internet as creators, collaborators and sharers and they are potentially less in a position to control and influence the direction of the Internet. The discourse on ‘biological open-source’ arrangements and cloud models risks to renew the discourse dealing with dispossession on digital information

⁽⁹⁸⁾ See the Naked Mole-Rat Genome Resource available at naked-mole-rat.org.

⁽⁹⁹⁾ See J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement*, in *The Public Domain – Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008, p. 42.

⁽¹⁰⁰⁾ See S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Bari, 2014, p. 27.

⁽¹⁰¹⁾ See D. LAMETTI, *The Cloud: Boundless Digital Potential or Enclosure 3.0?*, in *Virginia Journal of Law & Technology*, 2012, p. 190 ss.

on genetic resources and disempowers the claim for repossession ‘of seed sovereignty’⁽¹⁰²⁾.

Adopting a different perspective, some authors have suggested to depart from the sovereignty approach and to regulate access to genetic information differently from access to genetic materials, by adopting a ‘bounded openness’ approach⁽¹⁰³⁾. In a *de jure condendo* perspective, it is suggested that genetic resources should continue to flow freely, but royalties on intellectual property over the value added would be distributed as an *ex post* utilization to the Countries of origin⁽¹⁰⁴⁾.

Other scholars, inspired by the ‘free and open-source software’ movement⁽¹⁰⁵⁾, have looked at the open-source and copyleft principles as a model for development of biological open-source practices: ‘BioLinuxes’. These mechanisms should be modeled on a type of licence common to open-source arrangements in *software*. Applied to plant genetic resources, *copyleft* provisions would permit and encourage further development, improvement and recombination of the germplasm, but require that any lines or cultivars should be made available under ‘General Public Licence for Plant Ger-

⁽¹⁰²⁾ See J. KLOPPENBURG, *Re-Purposing the Master's Tools: The Open Sources Seed Initiative and the Struggle for Seed Sovereignty*, in *International Conference Paper Yale University*, September 14-15, 2013, pp. 2-25, available at *osseeds.org*.

⁽¹⁰³⁾ See J.H. VOGEL, *On the Silver Jubilee of 'Intellectual Property and Information Markets: Preliminaries to a New Conservation Policy'*, in M.R. MULLER, *Genetic Resources as Natural Information: Policy Implications for the Conservation on Biological Diversity*, Abingdon-New York, 2015, p. XVIII.

⁽¹⁰⁴⁾ For an example of mechanism based on the bounded openness policy see the Peruvian Society for Environmental Law's comment on the draft fact-finding and scoping study for the Secretariat of the Convention on Biological Diversity available at *cbd.int*.

⁽¹⁰⁵⁾ In order to escape the copyright and patent arrangements, software developers and hackers have created spaces in which they can develop content and code that can be freely exchanged and built upon by others. The ‘free and open source software’ (FOSS) movement encompasses a considerable range of methods and organizations. What unifies these initiatives is to allow software users to create an enforceable legal framework that preserves access to the original source code and to any subsequent modifications and derivatives.

mplasm' (GPLPG)⁽¹⁰⁶⁾. No further restrictions for the use in subsequent breeding programs should be posed. This mechanism has been proposed for the seed sector in order to create a 'protected commons' for those millions of farmers who will freely share continuous access to a pool of plant germplasm. The 'BioLinux' solution has been seen also as a useful tool for achieving the civil society's goal of 'seed sovereignty'⁽¹⁰⁷⁾.

7. — *Conclusions.*

The above discussion has sought to highlight difficulties faced by ABS mechanisms. While ratification of international instruments was successful, the drafting and the enactment of implementing measures remain difficult, particularly at domestic and regional level, where States (and competent international organisations) are required to create necessary infrastructures for efficient and operative PIC/ABS/MATs. The chapter has emphasized that the discussion on the meaning of terms such as 'genetic resources', 'derivatives' and 'access' is not only a terminological one and rather involves scientific research, economic, political and social claims.

Particularly challenging is the regulation of access to genetic information stored in databases, which is creating a new divide between those who support unrestricted access to genetic data repositories and websites and those who question free access to that sources of information, by also em-

⁽¹⁰⁶⁾ See J. KLOPPENBURG, *Impeding Dispossession, Enabling Repossession: Biological Open Source and Recovery of Seed Sovereignty*, in *Journal of Agrarian Change*, 2010, p. 377.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*, p. 379. Lastly it is worth mentioning the increasing use of cloud platforms and the next-generation sequencing using Cloud BioLinux which offers an on demand solution for the bioinformatics community. This alternative model aims at helping smaller laboratories and institutes that do not have access to substantial computational resources and provides a platform for developing bioinformatics infrastructures on the cloud (K. KRAMPIS, T. BOOTH, B. TIWARI, M. BICAK, D. FIELD, K. NELSON, *Cloud BioLinux: Pre-Configured and On-Demand Bioinformatics Computing for the Genomics Community*, in *BMC Bioinformatics*, 2012, p. 2 ss., available at biomedcentral.com).

phasizing that developing Countries may not possess sufficient research and infrastructure capacity to take advantages of such access.

The current debate on paradigm-shifting in regulating genetic resources is still in its infancy, and it is questionable whether open science and the free exchange of knowledge and human creativity will be put in the service of the public interest which lies behind the governance of genetic resources. However, what appears to be clear is that decisions at all levels of regulations should be made, bearing in mind the fundamental objectives of sustainable and efficient use of genetic resources, the need for sizeable contributions to right to food and health and the necessity of equitable and fair sharing of benefits.

Corte di Cassazione, Sez. un. civili, 8 maggio 2019, n. 12193 – *Pres. Mam-mone – Est. Mercolino – P.M. Sorrentino (conf.) – P.G. App. Trento, Ministero dell’Interno e Sindaco di Trento (Avv. gen. Stato, Ferrante) c. M.L. e R.R. (Avv.ti Perin e Schuster).*

Cassa senza rinvio App. Trento, 23 febbraio 2017.

Filiazione – Accertamento della – Titolo estero – Trascrizione – Rifiuto – Impugnazione – Procedimento – Natura – Legittimazione (c.c., artt. 231 ss.; l. 31 marzo 1995, n. 218, art. 67).

Filiazione – Accertamento della – Titolo estero – Trascrizione – Rifiuto – Impugnazione – Procedimento – Pubblico Ministero – Litisconsorzio – Sussistenza – Legittimazione all’impugnazione – Esclusione (c.c., artt. 231 ss.; c.p.c., art. 70; l. 31 marzo 1995, n. 218, art. 67).

Filiazione – Accertamento della – Titolo estero – Trascrizione – Ordine pubblico – Compatibilità – Valutazione (c.c., artt. 231 ss.; l. 31 marzo 1995, n. 218, artt. 64 ss.).

Filiazione – Accertamento della – Titolo estero – Gestazione per altri – Genitore intenzionale – Ordine pubblico – Violazione – Sussistenza – Trascrizione – Rifiuto – Legittimità (c.c., l. 31 marzo 1995, n. 218, artt. 16 e 64 ss.; l. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 12).

Il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero ed un cittadino italiano, se non determinato da vizi formali, dà luogo ad una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dall’art. 67, l. n. 218 del 1995, in contraddittorio con il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile, ed eventualmente con il Ministero dell’interno, legittimato a spiegare intervento nel giudizio, in qualità di titolare della competenza in materia di tenuta dei registri dello stato civile, nonché ad impugnare la relativa decisione.

Nel giudizio avente ad oggetto il riconoscimento dell’efficacia di un provvedimento

giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, il Pubblico Ministero riveste la qualità di litisconsorte necessario, ai sensi dello art. 70 c.p.c., 1° comma, n. 3, ma è privo della legittimazione ad impugnare la relativa decisione, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico.

In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss., l. n. 218 del 1995, dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico.

Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto di cui all'art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, 1° comma, lett. d), l. n. 184/1983.

(Omissis). Svolgimento del processo.

1. M.L. e R.R., in proprio e nella qualità di genitori esercenti la responsabilità nei confronti dei minori C. ed A. M., proposero ricorso alla Corte d'appello di Trento, per sentir riconoscere, ai sensi della l. 31 maggio 1995, n. 218, art. 67, l'efficacia nell'ordinamento interno del provvedimento emesso il 12 gennaio 2011 dalla Superior Court of Justice dell'Ontario (Canada),

con cui era stato accertato il rapporto di genitorialità tra il R. ed i minori, e per sentirne ordinare la trascrizione negli atti di nascita di questi ultimi da parte dell'ufficiale di stato civile del Comune di Trento.

Premesso di aver contratto matrimonio il (*omissis*) in Canada, i ricorrenti esposero che i minori, nati in quel Paese il (*omissis*), erano stati generati mediante procreazione medicalmente assistita, a seguito del reperimento di una donatrice di ovociti e di un'altra donna disposta a sostenere la gravidanza; riferirono che, dopo un primo provvedimento giudiziale, regolarmente trascritto in Italia, con cui il Giudice canadese aveva riconosciuto che la gestante non era genitrice dei minori e che l'unico genitore era il M., l'ufficiale di stato civile, con atto del 31 maggio 2016, aveva rifiutato di trascrivere quello oggetto della domanda, con cui era stata riconosciuta la cogenitorialità del R. e disposto l'emendamento degli atti di nascita; precisato inoltre che la loro unione era produttiva di effetti nell'ordinamento italiano ai sensi della l. 20 maggio 2016, n. 76, art. 1, comma 28, lett. *b*), e che i minori erano cittadini sia italiani che canadesi, aggiunsero di aver assunto entrambi il ruolo di padre fin dalla nascita dei bambini e di essere stati riconosciuti come tali non solo dai figli, ma anche nella cerchia degli amici, familiari e colleghi.

Si costituì il Procuratore generale della Repubblica, ed eccepì l'incompetenza della Corte, ai sensi del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 386, art. 95, chiedendo in ogni caso il rigetto della domanda, per contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento adottato dal Giudice canadese.

Nel giudizio, spiegò intervento il Ministero dell'interno, a difesa del provvedimento emesso dal Sindaco di Trento in qualità di ufficiale di governo, affermando anch'esso che, in assenza di una relazione biologica tra il R. ed i minori, il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento emesso dal Giudice canadese si poneva in contrasto con l'ordine pubblico.

1.1. Con ordinanza del 23 febbraio 2017, la Corte d'appello di Trento ha accolto la domanda.

Premesso che il procedimento ha ad oggetto esclusivamente il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento emesso dal Giudice straniero, rispetto al quale la richiesta di trascrizione non costituisce un'autonoma domanda, idonea ad introdurre un giudizio di opposizione al rifiuto dell'ufficiale di

stato civile, la Corte ha escluso da un lato la propria incompetenza, dallo altro la legittimazione all'intervento del Sindaco e del Ministero, osservando che il primo non rivestiva la qualità di parte, nonostante la notificazione del ricorso, mentre il secondo non poteva considerarsi portatore di un interesse attuale all'intervento, né in relazione alla regolare tenuta dei registri dello stato civile, tenuto conto dell'oggetto dell'accertamento da compiere, né in qualità di organo sovraordinato al Sindaco, né in relazione ad ipotetiche future pretese risarcitorie per danni da attività provvedimento illegittima. Ha affermato che l'unico interesse pubblico rilevante nel caso in esame, costituito dall'esigenza di evitare l'ingresso nell'ordinamento di provvedimenti contrari all'ordine pubblico, doveva considerarsi tutelato dall'intervento del Procuratore generale, non richiesto in via generale nelle cause di riconoscimento dell'efficacia di sentenze straniere, ma legittimato dalle norme del codice di rito che prevedono la partecipazione del Pubblico Ministero a specifiche tipologie di controversie, come quelle in materia di stato delle persone.

Precisato poi che nel caso di specie l'unico requisito in contestazione ai fini del riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero era costituito dalla compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, la Corte ha richiamato la più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui il contenuto di tale nozione va desunto esclusivamente dai principi supremi e/o fondamentali della Carta costituzionale, ovverosia da quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario, restando escluso il contrasto con l'ordine pubblico in caso di difformità della norma straniera da norme del diritto nazionale con cui il legislatore abbia esercitato la propria discrezionalità in una determinata materia, con la conseguenza che, ai fini della relativa valutazione, il giudice deve verificare se l'atto straniero contrasti con l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla CEDU. Ciò posto, ha ritenuto che nella specie dovesse attribuirsi rilievo alla tutela dell'interesse superiore del minore, articolato in diverse situazioni giuridiche che hanno trovato riconoscimento sia nell'ordinamento internazionale che in quello interno, ed individuabile in particolare nel diritto del minore alla conservazione dello *status* di

figlio riconosciuto in un atto validamente formato in un altro Stato, come conseguenza diretta del *favor filiationis* emergente dalla l. n. 218 del 1995, art. 13, comma 3, e art. 33, commi 1 e 2, ed implicitamente riconosciuto dall'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. Ha osservato infatti che il mancato riconoscimento del predetto status avrebbe determinato un evidente pregiudizio per i minori, precludendo il riconoscimento in Italia di tutti i diritti che ne derivavano nei confronti del R., indipendentemente dalla possibilità di farli valere nei confronti dell'altro genitore, impedendo al R. di assumere la responsabilità genitoriale nei loro confronti, e privando di rilievo giuridico nel nostro ordinamento l'identità familiare ed i legami familiari legittimamente acquisiti in Canada.

Pur rilevando che, a differenza di quella canadese, la disciplina vigente in Italia non consente il ricorso alla maternità surrogata, in quanto la l. 19 febbraio 2004, n. 40 limita alle coppie di sesso diverso la possibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita, prevedendo sanzioni amministrative in caso di ricorso alle relative pratiche da parte di coppie composte da soggetti dello stesso sesso e sanzioni penali per chi in qualsiasi forma realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o embrioni, mentre la l. 20 maggio 2016, n. 76 esclude l'applicabilità alle unioni civili delle disposizioni della l. 4 maggio 1983, n. 184, la Corte ha ritenuto che ciò non costituisca un ostacolo al riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento interno del provvedimento canadese che aveva accertato il rapporto di filiazione tra il R. e i due minori generati attraverso la maternità surrogata. Premesso infatti che, in presenza di questioni che pongano delicati interrogativi di ordine etico in ordine ai quali non vi sia consenso su scala Europea, la Corte EDU ha riconosciuto al legislatore statale un ampio margine di apprezzamento, confermato anche dalla Corte costituzionale in occasione della dichiarazione d'illegittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3, la Corte ha affermato che la disciplina positiva della procreazione medicalmente assistita non costituisce espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela degli interessi fondamentali coinvolti in tale materia. Ha aggiunto che le conseguenze della violazione dei

divieti posti dalla l. n. 40 del 2004 non possono ricadere su chi è nato, il quale ha il diritto fondamentale alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero, non rappresentando un ostacolo l'insussistenza di un legame genetico tra i minori ed il R., dal momento che nel nostro ordinamento non esiste un modello di genitorialità fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato: ha evidenziato in proposito l'importanza assunta a livello normativo dal concetto di responsabilità genitoriale, che si manifesta nella consapevole decisione di allevare ed accudire il nato, la favorevole considerazione accordata dall'ordinamento al progetto di formazione di una famiglia anche attraverso l'istituto dell'adozione, e la possibile assenza di una relazione biologica con uno dei genitori nel caso di ricorso a tecniche di fecondazione eterologa consentite dalla legge. Ha rilevato che l'assenza di un legame biologico con il minore non riveste portata determinante neppure nella giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 8 della CEDU, la quale, anche nei casi in cui ha escluso la configurabilità di una vita familiare, ha attribuito rilievo preminente alla breve durata della relazione ed alla precarietà del legame giuridico con i genitori, derivante dalla condotta di questi ultimi, contraria al diritto italiano. Ha infine escluso che nella specie l'interesse dei minori possa trovare una tutela più adeguata attraverso un'adozione disposta ai sensi della l. n. 184 del 1983, art. 44, lett. b), non essendo pacifica l'ammissibilità del ricorso a tale forma di adozione da parte delle coppie omosessuali.

2. Avverso la predetta ordinanza hanno proposto ricorso per cassazione il Pubblico Ministero, per due motivi, nonché il Ministero dell'interno ed il Sindaco di Trento, in qualità di ufficiale di governo, per cinque motivi, illustrati anche con memoria. Il M. ed il R. hanno resistito con controricorso, anch'essi illustrato con memoria.

Motivi della decisione.

1. Con il primo motivo d'impugnazione, il Pubblico Ministero denuncia la violazione e la falsa applicazione della l. n. 218 del 1995, artt. 16 e 65 e del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, censurando l'ordinanza impugnata per aver riconosciuto efficacia nell'ordinamento interno ad un provvedimento contrario all'ordine pubblico, in quanto avente ad oggetto l'accertamento

di un rapporto genitoriale con persone del medesimo sesso, sulla base di norme straniere scelte dagli stessi ricorrenti e sul presupposto indimostrato della rispondenza di tale situazione all'interesse dei minori. Precisato che la questione non ha ad oggetto l'equiparazione di una paternità non biologica a quella biologica, ma l'ammissibilità di un rapporto genitoriale di coppia in capo a persone dello stesso sesso, sostiene che la riduttiva nozione di ordine pubblico accolta dall'ordinanza impugnata si pone in contrasto con il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la stessa va desunta non solo dai valori consacrati nelle norme costituzionali, ma anche dagli altri principi e regole che, pur non trovando collocazione nella Carta fondamentale, informano l'intero ordinamento, in quanto immanenti ai più importanti istituti giuridici ed emergenti dal complesso delle norme inderogabili che caratterizzano l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato momento storico. In quanto difforme da tali principi, l'ordinanza impugnata intacca la sovranità statale, consentendo l'ingresso nell'ordinamento di istituti apertamente contrastanti con i principi che informano un intero settore di rapporti in un determinato momento storico, la cui individuazione compete al legislatore ordinario, nel rispetto della Costituzione: la nozione di genitori da quest'ultima emergente non può infatti considerarsi *gender neutral*, trovando specificazione nei concetti di paternità e maternità risultanti dall'art. 30, u.c., e 31 e nell'istituto del matrimonio previsto dall'art. 29, che postula l'unione tra persone di sesso diverso; la bigenitorialità fondata sulla diversità di genere costituisce inoltre il presupposto dell'intera disciplina civilistica dei rapporti di famiglia e delle successioni, nonché di quella della procreazione medicalmente assistita, consentita soltanto a coppie di sesso diverso.

2. Con il secondo motivo, il Pubblico Ministero deduce, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, la nullità dell'ordinanza impugnata, per violazione dell'art. 111 Cost. e dell'art. 132 c.p.c., comma 4, e art. 134 c.p.c., osservando che il provvedimento è sorretto da una motivazione meramente apparente, in quanto priva dell'esposizione delle ragioni giuridiche a sostegno dell'affermata compatibilità con l'ordine pubblico di un rapporto di filiazione con doppia paternità e di un rapporto genitoriale di coppia fra persone dello

stesso sesso. Premesso che la relativa verifica è sottratta alla disponibilità delle parti, dovendo aver luogo d'ufficio, contesta la pertinenza delle argomentazioni svolte nell'ordinanza, rilevando che le stesse riguardano esclusivamente l'ammissibilità di un rapporto genitoriale privo di collegamento biologico, che non era stata mai posta in discussione, risultando positivamente prevista e disciplinata dalle norme in materia di adozione. Aggiunge che l'assenza di considerazioni riguardanti la compatibilità con l'ordine pubblico è resa ancor più grave, nella specie, dalla totale carenza di motivazione del provvedimento straniero, che rappresenta di per sé stessa una causa ostativa al riconoscimento dell'efficacia dello stesso nell'ordinamento interno. Afferma infine che, nel conferire rilievo decisivo all'esistenza di un progetto di genitorialità dei ricorrenti, la Corte territoriale si è limitata ad un enunciato meramente assertivo, senza indicare gli elementi da quali ha tratto il relativo convincimento.

3. Con il primo motivo del loro ricorso, il Ministero ed il Sindaco lamentano il difetto assoluto di giurisdizione, sostenendo che, nel riconoscere efficacia ad un provvedimento straniero che prevede la trascrizione nei registri dello stato civile di una doppia paternità, in assenza di una norma interna che lo consenta, l'ordinanza impugnata ha ecceduto i limiti della giurisdizione, invadendo la sfera di discrezionalità politica riservata al legislatore. Premesso che l'estensione di una serie di diritti alle coppie omosessuali, in prospettiva antidiscriminatoria, non comporta necessariamente un'equiparazione perfetta e completa sotto ogni profilo, soprattutto in materia familiare, osservano che, in tema di filiazione, l'ordinamento appresta, indipendentemente dalla discendenza biologica, strumenti normativi idonei all'istituzione di un rapporto di responsabilità di tipo genitoriale, la cui previsione segna tuttavia anche il limite all'equiparazione delle diverse situazioni socio-personali. Tale limite risulta superato dall'ordinanza impugnata, la quale costituisce espressione di un'attività di produzione normativa estranea alla competenza della Corte territoriale, anche con riguardo al richiamo della giurisprudenza della Corte EDU, non applicabile direttamente dal giudice nazionale, e comunque inidonea a giustificare una completa equiparazione delle coppie omosessuali in relazione ad ogni aspetto del diritto di famiglia.

4. Con il secondo motivo, il Ministero ed il Sindaco denunciano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 2, la violazione del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 95, osservando che, nell'individuare l'oggetto del procedimento esclusivamente nel riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero, l'ordinanza impugnata non ha tenuto conto della ragion d'essere del giudizio, costituita dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla trascrizione del provvedimento emesso dal Giudice canadese, e delle conclusioni formulate dai ricorrenti, in cui questi ultimi chiedevano espressamente di ordinarne la trascrizione negli atti di nascita dei minori. La Corte territoriale ha omesso di rilevare la contraddittorietà della condotta processuale degl'istanti, i quali, pur richiamando le norme in materia di trascrizione, non hanno seguito la procedura dalle stesse prevista, rimessa alla competenza del Tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale dev'essere eseguito l'adempimento richiesto.

5. Con il terzo motivo, il Ministero ed il Sindaco deducono, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., rilevando che l'ordinanza impugnata ha omesso di pronunciare in ordine all'eccezione d'inammissibilità del ricorso proposto dal R., da essi sollevata in relazione al difetto di legittimazione del ricorrente, non investito del potere di rappresentanza dei minori, in quanto non titolare della responsabilità genitoriale sugli stessi, secondo l'ordinamento italiano.

6. Con il quarto motivo, il Ministero ed il Sindaco lamentano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 101 e 702-*bis* c.p.c. e della l. n. 218 del 1995, art. 67, censurando l'ordinanza impugnata nella parte in cui ha escluso la loro legittimazione, senza tener conto della vicenda da cui trae origine il procedimento, contrassegnata dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla trascrizione del provvedimento straniero, e della richiesta di trascrizione espressamente formulata nel ricorso introduttivo, nonché della natura contenziosa del procedimento disciplinato dall'art. 67 *cit.*, assoggettato alle forme del rito sommario di cognizione ed avente necessariamente come controparte il soggetto che si oppone alla richiesta di trascrizione. Tale soggetto non è identificabile nel Pubblico Ministero, legittimato esclusivamente ad intervenire nelle cau-

se riguardanti lo stato e la capacità delle persone, ai sensi dell'art. 70 c.p.c., comma 1, n. 3, ma nel Sindaco, al quale spetta, in qualità di ufficiale dello stato civile, la corretta tenuta dei relativi registri, e per esso nel Ministero, al quale fa capo il Sindaco nell'esercizio delle funzioni di ufficiale di governo.

7. Con il quinto motivo, il Ministero ed il Sindaco denunciano la violazione e la falsa applicazione della l. n. 218 del 1995, artt. 16 e 65, del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 18 e della l. n. 40 del 2004, art. 5 e art. 12, commi 2 e 6, osservando che, nell'escludere il contrasto tra il provvedimento emesso dal Giudice canadese e l'ordine pubblico, l'ordinanza impugnata ha fornito un'interpretazione eccessivamente estensiva di tale nozione, il cui accoglimento finirebbe per svuotare di ogni significato gli artt. 16 e 65 cit., che la pongono come limite all'ingresso di provvedimenti stranieri contrastanti con quell'insieme di principi e valori ritenuti fondamentali nel nostro ordinamento, al punto da essere considerati parte integrante e imprescindibile del sostrato giuridico nazionale. Nel richiamare i principi enunciati dalla più recente giurisprudenza di legittimità, la Corte territoriale ha trascurato la precisazione, da quest'ultima emergente, secondo cui, in quanto posto a salvaguardia della coerenza interna dell'ordinamento nazionale, l'ordine pubblico non è riducibile ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri dell'ordinamento interno, purché fondamentali ed irrinunciabili. Tra gli stessi va senz'altro incluso il principio, chiaramente desumibile dalle norme inderogabili in materia di filiazione, che postula, quale requisito imprescindibile per il riconoscimento del relativo rapporto, la differenza di sesso tra i genitori, avendo quest'ultima influito significativamente su tutta la legislazione nazionale introdotta nel tempo, ivi compresa quella concernente le diverse tecniche di fecondazione assistita; tale principio è rimasto inalterato anche a seguito della dichiarazione d'illegittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3, che nulla ha mutato con riguardo ai requisiti prescritti per l'accesso alle predette tecniche, non essendo venute meno le sanzioni comminate per l'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie composte da soggetti dello stesso sesso e per la surrogazione di maternità. Ad avviso dei ricorrenti, non può dunque dubitarsi della contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di un atto di nascita

che preveda una duplice paternità, la cui ammissibilità non può essere desunta né dalle pronunce della Corte EDU che, ai fini dell'adozione, hanno sancito la piena equiparazione delle coppie omosessuali alla famiglia tradizionale, né dalla recente pronuncia di legittimità che ha disposto la trascrizione di una duplice maternità, dal momento che le prime hanno ad oggetto esclusivamente il rapporto di genitorialità civile, mentre la seconda, oltre a riferirsi ad un caso diverso da quello in esame, ha conferito rilievo non già alle esigenze di genitorialità della coppia, ma all'interesse esclusivo del minore, non invocabile utilmente nel caso in esame, in quanto i minori sono già in possesso della cittadinanza italiana e risultano già figli del padre biologico. Quanto alla l. n. 76 del 2016, la stessa, nel dettare tra l'altro la disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, applicabile anche alle coppie che abbiano contratto matrimonio all'estero, ha ampiamente esteso a queste ultime i diritti e i doveri derivanti dal matrimonio, ma ha escluso l'operatività delle disposizioni della l. n. 184 del 1983, ferme restando quelle già ritenute applicabili in materia di adozione, in tal modo segnando il punto di equilibrio cui l'ordinamento è giunto nel bilanciamento tra i vari istituti del diritto familiare, dal quale non può prescindere nella valutazione della conformità all'ordine pubblico dei provvedimenti giudiziali stranieri; tale disciplina impedisce di estendere alle coppie formate da persone dello stesso sesso le norme sulla filiazione e la responsabilità genitoriale, ai fini delle quali assume rilievo decisivo il rapporto di discendenza genetica, quale fatto oggettivo accertabile in sede giudiziale, indipendentemente dall'aspetto volitivo-negoziale; ciò comporta l'esclusività della posizione giuridica di padre, la quale va tenuta distinta dal concetto di genitorialità, intesa come relazione affettivo-familiare con il minore e come responsabilità e capacità di cura degli interessi dello stesso, che può trovare realizzazione anche attraverso altri istituti previsti dall'ordinamento.

8. Con ordinanza del 22 febbraio 2018, la Prima Sezione civile di questa Corte ha disatteso le eccezioni d'improcedibilità delle impugnazioni, sollevate dalla difesa dei ricorrenti in relazione al mancato deposito della copia notificata del provvedimento impugnato, dando atto dell'avvenuta effettuazione di tale adempimento da parte del Ministero, con efficacia anche nei confronti del Pubblico Ministero.

Rilevato inoltre che i controricorrenti hanno contestato l'ammissibilità di entrambi i ricorsi, per difetto di legittimazione dei ricorrenti, sostenendo che il Sindaco non ha mai assunto formalmente la qualità di parte del giudizio di merito, in quanto il ricorso introduttivo gli è stato notificato soltanto a titolo di *litis denuntiatio*, mentre il Pubblico Ministero ha rivestito la mera posizione d'interventore, essendo privo del potere di proporre l'azione, ha affermato che la risoluzione della prima questione implica la definizione della nozione d'interessato, ai sensi della l. n. 218 del 1995, art. 67, in relazione all'oggetto del giudizio, costituito non solo dal riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento straniero di volontaria giurisdizione, ma anche dalla richiesta di ordinarne la trascrizione negli atti dello stato civile, rispetto alla quale difficilmente può escludersi la legittimazione del Sindaco, in qualità di ufficiale di stato civile. Ha ritenuto poi di dover sollevare d'ufficio la questione concernente la legittimazione del Ministro dell'interno, portatore, in qualità di titolare della funzione amministrativa esercitata dal Sindaco in materia di tenuta dei registri anagrafici, di uno specifico interesse all'uniforme tenuta di tali registri, osservando invece, relativamente alla legittimazione del Pubblico Ministero, che, nonostante l'indubbio interesse ad evitare che possano trovare ingresso nel nostro ordinamento giuridico provvedimenti contrari all'ordine pubblico riguardanti lo stato delle persone, in tale materia egli non è titolare del potere d'impugnazione, limitato alle cause previste dall'art. 72 c.p.c., commi 3 e 4 ed a quelle che egli stesso avrebbe potuto proporre. Premesso tuttavia che, ai sensi del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 73, il Pubblico Ministero ha azione diretta per far osservare le leggi di ordine pubblico, ha rilevato che la questione di legittimazione s'intreccia nella specie con quella che costituisce oggetto dei ricorsi, evidenziando la diversità delle nozioni di ordine pubblico emergenti da recenti pronunce di legittimità.

Precisato infine che la denuncia dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni del legislatore comporta obbligatoriamente la rimessione della causa alle Sezioni Unite, la Prima Sezione ha ritenuto che tale provvedimento sia imposto nella specie anche dalla complessità e dalla rilevanza delle censure proposte con i motivi di ricorso, il cui

esame implica, per l'attinenza a delicatissimi profili di diritto, la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza.

9. Rigettata pertanto l'eccezione d'improcedibilità delle impugnazioni, la prima questione da esaminare concerne l'ammissibilità di entrambi i ricorsi, contestata dai controricorrenti sotto il profilo della legittimazione all'impugnazione, a loro avviso non spettante né al Sindaco, in quanto non evocato formalmente in giudizio e non costituitosi nella precedente fase processuale, né al Pubblico Ministero, in quanto convenuto in qualità di parte necessaria del giudizio di merito, ma privo del potere d'impugnare la relativa sentenza. Tale questione è strettamente collegata a quella della *legitimatio ad causam* del Sindaco e del Ministero dell'interno, dagli stessi riproposta con il quarto motivo del loro ricorso, nel senso che la mancata citazione del primo, cui l'atto introduttivo del giudizio sarebbe stato notificato a mero titolo di *litis denuntiatio*, in tanto potrebbe considerarsi idonea ad escluderne la legittimazione all'impugnazione, in quanto, come affermato dalla sentenza impugnata, egli non avesse titolo a partecipare al giudizio: in caso contrario, la mancanza della *vocatio in jus* si risolverebbe in un mero vizio del ricorso introduttivo, la cui notificazione dovrebbe essere considerata sufficiente a far assumere al Sindaco la qualità di parte, legittimata ad impugnare la sentenza, in quanto risultata soccombente nel merito. Com'è noto, infatti, la legittimazione a proporre l'impugnazione o a resistervi spetta a chi abbia rivestito formalmente la posizione di parte nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata, e dev'essere desunta da quest'ultima, intesa sia nella parte dispositiva che in quella motivata, indipendentemente dalla correttezza di tale individuazione e dalla sua corrispondenza alle risultanze processuali, nonché dalla titolarità (attiva o passiva) del rapporto sostanziale controverso (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. V, 30 maggio 2017, n. 13584; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2014, n. 20789; 29 luglio 2014, n. 17234; Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16100).

9.1. La legittimazione a contraddire del Sindaco e del Ministero è stata esclusa dalla Corte di merito sulla base di tre distinte ragioni, fondate rispettivamente sull'oggetto della domanda, identificato non già nella trascrizione del provvedimento straniero, ma nel riconoscimento della sua efficacia nell'ordinamento italiano, sulla non configurabilità nel presente giudizio di

un interesse alla regolare tenuta dei registri dello stato civile, e sull'estraneità alla materia del contendere di pretese risarcitorie per danni cagionati da attività provvedimentale illegittima.

La tesi secondo cui, in quanto avente carattere meramente accessorio e consequenziale rispetto alla domanda di riconoscimento, e quindi inidonea ad introdurre un procedimento di rettificazione ai sensi del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 95, la richiesta di trascrizione del provvedimento risulterebbe insufficiente a giustificare la legittimazione del Sindaco, in qualità di ufficiale di stato civile, è stata disattesa da una recente pronuncia di legittimità, che in tema di riconoscimento dell'efficacia di una sentenza straniera di adozione ha ravvisato proprio nel rifiuto opposto dal Sindaco alla richiesta di trascrizione (anche in quel caso riproposta con il ricorso introduttivo del giudizio) quella "contestazione" che la l. n. 218 del 1995, art. 67 richiede ai fini dell'insorgenza della controversia: premesso infatti che, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'espressione "chiunque vi abbia interesse", con cui la predetta disposizione individua i soggetti legittimati a ricorrere alla Corte d'appello, non si riferisce esclusivamente alle parti del processo che ha dato luogo alla sentenza da eseguire, tale pronuncia ha affermato, richiamando anche l'ordinanza interlocutoria emessa nel presente giudizio, che in presenza del predetto rifiuto la nozione di "interessato" al riconoscimento del provvedimento straniero difficilmente potrebbe condurre a negare la qualità di parte del Sindaco come ufficiale di stato civile (cfr. Cass., Sez. I, 31 maggio 2018, n. 14007).

Il rilievo in tal modo conferito al rifiuto di trascrizione ed alla riproposizione della relativa richiesta nel procedimento di riconoscimento impone un approfondimento del rapporto intercorrente tra quest'ultimo ed il procedimento previsto dal d.P.R. n. 396 del 2000, art. 95 per la rettificazione degli atti di stato civile nel caso in cui, come nella specie, la richiesta di trascrizione trovi fondamento in una sentenza o un provvedimento giurisdizionale straniero del quale il richiedente intenda far valere l'efficacia nel nostro ordinamento. Non appare necessario, in questa sede, soffermarsi sulle differenze strutturali tra i due istituti, già evidenziate dalla dottrina in riferimento al procedimento di delibazione disciplinato dagli artt. 796 c.p.c. e ss. ed a quello di rettificazione previsto dal r.d. 9 luglio 1939, n. 1238, poi sostituiti da quelli in esame,

e ribadite anche in relazione a questi ultimi, soprattutto con riguardo al tipo di giurisdizione (contenziosa o volontaria) di cui ciascuno di essi costituisce espressione ed ai limiti entro i quali le relative decisioni sono destinate a spiegare efficacia di giudicato. Giova piuttosto sottolineare la diversa funzione dei due rimedi, il primo dei quali è volto a risolvere contestazioni in ordine all'efficacia di provvedimenti giurisdizionali stranieri o a consentirne l'esecuzione nel nostro ordinamento, laddove il secondo mira ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quella risultante dai registri dello stato civile, a causa di un vizio comunque originatosi nel procedimento di formazione dei relativi atti (cfr. Cass., Sez. I, 2 ottobre 2009, n. 21094; 27 marzo 1996, n. 2776; 30 ottobre 1990, n. 10519). La più ampia portata del procedimento di delibazione, riguardante sentenze e provvedimenti di qualsiasi genere e finalizzato alla produzione di effetti non limitati alla trascrizione nei registri dello stato civile, aveva indotto, in passato, parte della dottrina ad affermarne la prevalenza su quello di rettificazione, e ciò in coerenza con il sistema previsto dal codice di rito, che subordinava in via generale alla pronuncia di delibazione la possibilità di far valere nel nostro ordinamento i provvedimenti stranieri; tale opinione, che ha trovato seguito anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 218 del 1995, non può essere ritenuta più condivisibile, alla luce del radicale mutamento di prospettiva da quest'ultima determinato: in quanto imperniato sul principio del riconoscimento automatico (art. 64), applicabile anche ai provvedimenti in materia di stato e capacità delle persone (art. 65) ed a quelli di volontaria giurisdizione (art. 66), il regime da essa introdotto rende infatti superfluo, almeno in prima battuta, il ricorso al procedimento previsto dall'art. 67, consentendo di procedere direttamente alla trascrizione nei registri dello stato civile, e rimettendo quindi all'ufficiale di stato civile la verifica dei requisiti prescritti dalla legge. Soltanto nel caso in cui tale verifica abbia esito negativo, ovvero nel caso in cui l'efficacia del provvedimento straniero debba essere fatta valere anche ad altri fini, si rende necessaria la procedura di riconoscimento, la cui applicabilità non può ritenersi esclusa dalla possibilità di proporre opposizione ai sensi del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 95, configurandosi quest'ultima come un rimedio concorrente, ma avente una portata più limitata rispetto

a quella del procedimento di cui alla l. n. 218 del 1995, art. 67: la funzione della rettificazione resta infatti strettamente collegata con quella pubblicitaria propria dei registri dello stato civile e con la natura meramente dichiarativa delle annotazioni ivi riportate, aventi l'efficacia probatoria privilegiata prevista dall'art. 451 c.c., ma non costitutive dello *status* cui i fatti da esse risultanti si riferiscono; esula pertanto dal suo ambito applicativo l'ipotesi in cui, come nella specie, il predetto stato emerge dal provvedimento straniero, la cui trascrivibilità nei registri dello stato civile venga contestata non già per un vizio di carattere formale, ma per l'insussistenza dei requisiti di carattere sostanziale cui la l. n. 218 del 1995, artt. artt. 64-66 subordinano l'ingresso nel nostro ordinamento. Tale contestazione, investendo la stessa possibilità di ottenere il riconoscimento dello *status* accertato o costituito dal provvedimento straniero, dà luogo ad una controversia di stato, per la cui risoluzione, com'è noto, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente escluso l'applicabilità del procedimento di rettificazione, in virtù dell'osservazione che tale questione deve essere necessariamente risolta nel contraddittorio delle parti, in un giudizio contenzioso avente ad oggetto per l'appunto lo *status* (cfr. Cass., Sez. I, 21 dicembre 1998, n. 12746; 27 marzo 1996, n. 2776; 26 gennaio 1993, n. 951).

Se ciò è vero, peraltro, deve riconoscersi per un verso che la richiesta di trascrizione, non proponibile nelle forme previste dal d.P.R. n. 396 del 2000, art. 95, può ben essere avanzata contestualmente alla domanda di riconoscimento, rispetto alla quale non riveste carattere meramente accessorio e consequenziale, per altro verso che la proposizione di tale domanda esige l'instaurazione del contraddittorio nei confronti dell'organo il cui rifiuto di trascrivere il provvedimento straniero ha dato origine alla controversia, non potendosi negare a quest'ultimo la qualifica di "interessato", nel senso previsto dalla l. n. 218 del 1995, art. 67, non spettante esclusivamente ai soggetti che hanno assunto la veste di parti nel giudizio in cui il provvedimento è stato pronunciato, ma anche a quelli direttamente coinvolti nella sua attuazione (cfr. Cass., Sez. I, 8 gennaio 2013, n. 220). L'ordine di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile non è infatti configurabile come una mera conseguenza della pronuncia di riconoscimento, la cui funzione non si esaurisce nell'attribuzione degli effetti specificamente previsti dall'art.

451 c.c., ma investe l'efficacia del provvedimento straniero in tutti i suoi aspetti; esso si inserisce nel *petitum* della domanda come oggetto dotato di una propria autonomia concettuale e giuridica, essendo volto a rimuovere l'ostacolo frapposto dall'organo competente, al quale, come destinatario del provvedimento richiesto dall'istante, va pertanto riconosciuta la posizione di legittimo contraddittore nel relativo procedimento.

9.2. Nell'esercizio delle funzioni di ufficiale dello stato civile, il Sindaco agisce poi, ai sensi del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 1, in qualità di ufficiale del governo, e quindi non già come organo di vertice e legale rappresentante dell'Amministrazione comunale, bensì come organo periferico della Amministrazione statale, dalla quale dipende ed alla quale sono pertanto imputabili gli atti da lui compiuti nella predetta veste, nonché la responsabilità per i danni dagli stessi cagionati (cfr. Cass., Sez. I, 25 marzo 2009, n. 7210; Cass., Sez. III, 6 agosto 2004, n. 15199; 14 febbraio 2000, n. 1599). Com'è noto, la competenza in materia di tenuta dei registri dello stato civile, già spettante al Ministero della giustizia, ai sensi del r.d. n. 1238 del 1939, art. 13, è stata in seguito trasferita al Ministero dell'interno, al quale il d.P.R. n. 396 del 2000, art. 9 attribuisce il potere di impartire istruzioni agli ufficiali dello stato civile, nonché la vigilanza sui relativi uffici, da esercitarsi attraverso il prefetto: pur non essendo certo che questi poteri costituiscano espressione di un rapporto di gerarchia in senso proprio, tale da consentire al Ministero di annullare gli atti compiuti dagli ufficiali di stato civile (cfr. le contrastanti pronunce del Giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5047; 4 novembre 2015, n. 5043; 26 ottobre 2015, nn. 4897 e 4899), è pacifico che le predette istruzioni rivestono carattere vincolante per questi ultimi, ai quali è espressamente imposto l'obbligo di uniformarvisi, e ciò al fine di assicurare il regolare svolgimento del servizio e l'unità d'indirizzo nell'interpretazione di disposizioni dalla cui applicazione discendono effetti determinanti per la tutela dei diritti sia personali che patrimoniali. La circostanza che la corretta ed uniforme applicazione delle predette disposizioni risponda ad un'esigenza obiettiva dell'ordinamento, nel cui perseguimento l'Amministrazione non agisce in qualità di parte, non consente quindi di escludere la configurabilità di un autonomo interesse, concreto ed attuale, tale da legittimare l'intervento

del Ministero nel giudizio avente ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero e la correlata richiesta di trascrizione, indipendentemente dalla proposizione, contestuale o paventata, di una domanda di risarcimento dei danni cagionati dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile.

9.3. In quanto collegato alla funzione amministrativa specificamente esercitata dal Ministero, il predetto interesse non coincide con quello che legittima la partecipazione al giudizio del Pubblico Ministero, riconducibile invece alla natura del rapporto controverso ed all'indisponibilità delle situazioni giuridiche fatte valere, da cui deriva l'esigenza di garantire che, pur nel rispetto del principio dispositivo, gli strumenti processuali apprestati per la tutela delle predette situazioni operino in funzione della puntuale applicazione della legge. Correttamente, nella specie, l'ordinanza impugnata ha confermato la legittimazione del Pubblico Ministero ad intervenire nel giudizio dinanzi a sé, avuto riguardo alla natura della questione sollevata dagli istanti, che, in quanto avente ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento straniero attributivo di uno *status*, è qualificabile, come si è detto, come controversia di stato, con la conseguente applicabilità dell'art. 70 c.p.c., comma 1, n. 3, che attribuisce all'organo in questione la qualità di parte necessaria nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone, prescrivendone l'intervento a pena di nullità rilevabile d'ufficio. Il riferimento alla predetta disposizione implica tuttavia l'esclusione del potere di impugnare la decisione emessa dalla Corte d'appello, non essendo la controversia annoverabile né tra quelle per le quali la legge riconosce al Pubblico Ministero il potere di azione né tra quelle matrimoniali, e non trovando pertanto applicazione né il comma 1 dell'art. 72 c.p.c., che in riferimento alla prima categoria di controversie attribuisce al predetto organo, in caso d'intervento, gli stessi poteri che competono alle parti, né il terzo ed il comma 4 del medesimo articolo, che in riferimento al secondo gruppo di controversie attribuiscono al Pubblico Ministero il potere d'impugnazione.

Non può condividersi, in proposito, la tesi sostenuta dal Procuratore generale, secondo cui la legittimazione all'impugnazione del Pubblico Ministero, apparentemente esclusa dalle norme citate, potrebbe essere ricavata dal d.P.R. n. 396 del 2000, art. 95, comma 2, che, riconoscendo al Procuratore

della Repubblica la facoltà di promuovere in ogni tempo il procedimento di rettificazione, contemplerebbe proprio quel potere di azione dalla cui titolarità il comma 1 dell'art. 72 c.p.c. fa dipendere il potere d'impugnazione, ovvero dal l. n. 218 del 1995, artt. 64-66, che, subordinando il riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri alla condizione che gli stessi non risultino contrari all'ordine pubblico, lascerebbero spazio all'iniziativa del Pubblico Ministero, cui il r.d. n. 12 del 1941, art. 73 attribuisce l'azione diretta per far osservare le leggi di ordine pubblico. L'esclusione della possibilità di avvalersi del procedimento di cui al d.P.R. n. 396 del 2000, art. 95 per la risoluzione di controversie di stato, e la conseguente necessità di promuovere la procedura di cui alla l. n. 218 del 1995, art. 67 per ottenere la dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero, anche ai fini della trascrizione nei registri dello stato civile, impediscono infatti di estendere il potere di iniziativa riconosciuto al Pubblico Ministero ai fini della rettificazione oltre l'ambito in riferimento al quale è specificamente previsto, ostandovi la natura stessa della controversia, intrinsecamente disomogenea rispetto a quelle che possono dar luogo al procedimento di rettificazione, ed il chiaro dettato dell'art. 70 c.p.c., comma 1, n. 3, che in riferimento alle controversie di stato si limita ad attribuire al Pubblico Ministero un potere d'intervento. È proprio la predetta disomogeneità a spiegare l'asimmetria del sistema segnalata dal Procuratore generale, e consistente nell'attribuzione al Pubblico Ministero di un potere d'iniziativa (e quindi d'impugnazione) limitato a controversie che, pur coinvolgendo l'interesse pubblico alla corretta applicazione della legge in una materia delicata come quella riguardante la formazione e la registrazione degli atti di stato civile, rivestono una portata più circoscritta rispetto a quelle riguardanti direttamente lo stato delle persone. In realtà, il potere di azione previsto dal d.P.R. n. 396 del 2000, art. 95, comma 2, costituisce un retaggio del sistema previgente, in cui gli uffici dello stato civile facevano capo al Ministero della giustizia e il r.d. n. 128 del 1939, art. 182 attribuiva al Pubblico Ministero, posto alle dipendenze del Ministro, la vigilanza sul regolare svolgimento del servizio e sulla tenuta dei relativi registri; il suo mantenimento da parte della nuova disciplina appare coerente con la natura non contenziosa del procedimento di rettificazione, la cui in-

staurazione costituirebbe altrimenti appannaggio esclusivo degli interessati, ma non risulta sufficiente a giustificarne l'estensione ad un procedimento contenzioso qual è quello di riconoscimento, che ha come controparte, secondo la formula adottata dalla l. n. 218 del 1995, art. 67, "chiunque vi abbia interesse", ivi compresi, come si è detto, l'ufficiale di stato civile ed il Ministero dell'interno. Il richiamo all'art. 73 dell'ord. giud. non tiene invece conto dell'antiorità di tale disposizione rispetto alla disciplina introdotta dal codice civile (art. 2907) e dal codice di procedura civile (art. 69), che concordemente limitano l'iniziativa del Pubblico Ministero in materia civile ai soli casi stabiliti dalla legge, in tal modo delineando un sistema ispirato a canoni di rigida tipizzazione, nell'ambito del quale risulta assente qualsiasi riferimento all'osservanza delle "leggi d'ordine pubblico"; tale sistema trova il suo completamento negli artt. 70-72 del codice di rito, che distinguono puntualmente le ipotesi in cui al predetto organo spetta il potere di azione da quelle in cui è titolare di un mero potere d'intervento, includendo nella seconda categoria le controversie di stato, e limitando espressamente alle prime la legittimazione all'impugnazione. L'assoggettamento della fattispecie a disposizioni di ordine pubblico costituirebbe d'altronde un criterio di applicazione tutt'altro che agevole ai fini dell'individuazione del potere di azione del Pubblico Ministero, avuto riguardo alle difficoltà che s'incontrano nella definizione della stessa nozione di "ordine pubblico", e nella conseguente delimitazione di tale categoria di disposizioni, il riferimento alla quale risulterebbe foriero di non poche incertezze, in un settore in cui appare invece primaria l'esigenza di garantire la corretta ed uniforme applicazione della legge; significativa, in proposito, è la circostanza che, proprio in tema di controversie di stato, la giurisprudenza di legittimità abbia più volte escluso la possibilità d'individuare nel carattere imperativo della disciplina applicabile il fondamento di un interesse tale da legittimare l'esercizio dell'azione da parte del Pubblico Ministero, affermando che l'iniziativa spetta ai soli soggetti privati che abbiano un interesse individuale qualificato (concreto, attuale e legittimo) sul piano del diritto sostanziale, di carattere patrimoniale o morale, all'essere o al non essere dello status, del rapporto o dell'atto dedotto in giudizio, e concludendo quindi che, in mancanza di una deroga esplicita,

trova applicazione la regola generale prevista dall'art. 70 c.p.c., comma 1, n. 3 (cfr. Cass., Sez. I, 16 marzo 1994, n. 2515; 18 ottobre 1989, n. 4201).

Quanto infine alla possibilità, prospettata in via alternativa dal Procuratore generale, di desumere il potere d'impugnazione del Pubblico Ministero dalla mera partecipazione alla precedente fase processuale, configurabile come intervento adesivo volontario, e quindi idonea a giustificare la proposizione dell'impugnazione indipendentemente dal ricorso all'art. 72 c.p.c., è appena il caso di evidenziare la portata esaustiva della disciplina dettata da tale disposizione, che, nel limitare il potere d'impugnazione del Pubblico Ministero che abbia spiegato intervento nel giudizio alle cause che avrebbe potuto proporre, ovverosia alle ipotesi di cui all'art. 70, comma 1, n. 1, ed alle cause matrimoniali, escluse quelle di separazione dei coniugi, non introduce, relativamente alle altre ipotesi, alcuna distinzione tra quelle in cui l'intervento ha carattere obbligatorio, essendo prescritto a pena di nullità rilevabile d'ufficio, e quelle in cui l'intervento ha carattere facoltativo, in quanto fondato su una valutazione del pubblico interesse rimessa allo stesso Pubblico Ministero.

9.4. La prima questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite può dunque essere risolta con l'enunciazione dei seguenti principi di diritto:

«Il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, se non determinato da vizi formali, dà luogo ad una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dalla l. n. 218 del 1995, art. 67, in contraddittorio con il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile, ed eventualmente con il Ministero dell'interno, legittimato a spiegare intervento nel giudizio, in qualità di titolare della competenza in materia di tenuta dei registri dello stato civile, nonché ad impugnare la relativa decisione».

«Nel giudizio avente ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, il Pubblico Ministero riveste la qualità di litisconsorte necessario, ai sensi dello art. 70 c.p.c., comma 1, n. 3, ma è privo della legittimazione ad impugnare la

relativa decisione, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico».

In applicazione dei predetti principi, il ricorso del Pubblico Ministero va dichiarato inammissibile, mentre risulta ammissibile quello proposto dal Sindaco e dal Ministero dello interno, del quale vanno altresì accolti il secondo ed il quarto motivo.

10. Va altresì accolto il terzo motivo del predetto ricorso, concernente la legittimazione del R. ad agire anche nella veste di legale rappresentante dei minori, dal momento che, indipendentemente dal conflitto d'interessi con i rappresentati, eventualmente configurabile in relazione all'oggetto della domanda, la sussistenza del potere rappresentativo nella specie doveva ritenersi subordinata proprio al riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero, dal quale dipendeva la possibilità di attribuire rilievo allo *status filiationis* anche nell'ambito dell'ordinamento italiano.

11. Con riguardo alle altre censure, occorre innanzitutto escludere che, come sostengono i ricorrenti, attraverso il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento emesso dal Giudice canadese, ed in particolare mediante l'affermazione della conformità all'ordine pubblico dell'accertamento di un rapporto di filiazione non fondato su un legame biologico, l'ordinanza impugnata sia incorsa nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore. A tale fattispecie, com'è noto, questa Corte ha attribuito un rilievo eminentemente teorico, ritenendola configurabile soltanto qualora il giudice non si sia limitato ad applicare una norma giuridica esistente, ma ne abbia creata una nuova, in tal modo esercitando un'attività di produzione normativa estranea alla sua competenza. Essa non è ravvisabile nel caso in esame, avendo la Corte d'appello giustificato la propria decisione attraverso il richiamo a una pluralità di indici normativi, collegati tra loro ed interpretati alla luce dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte EDU, dai quali ha tratto la convinzione che il modello di genitorialità cui s'ispira il nostro ordinamento nell'attuale momento storico non possa più considerarsi fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato, ma debba tener conto di nuove fattispecie contrassegnate dalla costituzione di un legame familiare

con quest'ultimo, in conseguenza della consapevole assunzione da parte del primo della responsabilità di allevarlo ed accudirlo, nel quadro di un progetto di vita della coppia costituita con il genitore biologico.

In quanto ancorato alla disciplina vigente, sia pure interpretata secondo criteri evolutivi, il percorso logico-giuridico seguito per giungere alla decisione risulta immune dal vizio lamentato, la cui individuazione presupporrebbe d'altronde la possibilità di distinguere, nell'ambito del predetto iter, l'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice da quella interpretativa a lui normalmente affidata: operazione, questa, piuttosto disagiata, in quanto, come la Corte ha già avuto modo di rilevare, l'interpretazione non svolge una funzione meramente euristica, ma si sostanzia nell'enunciazione della *regula juris* applicabile al caso concreto, con profili innegabilmente creativi. È proprio alla luce di tale considerazione che va ribadita la portata eminentemente astratta e teorica dell'eccesso di potere, certamente non configurabile quando, come nella specie, il giudice si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la predetta regola attraverso la ricostruzione della *voluntas legis*, anche se la stessa non sia stata desunta dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dal loro coordinamento sistematico, in quanto tale operazione non può tradursi nella violazione dei limiti esterni della giurisdizione, ma può dar luogo, al più, ad un *error in iudicando* (cfr. Cass., Sez. un., 27 giugno 2018, n. 16974; 12 dicembre 2012, n. 22784; 28 gennaio 2011, n. 2068).

12. Nell'escludere la contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento con cui il Giudice canadese ha riconosciuto a M.C. ed A., già dichiarati figli di M.L., il medesimo *status* nei confronti di R.R., con il quale i minori non hanno alcun legame biologico, l'ordinanza impugnata ha richiamato una recente pronuncia di legittimità, che identifica la predetta nozione con il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria» (cfr. Cass., Sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599). Premesso che, a differenza di quanto previsto dalla legge canadese, che ammette il ricorso alla maternità surrogata, pur-

ché a titolo gratuito, la disciplina della procreazione medicalmente assistita vigente nel nostro ordinamento non lo consente, la Corte di merito ha ritenuto che il divieto posto dalla l. n. 40 del 2004 non precluda il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra i minori generati attraverso la suddetta pratica ed il genitore intenzionale, trattandosi di disposizioni che non costituiscono espressione di principi vincolanti per il legislatore ordinario, ma dell'ampio margine di apprezzamento di cui quest'ultimo gode nella regolamentazione di una materia in ordine alla quale non vi è consenso a livello Europeo, per i delicati interrogativi di ordine etico che la stessa suscita. Precisato inoltre che il nostro ordinamento non prevede un modello di genitorialità fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato, ha conferito rilievo da un lato all'interesse superiore dei minori, identificato nel diritto a conservare lo status di figli loro riconosciuto dall'atto validamente formato all'estero, dall'altro alla consapevole decisione di accudirli ed allevarli, nell'ambito del progetto familiare avviato con l'altro genitore.

12.1. Il richiamo ai principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento interno nell'attuale momento storico, quale parametro di riferimento della valutazione prescritta ai fini del riconoscimento, costituisce espressione dell'orientamento da tempo affermatosi nella giurisprudenza di legittimità, che, abbandonando la precedente concezione difensiva dell'ordine pubblico quale limite all'ingresso nel nostro ordinamento di norme ed atti provenienti da altri sistemi e ritenuti contrastanti con i valori sottesi alla vigente normativa interna, ha attribuito alla predetta nozione una diversa funzione, eminentemente promozionale, che circoscrive l'ambito del giudizio di compatibilità ai valori tutelati dalle norme fondamentali, ponendo in risalto il collegamento degli stessi con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovrannazionale, dei quali mira a favorire la diffusione, congiuntamente all'armonizzazione tra gli ordinamenti.

In passato, la giurisprudenza di legittimità si era infatti uniformata ad una nozione di ordine pubblico fortemente orientata alla salvaguardia dell'identità e della coerenza interna dell'ordinamento, nonché alla difesa delle concezioni morali e politiche che ne costituivano il fondamento, definendolo come il

complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico e dei principi inderogabili immanenti ai più importanti istituti giuridici (cfr. Cass., Sez. I, 12 marzo 1984, n. 1680; 14 aprile 1980, n. 2414; 5 dicembre 1969, n. 3881): pur distinguendo concettualmente tra ordine pubblico internazionale, riferibile ai soli rapporti caratterizzati da profili transnazionali e preclusivo del richiamo alla legge straniera applicabile in base ai criteri stabiliti dalle norme di diritto internazionale privato, ed ordine pubblico interno, attinente invece alla libera esplicazione dell'autonomia privata nei rapporti tra soggetti appartenenti al medesimo ordinamento (cfr. Cass., Sez. lav., 25 maggio 1985, n. 3209; Cass., Sez. I, 3 maggio 1984, n. 2682; Cass., Sez. II, 19 febbraio 1970, n. 389), il predetto indirizzo faceva sostanzialmente coincidere le due nozioni, ravvisando nella prima null'altro che un aspetto della seconda, fino ad affermare esplicitamente che essa non doveva essere intesa in senso astratto ed universale, ma andava riferita all'ordinamento giuridico nazionale ed ai suoi più elevati interessi, dei quali era volta ad assicurare il rispetto (cfr. Cass., Sez. I, 9 gennaio 1976, n. 44; 14 aprile 1972, n. 1266; 24 aprile 1962, n. 818). Tale orientamento, estendendo il parametro di riferimento della valutazione prescritta ai fini della delibazione ai principi informatori dei singoli istituti, quali si desumono dalle norme imperative che li disciplinano, finiva tuttavia per lasciare ben poco spazio all'efficacia dei provvedimenti stranieri, la cui attuazione nel territorio dello Stato risultava in definitiva subordinata alla condizione che la disciplina dagli stessi applicata non differisse, almeno nelle linee essenziali, da quella dettata dall'ordinamento interno.

L'apertura di quest'ultimo al diritto sovranazionale ed il recepimento dei principi introdotti dalle convenzioni internazionali cui il nostro Paese ha prestato adesione, oltre ad influire sull'interpretazione della normativa interna, ha peraltro determinato una modificazione del concetto di ordine pubblico internazionale, caratterizzato, nelle formulazioni più recenti, da un sempre più marcato riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale ed alla tutela dei diritti fondamentali, al quale fa inevitabilmente riscontro un affievolimento dell'attenzione verso quei profili della disciplina interna che, pur previsti da norme imperative, non rispondono ai

predetti canoni. Emblematica di tale evoluzione è l'affermazione di ordine generale secondo cui i principi di ordine pubblico vanno individuati in quelli fondamentali della nostra Costituzione o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale (cfr. Cass., Sez. lav., 26 maggio 2008, n. 13547; 23 febbraio 2006, n. 4040; 26 novembre 2004, n. 22332). Significativa è anche la precisazione, conforme alle critiche mosse al precedente orientamento, che l'ordine pubblico internazionale non è identificabile con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, con la conseguenza che resterebbe cancellata la diversità tra sistemi giuridici e diverrebbero sostanzialmente inutili le stesse regole del diritto internazionale privato (cfr. Cass., Sez. lav., 4 maggio 2007, n. 10215). La conclusione che se ne trae è che non vi è coincidenza tra le norme inderogabili dell'ordinamento italiano ed i principi di ordine pubblico rilevanti come limitazione all'applicazione di leggi straniere, dal momento che questi ultimi non vanno enucleati soltanto dal quadro normativo interno, ma devono essere ricavati da esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia e tutela dei diritti fondamentali, o da valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale (cfr. Cass., Sez. III, 22 agosto 2013, n. 19405; Cass., Sez. lav., 19 luglio 2007, n. 16017).

In tale mutato contesto s'inserisce anche il precedente richiamato dalla ordinanza impugnata, avente ad oggetto il riconoscimento dell'atto straniero di nascita di un minore generato da due donne, una delle quali aveva fornito l'ovulo necessario al concepimento mediante procreazione medicalmente assistita, mentre l'altra lo aveva partorito: tale pronuncia, nel ribadire la nozione di ordine pubblico dianzi riportata, si pone in rapporto di continuità con il nuovo orientamento, affermando a chiare lettere che «il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche, laddove compatibili con essa, dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti

fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo»; essa precisa che «un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario», e conclude pertanto che «il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico» (cfr. Cass., Sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, cit.). Nella medesima ottica, una successiva pronuncia, riguardante la rettifica dell'atto di nascita di un minore generato da due donne mediante il ricorso alla fecondazione assistita, ha affermato che la contrarietà dell'atto estero all'ordine pubblico internazionale dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi della nostra Costituzione, ma anche, tra l'altro, di quelli consacrati nella Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nei Trattati Fondativi e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché, con particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, tenendo conto della Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, della Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo e della Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore (cfr. Cass., Sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878).

Il risalto in tal modo conferito ai principi consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ai quali viene attribuita una portata complementare a quella dei principi sanciti dalla nostra Costituzione, non trova smentita nella recente sentenza emessa da questa Corte a Sezioni Unite e richiamata nell'ordinanza di rimessione (cfr. Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601), la quale, nell'escludere la sussistenza di un'incompatibilità ontologica tra l'istituto dei danni punitivi e l'ordinamento italiano, non ha affatto inteso

rimettere in discussione il predetto orientamento, ma si è limitata a richiamare l'attenzione sui principi fondanti del nostro ordinamento, con i quali il giudice investito della domanda di riconoscimento è pur sempre tenuto a confrontarsi. A fronte degli effetti sovente innovativi della mediazione esercitata dalle carte sovranazionali ai fini dell'ingresso di istituti provenienti da altri ordinamenti, essa ha ribadito l'essenzialità del controllo sui principi essenziali della *lex fori* in materie presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della repubblica, affermando che «Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancor vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro “fiato corto”, ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca». Ha quindi chiarito che la sentenza straniera applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, deve misurarsi «con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale»; nel contempo, ha precisato che la valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico non può essere limitata alla ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri ed istituti italiani, ma deve estendersi alla verifica dell'eventuale contrasto tra l'istituto di cui si chiede il riconoscimento e l'intreccio di valori e norme rilevanti ai fini della delibazione.

12.2. Viene in tal modo evidenziato un profilo importante della valutazione di compatibilità, rimasto forse in ombra nelle enunciazioni di principio delle precedenti decisioni, ma dalle stesse tenuto ben presente nell'esame delle fattispecie concrete, ovverosia la rilevanza della normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione, e la conseguente necessità di tener conto, nell'individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti. Significativo, in proposito, risulta l'ampio *excursus* dedicato dalla prima delle sentenze richiamate alle norme di legge ordinaria che conferiscono rilievo all'interesse superiore del minore ed a quelle che disciplinano l'acquisto dello status di figlio e la procreazione medicalmente assistita. Così come va sottolineata l'attenzione costantemente

prestata, in tema di riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti stranieri, all'opera di sintesi e ricomposizione attraverso la quale la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità sono pervenute all'estrapolazione dei principi fondamentali, sulla base non solo dei solenni enunciati della Costituzione e delle Convenzioni e Dichiarazioni internazionali, ma anche dell'interpretazione della legge ordinaria, che dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindersi nella ricostruzione dell'ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico. Caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico è infatti la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto, soggetto a modificazioni in dipendenza dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, e quindi inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione, e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento.

Il segnalato processo di armonizzazione tra gli ordinamenti, di cui costituisce espressione il riferimento ai valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale, non esige d'altronde la realizzazione di un'assoluta uniformità nella disciplina delle singole materie, spettando alla discrezionalità del legislatore l'individuazione degli strumenti più opportuni per dare attuazione a quei valori, compatibilmente con i principi ispiratori del diritto interno, senza che ciò consenta di declassare automaticamente a mera normativa di dettaglio le disposizioni a tal fine adottate. In tal senso depongono anche la l. n. 218 del 1995, artt 64 e ss., i quali, nel disciplinare l'ingresso nel nostro ordinamento di atti e provvedimenti formati all'estero, non prevedono affatto il recepimento degli istituti ivi applicati, così come sono disciplinati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limitano a consentire la produzione dei relativi effetti, nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la delineata nozione di ordine pubblico.

12.3. La seconda questione sottoposta all'esame delle Sezioni unite può quindi essere risolta con l'enunciazione del seguente principio di diritto:

«In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dalla l. n. 218

del 1995, artt. 64 e ss., dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico».

13. Tale profilo non ha costituito oggetto di adeguato apprezzamento da parte dell'ordinanza impugnata, la quale si è limitata a far proprie le enunciazioni di principio della sentenza n. 19599 del 2016, ritenendole suscettibili di automatica trasposizione alla fattispecie da essa esaminata, senza tener conto delle profonde differenze intercorrenti tra la stessa e quella presa in considerazione dal precedente di legittimità, ed omettendo conseguentemente di valutare il diverso modo di atteggiarsi dei principi richiamati, alla stregua della disciplina ordinaria specificamente applicabile.

La domanda proposta nel presente giudizio ha infatti ad oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento emesso all'estero, che ha attribuito ai minori lo *status* di figli di uno dei due istanti, con il quale essi non hanno alcun rapporto biologico, essendo stati generati mediante gameti forniti dall'altro, già dichiarato loro genitore con un precedente provvedimento regolarmente trascritto in Italia, con la cooperazione di due donne, una delle quali ha donato gli ovociti, mentre l'altra, in virtù di un accordo validamente stipulato ai sensi della legge straniera, ha portato avanti la gravidanza, rinunciando preventivamente a qualsiasi diritto nei confronti dei minori. Il giudizio nel quale è stata pronunciata la sentenza richiamata aveva invece ad oggetto la trascrizione nei registri dello stato civile italiano di un atto di nascita formato all'estero e riguardante un minore generato da due donne, a ciascuna delle quali egli risultava legato da un rapporto biologico, in quanto una di esse lo aveva partorito, mentre l'altra aveva fornito gli ovuli necessari per il concepimento mediante procreazione medicalmente assistita. Le due fattispecie hanno in comune il fatto che il concepimento e la nascita del minore hanno avuto luogo in attuazione di un progetto genitoriale

maturato nell'ambito di una coppia omosessuale, con l'apporto genetico di uno solo dei partner, differenziandosi invece per il numero di terzi estranei (due, anziché uno) che hanno cooperato al predetto scopo, e soprattutto per il contributo fornito da uno di essi, che risulta però determinante ai fini della individuazione della disciplina applicabile.

Come rilevato da questa Corte, la tecnica fecondativa esaminata dalla precedente sentenza è assimilabile per un verso alla fecondazione eterologa, alla quale è accomunata dalla necessità dell'apporto genetico di un terzo donatore del gamete per la realizzazione del progetto genitoriale proprio di una coppia che, essendo dello stesso sesso, si trovi in una situazione analoga a quella di una coppia di persone di sesso diverso cui sia diagnosticata una sterilità o infertilità assoluta e irreversibile, per altro verso alla fecondazione omologa, con la quale condivide il contributo genetico fornito da un partner all'altro nell'ambito della stessa coppia. La fattispecie non è pertanto riconducibile alla surrogazione di maternità, in quanto priva della caratteristica essenziale di tale figura, costituita dal fatto che una donna presta il proprio corpo (ed eventualmente gli ovuli necessari al concepimento) al solo fine di aiutare un'altra persona o una coppia sterile a realizzare il proprio desiderio di avere un figlio, assumendo l'obbligo di provvedere alla gestazione ed al parto per conto della stessa, ed impegnandosi a consegnarle il nascituro. È per tale motivo che la predetta sentenza ha potuto agevolmente escludere l'applicabilità della l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, che vieta «la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità», comminando una sanzione penale per «chiunque, in qualsiasi forma», la «realizza, organizza o pubblicizza»; nel contempo, essa ha evidenziato la minore portata del divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, imposto dall'art. 5 alle coppie dello stesso sesso, osservando che, ai sensi del comma 2 dell'art. 12, lo stesso è presidiato esclusivamente da una sanzione amministrativa; ed ha dato atto della diversità della fattispecie anche dalla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per il fatto che l'ovulo è fornito dal partner della gestante, ritenendo quindi non pertinente il richiamo all'art. 9, comma 3, della medesima legge, che, in caso di violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, preclude al donatore di gameti l'acqui-

sizione di qualsiasi relazione giuridica parentale con il nato e la possibilità di far valere nei confronti dello stesso alcun diritto o assumere alcun obbligo.

La fattispecie che costituisce oggetto del presente giudizio è invece annoverabile a pieno titolo tra le ipotesi di maternità surrogata, caratterizzandosi proprio per l'accordo intervenuto con una donna estranea alla coppia genitoriale, che ha provveduto alla gestazione ed al parto, rinunciando tuttavia ad ogni diritto nei confronti dei nati: essa non è pertanto assimilabile in alcun modo a quella esaminata dal precedente citato, e neppure a quella che ha costituito oggetto della successiva sentenza n. 14878 del 2017, riguardante la rettifica dell'atto di nascita di un minore, formato all'estero e già trascritto in Italia, a seguito della modifica apportata dall'ufficiale di stato civile straniero, che aveva indicato il nato come figlio non solo della donna che lo aveva partorito, ma anche di un'altra donna, con essa coniugata, con cui il minore non aveva alcun legame biologico; nell'escludere la contrarietà della rettifica all'ordine pubblico, quest'ultima sentenza ha infatti equiparato la fattispecie alla fecondazione eterologa, ricordando da un lato che il divieto del ricorso a tale pratica è venuto parzialmente meno per effetto della sentenza n. 162 del 2014, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo la l. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3, e richiamando dall'altro i principi enunciati dalla sentenza n. 19599 del 2016. Tale ragionamento non è tuttavia suscettibile di estensione al caso in esame, il cui unico punto di contatto con la fecondazione eterologa è rappresentato dall'estraneità alla coppia di uno dei soggetti che hanno fornito i gameti necessari per il concepimento, dal momento che la gestazione ed il parto non hanno avuto luogo nell'ambito della coppia, ma con la cooperazione di un quarto soggetto.

13.1. In quanto manifestatosi nelle forme tipiche della surrogazione di maternità, l'intervento di quest'ultimo rende la vicenda assimilabile a quella presa in considerazione da una più risalente sentenza, con cui questa Corte, nel pronunciare in ordine allo stato di adottabilità di un minore nato all'estero mediante il ricorso alla predetta pratica, ha ritenuto contrastante con l'ordine pubblico il riconoscimento dell'efficacia dell'atto di nascita formato all'estero, in cui erano indicati come genitori due coniugi italiani, i quali si erano avvalsi della maternità surrogata senza fornire alcun apporto biologi-

co (cfr. Cass., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001). Nel ribadire che l'ordine pubblico internazionale è «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna», e dunque «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili», tale sentenza ha ritenuto pacifica l'applicabilità del divieto della surrogazione di maternità risultante dalla l. n. 40 del 2004, art. 12 comma 6, osservando che tale disposizione è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, posta di regola a presidio di beni fondamentali; ha precisato che «vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»; ed ha escluso che tale divieto si ponga in contrasto con l'interesse superiore del minore, tutelato dall'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, ritenendolo espressione di una scelta non irragionevole, compiuta dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, e volta a far sì «che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando (...) all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico».

Rispetto alla fattispecie presa in considerazione dalla predetta sentenza, quella esaminata dall'ordinanza impugnata si distingue soltanto per il fatto che la surrogazione di maternità non si è realizzata mediante gameti interamente forniti da soggetti estranei alla coppia, ma con il contributo genetico di uno dei componenti della stessa; nella specie, tuttavia, l'assenza di un legame genetico tra i minori e l'altro partner è stata ritenuta inidonea ad impedire il riconoscimento del rapporto genitoriale accertato con il provvedimento del Giudice canadese, in virtù dell'affermazione che il modello di

genitorialità cui s'ispira il nostro ordinamento non è fondato esclusivamente sul legame biologico tra il genitore ed il nato. Per giungere a tale conclusione, la Corte di merito ha escluso innanzitutto la possibilità di considerare la l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, come una norma di ordine pubblico, negando che la disciplina della procreazione medicalmente assistita costituisca espressione di principi fondamentali e costituzionalmente obbligati, non modificabili ad opera del legislatore ordinario, e ravvisandovi piuttosto «il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione nella materia»; ha conseguentemente ritenuto che la predetta disciplina non possa prevalere sull'interesse superiore dei minori, identificato in quello alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito allo estero, che risulterebbe pregiudicato dall'impossibilità di far valere i relativi diritti nei confronti del genitore intenzionale, nonché dalla mancata assunzione dei corrispondenti obblighi da parte di quest'ultimo.

13.2. Nella parte in cui esclude che il divieto della surrogazione di maternità costituisca un principio di ordine pubblico, il ragionamento seguito dalla Corte territoriale si pone in evidente contrasto con l'orientamento precedentemente riportato della giurisprudenza di legittimità, che assegna a tale disposizione una funzione essenziale di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, trascurando altresì le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, che vi ravvisa il risultato di un bilanciamento d'interessi attuato dallo stesso legislatore.

Com'è noto, infatti, la Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto nella l. n. 40 del 2004 una legge “costituzionalmente necessaria”, osservando che essa rappresenta la prima legislazione organica relativa ad un delicato settore che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa (cfr. Corte cost., sent. n. 45 del 2005; v. anche sent. n. 151 del 2009); pur escludendo che detta legge abbia un contenuto costituzionalmente vincolato, ha affermato che le questioni da essa affrontate toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle

contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore (cfr. Corte cost., sent. n. 347 del 1998). Premesso che «la determinazione di avere o meno un figlio, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali», e precisato che «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dall'ordinamento giuridico, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione», la Corte da un lato ha riconosciuto che «il dato della provenienza genetica non costituisce un requisito imprescindibile della famiglia», dall'altro ha tenuto però a chiarire che «la libertà e la volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti» (cfr. Corte cost., sent. n. 162 del 2014). Tra questi limiti va indubbiamente annoverato il divieto della surrogazione di maternità, al quale dev'essere riconosciuta una rilevanza del tutto particolare, tenuto conto della speciale considerazione di cui la predetta pratica costituisce oggetto nell'ambito della l. 40: quest'ultima, infatti, nel consentire il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ivi comprese (a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014) quelle di tipo eterologo, nei casi di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché (per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015) nel caso di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui alla l. 22 maggio 1978, n. 194, art. 6, comma 1, lett. *b*), distingue nettamente tra le predette tecniche e la surrogazione di maternità, subordinando l'utilizzazione delle prime al concorso di determinate condizioni e vietando in ogni caso il ricorso alla seconda, nonché prevedendo sanzioni di diversa gravità (rispettivamente amministrative e penali) per la violazione delle relative disposizioni. Tale diversità di regime giuridico è stata evidenziata anche dal Giudice delle leggi, che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge in esame, nella parte in cui vietava il ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo anche nel caso in cui fosse stata diagnosticata una patologia tale da causare

sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, ha tenuto a precisare che tale pronuncia non investiva in alcun modo il divieto posto dall'art. 12, comma 6 (cfr. sent. n. 162 del 2014).

Il senso di detto limite è stato chiarito dalla stessa Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare infondata, in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. e art. 117 Cost., comma 1, ed all'art. 8 della CEDU, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore per difetto di veridicità possa essere accolta solo quando sia rispondente all'interesse dello stesso, ha posto nuovamente in risalto il ruolo svolto dal divieto di cui alla l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, ai fini della regolamentazione degli interessi coinvolti nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Premesso che, nonostante l'accentuato *favor* dimostrato dall'ordinamento per la conformità dello *status* di figlio alla realtà della procreazione, l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con gli altri interessi coinvolti, in particolare con l'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*, e dato atto che in caso di ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita il legislatore ha attribuito la prevalenza proprio a quest'ultimo interesse, dichiarando inammissibile il disconoscimento di paternità, la Corte ha rilevato che, a fianco dei casi in cui il bilanciamento è demandato al giudice, «vi sono casi nei quali la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge, come accade con il divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa», mentre «in altri il legislatore impone, allo opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata», confermando inoltre che in quest'ultimo caso l'interesse alla verità riveste natura anche pubblica, in quanto correlato ad una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, e per tale motivo è vietata dalla legge (cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017).

Non può pertanto condividersi il ragionamento seguito dalla Corte di merito, nella parte in cui, pur riconoscendo nella disposizione di cui alla l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, il punto di equilibrio attualmente raggiun-

to a livello legislativo nella tutela dei differenti interessi fondamentali che vengono in considerazione nella materia, ha preteso di sostituire la propria valutazione a quella compiuta in via generale dal legislatore, attribuendo la prevalenza all'interesse dei minori alla conservazione dello *status filiationis*, nonostante la pacifica insussistenza di un rapporto biologico con il genitore intenzionale. Non risulta pertinente, in proposito, il richiamo all'affermazione, contenuta nella citata sentenza n. 19599 del 2016, secondo cui le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla l. n. 40 del 2004, imputabili agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia, non possono ricadere su chi è nato, il quale ha il diritto fondamentale, che dev'essere tutelato, alla conservazione dello *status filiationis* legittimamente acquisito all'estero: tale interesse, come si è visto, è destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità, il cui divieto, nell'ottica fatta propria dal Giudice delle leggi, viene a configurarsi come l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di auto-responsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica. Tale prevalenza, d'altronde, non si traduce necessariamente nella cancellazione dell'interesse del minore, la cui tutela, come precisato dalla Corte costituzionale, impone di prescindere dalla rigida alternativa vero o falso, tenendo conto di variabili più complesse, tra le quali assume particolare rilievo, nella specie, la presenza di strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale, che, pur diverso da quello previsto dalla l. n. 40 del 2004, art. 8, garantisca al minore una adeguata tutela (cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017); in proposito, va richiamato soprattutto l'orientamento di questa Corte in tema di adozione in casi particolari, che, proprio facendo leva sull'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura, individua nella l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), una clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della

“constatata impossibilità di affidamento preadottivo”, da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo (cfr. Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962).

13.3. Tali conclusioni non si pongono affatto in contrasto con i principi sanciti dalle convenzioni internazionali in materia di protezione dei diritti dell'infanzia, cui lo Stato italiano ha prestato adesione, ratificandole e rendendole esecutive nell'ordinamento interno, né con le indicazioni emergenti dalla giurisprudenza formatasi al riguardo, e richiamata nell'ordinanza impugnata. È pur vero, infatti, che le predette fonti assicurano la più ampia tutela al minore, riconoscendo allo stesso il diritto alla protezione ed alle cure necessarie per il suo benessere, impegnando gli Stati a preservarne l'identità ed a rispettarne le relazioni familiari, ed individuando, quale criterio preminente da adottare in tutte le decisioni che lo riguardino, il suo interesse superiore, nonché promuovendo la concessione delle garanzie procedurali necessarie ad agevolare l'esercizio dei suoi diritti (cfr. in particolare gli artt. 3, 8 e 9 della Convenzione di New York cit.; gli artt. 1 e 6 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con l. 20 marzo 2003, n. 77; gli artt. 8, 9, 10, 22, 23, 28 e 33 della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996 e ratificata con l. 18 giugno 2015, n. 101; l'art. 24 della Carta di Nizza). Ciò non significa tuttavia che la tutela del predetto interesse non possa costituire oggetto di contemperamento con quella di altri valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento, la cui considerazione può ben incidere sull'individuazione delle modalità più opportune da adottare per la sua realizzazione, soprattutto in materie sensibili come quella in esame, che interrogano profondamente la coscienza individuale e collettiva, ponendo questioni delicate e complesse, suscettibili di soluzioni differenziate. D'altronde, proprio in tema di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore intenzionale, la Corte EDU ha da tempo affermato che gli Stati godono di

un ampio margine di apprezzamento sia ai fini della decisione di autorizzare o meno la predetta pratica che con riguardo alla determinazione degli effetti da ricollegarvi sul piano giuridico, dando atto che è in gioco un aspetto essenziale dell'identità degli individui, ma rilevando che in ordine a tali questioni non vi è consenso a livello internazionale, e ritenendo comunque legittime le finalità di tutela del minore e della gestante, perseguite attraverso l'imposizione del divieto in questione. Pur osservando che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione è destinato inevitabilmente ad incidere sulla vita familiare del minore, essa ha escluso la configurabilità di una violazione del diritto al rispetto della stessa, ove sia assicurata in concreto la possibilità di condurre un'esistenza paragonabile a quella delle altre famiglie, ravvisando soltanto una violazione del diritto al rispetto della vita privata, in relazione alla lesione dell'identità personale eventualmente derivante dalla coincidenza di uno dei genitori d'intenzione con il genitore biologico del minore (cfr. Corte EDU, sent. 26 giugno 2014, *Mennesson e Labassee c. Francia*). Le predette violazioni non sono pertanto configurabili nel caso in cui, come nella specie, non sia in discussione il rapporto di filiazione con il genitore biologico, ma solo quello con il genitore d'intenzione, il cui mancato riconoscimento non preclude al minore l'inserimento nel nucleo familiare della coppia genitoriale né l'accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo *status finiliationis*, pacificamente riconosciuto nei confronti dell'altro genitore. Nel caso esaminato da questa Corte nella sentenza n. 24001 del 2014, e riproposto dinanzi ad essa, la Corte EDU ha d'altronde escluso entrambe le violazioni, negando per un verso la configurabilità di una vita familiare, in considerazione dell'assenza di qualsiasi legame genetico o biologico tra il minore ed entrambi i genitori e della breve durata della relazione con gli stessi, e ritenendo per altro verso legittima l'ingerenza nella vita privata, concretizzatasi nell'interruzione dei rapporti con i genitori e nella dichiarazione dello stato di adottabilità, alla luce dell'illegalità della condotta tenuta dai genitori, che avevano condotto il minore in Italia senza rispettare la disciplina dell'adozione, e della conseguente precarietà della relazione in tal modo instauratasi (cfr. Corte EDU, sent. 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*). Anche nella giurisprudenza della Corte EDU, la sussi-

stenza di un legame genetico o biologico con il minore rappresenta dunque il limite oltre il quale è rimessa alla discrezionalità del legislatore statale l'individuazione degli strumenti più adeguati per conferire rilievo giuridico al rapporto genitoriale, compatibilmente con gli altri interessi coinvolti nella vicenda, e fermo restando l'obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*: esigenza, questa, che nell'ordinamento interno può ritenersi soddisfatta anche dal già menzionato istituto dell'adozione in casi particolari, per effetto delle disposizioni della l. n. 184 del 1983, che parificano la posizione del figlio adottivo allo stato di figlio nato dal matrimonio.

13.4. L'ultima questione sottoposta all'esame di queste Sezioni Unite può dunque essere risolta mediante l'enunciazione del seguente principio di diritto:

«Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dalla l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dalla l. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d)».

14. In applicazione dei predetti principi, va pertanto accolto anche il quinto motivo del ricorso proposto dal Ministero e dal Sindaco, con la conseguente cassazione dell'ordinanza impugnata, e, non risultando necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., u.c., con il rigetto della domanda di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero.

L'incertezza delle questioni trattate, inerenti ad una materia che ha costituito oggetto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale assai vivace e

tuttora in evoluzione, giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M. Dichiara inammissibile il ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Trento; rigetta il primo motivo del ricorso proposto dal Ministero dell'interno e dal Sindaco di Trento; accoglie il secondo, il terzo, il quarto ed il quinto motivo; cassa l'ordinanza impugnata, in relazione ai motivi accolti, e, decidendo nel merito, rigetta la domanda. Compensa integralmente le spese processuali. (*Omissis*).

Nascita da gestazione per altri e diritto allo status

[ANDREA SASSI, STEFANIA STEFANELLI^(*)]

SOMMARIO: 1. I principi enunciati dalle Sezioni unite. – 2. Rilevanza dei gradi di accertamento della filiazione. – 3. Natura del procedimento e principio del contraddittorio. – 4. La gestazione per altri tra discendenza ingenua e intenzionalità. – 5. Ordine pubblico e diritto vivente. – 6. Ordine pubblico e diritti fondamentali. – 7. Contrasto con la giurisprudenza sovranazionale e straniera e ruolo dell'adozione in casi particolari. – 8. Considerazioni conclusive: opzione ermeneutica e incostituzionalità della normativa.

1. La sentenza in commento giunge a conclusione di un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, in merito al riconoscimento in Italia degli atti formati all'estero di nati da gestazione per altri⁽¹⁾.

Il tema della tutela di questi soggetti, 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 e di sanzionarla penalmente (art. 12, 6°

(*) Università degli Studi di Perugia. Ferme restando unitarietà dell'approccio e condivisione delle soluzioni giuridiche, i paragrafi 1-3 sono di Andrea Sassi e i paragrafi 4-8 di Stefania Stefanelli.

(1) Ci permettiamo di rinviare ad A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gestazione per altri*, in questa *Rivista*, 2018, p. 67 ss.

comma, l. n. 40/2004)⁽²⁾. Trattasi di opzione legislativa ragionevole, fondata sul principio di dignità della donna⁽³⁾, 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”⁽⁴⁾.

Le Sezioni unite affrontano due questioni fondamentali.

La prima concerne la natura del procedimento giurisdizionale instaurato a seguito di rifiuto da parte dell'ufficiale dello stato civile di procedere alla trascrizione nei registri di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano.

⁽²⁾ Sull'argomento e sulle ragioni dell'impiego della locuzione “gestazione per altri” in luogo di altre quali “maternità surrogata” o “surrogazione di maternità”, v. 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.

⁽³⁾ Come affermato di recente anche dalla Corte costituzionale: 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*.

⁽⁴⁾ 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 v. 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 quarantaseienne) 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. Tra l'altro, secondo i principi enunciati dalle Sezioni unite, questa situazione condurrebbe all'attribuzione della genitorialità diretta in capo alla “coppia committente” (figlia e genero della gestante), giusta la discendenza ingenua e alla conseguente irrilevanza del ricorso alla pratica della surrogazione di maternità: v. *infra*, § 4.

L'impugnazione del predetto rifiuto, secondo le Sezioni unite, se non determinata da vizi formali, dà luogo ad una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dall'art. 67, l. n. 218 del 1995, in contraddittorio con il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile, ed eventualmente con il Ministero dell'interno, legittimato a spiegare intervento nel giudizio, in qualità di titolare della competenza in materia di tenuta dei registri dello stato civile, nonché ad impugnare la relativa decisione. In quest'ottica, il Pubblico Ministero, ai sensi del 1° comma, n. 3, dell'art. 70 c.p.c., riveste la qualità di litisconsorte necessario, ma è privo della legittimazione ad impugnare la relativa decisione, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico.

La seconda riguarda la possibilità di accertamento diretto dello *status filiationis* del nato da gestazione per altri verso il partecipante al progetto procreativo che non abbia fornito gameti e, quindi, non abbia legami biologici con lo stesso, ma che risulti comunque genitore sulla base di un atto legittimamente formato da un'autorità straniera.

La soluzione della questione è diretta conseguenza dell'applicazione della disciplina di diritto internazionale privato contenuta nella l. 31 maggio 1995, n. 218, con specifico riferimento all'incidenza che il limite dell'ordine pubblico di cui all'art. 16 può spiegare sul diritto fondamentale del "nato" a divenire "figlio". È questo, infatti, il principio rilevante nella fase di accertamento della genitorialità (*filiazione-titolo*), poiché le norme di applicazione necessaria vengono individuate dal legislatore della riforma [art. 33, 4° comma, l. n. 218/1995, nella nuova formulazione introdotta con d.lgs. n. 154/2013, in attuazione della delega di cui all'art. 2, 1° comma, lett. m), l. n. 219/2012] esclusivamente in quelle disposizioni che sanciscono l'unicità dello stato di figlio e che, quindi, vengono in rilievo nella fase di attuazione del rapporto definendone i contenuti (*filiazione-rapporto*)⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Sulla distinzione dogmatica tra *filiazione-titolo* e *filiazione-rapporto* si rinvia a A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 6 ss.

Sull'applicazione alla materia delle regole di cui alla l. n. 218/1995, cfr. 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.; e, con riferimento alla riforma, O. LOPES

In proposito, secondo il provvedimento in esame, la compatibilità con l'ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss., l. n. 218 del 1995, dev'essere valutata alla stregua, non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria.

Di conseguenza, il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero tramite gestazione per altri e il genitore d'intenzione, avente cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di cui all'art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, valori non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore nell'ambito del bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione. Ciò, peraltro, non esclude la possibilità di attribuire valenza giuridica al rapporto genitoriale, attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, 1° comma, lett. *d*), l. n. 184/1983.

Più precisamente, ad avviso delle Sezioni unite, l'opzione ermeneutica deve fondarsi anche sulla «normativa ordinaria, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione», con particolare attenzione «all'opera di sintesi e ricomposizione attraverso la quale la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità sono pervenute all'estrapolazione dei principi fondamentali, sulla base non solo dei solenni enunciati della Costituzione e delle Convenzioni e Dichiarazioni internazionali, ma anche dell'interpretazione della legge ordinaria, che dà forma a quel diritto vivente dalla cui valutazione non può prescindere nella ricostruzione dell'ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico».

PEGNA, *Riforma della filiazione e diritto internazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2014, p. 394 ss., spec. pp. 395 e 401.

In questo contesto si inseriscono, da un lato, la sanzione penale della surrogazione di maternità, di cui all'art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, che viene in luce in quanto la nascita è pacificamente ascrivibile ad una gestazione per altri⁽⁶⁾, e, dall'altro, la centralità dell'istituto dell'adozione di minori, quale strumento di accertamento della genitorialità affettiva. Ed è proprio contestando che esista, nell'ordinamento italiano, un modello di genitorialità, diverso dall'adozione, alternativo a quello fondato sul legame biologico tra genitore e nato, e sostenendo che l'esclusione di tale legame, in attuazione della «libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori (...) anche indipendentemente dal dato genetico», non possa consentire a tale libertà «di esplicarsi senza limiti»⁽⁷⁾, che la decisione in commento giunge

⁽⁶⁾ Cfr., in senso analogo, Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*; su cui v. i fondamentali rilievi di A. PALAZZO, *Surrogazione materna e interesse del minore*, in *Liberio osservatorio dir.*, 1/2015, p. 1 ss.; di G. CHIAPPETTA, *L'azione di reclamo dello stato di figlio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 481 ss.; e di M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex»*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 276 s. La pronuncia ha costituito il punto di partenza dell'ampia indagine sulla maternità surrogata, sostanzialmente adesiva con le tesi della S.C., di A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al vivo*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 415 ss. Essa ha definito norma di ordine pubblico quella citata, in quanto presidia "beni fondamentali", quali la dignità umana della destante e l'istituto dell'adozione «perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato». La differenza del caso odierno dal precedente ricordato risiede nel fatto che i minori nati in Ontario sono figli biologici di uno degli uomini che il provvedimento straniero identifica come padri, ed è costui l'unico nei cui confronti l'atto era stato riconosciuto in Italia.

⁽⁷⁾ Sul punto, cfr. anche Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2324, con nota di G. CASABURI, «*Requiem*» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04; in *Guida dir.*, 27/2014, p. 16, con nota di A. PORRACCILO, *Illegittima la norma sulla «Pma» di tipo eterologo che vieta il donatore esterno in caso di infertilità. Un divieto non giustificabile dell'ordinamento se ostacola la realizzazione della genitorialità*; in *Dir. fam.*, 2014, p. 973, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, e *ivi*, p. 1289, con nota di C. CICERO, E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovvero, quando diventare genitori non sembra apparire più un dono divino*; in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105, con nota di C. CASTRONOVO, *Fecundazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; su cui A.

ad affermare la contrarietà all'ordine pubblico dell'atto straniero di cui si domanda la trascrizione.

Nella surrogazione di maternità, dunque, «l'interesse alla verità riveste natura anche pubblica, in quanto correlato ad una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, e per tale motivo è vietata dalla legge». È questo il limite «oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla p.m.a., e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica». E la soddisfazione dell'interesse del minore all'accertamento dello *status* ed alla continuità affettiva, può passare unicamente per «strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale, che, pur diverso dall'art. 8 della l. n. 40/2004, garantisca al minore adeguata tutela».

Il riferimento esplicito è all'art. 44, comma primo, lett. d), l. n. 184/1983, sull'adozione in casi particolari, definita come «clausola di chiusura del sistema, volta a consentire il ricorso a tale strumento tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo»⁽⁸⁾.

MORRESI, *Fecondazione eterologa in Italia: il perché di un vuoto normativo*, in questa *Rivista*, 2014, p. 161 ss.; E. BILOTTI, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini*, in *Dir. mercato tecnologia*, 3/2014, p. 65 ss.; A.G. ANNUNZIATA, *La libertà procreativa quale intima scelta individuale: la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, p. 525 ss., con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'art. 4 (e, di conseguenza, dell'art. 9, nelle disposizioni che lo richiamano) della citata l. n. 40/2004, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, 1° comma, della medesima legge il divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili.

⁽⁸⁾ Cfr. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2342; in *Giur. it.*, 2016, p. 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 *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1135; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203, con nota di P.

Infine, il provvedimento in esame esclude che la soluzione adottata si ponga in contrasto con la tutela accordata dall'art. 8 C.e.d.u. all'identità personale ed alla vita familiare del minore, giacché anche in questo ambito è stata riconosciuta la trascrizione dell'atto di nascita da gestazione per altri solo in presenza di legame biologico con il genitore intenzionale⁽⁹⁾.

2. Riguardo alla prima questione concernente la natura del procedimento giurisdizionale (e quindi del relativo provvedimento che lo conclude), instaurato a seguito di rifiuto da parte dell'ufficiale dello stato civile di procedere alla trascrizione nei registri di un provvedimento straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, la soluzione adottata dalle Sezioni unite, pur condivisibile in presenza di determinati presupposti (che paiono sussistere nel caso concreto esaminato), merita alcune precisazioni, a nostro avviso fondamentali.

La qualificazione del procedimento instaurato deve compiersi nel rispetto di un principio primario che sorregge attualmente tutto il sistema di accertamento della filiazione e, come tale, va considerato, anche alla luce di quanto enunciato in sentenza, principio di ordine pubblico: intendiamo riferirci al sistema dei gradi di accertamento⁽¹⁰⁾, sistema che nasce a protezione

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*.

⁽⁹⁾ Richiamando Corte EDU, sent. 26 giugno 2014, *Menesson 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)*; Corte EDU, sent. 26 giugno 2014, *Labassée c. Francia*, in *leggiditalia.it*; Corte EDU, G.C., sent. 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 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.

⁽¹⁰⁾ Sull'individuazione della teoria dei gradi di accertamento è essenziale il contributo dogmatico di Antonio Palazzo: v., di recente, A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e*

dell'unità della famiglia legittima, per poi passare a presidio del rispetto della verità biologica, ma che oggi è posto essenzialmente a tutela dell'identità del figlio e dello stato da questi eventualmente acquisito⁽¹¹⁾.

L'accertamento diretto della filiazione con effetti costitutivi dello stato in senso tecnico (cc.dd. titoli dello stato) è caratterizzato, sulla base di un ordine crescente, da due categorie di atti con effetti preclusivi differenziati, a seconda che si configuri: *a)* un accertamento di base; *b)* un accertamento di grado massimo.

Il primo deriva nella quasi totalità dei casi da un atto di autoresponsabilità dei genitori o di uno solo di essi, attraverso la dichiarazione di nascita o il riconoscimento del figlio (artt. 29-30, d.P.R. n. 396/2000; artt. 231-232, 250 e 254 c.c.). Esso comporta la riferibilità della generazione sulla base delle dichiarazioni rese, da cui discende anche l'eventuale operatività del sistema di finzioni e presunzioni previsto per la filiazione matrimoniale, senza che vi sia un controllo sulla rispondenza effettiva della discendenza, essendo preminente, in questa fase, l'interesse del nato alla realizzazione del diritto alla genitorialità⁽¹²⁾; di conseguenza, è produttivo della costituzione dello *status* e

comm. Cicu-Messineo, 2^a ed., Milano, 2013, spec. p. 251 ss. Cfr. anche A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 221 ss.

⁽¹¹⁾ Sull'applicazione evolutiva del sistema da parte del giudice delle leggi, si rinvia ad 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 (Atti del 12° Convegno SISDiC)*, Napoli, 2018, p. 438 ss. Cfr. anche A. SCHILLACI, *Famiglie e dignità delle relazioni: una lettura costituzionale*, in *Questione giust.*, 1/2019, secondo cui: «L'evoluzione della giurisprudenza deve peraltro essere letta assieme alle più recenti innovazioni legislative che hanno interessato la disciplina giuridica della filiazione, e che hanno notevolmente allentato il nesso biunivoco tra consolidamento dello *status* e mera realizzazione delle condizioni poste dalla legge per la sua costituzione: si pensi, solo per fare un esempio, alla revisione della disciplina delle azioni di stato, oramai imprescrittibili solo in favore del figlio».

⁽¹²⁾ Emblematico è il caso deciso in sede penale da Cass., 3 aprile 2007, C.V., in *leggiditalia.it*, che ha correttamente ritenuto l'irrilevanza sull'esistenza dello stato di filiazione della circostanza che la sua costituzione fosse avvenuta a seguito di dichiarazione inveridica del genitore. Questi i fatti. Caio sporge denuncia verso Sempronina con cui aveva intrattenuto una relazione extraconiugale, esponendo che dalla predetta relazione è nato il figlio Caietto, che la madre non ha voluto riconoscere; egli, pertanto, ha provveduto al riconoscimento del nato, predendosene cura e accudendolo nella propria abitazione; dopo circa un mese dalla

attributivo della titolarità del rapporto filiale secondo gli atti dello stato civile, ma proprio perché prescinde dalla veridicità e dal riferimento effettivo al fatto procreativo, è pur sempre soggetto all'accertamento di grado maggiore, attuato tramite lo strumento della giurisdizione (art. 24 Cost.).

Al contrario, nel caso *sub b)*, in cui v'è sempre un provvedimento del giudice con effetti costitutivi dello stato (eventualmente previa rimozione di altro incompatibile⁽¹³⁾), l'accertamento è compiuto con efficacia di giudicato ed è opponibile *erga omnes* (artt. 234, 239-240, 269 e 291 c.c.; l. 4 maggio 1983, n. 184). Anch'esso, pertanto, è idoneo ad attribuire la titolarità del rapporto filiale secondo gli atti dello stato civile, ma – al contrario di quello richiamato *sub a)* – con i caratteri della definitività, avendo efficacia di gra-

nascita, la madre biologica ha sottratto il minore impedendogli definitivamente e illegittimamente di riportare il minore presso la propria abitazione. Tuttavia, in esito agli accertamenti compiuti, risulta che Caio non può essere il padre biologico del minore, in quanto detenuto in carcere all'epoca del concepimento. Di conseguenza, il Tribunale lo condanna per calunnia, ritenendo che la denuncia di sottrazione di minore sia stata sporta nella consapevolezza dell'innocenza di Sempronia, al solo scopo di conservare la potestà sul minore, illegittimamente acquisita. Propone appello Caio e il giudice del gravame, in totale riforma della sentenza impugnata, manda assolto l'imputato. Rileva che al momento della denuncia Caio era formalmente il genitore del piccolo e, quindi, l'unico soggetto legittimato a tenerlo con sé, con la conseguenza che l'episodio della sottrazione non era frutto di invenzione: effettivamente il bambino era stato portato via dalla madre biologica, che, non avendo voluto riconoscerlo al momento della nascita, era sprovvista di potestà genitoriale e, quindi, non aveva alcun diritto di prelevarlo. A seguito di ricorso intentato dal P.G., la S.C. conferma la sentenza d'appello, osservando che l'azione della madre biologica, tesa a riappropriarsi materialmente del figlio, è condotta illecita, integrante gli estremi del reato p. e p. dall'art. 574 c.p. (*Sottrazione di persone incapaci*), con la conseguenza che va esclusa la sussistenza del reato di calunnia in capo a chi, esercitando la potestà sul minore nel momento in cui avviene la sua sottrazione, denuncia l'illegale comportamento della madre biologica; denuncia che non solo risponde ai dati del reale, ma è anche giuridicamente corretta, mentre è del tutto irrilevante la circostanza che il denunciante abbia a sua volta acquisito la potestà genitoriale a seguito di riconoscimento inveridico, comportamento, quest'ultimo, suscettibile di altro ed autonomo accertamento di responsabilità penale.

⁽¹³⁾ Come è noto, esistono talune peculiari ipotesi in tema di adozione, in cui l'adottato non recide i rapporti con la famiglia d'origine e, pertanto, il nuovo *status* risulta compatibile con il precedente che non viene rimosso: si tratta dell'adozione di maggiorenne (artt. 291 ss. c.c.) e di quella in casi particolari (artt. 44 ss., l. n. 184/1983).

do massimo, con conseguenze acquisitive o privative, configurabili come espressione del controllo giurisdizionale sull'accertamento della genitorialità e, come tali, produttive di effetti preclusivi, costitutivi o modificativi dello *status*. L'eventuale modifica dello stato attribuito con l'atto di nascita è soggetta alle annotazioni di cui all'art. 49, d.P.R. n. 396/2000.

A completamento del sistema dei gradi accertamento, il nuovo paradigma delle azioni di stato individua il proprio fulcro nella posizione del figlio del cui *status* si discute, che, sia esso matrimoniale o meno, diviene l'interprete privilegiato del suo interesse allo stato. Attraverso la previsione, da un lato, di termini decadenziali per i legittimati diversi dal figlio (semestrale, annuale o, al massimo, quinquennale) che impediscono l'azionabilità del diritto a rimuovere lo *status* inveridico⁽¹⁴⁾, e, dall'altro, della imprescrittibilità verso di lui del diritto ad adire il giudice per l'accertamento di grado pozioire, è solo il figlio che potrà, in qualsiasi tempo, considerare più consona la rimozione dello stato, oppure decidere di mantenerne l'efficacia, sebbene non corrisponda alla propria discendenza genetica, ma piuttosto all'affettività, alla sua identità e all'esperienza della vita familiare.

3. Questi elementi debbono a nostro avviso essere tenuti presenti nella qualificazione dell'azione giurisdizionale instaurata a seguito di rifiuto da parte dell'ufficiale dello stato civile di procedere alla trascrizione nei registri di un atto straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero ed un cittadino italiano, poiché il principio dei gradi di accertamento deve essere necessariamente preservato.

Discende che l'assunto enunciato nella sentenza in esame non ha valenza generalizzata, ma va applicato esclusivamente quando ci troviamo di fronte ad un procedimento teso all'accertamento di grado massimo. Soltanto in questo caso, infatti, l'azione può essere qualificata come azione di stato in senso tecnico e il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero è inquadrabile, secondo il dettato delle Sezioni unite, nella fattispecie

⁽¹⁴⁾ La qualificazione decadenziale dei termini per la proposizione delle azioni di stato per i legittimati diversi dal figlio è stata confermata da Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit. Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 428 ss.

di cui all'art. 67, l. n. 218/1995. Viceversa, qualora l'accertamento della filiazione richiesto è quello di base, sebbene sempre fondato su meccanismi legali di attribuzione della discendenza, riconducibili essenzialmente ad una scelta del genitore o al funzionamento del sistema di matrimonialità (effetto espansivo della dichiarazione di nascita), il rimedio deve essere necessariamente differente e idoneo a consentire un controllo giurisdizionale successivo, anche a tutela degli interessi fondamentali della persona del cui *status* si discute, rimedio identificabile nel procedimento di rettificazione di cui agli artt. 95 ss. d.P.R. n. 396/2000 sugli atti dello stato civile.

Detto rimedio, come correttamente indicato da alcuni arresti della giurisprudenza di legittimità, risalenti agli anni novanta del secolo scorso e richiamati anche dalle Sezioni unite⁽¹⁵⁾, è sicuramente inidoneo ad ottenere il riconoscimento dello *status* accertato o costituito dal provvedimento straniero con effetti preclusivi di grado massimo, dovendosi trattare tale questione nel

⁽¹⁵⁾ V., in particolare, Cass., 27 marzo 1996, n. 2776, in *leggiditalia.it*; Cass., 26 gennaio 1993, n. 951, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3097; in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 148, con nota di F. OCCHINO, *I limiti all'azione di rettificazione degli atti dello stato civile*; sulla scia di Cass., 16 dicembre 1986, n. 7530, in *Foro it.*, 1987, I, c. 1097; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1790, con nota di richiami di C. DI LORETO; in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1163; in *Dir. fam.*, 1987, p. 576; l'assunto è stato correttamente enunciato in tempi risalenti da Cass., 28 settembre 1955, n. 2671, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1397, in base alla quale si esce dall'ambito del procedimento di rettificazione ogni volta che sorga una controversia di stato sulla quale debba preliminarmente decidersi con efficacia di giudicato; in tal caso, la modifica dell'atto consegue a questa decisione. Secondo la S.C., il procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile consiste nell'eliminazione delle difformità tra la realtà effettiva e quella riprodotta nell'atto, e pertanto non è esperibile allorché tra le parti vi sia contestazione circa i presupposti del procedimento, poiché tale contestazione può essere risolta non in un procedimento volontario, bensì in un giudizio contenzioso, nel contraddittorio tra le parti. Tuttavia, si deve osservare che il principio, in astratto condivisibile, è stato enunciato in un sistema di accertamento della filiazione affatto differente, in cui la «realtà effettiva» di cui parla la Cassazione era riconducibile alla discendenza ingenua; esso va oggi riletto alla luce del fatto che detta realtà non è più soltanto «materiale» (discendenza biologica), ma può essere anche «giuridica» (discendenza affettiva o intenzionale), e che è il figlio stesso l'arbitro principale del suo diritto allo *status*, il quale ultimo può essere veridico o inveridico: la trasmissione dei geni non è più, infatti, l'unico criterio di attribuzione diretta della discendenza e lo *status*, a prescindere dalla sua materialità, si cristallizza per i legittimati diversi dal figlio in virtù del consenso o comunque entro breve tempo. Cfr. *infra*, § 4.

contraddittorio delle parti, in un giudizio contenzioso avente ad oggetto per l'appunto lo *status*. Tuttavia, esso appare esperibile ogni qualvolta si debba operare un agile controllo sull'operato dell'ufficiale di stato civile al fine di assicurare una rapida attuazione dell'atto formato all'estero, anche a tutela dell'interesse del nato⁽¹⁶⁾, del resto in linea con il dettato dell'art. 95, d.P.R. n. 396/2000, che lo individua come rimedio generale atto ad opporsi al rifiuto dell'ufficiale di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento.

In altri termini, quando si discute del recepimento di un provvedimento di un'autorità straniera, non può ritenersi sempre obbligatorio l'esperimento di un'azione di stato, con effetti cristallizzanti discendenti dal giudicato. Anzi, questi effetti vanno tendenzialmente evitati, proprio per permettere al figlio di contestare lo stato inveridico, ovvero di conservarlo a tutela del diritto fondamentale all'identità, successivamente al conseguimento della capacità di discernimento o a quella di agire, giusta l'imprescrittibilità nei suoi confronti del diritto all'accertamento con effetti preclusivi massimi. Ciò, come detto, costituisce principio di ordine pubblico, che l'interprete deve tenere presente nella soluzione del caso concreto.

Ma quali sono gli elementi che consentono di inquadrare l'azione nell'una o nell'altra fattispecie rimediale? A nostro avviso essi vanno identificati, da un lato, nella natura del provvedimento straniero di cui si chiede l'efficacia nel sistema giuridico domestico e, dall'altro, dalla formulazione della domanda e, quindi, dalla enunciazione del *petitum*.

In relazione al primo elemento, è evidente che soltanto un provvedimento che possa qualificarsi giurisdizionale e che sia stato emesso a seguito di un processo avente le caratteristiche sancite nell'art. 111, 2° comma, Cost. può essere oggetto di riconoscimento *ex art.* 67, l. n. 218/1995, secondo quanto dispongono i precedenti artt. 64 e 65. In difetto, l'atto straniero potrà co-

⁽¹⁶⁾ Cfr., nel sistema francese, Cass. civ., 1^{ere} Ch., 18 dicembre 2019, n. 1112, in *www.courdecassation.fr*, resa in fattispecie analoga a quella oggetto della pronuncia in commento, secondo cui si è «en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation».

stituire soltanto un presupposto per l'accertamento di base, ferma restando la astratta possibilità di ricorrere immediatamente al giudice per ottenere un accertamento di grado poziore attraverso le azioni positive della genitorialità previste dal sistema italiano, in cui l'esistenza del provvedimento formato all'estero rappresenta soltanto un elemento istruttorio.

Al contempo, è necessario che la domanda sia effettivamente volta alla introduzione di un'azione di stato, cioè emerga chiaramente dal *petitum* la volontà di ottenere l'accertamento della filiazione con effetti preclusivi di massimo grado.

Qualora l'azione presenti le richiamate caratteristiche, pure il minore va considerato parte necessaria del processo, in quanto portatore di un interesse autonomo da quello delle altre parti, sebbene esercenti la responsabilità genitoriale, con conseguente necessità di nominare un curatore speciale, anche su impulso del pubblico ministero, e, se capace di discernimento, di procedere al suo ascolto, eventualmente con l'ausilio di c.t.u.⁽¹⁷⁾.

All'assunto, ormai pacifico dopo gli interventi del giudice delle leggi e di quello di legittimità⁽¹⁸⁾, non pare che le Sezioni unite abbiano dedicato il giu-

⁽¹⁷⁾ Sul punto, con specifico riguardo alla materia che ci occupa, si rinvia ad A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 183 ss.

⁽¹⁸⁾ Il giudice delle leggi ha da tempo riconosciuto la qualità di parte processuale del minore: v., in particolare, Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1289; in *Fam. e dir.*, 2011, p. 545, con nota di F. TOMMASEO, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*, in *Giur. it.*, 2012, p. 270, con nota di G. GRISI, *Chi rappresenta e difende il minore infrasedicenne, parte del giudizio di opposizione di cui all'art. 250 c.c.? Ombre e luci di una sentenza interpretativa di rigetto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 167, con nota di M. CINQUE, *Il minore è parte del procedimento ex art. 250, comma 4°*, c.c.: *luci ed ombre nella sentenza della Consulta*.

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il minore è portatore di un proprio interesse anche nell'ambito del procedimento giurisdizionale, con la conseguenza che la sua audizione non è atto istruttorio, come può essere l'escussione di un teste, e il mancato ascolto costituisce una violazione del principio del contraddittorio e dei principi che regolano il giusto processo: Cass., Sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, 2010, I, c. 903; in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1415, con nota di F. DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 364, con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*; concetti ribaditi più di recente, ad esempio, da Cass., 15 maggio 2013, n. 11687, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1839; in *Giur. it.*, 2014, p. 294, con nota di L. AIROLA TAVAN, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione*

sto rilievo: una volta affermata la natura di azione di stato della controversia

dei coniugi da dovere del giudice a diritto del figlio; Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 389; Cass., 5 marzo 2014, n. 5237, in *leggiditalia.it*; Cass., Sez. un., 10 febbraio 2017, n. 3555, *ivi*; Cass., 7 marzo 2017, n. 5676, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1211, con nota di richiami di G. CASABURI, che, nel ribadire l'obbligatorietà da parte del giudice di procedere all'ascolto del minore ultradodicesimo (presunto capace di discernimento) in tutti i procedimenti che lo concernono, qualifica tale interesse come diritto di rango costituzionale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni ed opzioni; per i giudici di merito, App. Catania, 12 dicembre 2013, in *leggiditalia.it*; Trib. Roma, 9 settembre 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3285. Degli esiti dell'ascolto del minore si deve necessariamente tenere conto, a meno di diversa valutazione del giudice doverosamente orientata a realizzare l'interesse del minore, imponendosi, tuttavia, un onere di motivazione la cui entità deve ritenersi direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al figlio, Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *leggiditalia.it*. Un ampio e ponderato quadro delle tutele del minore è offerto da F. SCAGLIONE, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 271 ss.; sulla sua posizione nell'ambito del processo v. A. BERNARDINI DE PACE, *La navigazione della legge 219/2012 tra scogli e nuovi orizzonti*, *ivi*, p. 38 ss.; G. SAVI, *Il ruolo processuale del minore*, *ivi*, p. 295 ss.; ID., *L'atto processuale dell'ascolto ed i diritti del figlio minore*, in *Dir. fam.*, 2013, p. 1345 ss.; S. MATTEINI CHIARI, *Il minore nel processo*, Milano, 2014; con riferimento all'ascolto e alle modalità di espletamento, di recente, Trib. Milano, 6 maggio 2015, in *Avvocati fam.*, 1/2016, p. 38, con nota di G. SAVI, *Partecipazione del difensore all'ascolto del minore delegato ad un consulente tecnico d'ufficio* (che si sofferma in particolare sul delicato ruolo del difensore), secondo cui, qualora il giudice si avvalga di c.t.u. per compiere attività di ascolto del minore ai sensi dell'art. 336-bis c.c., i genitori, i difensori delle parti, il curatore speciale e il p.m. sono ammessi a partecipare alle attività compiute dal consulente in presenza del minore soltanto se a ciò previamente autorizzati dal giudice stesso, ovvero ove tali attività siano effettuate in idoneo ambiente che dispone dei mezzi tecnici di cui all'art. 38-bis disp. att. c.c., non trovando applicazione la norma generale che regola le operazioni del consulente tecnico d'ufficio di cui all'art. 194, 2° comma, c.p.c.

Nel diritto tedesco, anche a seguito della *FGG-Reform* (17-12-2008) e del ruolo assunto dal minore nel processo, unitamente a quello dell'assistenza e della mediazione, v. almeno, per le opere generali, J. GERNHUBER, *Familienrecht*, 6ª ed. a cura di D. Coester-Waltjen, München, 2010, spec. p. 576 ss.; più di recente, D. SCHWAB, *Familienrecht*, 24ª ed., München, 2016, 236 ss., spec. p. 309 ss.; R. BALLOFF, *Kinder von dem Familiengericht. Praxisbandbuch zum Schutz des Kindeswohls unter rechtlichen, psychologischen und pädagogischen Aspekten*, 2ª ed., Baden-Baden, 2015; più specificamente, ID., „Vom Gehilfen zum Vermittler?“ – *Die Rolle des Sachverständigen im Verfahren*, in *FF*, 2008, p. 98 ss.; ID., *Die Beauftragung des Sachverständigen in Kindschaftssachen*, in *FPR*, 2011, p. 12 ss.; E. STÖSSER, *Das neue Verfahren in Kindschaftssachen*, in *FamRZ*, 2009, p. 656 ss.; S. WILLUTZKI, *Die Subjektstellung des Kindes im Elternkonflikt*, in *ZKJ*, 2009, p. 237 ss.; ID., *Das Verfahren in Kindschaftssachen*, *ivi*, 305 ss.; R. GREGER, *Mediation in Kindschaftssachen – Kosten, Akzeptanz, Nachhaltigkeit*, in *FPR*, 2011, p. 115 ss.; B. HOFFMANN,

vagliata, era coerentemente necessario enunciare il principio o, comunque, menzionare il problema in motivazione e se, come appare dalla lettura della sentenza, nel caso in esame non si fosse provveduto, cassare con rinvio al primo giudice, sussistendo violazione del principio del contraddittorio e conseguente nullità dei provvedimenti giurisdizionali adottati⁽¹⁹⁾.

4. Esaminate le questioni processuali legate alla qualificazione del procedimento, è ora opportuno dedicare maggiore attenzione a quelle di merito, concernenti il riconoscimento del rapporto di filiazione, che hanno implicazioni sul diritto del nato a vedersi riconosciuto uno *status* idoneo all'instaurazione di relazioni legali con i partecipanti al progetto procreativo, soprattutto laddove gli è legislativamente precluso qualsiasi accertamento verso coloro che hanno assunto il ruolo di fornitore o fornitrice di gameti, ovvero di gestante.

L'impossibilità di costituire legami verso questi soggetti è a nostro avviso un profilo primario per una corretta ricostruzione della posizione del nato e delle situazioni giuridiche ad essa collegate, profilo sovente trascurato dagli interpreti (e anche dalla Sezioni unite), ma rilevante ai fini di dare piena attuazione al diritto di ogni nato alla genitorialità, che va qualificato come diritto della personalità avente fondamento diretto e tutela costituzionale negli artt. 2 e 30 Cost.⁽²⁰⁾.

Aufgaben des Jugendamtes im Kontext familiengerichtlicher Verfahren, *ivi*, p. 304 ss.; A. SCHNITZLER, *Rechtsanwälte im Familienverfahren, Familiengericht und Jugendamt*, *ivi*, p. 300 ss.; con particolare riferimento alla capacità processuale del minore, N. HEITER, *Verfahrensfähigkeit des Kindes in personenbezogenen Verfahren nach dem FamFG*, in *FamRZ*, 2009, p. 85 ss.; C.M. LEEB, *Der Verfahrensbeistand – „Anwalt des Kindes“*, in *ZKJ*, 2010, p. 391 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., 2 febbraio 2016, n. 1957, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1032, con nota di A. NASCOSI, *La nomina di curatore speciale nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*, che ha precisato come il difetto di nomina sin dalla apertura del giudizio di primo grado comporta la nullità del giudizio per violazione del principio del contraddittorio di cui all'art. 111, 2° comma, Cost., nonché per mancato perseguimento dell'interesse superiore del fanciullo a prendere parte a tutti i procedimento che lo riguardano, come stabilito dalle disposizioni contenute nelle fonti internazionali.

⁽²⁰⁾ V. sul punto, ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 15 ss. e 46 ss.

Ciò detto, va subito chiarito che i principi di diritto enunciati dalla pronuncia in esame si riferiscono esclusivamente al genitore intenzionale, poiché il ricorso alla gestazione per altri non incide sul criterio di attribuzione della genitorialità fondato sulla discendenza ingenita, che costituisce il principale strumento di accertamento della filiazione⁽²¹⁾. In questo senso è chiara, sia la formulazione del principio di diritto, che si riferisce esclusivamente al “genitore d’intenzione”, sia le argomentazioni contenute in parte motiva, fondate sulla diversa rilevanza nell’accertamento della filiazione della trasmissione dei geni rispetto alle intenzioni del genitore affettivo.

Del resto, una diversa interpretazione si porrebbe direttamente in contrasto con le norme di diritto interno, escludendo la responsabilità da procreazione, in violazione dell’art. 30, 1° comma, Cost., e disattendendo i principi dettati in tema di fecondazione assistita omologa dalla l. n. 40/2004 (art. 8).

Deriva che la modalità di gestazione non assume rilevanza quando il materiale genetico del nato sia comunque riconducibile alla coppia di cui si assume la genitorialità, con la conseguenza che, in questo caso, il ricorso alla gestazione per altri in violazione dell’art. 12, 6° comma, l. n. 40/2004, non spiega alcun effetto sulla costituzione dello *status filiationis*, che viene determinato dalla discendenza ingenita: il principio di dignità della donna soccombe dinanzi a quello della responsabilità di cui all’art. 30 Cost. e l’applicabilità dell’istituto dell’adozione è esclusa in radice (art. 293 c.c. e art. 1, l. n. 184/1983).

In questo senso, la sentenza in esame costituisce un’importante conferma, nell’attribuzione della genitorialità, della prevalenza nel sistema della discendenza ingenita sul criterio della gestazione e del conseguente parto (art. 269, 2° comma, c.c.)⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Sia consentito rinviare ad A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 21 ss.

⁽²²⁾ In linea con in principi enunciati da 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*

Ciò posto, occorre concentrare l'attenzione sulle conseguenze per il nato del ricorso alla gestazione per altri in difetto di trasmissione di geni o di gestazione, situazione che si verifica necessariamente in presenza di coppia omoaffettiva maschile, almeno riguardo ad uno dei partecipanti al progetto procreativo⁽²³⁾, ma può verificarsi anche in coppie eterosessuali e, in ipotesi, pure in coppie omoaffettive femminili, allorquando nessuna delle due donne possa condurre la gestazione.

Per la soluzione dei relativi problemi giuridici vengono in rilievo due aspetti strettamente interrelati: l'individuazione della nozione di ordine pubblico internazionale e l'attuazione dell'interesse superiore del minore, interesse che, proprio perché considerato "superiore" dal sistema interno, sovranazionale e internazionale, non può per definizione sottostare all'applicazione di altri principi.

Con riferimento all'ordine pubblico, va anzitutto chiarito che, sulla base del diritto applicabile (artt. 16 e 65, l. n. 218/1995), sono "provvedimenti" le sentenze e gli atti amministrativi che autoritativamente incidono sulle situazioni giuridiche, nelle materie indicate, ed in particolare quelli costitutivi o dichiarativi di stati familiari, capacità e diritti della personalità. Il ricono-

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. Il provvedimento della S.C. 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 da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Articolo29.it*, con nota di S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*; in *Guida dir.*, 28/2017, p. 54, con nota di M. FINOCCHIARO, *Quel «vizio» ricorrente di anticipare le scelte devolute al legislatore*. In dottrina, cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 391 ss.

⁽²³⁾ Anche M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condanno i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 66 ss., denuncia la discriminazione che la decisione in commento introduce tra le coppie omoaffettive maschili e quelle femminili, ed in definitiva tra i loro figli.

scimento è possibile qualora: *a*) producano effetto nell'ordinamento dello Stato la cui legge è richiamata (anche se pronunciati in altro Stato); *b*) per i provvedimenti giurisdizionali, vengano rispettati i diritti fondamentali della difesa; *c*) gli effetti non siano contrari all'ordine pubblico. Inoltre, anche per l'art. 18 d.P.R. n. 396/2000 sull'ordinamento dello stato civile, non possono essere trascritti nei registri di stato civile italiani (cittadinanza, nascita, morte, matrimonio e unione civile) gli atti formati all'estero se sono contrari all'ordine pubblico.

Deriva che il riconoscimento nell'ordinamento italiano dei diritti del nato da gestazione per altri passa inevitabilmente dalla nozione accolta di ordine pubblico c.d. internazionale, tradizionalmente riferito al limite al riconoscimento di atti e discipline straniere⁽²⁴⁾, e, soprattutto, dalla soluzione della questione se detta nozione sia o meno idonea ad incidere su diritti fondamentali connessi allo stato di figlio.

Le Sezioni unite, nella sentenza in esame, hanno propeso per una nozione comprendente, non solo i principi fondamentali costituzionalmente garantiti e quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali in loro considerati, ma anche il modo in cui gli stessi hanno trovato attuazione nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria.

Da tale nozione, pur in astratto condivisibile, i giudici della S.C., a nostro avviso, non hanno però tratto conclusioni coerenti per la soluzione del caso concreto, né in relazione all'analisi degli orientamenti giurisprudenziali richiamati, né riguardo alla gerarchia dei valori in giuoco.

5. Riguardo ai contributi forniti dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, il riferimento principale è al recente intervento del giudice delle leggi, più volte preso a riferimento dalle Sezioni unite, originato proprio da un caso di impugnazione *ex art. 263 c.c.* del riconoscimento operato dalla ma-

⁽²⁴⁾ 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.; in relazione alla maternità surrogata, A. VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017, spec. p. 127 ss.

dre affettiva in una vicenda che ha visto una coppia eterogenitoriale ricorrere alla gestazione per altri, realizzata in India attraverso ovodonazione⁽²⁵⁾.

Dalla lettura delle ragioni giuridiche su cui la Consulta fonda la propria decisione si ricavano due concetti fondamentali: *a)* la centralità dell'interesse del minore in tutte le procedure che lo riguardano; *b)* la non automaticità dell'esclusione dello stato verso il genitore intenzionale potenzialmente o effettivamente acquisito dal nato da gestazione per altri per contrarietà all'ordine pubblico, esclusione che dev'essere sempre valutata dal giudice nel caso concreto, tenendo conto del primo principio. Del primo le Sezioni unite hanno fatto esercizio non appropriato, sacrificando il diritto del nato ad una genitorialità piena; del secondo un'applicazione marginale e non collegata al primo, laddove hanno affermato la prevalenza del criterio della discendenza ingenita sulle modalità della gestazione nell'attribuzione dello stato di figlio.

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) 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).

Vengono quindi in rilievo nella singola fattispecie vagliata 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,

⁽²⁵⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

dall'altro, la limitazione del ricorso alla gestazione per altri come strumento generativo, limitazione conseguente all'ordine pubblico.

La prima, tuttavia, risulta essere sempre preminente anche nell'ottica della Consulta, 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. Infatti, se il giudice delle leggi avesse voluto indicare nel caso esaminato (concernente – è bene ricordarlo – il riconoscimento operato da “madre d'intenzione”) l'adozione in casi particolari quale unica strada giuridicamente percorribile, come affermano le Sezioni unite, non vi sarebbe stata necessità di aprire, nell'interesse del minore, al potere di bilanciamento del giudice ordinario, trovando la richiamata disciplina applicazione diretta ed immediata, con esclusione di qualsiasi analisi relativa al caso concreto⁽²⁶⁾.

Oltre al recente fondamentale arresto ora ricordato, per una corretta soluzione della questione è opportuno richiamare taluni principi enunciati dalla Corte costituzionale in un'importante pronuncia 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): sebbene in questo caso la discendenza era fondata sulla trasmissione dei geni e non sulla intenzionalità, i concetti in essa enunciati si attagliano perfettamente al caso in esame⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ V., sul punto, A. SASSI, *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato*, cit., spec. p. 295 ss.

⁽²⁷⁾ 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 figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, e S. LANDINI, *Incostituzionalità dei limiti*

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 «ricorranco 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. Dunque, trasponendo detti concetti al caso che ci occupa, negare al bambino lo *status* di figlio di colui che ha partecipato, assieme al padre biologico, al progetto procreativo grazie al quale è venuto alla luce, integrerebbe, come rilevato dalla Consulta nella pronuncia ora richiamata con riferimento alla filiazione da genitori incestuosi, «una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti (...). 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»⁽²⁸⁾.

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.*, 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; su cui 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 C. CICERO, *Il problema della filiazione incestuosa (osservazioni a margine di Corte cost. n. 494/2002)*, in *altalex.it*. Con riferimento alla fattispecie in esame, v. G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 677 ss.

⁽²⁸⁾ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit. 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. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. p. 41 ss.

Del resto, qualche anno prima, lo stesso giudice delle leggi, a proposito della pratica della fecondazione assistita (non regolata normativamente prima della l. n. 40/2004), aveva avuto modo di ribadire la preminenza del principio di tutela del nuovo nato su ogni altra situazione: in particolare, la Corte ha riferito detta preminenza «ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente determinato ad accoglierlo», specificando espressamente che «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»⁽²⁹⁾. Tali concetti, sebbene espressi in una situazione di carenza legislativa, mantengono a nostro avviso la loro attualità anche dopo l'emanazione della l. n. 40/2004, essendo evidente che i limiti nella stessa contenuta, almeno in una interpretazione costituzionalmente orientata, non possono mai comprimere diritti fondamentali del nato, ivi compreso quello ad acquisire uno *status* con celerità ed effettività⁽³⁰⁾.

I dettami della Consulta, quindi, non sono stati correttamente applicati da parte delle Sezioni unite, che per di più non sembra abbiano tenuto nella dovuta considerazione i risultati cui la stessa Cassazione è pervenuta nell'individuazione dell'interesse del minore quale criterio fondamentale per una pronuncia sullo stato che abbia efficacia di giudicato.

Il giudice di legittimità ha infatti enucleato come minimo comune denominatore l'interesse primario del nato, che viene concretamente soddisfatto, con un procedimento sostanzialmente equitativo⁽³¹⁾, mediante l'applicazione o il bilanciamento di vari criteri fondamentali, quali la ricerca della verità biologica, la tutela dell'affettività adeguatamente consolidata, il diritto ad avere

⁽²⁹⁾ 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*.

⁽³⁰⁾ V. anche *infra*, § 8.

⁽³¹⁾ Si rinvia sul punto a A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Pesuglia, rist. 2011, spec. p. 339 ss.; il procedimento, del resto, fonda le sue radici nella storia del diritto e nell'incontro, avvenuto con la rinascita degli studi giuridici nel medioevo, tra diritto giustiniano e diritto canonico: cfr. le importanti indagini di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, 7^a ed., Roma-Bari, 2014, spec. pp. 175 ss. e 203 ss.; e, con uno sguardo sistematico alla cultura giuridica europea, ID., *L'Europa del diritto*, 2^a ed., Roma-Bari, 2017, p. 48 ss.

uno stato ovvero a mantenere quello acquisito anche se non corrispondente alla discendenza ingenua.

In sostanza, il richiamato interesse può qualificarsi nel sistema attuale come il principio adeguatore dell'attribuzione della genitorialità. Pertanto, il riconoscimento della genitorialità avviene con i caratteri dell'adattabilità alla singola fattispecie, senza che vi sia un criterio necessariamente prevalente, sebbene l'ordinamento accordi preminenza a quello della trasmissione dei geni⁽³²⁾.

Deriva che anche il concetto di responsabilità genitoriale, alla base dell'art. 30 Cost. e del reg. CE n. 2201/2003, nonché del recente reg. UE 1111/2019, che entrerà in vigore dal 1° agosto 2022, necessariamente conseguente alla costituzione dello stato di filiazione, va sempre visto, in funzione dell'interesse del figlio e, quindi, del suo esercizio effettivo basato sull'affettività, cioè a dire, in definitiva, sull'assunzione consapevole della genitura e della predetta responsabilità.

Così, nell'adozione in casi particolari del figlio del partner nella coppia omoaffettiva *ex* art. 44, 1° comma, lett. *d*), l. adozione (*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 affermati legami affettivi forti e duraturi ad aver guidato il giudice verso la corretta soluzione del caso⁽³³⁾; nell'ipotesi in cui 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⁽³⁴⁾; e, soprattutto, per quello che inte-

⁽³²⁾ Emblematico, in tal senso, il percorso compiuto da Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit., che ha consentito, nell'interesse del figlio, la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero anche verso la donna né partoriente, né fornitrice di gameti. V. anche A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., spec. pp. 165 ss. e 359 ss.

⁽³³⁾ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

⁽³⁴⁾ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

ressa in questa sede, 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⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Foro it.*, 2017, I, c. 119; in *Giur. it.*, 2017, p. 5; su cui F. SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 851 ss. I principi enunciati dalla sentenza rappresentano la sintesi di quanto sinora esposto e della nostra concezione dell'accertamento dello stato di filiazione (seguendo A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., spec. p. 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.

Questi concetti, a nostro avviso inconfontabili, esplicitamente riferiti a tutte le azioni di stato, consentono di soverchiare il criticato orientamento della S.C. sull'applicazione delle regole in tema di rettificazione (art. 95, d.P.R. n. 396/2000) alle ipotesi di condanna penale per delitti sullo stato civile e conseguente cancellazione dello stato inveridico, omettendo l'applicazione delle tutele approntate a favore del figlio: Cass., 2 ottobre 2009, n. 21094, in *leggiditalia.it*. Questo il caso. Con ricorso *ex* art. 95, d.P.R. n. 396/2000, il Procuratore della Repubblica – premesso che era stata dichiarata la falsità del riconoscimento del minore Caietto operato da Caio per atto notarile e che, pertanto, era doveroso disporre la cancellazione delle iscrizioni e/o trascrizioni effettuate nei registri di nascita e di cittadinanza, dipendenti dall'atto di accertamento dichiarato falso – chiede ed ottiene dal Tribunale adito la predetta cancellazione della trascrizione degli atti concernenti Caietto. Propone reclamo alla Corte d'Appello quest'ultimo, ma il provvedimento impugnato viene confermato. Osserva, in particolare, il giudice del gravame che alla dichiarazione di falsità del riconoscimento contenuta nella sentenza penale di condanna consegue necessariamente la cancellazione dai registri dello stato civile di tutti gli atti indebitamente registrati in conseguenza del riconoscimento non veridico, rientrando la fattispecie nella previsione di cui all'art. 95, d.P.R. n. 396/2000 e, precisamente, nella «cancellazione di un atto indebitamente registrato». Propone ricorso per cassazione il soccombente. La S.C. conferma il decreto, osservando che il procedimento di rettificazione di cui alla citata norma è diretto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quale invece risulta dagli atti di stato civile per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedi-

6. Ciò posto, è principalmente riguardo alla gerarchia dei valori in giuoco che la sentenza in esame non può essere assolutamente condivisa.

La soluzione giuridica ivi adottata, ai fini di una tutela effettiva dell'interesse del minore, avrebbe presupposto infatti che il ricorso all'adozione in casi particolari avesse garantito allo stesso, nell'ordinamento italiano, le medesime tutele assicurate dal provvedimento dell'autorità giudiziaria canadese, fosse cioè speculare e sovrapponibile all'accertamento diretto della filiazione. Tuttavia, ciò è escluso dalla legge interna sotto un duplice profilo, contenutistico e, soprattutto, di effettività.

In relazione al primo, lo strumento dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, 1° comma, lett. *d*), l. n. 183/1984, al pari degli altri casi contemplati dalla norma, almeno secondo l'opinione prevalente⁽³⁶⁾, consente la costituzione di un legame giuridico tra il nato e il genitore intenzionale dai contenuti meno pregnanti e più limitati, in virtù del richiamo alla disciplina dell'adozione di maggiorenne di cui al successivo art. 55: si tratta, infatti, di un'ipotesi che abbiamo definito di adozione "genitoriale", in cui – al contrario dell'adozione "parentale", c.d. legittimante o piena, ove la posizione filiale è speculare a quella del figlio biologico – l'adottato instaura rapporti giuridici soltanto con l'adottante e non riguardo ai parenti di questo, mantenendo, al contempo, i rapporti con la famiglia d'origine o la possibilità di costituirli⁽³⁷⁾. Lo *status* in tal guisa acquisito è altresì revocabile ai sensi degli artt. 51 ss. l. adozione, e la *deminutio* si evidenzia anche attraverso l'anteposizione del cognome dell'adottante a quello dell'adottato.

Ma è specialmente in termini di effettività della tutela che i piani sono completamente differenti, in quanto l'istituto della adozione, in tutte le sue

mento di formazione dell'atto stesso, in quanto la funzione degli atti di stato civile è proprio quella di attestare la veridicità dei fatti menzionati nei relativi registri, ai sensi dell'art. 451 c.c. Sull'evidente l'equivoco in cui sono caduti i giudici, si rinvia ad A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 21 ss. La necessità di introdurre un'azione di stato per rimuovere l'accertamento inveridico è del resto confermata dalla Sezioni unite nella sentenza in esame: v. *retro*, §§ 2-3.

⁽³⁶⁾ Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 302 ss.

⁽³⁷⁾ A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 279 ss., spec. p. 343 ss.

forme, presuppone che il genitore intenzionale faccia domanda e, quindi, presti il relativo consenso (cfr., in particolare, artt. 22, 25, 30-31 e 45, l. adozione). Ed è evidente che qualora il partecipante al progetto procreativo, che non abbia legami genetici con il minore, cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto giuridico (ad esempio, perché la coppia genitoriale va in crisi), quest'ultimo non ha alcuna possibilità di tutela, né verso costui, né verso il donatore o la donatrice di gameti, né verso la gestante per altri. Di converso, l'opposizione del genitore ingenerato – e per questo legale – che eserciti la responsabilità, impedisce l'adozione (art. 46, l. n. 183/1984).

Per queste ragioni avevamo proposto un diverso inquadramento sistematico dell'ordine pubblico⁽³⁸⁾, inquadramento che tiene conto delle differenze tra diritti fondamentali dell'individuo e discrezionalità del legislatore e che merita di essere in questa sede sinteticamente richiamato.

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⁽³⁹⁾. Occorre, quindi, 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

⁽³⁸⁾ Per un'analisi più ampia sul punto, si rinvia ad A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella gestazione per altri*, cit., spec. p. 69 ss.

⁽³⁹⁾ 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*, cit., 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».

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.

Dall'applicazione del principio di ordine pubblico discendono dunque effetti differenziati a seconda della rilevanza degli interessi in giuoco. Di conseguenza, si può affermare che: la nozione di ordine pubblico internazionale 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*).

La distinzione sistematica operata 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.

Deriva che: a) in relazione alla pratica della gestazione per altri, 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⁽⁴⁰⁾), si deve ritenere la piena operatività del divieto, con

⁽⁴⁰⁾ Cass., 10 marzo 2016, E.F. ed altri, in *Foro it.*, 2016, II, c. 286; in *Dir. pen. e proc.*, 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.*, 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, letta in originale, che riforma la pronuncia di primo grado, ritenendo che «l'art. 12 nel suo*

conseguente inazionabilità, 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⁽⁴¹⁾; *b*) viceversa, il riconoscimento verso il nato delle situazioni giuridiche soggettive connesse allo stato di figlio, trattandosi di diritto fondamentale, presupposto della responsabilità genitoriale, espressamente riconosciuto dalla Costituzione italiana (artt. 2, 30 e 31), dalla C.d.f.U.E. (art. 24), dal reg. n. 2201/2003 [art. 23, lett. *a*)] e dalla C.e.d.u. (art. 8), va visto esclusivamente in ottica filiale⁽⁴²⁾.

Se si ritenesse diversamente, confondendo i due profili, si arriverebbe alla conseguenza di discriminare i nati nell'attribuzione dello stato di figlio a seconda delle circostanze della nascita e della modalità di gestazione, con conseguente violazione degli artt. 3 Cost., 21 C.d.f.U.E. e 14 C.e.d.u. È quindi evidente che i diritti del nato riconducibili all'ordine pubblico costituzio-

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 punto, più ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 139 ss.

⁽⁴¹⁾ 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.

⁽⁴²⁾ 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, sent. 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 956; Corte EDU, sent. 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*, cui espressamente rinvia Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., affermando 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., sent. 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.; 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».

nale 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⁽⁴³⁾, 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 da un precedente arresto delle Sezioni unite a sostegno della nozione di ordine pubblico ivi accolta⁽⁴⁴⁾, 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 di coesistenza con quello dell'Unione⁽⁴⁵⁾, 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.).

⁽⁴³⁾ Come esplicitamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.

⁽⁴⁴⁾ Cass., Sez. un., 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*.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., in maniera specifica, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, spec. p. 350 ss.; in giurisprudenza, Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

7. Con la decisione in esame, la S.C. ha deciso di discostarsi anche dagli orientamenti più recenti della Corte EDU, della Cassazione francese e della Corte federale tedesca.

La prima, richiesta dalla Cour de Cassation, ha affermato che: *a)* il diritto al rispetto della vita privata del bambino (art. 8 C.e.d.u.) impone agli Stati di offrire la possibilità di riconoscere il legame di filiazione tra il bambino nato da gestazione per altri e la madre intenzionale (con la quale non esiste nessun legame genetico), indicata come madre legale nell'atto di nascita formato all'estero, in conformità a quell'ordinamento; *b)* ciò non richiede necessariamente la trascrizione dell'atto nei registri di stato civile, e si può ottenere per altra via, come l'adozione da parte della madre intenzionale, *a condizione che le modalità di questa garantiscano l'effettività e la celerità della sua realizzazione*, secondo l'interesse superiore del bambino (corsivo nostro)⁽⁴⁶⁾.

Orbene, l'adozione in casi particolari – definita dalle Sezioni unite nella sentenza in commento come «clausola di chiusura del sistema», a presidio della «continuità della relazione affettiva ed educativa» – non costituisce, come detto⁽⁴⁷⁾, il vincolo di parentela con la famiglia dell'adottante, in ragione del richiamo operato dall'art. 55, l. n. 184/1983 alla disciplina dell'adozione di maggiorenni, ma, soprattutto, condiziona necessariamente la costituzione dello stato di figlio alla successiva domanda del genitore sociale, il quale, non essendo in alcun modo obbligato, potrebbe nel frattempo aver cambiato idea, ovvero aver interrotto i legami affettivi con l'altro partecipante al progetto procreativo. Fa dipendere, inoltre, la pronuncia sul titolo costitutivo dello *status* dall'assenso dell'altro genitore, esercente la responsabilità (art. 46, l. cit.), così esponendo ulteriormente il minore alle conseguenze di un'eventuale crisi della coppia. Dipende infine, anche nei tempi, dall'accertamento giudiziale della realizzazione dell'interesse del minore (art. 57, l. cit.), sicché, appare evidente che solo attraverso la trascrizione dell'atto di nascita nei registri di stato civile sia assicurata al nato una tutela realmente “effettiva” e “celere”.

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, par. 10 aprile 2019, rich. n. P16-2018-001, in *Ifamiliarista.it*, 4/2019.

⁽⁴⁷⁾ *Retro*, § 6.

Infatti, in applicazione dei principi enunciati dalla Corte EDU ora richiamati, la Cour de Cassation ha affermato la valenza nell'ordinamento francese dell'atto di nascita formato all'estero e, quindi, il riconoscimento dell'accertamento diretto della filiazione verso il genitore intenzionale anche in presenza di gestazione per altri, unico strumento atto a garantire l'interesse del bambino ad una tutela effettiva e immediata⁽⁴⁸⁾.

La distanza è ancora maggiore rispetto alla pronuncia recentemente resa dalla Corte federale tedesca, proprio con riguardo alla compatibilità con l'ordine pubblico della trascrizione dell'atto di nascita all'estero attraverso gestazione per altri⁽⁴⁹⁾. Sebbene, ai sensi del § 1591 BGB madre è automaticamente colei che ha partorito – a differenza dell'ordinamento italiano, che esclude l'automatico accertamento della maternità e ammette, all'art. 269 c.c., la prova della maternità non solo attraverso il parto, ma anche con qualsiasi altro mezzo, compreso l'esame del d.n.a.⁽⁵⁰⁾ – la Corte tedesca sottolinea che «oltre ai diritti della madre surrogata, così come dei genitori intenzionali o committenti, devono essere considerati anche i diritti fondamentali e umani del bambino nato all'esito della gestazione per altri. Questi includono il diritto del bambino di stabilire una relazione giuridica genitore-figlio».

Ribadito che non è possibile costringere alla responsabilità genitoriale la gestante, perché ciò è escluso dal suo ordinamento nazionale, e in ogni caso in quanto costei ha avviato e condotto a termine la gestazione per altri e non per sé, il riconoscimento pieno dello stato di figlio verso il genitore d'intenzione è così fondato: «poiché la protezione è posta a vantaggio del

⁽⁴⁸⁾ Cass. civ., 1^{re} Ch., 4 ottobre 2019, n. 648, in *www.courdecassation.fr*, orientamento confermato da Cass. civ., 1^{re} Ch., 18 dicembre 2019, n. 1111, *ivi*, e da Cass. civ., 1^{re} Ch., 18 dicembre 2019, n. 1112, *cit.*, che con riguardo a nascita da gestazione per altri in coppia omoaffettiva maschile, ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero anche nei confronti dal padre intenzionale non legato biologicamente al nato, in quanto non contrario all'ordine pubblico, «à condition toutefois que l'acte étranger soit régulier, exempt de fraude et conforme au droit de l'Etat dans lequel il a été établi».

⁽⁴⁹⁾ BGH, 5 settembre 2018, XII-ZB 224/17, in *FamRZ*, 2018, p. 1846; su cui A. SCHUSTER, *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*, in *Articolo29.it*.

⁽⁵⁰⁾ Si rinvia ad A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, *cit.*, p. 248 ss.; per la giurisprudenza, v. almeno Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *cit.*

bambino quale soggetto giuridico autonomo, questa non può differenziarsi in ragione delle modalità procreative, sulle quali il bambino non esercita alcuna influenza»⁽⁵¹⁾.

Ciò detto, qualche considerazione conclusiva merita anche l'indicazione da parte delle Sezioni unite dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, 1° comma, lett. *d*), l. n. 184/1983, quale unico strumento legale volto alla costituzione di un rapporto giuridico tra il nato da gestazione per altri e il genitore intenzionale.

L'approccio va a nostro avviso completamente rovesciato. Il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari, in una interpretazione costituzionalmente orientata, non va visto in ottica punitiva e sanzionatoria del comportamento genitoriale che si ripercuote inevitabilmente sulla posizione giuridica del nato, in violazione dei suoi diritti, come fa la pronuncia in commento, ma va riferito unicamente all'interesse del figlio, che potrebbe giovare della costituzione di uno *status filiationis* ad effetti limitati verso il genitore intenzionale. Soltanto in questo modo si può dare corretta attuazione al principio enunciato di recente dalla Consulta, che ha indicato la possibilità di ricorrere nel caso concreto all'istituto dell'adozione, quando ciò corrisponda all'interesse del minore⁽⁵²⁾.

Ma quali criteri osservare per operare nella fattispecie concreta un 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

⁽⁵¹⁾ BGH, 5 settembre 2018, XII-ZB 224/17, cit.

⁽⁵²⁾ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

conseguenza della formazione del proprio atto di nascita secondo l'ordinamento estero⁽⁵³⁾, sulla base del preminente interesse del minore al riconoscimento 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 eventuale e deteriore, dipendente esclusivamente dalla volontà successiva del genitore intenzionale (e di quello legale che sia anche genitore biologico), e in cui vengono meno i rapporti parentali (e quindi successori legali) con gli altri appartenenti al nucleo familiare (ascendenti o collaterali), senza alcuna possibilità (nemmeno teorica) di poter instaurare

⁽⁵³⁾ 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 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. PULITANO (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 proc.*, 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*, § 6.

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 partoriente⁽⁵⁴⁾: 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.

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 ingeniti, non preclude al nato un'eventuale ricerca della verità, consentendogli, allo stesso tempo, di soddisfare il diritto alla genitorialità verso il genitore intenzionale.

Si può quindi concludere che il ricorso all'adozione genitoriale è opportuno, nell'ottica della tutela dell'interesse del minore, soltanto qualora risulti utile conservare allo stesso la possibilità di costituire rapporti con il genitore biologico o con la gestante.

8. In definitiva, i principi enunciati da ultimo dalla Sezioni unite nella sentenza in commento, laddove, sulla base dei limiti previsti dalla normativa interna, indicano nell'adozione *ex art. 44, 1° comma, lett. d)*, l. n. 184/1983, l'unico strumento idoneo ad instaurare un legame giuridico tra il nato da gestazione per altri e il genitore intenzionale, espongono la normativa stessa ad un probabile giudizio di incostituzionalità. Questa situazione, infatti, lede il diritto fondamentale del minore ad acquisire lo stato di figlio verso i partecipanti al progetto procreativo, non comportando una tutela effettiva del richiamato diritto.

Ciò, in un contesto socio-culturale, normativo ed ermeneutico profondamente mutato in questi ultimi anni⁽⁵⁵⁾. Attualmente, infatti, l'accertamento

⁽⁵⁴⁾ Cfr. ancora A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 146 ss. Rilievo compiuto anche da BGH, 5 settembre 2018, XII-ZB 224/17, cit.

⁽⁵⁵⁾ La nozione di relazione di coppia ha subito una rivoluzione copernicana sia sul piano sociale che su quello giuridico. Il mutamento è avvenuto in almeno due direzioni fondamentali strettamente interrelate: *a)* l'indebolimento della eterosessualità come fondamento di una relazione; *b)* la non necessità di prole ai fini della serietà del vincolo coniugale,

della filiazione prescinde dalla rigida dicotomia – che per decenni ha costituito il fondamento del sistema e che viene richiamata anche dalle Sezioni

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: 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*, (Feltrinelli) 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, 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 passatempi)*; 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*, in ossequio a Corte EDU, sent. 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, su cui G. REPETTO, *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in L. CASSETTI (coord.), *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, consultabile in *diritti-cedu.unipg.it.*] e della Corte di giustizia dell'Unione [cfr., in particolare, Corte giust., sent. 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*, (Il Mulino) Bologna, 2007, p. 254 ss.; v. anche C. SARACENO, *Coppie e famiglie*, cit., p. 71.

unite – tra filiazione biologica, basata sulla discendenza ingenua, 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⁽⁵⁶⁾, alla luce del modificato 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 trasmissione di geni anche al di fuori delle ipotesi di adozione⁽⁵⁷⁾, 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⁽⁵⁸⁾: qualora lo stato giuridico non corrisponda per qualsivoglia

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ Come si è avuto modo di sottolineare (S. STEFANELLI, *Atto di nascita formato all'estero e genitorialità omosessuale*, in *Articolo29.it*), l'esperto 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, cit.), 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.; v. anche *retro*, § 5.

⁽⁵⁸⁾ 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, cit.

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, o di acquisirlo se questo manca (accertamento diretto), ma anche legittimamente di conservarlo, obbligando il genitore biologico soltanto al mantenimento (accertamento indiretto, *ex art. 279 c.c.*)⁽⁵⁹⁾.

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 precipue 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 dividerne il progetto procreativo⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ V., ampiamente, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., pp. 15 ss. e 397 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. 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.

Nel richiamato contesto, l'interpretazione delle norme di legge fornita dalle Sezioni unite nella sentenza in esame si pone in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., nonché con l'art. 67, 1° comma, T.f.U.E. e con gli artt. 21 e 24 C.d.f.U.E., oltre che con gli artt. 8 e 14 C.e.d.u., e specificamente: l'art. 12, l. n. 40/2004, nella parte in cui non esclude l'applicazione delle conseguenze del divieto alla costituzione dello stato di figlio verso i partecipanti al progetto procreativo a prescindere dalla discendenza ingenua, nonché gli artt. 16, 64 e 65, l. n. 218/1995 e, di conseguenza, dell'art. 18 d.P.R. n. 396/2000, nella parte in cui non prevedono che il limite dell'ordine pubblico derivante da applicazione di norme di diritto interno, contenenti limitazioni dovute a discrezionalità del legislatore, non possa comprimere diritti fondamentali dell'individuo, quale quello a vedersi riconosciuto lo stato di figlio in maniera effettiva ed immediata.

Per tutte le ragioni esposte, riteniamo che la sentenza sia inidonea a tracciare una strada risolutiva in ordine alle complesse questioni che derivano dall'attribuzione della genitorialità a seguito delle tecniche di procreazione medica unite all'utilizzo di gestazione per altri, e ciò nemmeno nel caso concreto posto al suo vaglio, non avendo i minori partecipato in qualità di parte del giudizio (almeno secondo quanto emerge dalla lettura dei fatti di causa), con conseguente violazione del principio del contraddittorio e inefficacia, quantomeno nei loro confronti, del provvedimento reso.

Essi potranno, quindi, sempre richiedere l'accertamento del loro rapporto diretto verso il genitore intenzionale, attraverso l'esperimento di nuova azione, se minorenni con l'ausilio di curatore speciale. E la nuova azione avrebbe un contenuto di maggiore pregnanza in difetto di proposizione di istanza di adozione da parte del genitore intenzionale, ovvero in caso di opposizione del genitore legale, poiché, in presenza di tali presupposti, l'incostituzionalità delle norme ora richiamate, nell'interpretazione fornita dalla Sezioni unite, sarebbe a nostro avviso assolutamente palese, quantomeno con riferimento alla mancanza di effettività della tutela.

Dell'arricchimento senza causa

[OBERDAN TOMMASO SCOZZAFAVA^(*)]

1. L'azione di ingiustificato arricchimento è stata introdotta dal codice civile del 1942, anche se non è dato sapere con precisione quale sia stata la genesi di tale innovazione. Nella Relazione, che accompagna il codice, con un periodare tutt'altro che elegante, si opera un riferimento ad una larghissima corrente di dottrina e giurisprudenza già orientata *de iure condito* verso il riconoscimento di un'azione generale di arricchimento, diretta ad ovviare all'indebita locupletazione nei casi in cui non sia possibile impedirli con l'esperimento di «azioni particolari della stessa (...) o di diversa natura» (n. 792).

Prosegue, dunque, la Relazione ministeriale mettendo in luce che il nuovo codice ha accolto questo indirizzo, corrispondente agli scopi della giustizia e dell'equità, che l'ordinamento deve realizzare specie se vuole esprimere dal suo seno uno spirito di solidarietà (n. 792).

Sebbene a chi scrive non risulti che, nel periodo antecedente l'ultima codificazione, l'azione di arricchimento riscuotesse il favore della dottrina e della giurisprudenza, tuttavia l'opinione del Guardasigilli, è senz'altro plausibile, poiché, a partire dalla redazione del progetto italo-francese delle obbligazioni si fa strada la convinzione che fosse opportuno prevedere anche controlli di merito del contratto e più in generale dei movimenti di ricchezza.

Il Guardasigilli, poi, richiamando implicitamente l'equità, scrive che l'ordinamento non può tollerare spostamenti patrimoniale in assenza di una causa giustificatrice, senza chiarire, peraltro, a che cosa alludesse con questa espressione verbale.

^(*) Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Anche se è possibile supporre che non si riferisse alla causa del contratto, visto che il nuovo codice aveva palesemente mutuato quest'ultimo elemento del contratto dalla concezione elaborata da Betti.

Ancora nella Relazione si legge che non era stato possibile chiarire legislativamente, con formula generale, il concetto di arricchimento ingiustificato, con la conseguenza che sarebbe stato compito della dottrina e della giurisprudenza colmare tale lacuna «ricercando se il singolo trasferimento di valori trovi a fronte la prestazione di un corrispettivo» (n. 792).

Infine nella Relazione viene spiegato che, dando seguito alla dottrina e alla giurisprudenza, all'azione disciplinata è stata assegnata una rilevanza meramente sussidiaria, giacché essa può essere attivata, solo nell'ipotesi in cui il soggetto, che ha subito l'impovertimento, non ha altro mezzo di tutela da attivare.

2. Ciò posto l'azione di ingiustificato arricchimento abitualmente è ricondotta – con il definitivo tramonto della categoria dei quasi contratto – nella categoria spuria delle obbligazioni nascenti dalla legge, che ricomprende istituti tra loro completamente diversi ed un'azione, che appunto non ha nulla a che vedere con le obbligazioni.

Senza contare che dopo tutto si può affermare che tutte le obbligazioni nascono dalla legge.

Orbene, la disciplina, che il codice civile riserva all'istituto in esame, è quanto mai scarna ed in apparenza lineare: l'art. 2041 c.c. dispone, infatti, che se qualcuno, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, ad indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Si è accennato che non è ben chiaro a cosa alluda il codice, quando fa riferimento all'assenza di una giusta causa, anche se, come diremo, ad un'attenta analisi, non è difficile dare un significato a tale espressione.

La norma, poi, chiarisce senza possibilità di equivoco che l'attività posta in essere dal soggetto, che si è arricchito, non costituisce un illecito civile. Il richiamo alla nozione di indennizzo non dà adito a dubbi al riguardo. Ancora, la norma prescrive una limitazione di responsabilità, visto che l'indenniz-

zo spettante al soggetto, che ha subito il depauperamento, non può essere superiore all'arricchimento.

Tale circostanza induce a ritenere che in questo caso il giudice non possa operare in totale discrezionalità nel determinare l'indennizzo, come invece accade in altre ipotesi espressamente previste dalla legge (art. 2045 c.c.).

La soluzione adombrata veramente è incomprensibile, se è vero che è principio generale che chi subisce un nocumento (e tale è anche il depauperamento) debba ottenere la totale eliminazione di quest'ultimo. Mentre in tale contesto l'arricchimento non dovrebbe acquisire alcun rilievo, tenuto conto, fra l'altro, che sulla sua entità potrebbe avere inciso la cattiva gestione dei beni realizzata dall'arricchito.

Tuttavia, riteniamo che si possa trovare una giustificazione alla soluzione, adombrata dalla norma, osservando che nel nostro sistema l'esigenza di eliminare completamente il danno si pone rispetto alla responsabilità contrattuale ed all'illecito civile, mentre la prescrizione giuridica in esame prevede una fattispecie che non ha nulla in comune con questi ultimi istituti.

3. Il problema, che pone la norma in esame e sulla quale ci soffermeremo in seguito, è quello di determinare la situazione soggettiva, che tutela tale azione, dal momento che l'ordinamento giuridico privatistico assolve lo scopo di tutelare tali situazioni.

Ad ogni modo, il 2° comma della norma in esame dispone che, qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda.

Senonché, la fattispecie delineata dalla norma è identica a quelle presupposte dalle azioni restitutorie o da quella di rivendicazione: tale circostanza la pone in luce lo stesso 2° comma dell'art. 2041 c.c., nel momento in cui fa riferimento a qualcuno che si è arricchito, ricevendo dal proprietario (o dal titolare di un diritto di godimento minore) una cosa determinata. Ma allora vi è da chiedersi, quando mai potrà ricevere applicazione la norma in esame? Evidentemente mai, poiché il soggetto impoverito dispone di meccanismi tipici di tutela, che escludono in radice la possibilità di avvalersi di un'azione che ha carattere sussidiario. Né si può ipotizzare che l'azione di ingiustificato

arricchimento possa essere attivata nei casi in cui non sia possibile avvalersi né dell'azione di rivendicazione né dell'azione restitutoria.

Tale ipotesi, infatti, è poco plausibile per l'ovvio motivo che l'azione di rivendicazione è imprescrittibile, mentre per quanto riguarda le azioni restitutorie la giurisprudenza assolutamente maggioritaria ritiene che, l'azione di arricchimento senza causa non possa essere attivata quando l'azione tipica di tutela non possa essere più esercitata per intervenuta prescrizione⁽¹⁾.

La prescrizione giuridica prevede, comunque, che la "cosa determinata" possa non esistere più al tempo della domanda. Ma in tal caso, è chiaro che il soggetto, che ha subito il depauperamento, non riceverà tutela mediante l'azione di ingiustificato arricchimento, per l'ovvio motivo che, come si è sottolineato, egli è titolare di un'azione restitutoria (reale o personale a seconda dei casi), con la conseguenza che, ricorrendone gli altri presupposti, lo stesso potrà attivare la tutela risarcitoria (art. 2043 c.c.).

4. L'art. 2042 c.c. individua il tratto caratterizzante dell'azione in esame nella sussidiarietà, la quale postula che non ci si possa avvalere di tale rimedio, quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito.

Per meglio chiarire il senso e la portata della prescrizione giuridica, bisogna osservare che essa postula che il meccanismo di tutela in esame possa essere attivato solo se non esista in assoluto un altro mezzo di tutela attivabile dal danneggiato. Se al contrario tale mezzo esiste, ma, per qualche ragione, non è più attivabile, non è possibile avvalersi dell'azione di cui all'art. 2041 c.c.

Ciò posto, come dicevamo, il nostro codice collega sempre le azioni alla lesione dei diritti: non a caso al suo interno si rinviengono «de azioni a difesa della proprietà» (artt. 948 ss. e anche art. 2034 c.c.), «l'inadempimento delle obbligazioni» (artt. 1218 ss. c.c.) e così via⁽²⁾.

⁽¹⁾ P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 42.

⁽²⁾ Anche la ripetizione dell'indebitto, in ultima analisi, si risolve in una forma di tutela della proprietà, poiché chi paga un debito insistente (nella duplice versione dell'indebitto oggettivo e soggettivo), può chiedere la restituzione della prestazione, poiché ha attribuito la proprietà di quest'ultima ad un terzo illegittimamente.

Orbene tale collegamento è del tutto estraneo all'art. 2041 c.c., se è vero che da esso non è dato desumere la situazione soggettiva che esso tutela.

Il problema all'evidenza non è privo di rilievo pratico, poiché collegando un meccanismo di tutela ad una specifica situazione soggettiva, si ottiene il risultato di definire i poteri del giudice. Definizione che nel nostro caso sarebbe stata importante, tenuto conto delle scarse indicazioni offerte dagli artt. 2041 e 2042 c.c.

Né si dica che il problema possa essere risolto attraverso il richiamo all'equità, a cui, come si è visto, si rifà la Relazione ministeriale: l'equità, infatti, può essere contemplata quale ragione che ha sollecitato l'adozione di una norma e non anche quale situazione tutelata dall'azione di ingiustificato arricchimento.

La norma, dunque, non specifica quale sia la situazione da essa tutelata e la stessa non chiarisce quale rilevanza debba assumere l'arricchimento, ma si limita a far riferimento al fatto che esso debba realizzarsi in assenza di una giusta causa, richiamando così una nozione, che, come si è visto, è niente affatto chiara.

Si comprende, dunque, che in tale contesto la giurisprudenza può operare del tutto liberamente e che le varie decisioni, in assenza di parametri normativi definiti, difficilmente possono essere oggetto di controllo.

Vero è che la stessa osservazione potrebbe essere estesa, ad esempio, rispetto alle azioni di rescissione del contratto per lesione (art. 1448 c.c.) e di quello concluso in stato di pericolo (art. 1447 c.c.), ma, a ben vedere così non è, se è vero che tali azioni sono qualificate dalla necessaria esistenza di un particolare stato soggettivo.

L'istituto in esame è stato introdotto con una buona dose di faciloneria e senza avere riguardo al sistema, istituito nel suo complesso dal codice, che, a nostro avviso, offre già in norme puntuali una compiuta tutela degli spostamenti patrimoniali ingiustificati. E non è un caso che la stessa formulazione della norma, come si è detto, desti innumerevoli perplessità.

Da ultimo non è superfluo far constatare che, anche l'azione di ingiustificato arricchimento è soggetta a prescrizione e, poiché le norme non enunciano una espressa soluzione al riguardo, si deve ritenere che il termine di prescrizione sia quello ordinario (art. 2946 c.c.).

Da notare che la giurisprudenza ripete con frequenza che i presupposti dell'azione si identifichino con l'esistenza di un arricchimento e di un concomitante impoverimento. Tale soluzione, che è avvalorata dall'art. 2041 c.c., che opera un riferimento ad entrambi tali elementi, è in una certa misura ovvia, giacché, sussistendo uno solo di essi – qualificato dall'assenza di giustificazione –, per forze di cose deve necessariamente esistere anche l'altro.

Ci si deve ancora chiedere se sia possibile attivare l'azione in esame in quelle ipotesi in cui la legge, anche se con espresse eccezioni, non assegna rilievo a spostamenti di ricchezza che, in astratto, sarebbero ingiustificati (cfr., ad esempio, art. 1592 c.c.).

A nostro avviso, a tale quesito bisogna dare risposta negativa, poiché il disvalore con cui le norme contemplano tali situazioni non può essere superato attraverso il meccanismo dell'ingiustificato arricchimento, che di fatto si porrebbe in contrasto con una norma, che espressamente regola la materia.

Da ultimo, la giurisprudenza ritiene che l'azione di ingiustificato arricchimento possa essere proposta in via riconvenzionale⁽³⁾ ed in via subordinata⁽⁴⁾.

5. Si è visto che esistono alcune norme giuridiche la cui prescrizione è finalizzata in via primaria a scongiurare che si realizzi un ingiustificato arricchimento⁽⁵⁾. Senonché è in primo luogo inutile asserire che tali norme siano riportabili nel principio di cui all'art. 2041 c.c., poiché l'ingiustificato arricchimento ha una sua peculiare conformazione strutturale: esso detta cioè una disciplina non applicabile alle fattispecie, che abbiamo richiamato e che sono state tipizzate espressamente dalla legge.

Tali soluzioni, dunque, non possono essere condivise, tenuto conto che esse hanno una mera rilevanza descrittiva.

Quando, ad esempio si afferma che la vendita di cosa altrui può presen-

⁽³⁾ Ord., 5 dicembre 2017.

⁽⁴⁾ Cass., 24 febbraio 2019, n. 4492; Cass., 13 marzo 2013, n. 6295; Cass., 13 settembre, n. 22404.

⁽⁵⁾ In argomento, P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 22 ss.

tare analogie con la figura dell'arricchimento senza causa, si fa un'affermazione del tutto descrittiva visto che il primo istituto ha una sua disciplina specifica e presenta autonome peculiarità (artt. 1478-1479 c.c.).

Lo stesso dicasi per la ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.): affermare che sussistono analogie tra tale figura e l'istituto dell'arricchimento senza causa può avere solo una rilevanza descrittiva; sul piano prescrittivo basta qui rammentare che nel primo istituto il *solvens* può ripetere quanto ha pagato, e non è non può pretendere di essere indennizzato della perdita patrimoniale nei limiti dell'arricchimento (art. 2041 c.c.).

Il vero è, infatti, che se si vuole seguire una prospettiva, tesa meramente a descrivere i fenomeni, si può affermare che tutte le azioni civilistiche, hanno la finalità di ristabilire un equilibrio economico alterato e, dunque, eliminare un ingiustificato arricchimento.

Chi, ad esempio, agisce in rivendicazione per ottenere la restituzione del bene di sua proprietà, in ultima analisi vuole che sia eliminato l'ingiustificato arricchimento, causato dal fatto che un terzo ha la disponibilità del proprio bene.

6. È noto principio dell'onerosità degli scambi permea il nostro sistema contrattuale. Non a caso, sia pure in altra prospettiva, un giurista della statura di Gino Gorla constatava che nel nostro ordinamento il principio della libera forma vige solo per i contratti a titolo oneroso, poiché, ove sia assente l'onerosità del titolo, il contratto deve essere necessariamente esternato con la forma causale della donazione⁽⁶⁾.

Si spiega forse così anche la ragione per cui un autorevole giurista come Massimo Severo Giannini scrivesse⁽⁷⁾ anni addietro: «il principio di onerosità dell'acquisto dei diritti reali è dunque un principio generale non scritto, e tanto sul piano storico che su quello comparatistico si può facilmente mostrare che è principio ormai stabilizzato nel tempo e nello spazio. È pertanto possibile assegnare a tale principio un rango ancor più elevato, ritenendolo

⁽⁶⁾ G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, p. 132.

⁽⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 1249.

principio di costituzione materiale, immediata derivazione applicativa del principio *unicuique suum tribuere*: il discorso è di teoria generale, e ci porterebbe molto lontano se lo dovessimo sviluppare qui nella sua interezza».

«Certo è possibile che, in una normazione positiva storicamente determinata, il principio sia disapplicato: o nel senso che sia derogato senza che ricorra una ragione derogatoria sufficiente, o nel senso che sia applicato in modo incompiuto, anche qui senza una ragione derogatoria giustificativa. In tali casi si avrebbero norme viziate da illegittimità costituzionale, per cui, se nell'ordinamento statale positivo esiste un meccanismo di verifica della legittimità costituzionale della norma, lo si può adire».

E del resto si può ritenere che il principio della normale onerosità dei contratti abbia rilevanza positiva. Nel nostro sistema i contratti più diffusi sono infatti quelli a prestazioni corrispettive, che si caratterizzano in ragione della presenza di obbligazioni a carico di entrambi i contraenti. Ma lo stesso può dirsi dei contratti in cui le prestazioni di ciascuna parte sono dirette al conseguimento di uno scopo comune (art. 1420 c.c.). In questo caso è la stessa norma appena richiamata a suggerire che ciascuna parte è tenuta ad una prestazione.

Senza contare che il nostro codice dà per presupposta l'applicabilità a tali contratti dei rimedi sinallagmatici (art. 1459 c.c.).

Detto questo, occorre adesso chiarire se sia possibile individuare una norma generale da cui desumere un divieto degli spostamenti patrimoniali non assistiti da una giusta causa.

Orbene, da un'attenta analisi della normativa fin qui esaminata, nonché dei rilievi da noi svolti, è dato desumere che nessuna delle norme esaminate ivi compreso l'art. 2041 c.c., enunciino un principio generale, costituendo esse, se mai, un'applicazione puntuale di un principio altrove espresso dall'ordinamento giuridico.

Ciò si desume considerando che le norme puntuali, che reagiscono a spostamenti di ricchezza non giustificati, si applicano esclusivamente alla fattispecie presa in considerazione.

Diversamente, il principio espresso dall'art. 2041 c.c. sembrerebbe essere suscettibile di una più vasta applicazione e tuttavia neanche esso enuncia un

principio generale, giacché lo stesso ha carattere sussidiario e, dunque, ha un ambito di applicabilità molto definito.

7. Per dare risposta al quesito, che ci siamo posti, occorre in via preliminare chiarire che la problematica in esame può ovviamente porsi solo in presenza di spostamenti patrimoniali. E, poiché nel nostro sistema gli spostamenti patrimoniali si realizzano attraverso il contratto, ne consegue che occorre analizzare la disciplina di questo istituto per ricercare il principio che eventualmente sancisca il divieto di spostamenti patrimoniali che il codice stesso in maniera significativa qualifica “privi di causa” (art. 2041 c.c.).

Nella ricerca di tale principio, un sia pure limitato rilievo acquista la prescrizione giuridica contenuta nel 1° comma dell’art. 2041 c.c. che contiene il significativo inciso «chi senza una giusta causa si è arricchito a danno di un’altra persona». La formulazione della norma lascia, dunque, lascia supporre che è l’assenza di causa a determinare la riconduzione di determinate vicende giuridiche nella figura dell’ingiustificato arricchimento.

Da qui il fondato sospetto che gli spostamenti patrimoniali ingiustificati interferiscono con il requisito della causa.

Ora è ben noto che il problema della causa è stato uno dei più controversi tra gli operatori giuridici: si è andati dalla concezione oggettiva a quella soggettiva e all’interno di queste due prospettive sono poi state elaborate le più disparate teorie.

Ma quel che colpisce di più è che quasi tutte queste concezioni hanno avuto tendenzialmente solo una rilevanza ideologica o descrittiva, essendo le stesse prive di ogni rilievo prescrittivo.

Quando, ad esempio, si asserisce che la causa coincide con la funzione economica sociale del contratto si introduce un concetto fortemente ideologico, che peraltro è quasi inservibile sul piano applicativo. Esso infatti dovrebbe essere utile a privare di rilevanza giuridica quei contratti che realizzano interessi futili, o capricciosi e sono privi di rilievo sociale.

In questa ottica questo concetto di causa non sarebbe passibile di applicazioni rispetto ai contratti tipici, visto che rispetto ad essi vi è una preventiva valutazione legislativa di rilevanza degli interessi, che gli stessi devono comporre.

La causa, così intesa, troverebbe applicazione solo rispetto ai contratti atipici, visto che, come dispone l'art. 1322 del c.c., essi devono essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Si comprende agevolmente che la soluzione in esame si rivela poco attendibile, se solo si pensa che un elemento essenziale del contratto viene prescritto, per essere applicabile ad una categoria marginale di pattuizioni, quali sono per l'appunto i negozi atipici.

Non a caso è stato osservato che noi «non riteniamo, comunque, nonostante certe proclamazioni anche del nostro codice, quel requisito (causa come funzione economico sociale n.d.r.), per lo stesso modo con cui è trattato e esemplificato, sia suscettibile di applicazioni pratiche»⁽⁸⁾.

Analogamente consuma il suo rilievo solo sul piano descrittivo la tesi, sostenuta da un autorevole giurista, secondo cui la causa si identificherebbe con la sua funzione giuridica fissata dalla sintesi dei suoi effetti (giuridici), con la conseguenza che questo elemento del negozio acquisterebbe rilievo pratico sotto profilo negativo: non l'esistenza, dunque, della causa, ma piuttosto l'inesistenza o l'illiceità di essa danno luogo a questioni, per decidere intorno all'eventuale nullità del negozio⁽⁹⁾.

Ma, ancora una volta, ci troviamo in presenza di una soluzione descrittiva e non si vede come dalla sintesi degli effetti giuridici del contratto possa desumersi l'esistenza della causa o la sua illiceità.

È di assoluta evidenza che l'enunciato concetto non è passibile di alcuna applicazione pratica, né si comprende che cosa debbano fare i privati per privare il contratto posto in essere della causa se essa viene così identificata.

8. Perché la causa diventi un concetto rilevante sul piano prescrittivo – come dovrebbe, tenuto conto che stiamo operando riferimenti a categorie giuridiche –, esso deve identificarsi con un principio normativo che i privati in concreto devono rispettare, poiché in difetto il contratto da loro posto in essere è suscettibile di essere dichiarato dal giudice nullo.

⁽⁸⁾ G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 203.

⁽⁹⁾ S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in ID., *Diritto civile-Saggi*, Milano, 1951, p. 74 ss.

Detto in altri termini, il contratto, che eventualmente ometta di rispettare tale principio, determina la sua mancata corrispondenza al modello di fattispecie delineato dalla legge.

A tali requisiti sembra rispondere una ricostruzione, risalente nel tempo secondo cui «nel nostro ordinamento la funzione del negozio assume frequentemente il ruolo di causa ovvero sia di giustificazione dello spostamento patrimoniale attuato con il negozio stesso»⁽¹⁰⁾.

«Vi è una serie di casi nei quali lo spostamento patrimoniale trova la sua giustificazione causale nel negozio stesso che lo mette in essere». Ciò avviene esemplarmente nei contratti obbligatori, nei quali gli effetti, ovvero sia le obbligazioni che sorgono a carico dei soggetti, trovano la loro giustificazione nello stesso negozio, ovvero sia nello intrecciarsi delle obbligazioni stesse⁽¹¹⁾.

«Tuttavia in un ordinamento, quale il nostro, il negozio giuridico, e più spesso il contratto, esaurisce in sé stesso l'attuazione delle "prestazioni" poste in essere dalle parti, dato il principio, al quale più volte abbiamo accennato, che ricollega al "consenso" il trasferimento della proprietà o di altri diritti ovvero la costituzione di essi»⁽¹²⁾.

Tale impostazione trova un riscontro significativo in un contributo di assoluto rilievo di Gorla, il quale in una differente prospettiva ed in un diverso contesto, scriveva che risponde ad un principio fondamentale la circostanza «che una controprestazione o il dare un diritto di credito (equivalente questo alla *res...*) costituisce un requisito per la formazione del contratto».

Al riguardo l'autore faceva notare che «già Domat affermasse che la controprestazione o il controcredito è la causa (in senso proprio) che forma la convenzione»⁽¹³⁾.

Nel vigente codice civile italiano l'art. 1325 «distingue il requisito della causa da quello della forma (ivi compresa la forma della donazione) col

⁽¹⁰⁾ M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 564.

⁽¹¹⁾ M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, loc. cit.

⁽¹²⁾ M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, loc. cit.

⁽¹³⁾ G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 59.

quale ultimo si pone, anzi fa tutt'uno, il problema della *causa suffissante* nelle obbligazioni di dare»⁽¹⁴⁾.

In altri termini, come si è già accennato, «quando un'attribuzione patrimoniale è fatta *solvendi* o *adquirendi causa* e l'obbligazione da adempiere non sussiste o l'acquisto non si realizza, l'attribuzione patrimoniale è invalida (...) la *ratio* di tale invalidità è la seguente: se l'attribuzione patrimoniale restasse ferma, nonostante l'insussistenza dell'obbligazione precedente o la mancata realizzazione dell'acquisto, si avrebbe un arricchimento o, se si vuole, una conversione dell'atto in donazione, contro lo scopo o causa del promittente o alienante, il cui scopo era quello di donare, ma, appunto, quello di solvere o di acquistare»⁽¹⁵⁾.

9. Un ulteriore riscontro alla tesi qui sostenuta la offrono le teorizzazioni elaborate un tempo dalla dottrina in tema di rescissione e di risoluzione del contratto. Che cosa ritenevano alcuni che caratterizzasse questi istituti? Essi, come è noto, si caratterizzano in ragione della sproporzione esistente tra le prestazioni (artt. 1447, 1448 e 1467 c.c.) o per l'assenza dell'esecuzione della prestazione stessa da parte di uno dei contraenti (artt. 1453 e 1463 c.c.).

Orbene, a fronte di tali patologie del contratto la dottrina richiamava alternativamente i concetti di difetto parziale genetico della causa o di difetto sopravvenuto della causa⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 162. Le tesi di Gorla hanno trovato fecondo sviluppo negli studi della dottrina successiva in tema di liberalità e causa dell'attribuzione, che hanno condotto alla attuale concezione della causa, distinta dal tipo, come insieme degli interessi condivisi dalle parti e, quindi, oggettivati nell'atto e, come tali, da loro idonei a reggere le attribuzioni compiute (c.d. motivo oggettivato o causa in concreto): A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, 11, Torino, 2009, p. 45 ss.; e già prima, ID., *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, pp. 75 ss. e 120 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.; ID., *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 181 ss.; ID., *Profili di invalidità del negozio unilaterale*, *ivi*, 2002, I, p. 587 ss. Nella giurisprudenza della Cassazione, v. almeno Cass., 8 maggio 2006, n. 10490; e, poi, Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538.

⁽¹⁵⁾ G. GORLA, *Il contratto*, cit., pp. 268-269.

⁽¹⁶⁾ G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Milano, 1962.

Condivisibile o meno che sia questa tesi, essa all'evidenza parte dal postulato che la causa del contratto implichi che ad ogni prestazione debba corrispondere una controprestazione.

Con la conseguenza che, quando una delle due prestazioni possiede una rilevanza economica inferiore e tale situazione è qualificata da una peculiare situazione psicologica del soggetto, il contratto è inefficace.

In questo caso la sanzione comminata dalla legge non si identifica, con la nullità, poiché per l'appunto la controprestazione non è del tutto assente, ma ha solo una rilevanza economica inferiore: ecco perché è sufficiente rifarsi alla più blanda sanzione dell'inefficacia.

10. L'elemento della causa, come emerge nella prospettiva di Massimo Severo Giannini, ha punti di contatto con il concetto di onerosità.

E ciò è evidente, se si considera che un atto è a titolo oneroso, quando tutte le parti del contratto subiscono sacrifici patrimoniali.

L'onerosità viene sovente presa in considerazione dalle norme (cfr, ad esempio artt. 534, 1445, 2901 c.c.), in quanto ad essa è riconnessa la salvezza di un acquisto, che altrimenti potrebbe essere invalidato.

Sotto questo aspetto il concetto in esame non presenta un particolare valore prescrittivo, ma si limita ad indicare un modo d'essere assunto da un atto.

Nei contesti normativi richiamati ad assumere valore prescrittivo è quel frammento di regola giuridica che prevede il venir meno o la salvezza di uno specifico effetto acquisitivo. Laddove i requisiti dell'atto a titolo gratuito o a titolo oneroso degradano a mero presupposto di fatto dei richiamati effetti giuridici.

Comunque, ciò che possiamo far constatare è che un atto, se assistito da una giustificazione causale, non potrà che essere che a titolo oneroso, laddove, al contrario, se dovesse far difetto tale giustificazione l'atto, a seconda dei casi dovrà essere annoverato tra quelli a titolo gratuito o tra quelli donativi ed in quest'ultimo caso dovrà rivestire la forma causale prevista per quest'ultimi atti.

11. Possiamo adesso rammentare che è stato affermato che il principio, che postula che nei trasferimenti di beni le parti subiscano reciproci sacrifici

e vantaggi, trova il suo fondamento in un principio di costituzione materiale.

Non è questa la sede per stabilire come la soluzione in esame abbia acquisito tale rilievo, né possiamo verificare la ragione per cui esso sia stato sancito nel nostro codice civile, attraverso l'elevazione della causa ad elemento essenziale del contratto.

A stare alle tesi di Massimo Severo Giannini, è probabile che tale soluzione possa essere stata desunta dalla circostanza che le Costituzioni "moderne" hanno sempre previsto che nei procedimenti ablatori reali il destinatario del provvedimento venisse indennizzato in maniera non meramente simbolica.

Poiché i principi di Costituzione materiale si formano prevalentemente su base consuetudinaria⁽¹⁷⁾, è probabile che la regola secondo cui nel settore dei trasferimenti della ricchezza (in senso lato intesa) le parti debbano subire reciproci sacrifici abbia acquisito dapprima rilevanza sul piano consuetudinario.

Nel settore privatistico tale principio non è stato mai enunciato esplicitamente, ma ha acquisito rilievo attraverso il requisito della causa del contratto⁽¹⁸⁾.

Tentiamo di precisare i concetti, che abbiamo fin qui enunciato.

Prima di tutto, nel nostro sistema, gli spostamenti di ricchezza si realizzano attraverso lo strumento del contratto.

Anche quando dovesse realizzarsi l'eventualità di spostamenti, che vengono realizzati attraverso strumenti diversi (es. promesse unilaterali), essi in definitiva hanno sempre alla base un contratto.

Ora, il settore contrattuale è stato, quello deputato a dare veste giuridica alla circolazione dei beni (in senso lato intesa) ed il relativo diritto ha fatto proprio il principio secondo cui i trasferimenti di ricchezza devono importare per le parti rispettivi sacrifici e vantaggi.

⁽¹⁷⁾ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, p. 252.

⁽¹⁸⁾ Alla concezione che abbiamo enunciato nel testo, non sembra ostare il fatto che l'art. 1443 c.c. chiarisca che la causa è illecita quando è contraria a norma imperativa all'ordine pubblico o al buon costume. Ed infatti è ben possibile affermare che i reciproci sacrifici o vantaggi a cui dà luogo il contratto possano essere contrarie a norme imperative all'ordine pubblico o al buon costume.

Se così è ne consegue che nel nostro ordinamento è stata data rilevanza generale a quello che può essere definito il principio dell'onerosità degli scambi.

Tale principio, enunciato attraverso il requisito della causa, ha carattere generale proprio perché disposto mediante il richiamo ad un elemento essenziale del contratto.

12. Si è detto che la legge riconnette al contratto, che non realizza reciproci vantaggi e sacrifici, la nullità per carenza di un elemento essenziale (artt. 1325 e 1418, 2° comma, c.c.).

Ciò postula che al contratto, che non realizza reciproci vantaggi e sacrifici, si applichino tutte le norme che disciplinano la nullità del contratto, ivi comprese quelle che prescrivono la retroattività, l'imprescrittibilità (art. 1422 c.c.), e la legittimazione generalizzata all'esercizio di tale azione (art. 1421 c.c.).

Stando così le cose, ossia posto che nel nostro ordinamento vige tale principio generale, ci si deve chiedere quale rilevanza possa assumere l'esistenza di una prescrizione giuridica che, in via sussidiaria, non consenta ai privati di porre in essere le fattispecie prive di causa (art. 2041 c.c.).

Si è visto che il c.d. ingiustificato arricchimento è un effetto che consegue alla conclusione di un contratto e che tale vicenda determina la nullità del contratto stesso. Ora, essendo, come si è visto, la nullità imprescrittibile ed avendo effetto retroattivo non si vede come e quando possa operare l'azione di cui all'art. 2041 c.c.

Per valorizzare la rilevanza prescrittiva dell'art. 2041 si potrebbe essere indotti a supporre che la regola dell'ingiustificato arricchimento possa trovare applicazione quando questa situazione non si realizza in maniera così macroscopica.

In buona sostanza, così ragionando, si ipotizza che l'art. 2041 c.c. possa operare nell'eventualità in cui si venga a profilare solo uno squilibrio tra prestazioni.

Ma, a ben vedere, così non è, poiché eccezionalmente la legge assegna rilievo alla sproporzione tra prestazioni e a tali fattispecie la norma riserva un'autonoma considerazione, che si identifica con il fatto e che tale sproporzione debba essere qualificata da peculiari stati soggettivi.

Al riguardo un significativo riscontro in tal senso lo offrono gli istituti della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.).

Non è un caso, sotto tale aspetto, che prendendo atto dell'esistenza di tale disciplina un giurista raffinato, come Rosario Nicolò, affermasse che la tutela dell'equilibrio contrattuale non rientra certamente tra le finalità dell'ordinamento giuridico⁽¹⁹⁾.

13. Per tentare di stabilire le possibilità applicative della norma in esame, chi scrive ha esaminato le sentenze che ha emesso sul tema la Suprema Corte di Cassazione nel periodo, che va dal 2007 al 2019. Ebbene le sentenze sono copiosissime, ma raramente esse fanno applicazione dell'art. 2041 c.c., dal momento che, attraverso varie argomentazioni, pervengono alla soluzione che la norma non sia applicabile alla fattispecie concreta.

In questo contesto la regola che risulta utilizzata con maggiore frequenza è quella contenuta nell'art. 2042 c.c., che prevede, come è noto, che l'azione di ingiustificato arricchimento abbia carattere sussidiario.

Un nutrito numero sentenze indulge in stanche ripetizioni del contenuto delle varie prescrizioni enunciate nella norma.

Nell'arco temporale considerato, le sentenze, che hanno applicato l'art. 2041 c.c., sono state un numero molto esiguo, in concreto si tratta di circa venti decisioni⁽²⁰⁾. E si tratta di arresti che sollevano molte perplessità, poiché la decisione poteva essere assunta, attraverso il richiamo ad altri principi.

Ad esempio la Suprema Corte applica con frequenza la norma in esame,

⁽¹⁹⁾ R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1026.

⁽²⁰⁾ Cass., 22 agosto 2007, n. 17844; Cass., 17 maggio 2007, n. 11461; Cass., 12 aprile 2007, n. 8824; Cass., 27 giugno 2006, n. 14807; Cass., 31 maggio 2006, n. 12991; Cass., 11 novembre 2015, n. 21866; Cass., 28 ottobre 2005, n. 21096; Cass., 29 marzo 2005, n. 6570; Cass., 29 marzo 2004, n. 6201; Cass., 22 agosto 2003, n. 12347; Cass., 27 febbraio 2002, n. 2884; Ord., 29 maggio 2019, n. 14670; Ord., 20 maggio 2019, n. 13505; Cass., 24 maggio 2019, n. 14329; Ord., 8 maggio 2019, n. 12048; Ord., 22 agosto 2018, n. 20884; Ord., 13 giugno 2018, n. 15496; Ord., 7 giugno 2018, n. 15496; Ord., 11 agosto 2017, n. 20073; Cass., 9 gennaio 2017, n. 199; Cass., 4 gennaio 2017, n. 80; Cass., 6 ottobre 2015, n. 19886; Cass., 21 settembre 2015, n. 18567; Cass., 28 maggio 2009, n. 12550; Cass., 29 aprile 2009, n. 9946; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24772.

nei casi in cui un appaltatore (o un lavoratore) abbia eseguito una prestazione, in assenza di un contratto. Per fare così conseguire all'appaltatore o al lavoratore la prestazione loro dovuta, i giudici di legittimità richiamano l'art. 2041 c.c., quando sarebbe stato più corretto ricondurre la fattispecie tra i rapporti contrattuali di fatto.

Tali dati confermano l'ipotesi avanzata nel corso della presente indagine, ossia che il sistema di tutele, previsto dal nostro codice, è molto compatto, con la conseguenza che l'adozione del meccanismo di tutela in esame è stato perfettamente inutile.

Contratação pública e subvenções

[ANA RAQUEL COXO^(*)]

SUMÁRIO: 1. Preliminares. – 2. Os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções: 2.1. Noções. – 2.2. Termos da distinção. – 2.3. Principais aspectos em comum. – 2.4. Alguns casos de intersecção entre o regime da contratação pública e as subvenções. – 3. Conclusões relacionadas com os procedimentos de formação.

1. O presente artigo concretiza as actividades desenvolvidas pela Autora junto do Centro de Excelência Jean Monet *Rights & Science* da Universidade de Perugia, sob a coordenação do Professor Roberto Cippitani⁽¹⁾. Nesse âmbito, a Autora teve oportunidade de discutir vários temas relacionados com as subvenções e, em particular, o tratamento da problemática que preside a este artigo, que assenta no cotejo entre a contratação pública e as subvenções⁽²⁾. O objectivo consiste em perceber em que aspectos a contratação pública e as subvenções se afastam, mas também aqueles em que se aproximam. O enquadramento normativo que subjaz ao presente artigo é o ordenamento jurídico português, donde se destacam o Código do Procedimento Administrativo⁽³⁾

^(*) Universidade de Coimbra.

⁽¹⁾ Aproveita-se a oportunidade para agradecer o acolhimento e apoio dos Professores responsáveis pelo Centro de Investigação *Rights & Science*, Roberto Cippitani e Rossana Riccini. A Autora agradece também ao amigo e colega Dr. Francisco Ferreira de Souza, pela revisão deste artigo.

⁽²⁾ As matérias aqui abordadas correspondem a alguns dos tópicos que a Autora se encontra a desenvolver no âmbito dos seus trabalhos de doutoramento, pelo que, neste artigo, se expõem algumas conclusões preliminares resultantes do estudo em curso. Sublinha-se que o presente artigo corresponde a uma análise superficial e sucinta da distinção entre os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções, cujos contornos serão abordados com maior rigor e profundidade na tese de doutoramento que a Autora se encontra a desenvolver.

⁽³⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro.

(CPA) e o Código dos Contratos Públicos⁽⁴⁾ (CCP). Sem embargo, far-se-á alusão a outros ordenamentos jurídicos sempre que possível.

Considerando as noções preliminares de “contratos subordinados ao regime da contratação pública” e de “subvenções” que, a seguir, se apresentam (cfr. *infra* ponto 2.1.), procurar-se-á confrontar as figuras, com o objectivo de perceber o que as distingue e o que as aproxima. A importância da distinção entre os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções prende-se, essencialmente, com a necessidade de evitar equívocos quanto à aplicação dos respectivos regimes jurídicos, sobretudo dos regimes de formação (cfr. *infra* ponto 2.2.). Não obstante tratar-se de institutos jurídicos diferentes, os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções assemelham-se em alguns aspectos, que importa realçar como complemento da sua caracterização (cfr. *infra* ponto 2.3.). Por outro lado, há situações em que as subvenções se cruzam com o regime da contratação pública, e daí o interesse em destrinchá-los e em perceber também de que forma se podem relacionar (cfr. *infra* ponto 2.4.).

2: 2.1. Antes de procedermos ao seu confronto, importa delimitar os conceitos em análise, pois, de uma parte, colocam-se os contratos subordinados ao regime da contratação pública⁽⁵⁾ e, da outra, as subvenções.

Com efeito, os *contratos subordinados ao regime da contratação pública* correspondem ao núcleo de contratos cujo procedimento de formação obedece

⁽⁴⁾ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2018, de 29 de Janeiro, sucessivamente alterado.

⁽⁵⁾ Preferiu-se esta designação (“contratos subordinados ao regime da contratação pública”) com o intuito de evitar o recurso à figura dos contratos públicos, cuja delimitação não é unânime na doutrina portuguesa e que, por outro lado, não corresponde ao conceito de contratos públicos no Direito da União Europeia. Sobre o conceito de contratos públicos, na doutrina portuguesa, cfr. P. GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2018, pp. 18, 19 e 24; D. AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3.ª Ed., Almedina, 2016, pp. 439-442; M. ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3.ª Edição, Almedina, 2016, pp. 394-396; J. ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª Ed., IUC, Coimbra, 2018, pp. 254-259. Sobre o conceito de contratos públicos no Direito da União Europeia, cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 25-36.

aos procedimentos pré-contratuais previstos na Parte II do CCP⁽⁶⁾. Do ponto de vista subjectivo, estão sujeitos à Parte II do CCP os contratos que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes⁽⁷⁾ e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação⁽⁸⁾. Do ponto de vista objectivo, estão sujeitos à Parte II do CCP os contratos de procura pública com interesse concorrencial, isto é, cujas prestações estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado⁽⁹⁾. Assim, consideram-se contratos de procura pública aqueles cujas prestações são realizadas no interesse económico directo da entidade adjudicante, o que acontece nas compras públicas (execução de obras, fornecimento de produtos e prestação de serviços) e nas concessões (de obras públicas e de serviços públicos). Note-se que todos estes contratos pressupõem uma aquisição por parte da entidade adjudicante, seja de uma obra, seja de um produto e/ou de um serviço. Por outro lado, o interesse concorrencial pressupõe a existência, em teoria, de um conjunto de interessados na celebração de tais contratos, isto é, de um conjunto de interessados em alcançar a vantagem económica que os contratos proporcionam. Por este motivo, os interessados terão que disputar, entre si e em ambiente concorrencial, pela adjudicação dos contratos⁽¹⁰⁾. O legislador identificou alguns tipos de contratos que preenchem as aludidas características, referindo-se designadamente aos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ O CCP tipifica os seguintes procedimentos de contratação pública: consulta prévia, ajuste directo, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação, diálogo concorrencial e parceria para a inovação.

⁽⁷⁾ Cfr. artigos 2.º e 7.º do CCP.

⁽⁸⁾ Cfr. artigos 1.º, n.º 2, 4.º, 5.º e 5.º-A do CCP.

⁽⁹⁾ Cfr. artigo 16.º, n.º 1 do CCP.

⁽¹⁰⁾ Na abordagem realizada, seguimos de perto a doutrina do Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves. Cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 124 ss. e 199-216.

⁽¹¹⁾ Cfr. artigo 16.º, n.º 2 do CCP.

Por seu turno, as *subvenções*⁽¹²⁾ designam os actos ou os contratos admi-

(12) Sobre as subvenções, cfr., a título não exaustivo, na doutrina espanhola, J. BORREGO, *Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 42, 1963, pp. 17-120; G. FARRERES, *La Subvención: Concepto y Régimen Jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983; B. SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998; RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, 18.ª Edición, Marcial Pons, 2010, pp. 387-400; J. EZCURRA, *Derecho Administrativo Especial, Administración Pública y Actividad de los Particulares*, Civitas Ediciones, 1999, pp. 120-129; F. FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, *Parte General: Conclusion*, Undécima Edición, Tecnos, 2002, pp. 368-374; J. PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General II*, 2.ª Edición, Iustel, 2009, pp. 365-376; M. MORÓN, *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, 2005, pp. 776-784; S. MARTÍN-RE-TORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, 1988, pp. 477-491; AA.VV., *Comentario a la Ley general de subvenciones*, coordinación de Germán Fernández Farreres, Thomson Civitas, 2005; J. GARCÍA, *Régimen Jurídico de las Subvenciones Públicas, Lei 38/2003 General de Subvenciones*, 4.ª Edición, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial de Estado, 2004; AA.VV., *Derecho de Las Subvenciones y ayudas públicas*, coordenação de Mario Garcés Sanagustín e Alberto Palomar Olmeda, Thomson Reuters, 2011. Na doutrina italiana, S. D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, in *Foro amm.*, Parte I, Sez. III, 1957, c. 341; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Giuffrè, 1967; B. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo (Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo)*, 2007; S. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010; A. AULETTA, *Gli ausili pubblici tra autorità e consenso*, 2011, disponível in fedoa.unina.it; e R. CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, 2.ª Edizione, Università di Perugia – ISEG, Roma-Perugia, 2013. Na doutrina francesa, J. BOULOUIS, *Essai sur la politique des subventions administratives*, Cahiers de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 21, Librairie Armand Colin, 1951; R. HERTZOG, *Linéament d'une théorie des subventions*, in *Revue Française de Finances Publiques*, n.º 23, 1988, pp. 5-45; E. SEELDRAEYERS, *Considérations sur la subvention budgétaire comme mode de gestion administrative*, in *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Dix-huitième année, 1952, n.º 2, pp. 341-353; J. SALMON, *Les Subventions*, Établissements Émile Bruylant, 1976; P. CADIEU, *Notion de subvention – Éléments de clarification*, in *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n.º 5, Septembre 2005, pp. 16-20; J. VILA, *De la nécessité de réhabiliter l'unilatéralité dans le régime juridique des subventions, Étude prospective sur les précisions consacrées depuis la loi DCRA du 12 avril 2000*, in S. SAUNIER (dir.), *La Loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations... dix ans après*, 2011, pp. 103-149; P. IDOUX, *Les dons et subventions des personas publiques aux personnes privées*, in N. JACQUINOT (dir.), *Le don en Droit Public*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 157-179. Em Portugal, A. ATAÍDE, *Elementos para um curso de Direito Administrativo da Economia*, Lisboa, 1970, pp. 121 e 125-126; C. ALMEIDA, *Direito Económico*, 2.ª Parte, AAFDL, 1979, pp. 543 e 626-627; A. FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, 1.º Volume, Reimpressão, Ed. AAFDL, 1982-1983, p. 339; E. FERREIRA, *O controlo das subvenções financeiras e dos benefícios fiscais*, in *Revista Trimestral do Tribunal de Contas*, n.º 1, Jan-Março/89, pp. 29-30 e 81; L. MONCADA, *Direito Económico*, 5.ª Edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, 2007, pp. 585, 591, 193, 592-593

nistrativos através dos quais a Administração Pública financia o desenvolvimento de actividades privadas relevantes para a prossecução do interesse público, no quadro de uma actividade de fomento que visa o progresso socio-económico geral⁽¹³⁾. As subvenções pressupõem a entrega de uma quan-

e 599; M. SOUSA, A. MATOS, *Direito Administrativo Geral, Actividade Administrativa*, Tomo III, 2.^a Edição, D. Quixote, 2009, pp. 107-108 e 382; D. AMARAL, *Curso*, cit., pp. 240 e 456-459.

O presente artigo diz respeito às subvenções outorgadas por entidades públicas nacionais a particulares. No entanto, a União Europeia dispõe de vários mecanismos de outorga de incentivos aos Estados-membros e aos particulares. A título de exemplo, veja-se o “Horizonte 2020, Programa-Quadro para a Investigação e Inovação da União Europeia”, no âmbito do qual, para auxiliar os interessados, foi desenvolvido um documento-guia: o *General Model Grant Agreement*, actualmente na versão 5.2, de 26 de Junho de 2019. Trata-se de uma minuta, bastante detalhada, que servirá de base ao futuro acordo a celebrar entre a União Europeia e o beneficiário, onde se discriminam, entre outros, o objecto da subvenção, os direitos e obrigações das partes e as consequências do incumprimento.

⁽¹³⁾ Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto estabelece o regime jurídico aplicável à concessão de subvenções públicas, definindo-as como «toda e qualquer vantagem financeira atribuída, directa ou indirectamente, a partir de verbas do Orçamento do Estado, qualquer que seja a designação ou modalidade adoptada» e nelas incluindo as indemnizações compensatórias (cfr. artigo 1.º, n.ºs 1, 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto). A análise deste diploma não cabe no âmbito deste estudo, mas não podemos deixar de notar o seguinte: em primeiro lugar, o conceito legal de subvenções públicas é excessivamente amplo, abarcando, por exemplo, os incentivos fiscais (figura que, a nosso ver, deve ser apartada do conceito de subvenção por corresponder a uma economia de custos e não à entrega de uma quantia monetária) e as indemnizações compensatórias (que visam compensar os custos da exploração de serviços de interesse económico geral e, por conseguinte, nada têm que ver com objectivos de fomento); em segundo lugar, o diploma em causa, limita-se, no essencial, a disciplinar as indemnizações compensatórias, sendo curtas as referências ao regime das “demais subvenções públicas”. Por outro lado, o conceito de subvenção, por nós gizado, também não se identifica com o conceito de auxílios de Estado do Direito da União Europeia (cfr. artigos 107.º a 109.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Na realidade, as subvenções fazem parte da amalgama dos auxílios de Estado, onde convivem, lado a lado, com inúmeras outras figuras, muito díspares entre si (isenções de taxas e de impostos, bonificações de juros, garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis, etc.). Sobre este assunto, cfr. M. FERRO, *Auxílios de Estado*, in AA.VV., *Integração e Direito Económico Europeu*, Coordenação de Eduardo Paz Ferreira, AAFDL, 2018, p. 290; M. MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Principia, 2002, pp. 118-123; J. GOMES, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, 2016, pp. 181-182; J. ALMEIDA, *A restituição de ajudas de Estado concedidas em violação do Direito Comunitário*, BFDUC, Studia Ivridica 28, Coimbra Editora, 1997, pp. 17-18 e 27-29; J. CAMPOS, A. PEREIRA, *Ma-*

tia pecuniária, não sujeita a reembolso, por parte da Administração Pública a um sujeito privado, para ser destinada à realização de uma determinada actividade que este exerce de *motu proprio*, contribuindo ambos, dessa forma, para a prossecução do interesse público. Através das subvenções, o Estado-Administração prossegue fins públicos associados ao fomento económico, social, cultural, desportivo, ambiental e científico⁽¹⁴⁾.

2.2. A distinção entre os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções, que se fará de seguida, assenta num conjunto diversificado de critérios⁽¹⁵⁾.

nual de Direito Europeu, O sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia, 7.ª Edição, Coimbra Editora, 2014, pp. 661-662; M. SAGGESE, *El derecho comunitario de las ayudas de estado y su articulación con el derecho español de las subvenciones y las ayudas a las actividades económicas*, in AA.VV., *El Régimen Jurídico de las Subvenciones. Derecho Español y Comunitario*, Dirección de Gérman Fernández Farreres, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 208-209; J. COLSON, P. IDOUX, *Droit Public Économique*, 7^e Édition, LGDJ, 2014, pp. 284-285.

⁽¹⁴⁾ A relação jurídica subvencional acarreta a constituição de direitos (ou poderes-deveres para a Administração Pública) e obrigações para as partes envolvidas. Quanto às obrigações principais, a entidade subvencionante assume a obrigação de pagar uma quantia monetária e o beneficiário assume a obrigação de realizar um actividade ou projecto. A estas obrigações somam-se outras de natureza acessória: por exemplo, a obrigação de prestar apoio e informação por parte da entidade subvencionante ao sujeito beneficiário e as obrigações, a cargo do beneficiário, de publicitar o incentivo, de apresentar relatórios de execução do projecto e de se sujeitar a acções de fiscalização. Ambas as partes são também titulares de posições de vantagem. Assim, por exemplo, o beneficiário goza do direito de receber pontualmente a quantia subvencionada, ao passo que a entidade subvencionante é titular de poderes de fiscalização e de aplicação de sanções. Sobre as obrigações dos beneficiários de subvenções, na doutrina estrangeira, cfr. R. CIPPITANI, *La sovvenzione*, cit., pp. 121-153; A. CASTAÑO, *Los sujetos de la relación jurídica. Órgano concedente, beneficiarios y entidades colaboradoras. La subcontratación*, in AA.VV., *Derecho*, cit., pp. 360-366; J. LÓPEZ-MUÑIZ, *Los beneficiarios de subvenciones*, in AA.VV., *Comentario*, cit., pp. 217-223.

⁽¹⁵⁾ Sobre a contraposição entre os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções, cfr. R. CIPPITANI, *La sovvenzione*, cit., pp. 36-43; ID., *Il concetto giuridico di sovvenzione nel diritto dell'Unione europea e nel diritto nazionale*, in *Contr. impresa/Europa*, 2011, pp. 335-369; P. CADIEU, *Notion*, cit., pp. 18-21; J. VILA, *De la necessity*, cit., pp. 13-17; P. IDOUX, *Les dons*, cit., pp. 11-15; Y. CHÉROT, *Droit Public Économique*, 2^{me} Édition, Economica, 2007, pp. 668-669; J. PONTIER, *Catégories en miroir: subventions, délégations de service public, marchés publics*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer, A propos des contrats des personnes*

Começando pelos critérios da *forma* e da *natureza jurídica*, os contratos

publiques, LGDJ, 2013, pp. 1-3 e 9-11, disponível in *arcade-paca.com*; P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 292-293.

A distinção entre as subvenções e os contratos públicos (*marchés publics* e delegações de serviços públicos) é um tema muito debatido pela doutrina francesa. Isto porque, no ordenamento jurídico francês, há o “risco de requalificação”, pelos tribunais, de uma subvenção num *marché public* ou num contrato de delegação de serviços públicos. Relativamente à contraposição entre subvenções e *marchés publics*, a *Cour Administrative D’appel de Nantes* decidiu, em 22 de Dezembro de 2017 (referência n.º 16NT04161), o seguinte caso: a Comuna de Nantes atribuiu à *Association Nantes Evénements Musique*, por meio da celebração de uma convenção de objectivos, a quantia de 254.000,00 euros, destinada à organização do Carnaval de Nantes, no período 2013-2015; a sociedade *Public Evénements*, na qualidade de concorrente, contestou a outorga daquela subvenção com fundamento na violação das normas dos *marchés publics*, nomeadamente das regras da concorrência. Em face do exposto, o Tribunal descartou a possibilidade de o caso se reportar a um *marché public*, confirmando a sua qualificação como subvenção, atendendo a três pressupostos: primeiro, a iniciativa do projecto subvencionado partiu da associação beneficiária, sem interferência da Comuna; segundo, a Associação actuou com total autonomia, face à Comuna, na organização do Carnaval; e, terceiro, a organização do Carnaval não corresponde a uma necessidade da Comuna, sem prejuízo de se tratar de uma actividade cultural e festiva de interesse geral. Quanto à delimitação das subvenções perante os contratos de delegação de serviços públicos, é paradigmática a decisão do *Conseil d’État*, de 6 de Abril de 2007 (referência n.º 284736), proferida no âmbito do recurso de uma decisão judicial que anulou uma deliberação do Conselho Municipal de Aix-en-Provence que atribuía duas subvenções à “*Association pour le festival international d’art lyrique et l’académie européenne de musique d’Aix-en-Provence*” por considerar que estava em causa uma missão de serviço público que deveria ter respeitado as normas próprias da delegação de serviços públicos. O *Conseil d’État* revogou a decisão judicial recorrida por entender que a associação desempenhava, no caso, um serviço público administrativo, subtraído a uma lógica concorrencial, e, por isso, susceptível de beneficiar da atribuição de subvenções. O Conselho de Estado francês em nada contribuiu, desta forma, para a distinção entre as figuras em análise, uma vez que, embora reconhecendo a presença de um serviço público, veio admitir que o mesmo podia ser assumido, por uma associação privada, a descoberto de um contrato de delegação de serviços públicos. Nesta sequência, as quantias entregues pela colectividade local à associação foram enquadradas no conceito e regime da subvenção. Perante o exposto, a doutrina passou a referir-se à “omnipresença do risco de requalificação” (cfr. J. VILA, *De la necessite*, cit., p. 21), já que os tribunais franceses procederam, em muitas situações, ao (re)enquadramento num *marché public* ou num contrato de delegação de serviços públicos de um caso que a entidade pública reputava de subvenção, tendo em conta, sobretudo, a presença ou não de um serviço público e a natureza da actividade envolvida (cfr. J. PONTIER, *Catégories*, cit., pp. 14-18; P. CADIEU, *Notion*, cit., pp. 18-19; J. VILA, *De la necessite*, cit., pp. 20-27). Entretanto, com a entrada em vigor da *Ordonnance n.º*

subordinados ao regime da contratação pública assumem a forma de contratos, podendo revestir uma natureza pública ou privada. Ou seja, estes contratos implicam necessariamente um acordo de vontades entre as partes contratantes, que pode dar origem à formação de um contrato administrativo⁽¹⁶⁾ ou de um contrato de Direito Privado, atendendo às especificidades do caso concreto. Diferentemente, as subvenções podem ser atribuídas mediante a tomada de uma decisão unilateral (acto administrativo⁽¹⁷⁾) pela Administração Pública ou de um acordo de vontades (contrato administrativo), assumindo ambas as formas – acto e contrato – uma natureza de Direito Administrativo⁽¹⁸⁾.

Nesta sequência, e considerando, agora, o critério das *partes envolvidas*, nos contratos subordinados ao regime da contratação pública, uma das partes tem que ser uma entidade adjudicante, tal como definida pelo CCP⁽¹⁹⁾, e a outra (co-contratante) pode ser uma entidade pública⁽²⁰⁾ ou um sujeito particular. Já no caso das subvenções, o sujeito que atribui a subvenção é uma entidade pública com atribuições no domínio do fomento administrativo (ou,

2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, da *Ordonnance n.º 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession*, bem como do artigo 9.º-1, aditado, em 2014, à *Loi n.º 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, o legislador terá logrado para apaziguar um pouco a discussão. Com efeito, o mencionado artigo 9.º-1 verteu, em letra de lei, o entendimento que vinha sendo defendido pela doutrina e pela jurisprudência, quanto aos elementos do conceito de subvenção e aos critérios de distinção relativamente a figuras afins. E, por outro lado, passou a estar expressamente previsto, em diplomas legislativos, que as subvenções, tal como definidas pelo artigo 9.º-1 da DCRA, não são consideradas *marchés publics* para efeitos de aplicação do regime previsto na *Ordonnance relative aux marchés publics* (cfr. artigo 7.º desta *Ordonnance*), nem são consideradas contratos de concessão para efeitos de aplicação do regime previsto na *Ordonnance relative aux contrats de concession* (cfr. artigo 7.º desta *Ordonnance*).

⁽¹⁶⁾ Os contratos administrativos são aqueles cujo regime resulta primordialmente de normas de Direito Administrativo. Cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 17-20.

⁽¹⁷⁾ Cfr. artigo 148.º do CPA.

⁽¹⁸⁾ Cfr. artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto.

⁽¹⁹⁾ Cfr. artigos 2.º e 7.º do CCP.

⁽²⁰⁾ Sem prejuízo do disposto no artigo 5.º-A do CCP. Sobre os contratos no âmbito do sector público, cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., p. 268 ss.

eventualmente, uma entidade particular no exercício de poderes públicos) e o sujeito beneficiário é obrigatoriamente um sujeito particular, pois, como resulta do seu conceito, as subvenções visam o fomento de actividades de cariz privado, cuja prossecução se revele benéfica para o interesse público⁽²¹⁾.

Do ponto de vista dos *finis*, os contratos subordinados ao regime da contratação pública almejam a satisfação de necessidades da entidade adjudicante, no que respeita à execução de obras, ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços, ou, no caso das concessões, a satisfação de uma necessidade de aquisição de um serviço de gestão (concessão de serviços públicos) ou de um serviço de gestão e da aquisição de uma obra (concessão de obras públicas)⁽²²⁾. Diferentemente, as subvenções não servem propósitos de suprir necessidades da Administração Pública, nem envolvem a privatização da gestão de obras ou serviços públicos. A sua finalidade prende-se com o apoio ou estímulo à implementação de projectos de interesse geral a desenvolver por particulares. Conforme já foi referido, os projectos a apoiar enquadram-se no exercício de actividades privadas com repercussões no interesse público, nos domínios do comércio, da agricultura, da indústria, da investigação científica, da arte, etc.⁽²³⁾.

Por outro lado, atendendo ao factor da *concorrência*, os contratos subordinados ao regime da contratação pública contêm, por definição, prestações que estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mer-

⁽²¹⁾ Não faz sentido, a nosso ver, que a Administração Pública se possa fomentar a si própria, uma vez que as entidades públicas se encontram ontologicamente funcionalizadas para a prossecução do interesse público.

⁽²²⁾ Cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 202-204.

⁽²³⁾ Em muitas destas áreas, o Estado pode optar por prosseguir directamente as actividades em causa e/ou por fomentar as actividades dos sujeitos privados. Assim acontece, por exemplo, no domínio da cultura, em que o Estado dispõe de uma rede de museus e de outros organismos dedicados à cultura e, ao mesmo tempo, fomenta os sujeitos privados que se dedicam a actividades culturais. Em sentido semelhante, no domínio da investigação científica, o Estado prossegue directamente actividades de investigação e desenvolvimento no seio das universidades, centros públicos de investigação e outros, sem prejuízo de simultaneamente apoiar as actividades dos particulares que se dedicam à investigação científica.

cado⁽²⁴⁾, no sentido de que envolvem uma disputa entre um conjunto de interessados e apenas a um deles poderá ser adjudicado o contrato. Por este motivo, a formação de tais contratos obedece aos procedimentos previstos na Parte II do CCP. Já as subvenções podem ou não despertar interesse concorrencial. No caso de não despertarem interesse concorrencial, as subvenções são atribuídas a todos aqueles que preencham o conjunto objectivo de requisitos, definidos na lei ou em regulamento (sem prejuízo dos limites orçamentais estabelecimentos para a concreta medida de fomento). Se despertarem interesse concorrencial, a atribuição das subvenções fica dependente da prévia selecção concorrencial dos interessados pela Administração Pública concedente. Em todo o caso, como se verá adiante, não se lhes aplica a Parte II do CCP⁽²⁵⁾.

Quanto ao critério do *conteúdo da prestação/projecto a executar*, nos contratos subordinados ao regime da contratação pública, o conteúdo da prestação é determinado pela entidade adjudicante que define a necessidade que pretende ver satisfeita, ao passo que, nas subvenções, é o sujeito interessado que apresenta um projecto cujo impacto na prossecução do interesse público é objecto de avaliação da Administração Pública para efeitos de subvencioamento. Assim, nos primeiros, estando em causa a satisfação de necessidades próprias da entidade adjudicante, é esta que anuncia e discrimina os bens/serviços que pretende adquirir. Já relativamente às segundas, o projecto a subvencionar não é delineado pela entidade que atribui a subvenção, mas pelos potenciais beneficiários que se propõem a executar um projecto por si desenhado.

No que respeita aos *resultados da actividade*, no caso dos contratos subordinados ao regime da contratação pública, os resultados derivados da actividade que subjaz ao contrato aproveitam directamente à entidade adjudicante, seja pela satisfação de uma necessidade imediata de aquisição de bens e serviços ou de construção de obras, seja pela prossecução do interesse público de que os particulares foram encarregues no caso das con-

⁽²⁴⁾ Cfr. artigo 16.º, n.º 1 do CCP.

⁽²⁵⁾ Cfr. artigo 5.º, n.º 4, al. c) do CCP.

cessões. A este propósito, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) adopta o critério do “interesse económico directo” da entidade adjudicante na prestação a afectar pelo co-contratante, nas situações particulares dos contratos de execução de obras, de fornecimento de produtos e de prestação de serviços⁽²⁶⁾. Assim, no exemplo do Acórdão do TJUE *Helmut Müller*, num contrato de execução de obras, a entidade adjudicante tem um “interesse económico directo” na prestação do co-contratante, na medida em que passará a ser a proprietária da obra executada. Por seu turno, nas subvenções, os resultados da actividade subvencionada aproveitam directamente ao beneficiário e só de forma indirecta concorrem para a satisfação de interesses públicos de cariz económico, social, cultural, ambiental, entre outros. Por conseguinte, no âmbito da atribuição de uma bolsa de doutoramento, a realização do doutoramento em si aproveita, em primeira linha, ao beneficiário da bolsa que obterá o grau académico de doutor. Em segunda linha, o teor da investigação realizada e que subjaz à realização do doutoramento contribui para a satisfação de interesses públicos relacionados com o progresso científico e tecnológico. O mesmo se aplica aos resultados de actividades económicas subvencionadas, cujos lucros aproveitam directamente aos beneficiários das subvenções, mas indirectamente contribuem para a melhoria das condições económicas e sociais de uma dada economia pelo aumento da taxa de emprego e o consequente aumento do rendimento disponível das famílias (que estimula o consumo) e, por exemplo, pelo incremento das exportações, entre outras externalidades positivas decorrentes da realização da actividade subvencionada. Resumidamente, embora as subvenções acarretem para o beneficiário a obrigação de executar uma determinada actividade ou projecto, tal actividade ou projecto não é desenvolvida no interesse económico directo da entidade subvencionante, mas sim do próprio beneficiário⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Cfr. Acórdãos do TJUE *Helmut Müller*, de 25-3-2010 (Processo n.º C-451/08), e *Comissão/Alemanha*, de 15-7-2010 (Processo n.º C-271/08).

⁽²⁷⁾ Cfr., neste sentido, P. GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos, O exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, reimpressão da edição de Outubro/2005, Almedina, 2008, pp. 503-504; *Id.*, *Direito*, cit., p. 293.

Quanto à *natureza da quantia entregue* ao co-contratante/beneficiário, tal quantia pecuniária assume a natureza de preço ou remuneração pela construção da obra, fornecimento do produto ou prestação do serviço. Assim, no caso dos contratos de compras públicas, há uma equivalência entre as prestações das partes, porquanto o preço pago pela entidade adjudicante corresponde ao valor da obra, produto ou serviço que lhe é proporcionado pelo co-contratante. Diferentemente, nas subvenções, não é possível estabelecer uma relação directa entre o valor entregue pela entidade pública e a actividade desenvolvida pelo beneficiário. A quantia pecuniária representa uma comparticipação dos custos assumidos pelo beneficiário na execução do projecto subvencionado, não havendo uma equivalência entre o *quantum* subvencional e o valor da actividade subvencionada. Ademais, as subvenções assumem um carácter não lucrativo e daí que o valor atribuído não possa, em caso algum, exceder os custos da actividade desenvolvida pelo beneficiário⁽²⁸⁾. Acresce que o critério da presença ou não de uma contraprestação é determinante para decifrar situações de fronteira como aquelas relacionadas com actividades que tanto podem ser desenvolvidas directamente pela Administração Pública, como adquiridas por esta ou apoiadas através da actividade de fomento. O caso paradigmático é o da investigação e desenvolvimento. A este propósito, veja-se a alínea j) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP, nos termos da qual a aplicação dos procedimentos de contratação pública (Parte II do CCP) aos contratos de investigação e desenvolvimento, com os códigos CPV indicados na norma, depende da verificação cumulativa de duas condições, que residem no facto de (i) os resultados da actividade de investigação e desenvolvimento se destinarem exclusivamente à entidade adjudicante, para utilização no exercício da sua própria actividade, e de (ii) o serviço prestado ser integralmente remunerado pela entidade adjudicante⁽²⁹⁾. Nestes casos, a actividade do co-contratante representa uma contraprestação da remuneração paga pela entidade adjudicante, que assume, no fundo,

⁽²⁸⁾ Cfr. J. PASTOR, *Principios*, cit., p. 368; M. MORÓN, *Derecho*, cit., p. 780; B. SÁNCHEZ, *Las subvenciones*, cit., p. 334.

⁽²⁹⁾ Sobre a norma, cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 302-306.

a posição de adquirente e beneficiária directa dos resultados daquela actividade. Semelhante situação não acontece nas subvenções.

No que tange à delimitação das subvenções face aos contratos de concessão, há que considerar essencialmente a diversidade de *escopo* entre as figuras, uma vez que as concessões de obras públicas e de serviços públicos versam, como o próprio nome indica, sobre obras e serviços públicos, o que não ocorre nas subvenções. Estas incidem sobre actividades privadas de interesse geral que não correspondem à execução e exploração de obras públicas, nem à gestão de serviços públicos. Ou seja, o concessionário, no caso da concessão de obras públicas, obriga-se a executar ou a conceber e executar uma obra pública, adquirindo, por um determinado período de tempo, o direito à respectiva exploração e, no caso da concessão de serviços públicos, o concessionário obriga-se a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público⁽³⁰⁾. Nas subvenções, o beneficiário obriga-se a executar um projecto que corresponde ao exercício de uma actividade privada, cuja prossecução tem impactos positivos no interesse público. Por outro lado, em regra, nas concessões, o concessionário assume o risco da exploração da obra ou serviço públicos, pelo que a remuneração está intimamente ligada aos resultados da aludida exploração, o que não se verifica nas subvenções⁽³¹⁾.

Por último, os contratos subordinados ao regime da contratação pública dão origem a uma relação jurídica de *colaboração* entre a entidade adjudicante e o co-contratante que, ao executar o contrato, contribui para a realização dos fins institucionais daquela entidade⁽³²⁾. Por sua vez, a relação jurídica subvencional traduz-se numa relação de *cooperação* entre os particulares e a Administração Pública, no sentido do estabelecimento de uma actuação concertada tendo em vista a prossecução do interesse público, pese embora

⁽³⁰⁾ Cfr. artigo 407.º, n.ºs 1 e 2 do CCP.

⁽³¹⁾ Cfr. P. CADIEU, *Notion*, cit., pp. 18-21; J. VILA, *De la necessite*, cit., pp. 13-17; P. IDOUX, *Les dons*, cit., pp. 11-15.

⁽³²⁾ Cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., p. 205.

cada uma das partes se mantenha na esfera dos seus fins institucionais⁽³³⁾.

Em suma, os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções são institutos jurídicos diferentes, razão pela qual obedecem a regimes jurídicos diferentes. Assim, do ponto de vista do regime procedimental (que precede a celebração do contrato), os contratos subordinados à contratação pública regem-se pelo regime pré-contratual previsto na Parte II do CCP. Por sua vez, o procedimento de formação das subvenções (a atribuir mediante a prática de um acto ou da celebração de um contrato) obedece à norma especial aplicável e, subsidiariamente, ao CPA⁽³⁴⁾. Acresce que o regime da contratação pública se encontra codificado na Parte II do CCP, ao passo que o regime do procedimento de formação das subvenções é marcado pela dispersão normativa⁽³⁵⁾. Quanto ao regime substantivo

⁽³³⁾ Sobre as relações de colaboração e de cooperação entre a Administração Pública e os particulares, cfr. P. GONÇALVES, *Entidades*, cit., pp. 454-456. Fazendo referência ao *rapporto di collaborazione* que se estabelece entre sujeito subvencionante e beneficiário, relacionando ainda a aludida “colaboração” com a ausência de correspectividade e sinalagmaticidade nas subvenções, cfr. R. CIPPITANI, *La sovvenzione*, cit., pp. 331-334.

⁽³⁴⁾ Note-se que, nos termos da alínea c) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP, a Parte II do CCP não é aplicável à formação dos contratos de subvenção.

⁽³⁵⁾ Diferentemente do que sucede no ordenamento jurídico espanhol, onde o regime jurídico das subvenções se encontra regulado num diploma geral – a *Ley General de Subvenciones*, aprovada pela *Ley 38/2003, de 17 de noviembre* –, nos ordenamentos jurídicos italiano, francês e português, a disciplina das subvenções é marcada pela dispersão legislativa. Entre outras normas relevantes, destacam-se, em Itália, o *Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 123* que disciplina a racionalização dos apoios públicos às empresas, os artigos 11.º e 12.º da *Legge Sul Procedimento Amministrativo* aprovada pela *Legge 7 agosto 1990, n. 241*, relativos, respectivamente, aos acordos endo-procedimentais e substitutivos do acto final e aos “*provvedimenti attributivi di vantaggi economici*”, o *Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33* que disciplina, nos artigos 26.º e 27.º, as obrigações de publicidade, transparência e informação da Administração Pública e a *Legge annuale per il mercato e la concorrenza (Legge 4 agosto 2017, n. 124)*, que contem normas sobre as obrigações de publicidade exigida aos beneficiários (cfr. artigo 1.º, subdivisão 125, da citada lei). Em França, assinalam-se os artigos 9.º-1 e 10.º da *Loi n.º 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, a *Circulaire du Premier Ministre en date du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations: déclinaison de la charte des engagements réciproques et soutien public aux associations*, o *Décret n.º 99-1060 du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement* e o *Code général des collectivités territoriales*. Em Portugal,

a aplicar aos contratos celebrados no quadro dos procedimentos de contratação pública do CCP, o mesmo pode estar subordinado, a título principal, ao Direito Administrativo (Parte III do CCP e/ou legislação especial) ou ao Direito Privado⁽³⁶⁾, consoante se trate de um contrato administrativo ou de um contrato de Direito Privado. No caso das subvenções, por estarem em causa actos e contratos administrativos, aplica-se-lhes o Direito Administrativo (legislação especial, CPA e Parte III do CCP)⁽³⁷⁾.

2.3. Apesar das diferenças assinaladas, os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções apresentam também alguns aspectos em comum.

Começando pelas *fontes normativas*, o regime jurídico, quer da contratação pública, quer das subvenções, decorre, numa parte significativa, do Direito da União Europeia⁽³⁸⁾. Em ambos os domínios, é igualmente imperante a

sobressaem o Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de Agosto, que estabelece o regime jurídico aplicável à concessão de subvenções públicas, a Lei n.º 64/2013, de 27 de Agosto, que regula a obrigatoriedade de publicitação dos benefícios concedidos pela Administração Pública a particulares, o Decreto-Lei n.º 6/2015, de 8 de Janeiro, que procede à aprovação do enquadramento nacional dos sistemas de incentivos às empresas, o Decreto-Lei n.º 191/2014, de 31 de Dezembro, que estabelece um regime especial de contratação de apoios e incentivos exclusivamente aplicável a grandes projetos de investimento enquadráveis no âmbito das atribuições da AICEP, E.P.E., e o Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de Outubro, que estabelece as regras gerais de aplicação dos programas operacionais e dos programas de desenvolvimento rural financiados pelos fundos europeus estruturais e de investimento, para o período de programação 2014-2020.

⁽³⁶⁾ Sem prejuízo da aplicação de alguns preceitos de Direito Administrativo. Cfr. artigo 280.º, n.º 3 do CCP.

⁽³⁷⁾ O regime jurídico (procedimental, substantivo e processual) aplicável às subvenções é objecto de uma análise pormenorizada na tese de doutoramento que a Autora se encontra a concluir e para a qual se remetem posteriores desenvolvimentos sobre esta matéria.

⁽³⁸⁾ No caso da contratação pública, destacam-se as Directiva 2014/23/U.E. e 2014/24/U.E., ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativas, respectivamente, à adjudicação de contratos de concessão e aos contratos públicos (na aceção europeia). No caso das subvenções, sobretudo as co-financiadas pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, no âmbito dos Quadros Comunitários de Apoio, regem vários diplomas da União Europeia, nomeadamente o Regulamento (CE, EURA-

jurisprudência pretoriana do TJUE⁽³⁹⁾.

A contratação pública e as subvenções partilham ainda do facto de estarem orientadas para a prossecução do *interesse público* (e não do interesse privado). Assim, o regime da contratação pública visa, no essencial, a salvaguarda da concorrência e da igualdade dos operadores no mercado e a eficiência na realização do gasto público⁽⁴⁰⁾, enquanto as subvenções prosseguem fins de fomento, isto é, de apoio a projectos de iniciativa privada que indirectamente concorram para a satisfação de interesses públicos. Por outro lado, embora as subvenções sejam o instrumento, por excelência, do exercício da *actividade administrativa de fomento*, os contratos de procura pública também podem ser utilizados, pela Administração Pública, com esse fim. Isto porque a demanda pública acarreta, por si só, um estímulo aos mercados de bens e serviços que a Administração procura na qualidade de cliente⁽⁴¹⁾.

Acresce que tanto os contratos subordinados ao regime da contratação pública como as subvenções pressupõem a disposição de *dinheiros públicos*, que são, por natureza, recursos limitados. Na maioria dos casos, ambos implicam uma disputa entre vários interessados, que concorrem entre si pela atribuição dos recursos públicos. Consequentemente, o procedimento de

TOM) n.º 2988/95, do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, relativo à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, e o Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, que estabelece disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas.

⁽³⁹⁾ No caso das subvenções, a jurisprudência do TJUE incide sobretudo sobre a matéria dos auxílios de Estado e do incumprimento das obrigações dos beneficiários. Vejam-se, em matéria de auxílios de Estado, os acórdãos do TJUE *Alcan*, proferido a 20 de Março de 1997 (Processo n.º C-24/95), *Comissão vs. República Portuguesa*, de 27 de Junho de 2000 (Processo n.º C-404/97), e *Lucchini*, de 18 de Julho de 2007 (Processo n.º C-119/05). Sobre a matéria do incumprimento, vejam-se os acórdãos do TJUE de 11-1-2007 (Processo n.º C-279/05) e de 11-6-2015 (Processo n.º C-52/14).

⁽⁴⁰⁾ P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 19 e 39.

⁽⁴¹⁾ Cfr. R. ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, 7ª Edición, Marcial Pons, 2015, p. 171.

atribuição dos dinheiros públicos deve obedecer a um formalismo que acautele uma correcta distribuição do orçamento público – e daí que sejam comuns os *princípios que subjazem* aos procedimentos de contratação pública e ao procedimento de formação das subvenções. Ou seja, os procedimentos pré-contratuais, regulados na Parte II do CCP, e os procedimentos de formação dos actos e dos contratos de subvenção (que despertem interesse concorrencial) devem obedecer aos princípios da publicidade, da concorrência, da transparência e da igualdade e não discriminação⁽⁴²⁾. Em jeito de conclusão, a observância dos princípios referidos, aliada ao cumprimento das demais normas aplicáveis, permitirá assegurar uma correcta repartição dos recursos públicos, seja através da remuneração das prestações do co-contratante, seja através da comparticipação dos custos da actividade desenvolvida pelo beneficiário de uma subvenção.

Finalmente, à luz do ordenamento jurídico português, os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções têm em co-

⁽⁴²⁾ Cfr. R. PARADA, *Derecho*, cit., p. 390; R. CIPPITANI, *La sovvenzione*, cit., pp. 82-83; ID., *Il concetto*, cit., pp. 360 e 368.

De acordo com o *princípio da publicidade*, quer a entidade adjudicante, quer a entidade subvencionante, estão obrigadas a publicitar o início do procedimento (de contratação pública ou subvencional), pois quanto mais ampla for a divulgação do procedimento, maior será, à partida, o número de interessados a acorrer ao mesmo. Dessa forma, potencia-se a concorrência e a igualdade entre os interessados. Por outro lado, a adjudicação dos contratos e a atribuição de subvenções deve obedecer preferencialmente a um procedimento de selecção concorrencial que permita a disputa de todos os interessados que reúnam os requisitos exigidos no anúncio de abertura. Assim, o *princípio da concorrência* permite acautelar a igualdade de oportunidades no acesso à contratação pública e às subvenções, para além de que sustenta a decisão de selecção do concorrente/candidato ou do projecto que melhor se adequem aos fins visados. O *princípio da transparência* visa permitir o controlo da imparcialidade da decisão a partir da publicidade dos critérios (métodos de avaliação e selecção) que vão presidir à adjudicação e à atribuição da subvenção. Tais critérios devem constar, de forma clara e detalhada, do anúncio de abertura dos procedimentos de contratação e subvencional, bem como da fundamentação das decisões tomadas no procedimento. Por último, o *princípio da igualdade e não discriminação* determina a proibição da adopção de actos ou condutas de discriminação, que favoreçam ou prejudiquem um candidato ou concorrente sem fundamento jurídico bastante. Cfr. B. SÁNCHEZ, *Las subvenciones*, cit., pp. 572 e 574-580; P. GARCÍA, *Régimen*, cit., 2004, pp. 104-107; G. FARRERES, *La Subvencion*, cit., pp. 700-709; P. GONÇALVES, *Direito*, cit., 2018, pp. 346-355, 359 e 362-365.

num o facto de estarem submetidos à *jurisdição administrativa* os litígios emergentes da fase procedimental e da fase de execução dos contratos celebrados na sequência dos procedimentos de contratação pública e dos contratos e actos administrativos de atribuição de subvenções⁽⁴³⁾.

2.4. A análise que se vem realizando não ficaria completa sem uma alusão aos pontos de intersecção entre a contratação pública e as subvenções. Por conseguinte, há casos em que o regime da contratação pública se cruza com o das subvenções e vice-versa. Vejamos alguns exemplos.

No ordenamento jurídico português, é habitual prever-se, sobretudo no âmbito de medidas de incentivo (co-)financiadas pelos fundos estruturais e de investimento europeus (FEEI), a obrigação, imposta ao beneficiário, de cumprir as regras da contratação pública na execução das operações ou projectos apoiados. Assim, sempre que a execução da actividade subvencionada envolva, por exemplo, a celebração de um contrato de empreitada, o sujeito subvencionado está obrigado a lançar mão do procedimento pré-contratual adequado, seguindo os termos da Parte II do CCP. Se o beneficiário celebrar o contrato à revelia das regras da contratação pública, o mais certo é que haja lugar à aplicação de correcções financeiras, as quais, no limite, se podem traduzir numa obrigação de restituição da quase totalidade da quantia subvencionada⁽⁴⁴⁾.

Paralelamente, o CCP prevê o regime dos chamados “contratos subsidiários”, disciplinando aquelas hipóteses em que a subvenção se traduz no financiamento de um contrato que, por si só, corresponde à execução do projecto subvencionado. A celebração dos aludidos “contratos subsidiados” está sujeita aos procedimentos de contratação pública previstos na Parte II do Código, nos termos previstos no artigo 275.º do CCP⁽⁴⁵⁾. Por conse-

⁽⁴³⁾ Cfr. artigo 4.º, n.º 1, alíneas *b)* e *e)* do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, sucessivamente alterada.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Decisão da Comissão de 14-5-2019 que estabelece as orientações para determinar as correcções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União devido ao incumprimento das regras aplicáveis em matéria de contratação pública.

⁽⁴⁵⁾ A aplicação da Parte II do CCP impõe-se apenas ao procedimento de formação do

guinte, o ponto de contacto entre “subvenções” e “contratos subsidiados” reside no facto de o projecto subvencionado implicar a celebração de um contrato que, nos termos do artigo 275.º, n.º 1 do CCP, está subordinado, no seu procedimento formativo, à aplicação do regime da contratação pública. Sublinhe-se que o regime dos contratos subsidiados se aplica a entidades beneficiárias de subvenções, que não se subsumam ao conceito de entidades adjudicantes⁽⁴⁶⁾.

Acresce que a percepção de subvenções pode também conduzir à qualificação de um sujeito como entidade adjudicante, desde que as subvenções atribuídas correspondam a mais de metade dos seus meios de financiamento e se encontrem reunidos os demais pressupostos previstos CCP, isto é, a presença de uma pessoa colectiva criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial⁽⁴⁷⁾. Ora,

contrato subsidiado, uma vez reunidos os pressupostos previstos no n.º 1 do artigo 275.º do CCP, a saber: (i) *Pressuposto subjectivo* – formação de um contrato (de direito privado) a celebrar entre entidades não adjudicantes, no caso, entre o sujeito subvencionado e um terceiro (ambos sujeitos privados); (ii) *Pressuposto objectivo* (compreende dois sub-pressupostos: o do objecto e o do valor do contrato) – formação de: a) Contrato de empreitada de obras que envolva actividades de construção civil enumeradas no anexo XI do CCP ou obras de construção de hospitais, instalações desportivas, recreativas e de ocupação de tempos livres, estabelecimentos escolares e universitários e edifícios de uso administrativo (*sub-pressuposto do objecto*), de valor estimado igual ou superior a € 5.548.000,00 (*sub-pressuposto do valor*); b) Contrato de serviços associado a um contrato de empreitada de obras com as características enunciadas na alínea anterior (*sub-pressuposto do objecto*), de valor estimado igual ou superior a € 221.000,00 (*sub-pressuposto do valor*); (iii) *Pressuposto financeiro* – o valor estimado do contrato (projecto subvencionado) é apoiado, numa percentagem superior a 50%, através da atribuição de um “subsídio” por uma ou mais entidades adjudicantes; exige-se, portanto, que a subvenção seja destinada directamente a um determinado contrato/projecto e não, de forma indiferenciada, à actividade desenvolvida pelo sujeito subvencionado.

⁽⁴⁶⁾ Sobre os contratos subsidiados, cfr. M. OLIVEIRA, R. OLIVEIRA, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2016, pp. 164-165; P. GONÇALVES, *Direito*, cit., 2018, pp. 183-191; M. GOMES, *Extensão do âmbito de aplicação do CCP: algumas questões em torno do artigo 275.º referente aos contratos subsidiados*, in AA.VV., *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão e Marco Caldeira, 2.ª Edição, AAFDL Editora, 2018, pp. 993-1026.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. artigo 2.º, n.º 2, al. a) do CCP. Note-se que, no caso vertente, está em causa a subvenção enquanto financiamento de uma actividade, ao passo que, no caso dos contratos

como as subvenções não constituem uma contra-partida específica pelo desenvolvimento das actividades subvencionadas, as mesmas não envolvem uma relação comercial sinalagmática e daí que, à luz da jurisprudência do TJUE⁽⁴⁸⁾, concorram para o financiamento (de origem pública) do respectivo beneficiário e, atendendo à proporção desse financiamento (mais de metade), o legislador considera que o sujeito beneficiário está sob a influência dominante de uma entidade adjudicante ou de outro organismo de direito público. Nestes casos, o beneficiário das subvenções é também considerado uma entidade adjudicante e, nessa medida, ficará obrigado a observar os procedimentos de contratação pública para a celebração de contratos, nos termos do CCP⁽⁴⁹⁾.

Por outro lado, no domínio da contratação pública, a possibilidade de obtenção de uma subvenção pode constituir uma justificação para a apresentação de uma proposta com preço ou custo anormalmente baixo, por parte de um concorrente, evitando, por esse motivo, a exclusão da proposta⁽⁵⁰⁾.

Noutro quadrante, a prática de crimes associados às subvenções tem implicações no acesso à contratação pública. Com efeito, a lei portuguesa tipifica os crimes de «fraude na obtenção de subsídio ou subvenção» e de «desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado»⁽⁵¹⁾, sendo que: *a)*

subsidiados, está em causa a subvenção enquanto financiamento de um contrato. Cfr., neste sentido, P. GONÇALVES, *Direito*, cit., 2018, p. 190.

⁽⁴⁸⁾ *V.g.*, acórdão do TJUE de 3-10-2000 (Processo n.º C-380/98).

⁽⁴⁹⁾ Alguma doutrina portuguesa chama a atenção para o facto de que os apoios outorgados no âmbito do financiamento dispensado pelos FEEI não são, em rigor, provenientes dos orçamentos das entidades adjudicantes ou de organismos de direito público, tal como parece ser exigido pela primeira parte da sub-alínea *ii)* da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 2.º do CCP. Neste sentido, cfr. P. GONÇALVES, *Direito*, cit., pp. 166-167.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. artigos 70.º, n.º 2, al. *e)* e 71.º, n.º 4, al. *e)* do CCP.

Este tópico foi abordado pelo Prof. Doutor Miguel Assis Raimundo, na alocução sobre “Os fundos europeus e a contratação pública”, proferida na Conferência sobre *Direito Público, Política de Coesão e Fundos Europeus Pós-2020*, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 29 de Janeiro de 2019.

⁽⁵¹⁾ Cfr., respectivamente, artigos 36.º e 37.º do Regime das Infracções Anti-económicas e contra a Saúde Pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

Os representantes legais de empresas de construção que tenham sido condenados em pena de prisão efetiva, transitada em julgado, pela prática de qualquer um destes crimes, podem ser considerados comercialmente não idóneos e, por esse motivo, serem impedidos de ingressar na actividade de empreiteiro de obras públicas⁽⁵²⁾; *b*) Relativamente aos aludidos crimes pode ser aplicada como pena acessória a privação temporária do direito de participar em arrematações ou concursos públicos de fornecimentos⁽⁵³⁾.

3. Os contratos subordinados ao regime da contratação pública e as subvenções correspondem a institutos jurídicos diferentes. O ponto fulcral da distinção reside, a nosso ver, no facto de os primeiros serem celebrados no interesse económico directo da entidade adjudicante, implicando o pagamento de um preço pelos serviços, obras ou bens proporcionados pelo cocontratante. Diferentemente, através das segundas, a Administração Pública comparticipa os custos do exercício de uma actividade privada, cujo desenvolvimento contribui, de forma indirecta, para a realização de interesses públicos.

Apesar da diferença entre “preço/remuneração” e “comparticipação”, ambos envolvem a afectação de recursos públicos e, por isso, os respectivos procedimentos de formação – de adjudicação dos contratos de procura pública e de atribuição de subvenções – devem obedecer a princípios jurídicos comuns (publicidade, concorrência, transparência e igualdade e não discriminação), tendo em vista a salvaguarda do interesse público inerente à correcta e eficiente distribuição do orçamento público. Por este motivo, e considerando as dificuldades geradas pela dispersão normativa que caracteriza o regime das subvenções (que contrasta com a codificação dos procedimentos de contratação pública), surge a dúvida sobre se o regime da contratação pública também poderia servir como regime de outorga das subvenções. A resposta é negativa. Perante a diversidade das figuras em estudo, os proce-

⁽⁵²⁾ Cfr. artigos 7.º, n.º 1, al. *a*), e artigo 9.º, n.º 6, al. *g*), do Regime Jurídico aplicável ao Exercício da Actividade de Construção, aprovado pela Lei n.º 41/2015, de 3 de Junho.

⁽⁵³⁾ Cfr. artigo 8.º, al. *e*), do Regime das Infracções Anti-económicas e contra a Saúde Pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

dimentos de contratação pública, previstos na Parte II do CCP, revelam-se desadequados à formação dos actos e dos contratos de subvenção, incluindo as subvenções que despertam interesse concorrencial. Reconhecendo esta diversidade, o legislador português procedeu expressamente à exclusão dos contratos de subvenção do âmbito de aplicação da Parte II do CCP (cfr. artigo 5.º, n.º 4, al. *c*) do CCP). Ou seja, o procedimento de formação das subvenções obedece ao disposto em norma especial e não ao regime do CCP.

Não obstante, no âmbito da execução de uma subvenção, o beneficiário pode ver-se confrontado com a necessidade de observar as regras próprias da contratação pública, o que pode suceder em várias circunstâncias: *(i)* sempre que tal esteja previsto, a título de obrigação, no regime da subvenção; *(ii)* quando a execução da subvenção envolva a celebração de um contrato que, nos termos do artigo 275.º do CCP, configura um “contrato subsidiado”; e *(iii)* sempre que o facto de auferir de uma subvenção permita qualificar o beneficiário como entidade adjudicante, de acordo com os critérios do artigo 2.º, n.º 2, do CCP. Nestes casos, a obrigação de cumprir os procedimentos de contratação pública ocorre no âmbito da execução da subvenção e, portanto, num momento posterior ao da sua atribuição. O não cumprimento das regras da contratação pública, por parte do sujeito subvencionado a tal obrigado, pode dar origem a uma ordem de restituição, no todo ou em parte, da quantia subvencionada.

Accesso alle risorse genetiche in Grecia, Italia, Spagna, Francia

[GIULIA BINAGLIA^(*)]

SOMMARIO: 1. Il protocollo di Nagoya. – 2. La situazione in Grecia. – 3. Segue. In Italia. – 4. Segue. In Spagna. – 5. Segue. In Francia. – 6. Conclusioni.

1. Il Protocollo di Nagoya⁽¹⁾ costituisce un importante traguardo raggiunto dalla Conferenza delle Parti della CBD (Convenzione sulla Biodiversità biologica del 1992), perché rappresenta uno strumento di tutela delle risorse genetiche a livello internazionale, adottato a Nagoya il 29 ottobre 2010 e portato in firma il 2 febbraio 2011. Tale trattato internazionale permette la realizzazione degli obiettivi posti dalla Convenzione sopra indicata, con particolare riferimento al dettato dell'art. 15, secondo cui le singole Parti della Convenzione hanno la sovranità in materia di accesso alle risorse genetiche, purchè vengano rispettati gli obiettivi posti dalla CBD.

Il Protocollo di Nagoya, oggi ratificato da circa cento Stati, approvato dall'UE il 14 aprile 2014, introduce un complesso e organico quadro di norme giuridiche, all'interno del quale coordinare i diritti sovrani dei singoli Stati con una disciplina comune a livello internazionale, che fissa misure e obiettivi minimi. Infatti, da un lato il Protocollo contiene una disciplina a favore dei Paesi particolarmente ricchi di biodiversità, i quali sono tenuti ad adottare le giuste precauzioni a tutela del proprio patrimonio naturale, dall'altro lato deve essere garantito un coordinamento tra l'accesso alle risorse genetiche e l'equa ripartizione dei benefici derivanti dal loro utilizzo. Un'altra peculiarità del Protocollo è quella di imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre misure di tipo legislativo, sanzionatorio e amministrativo, che permettano un corretto accesso alle risorse genetiche, nel rispetto delle

^(*) Avvocato del Foro di Perugia.

⁽¹⁾ In *minambiente.it*.

comunità locali e autoctone, come sancito dall'art. 6. L'applicazione di tale fondamentale trattato in materia ambientale è rivolta ai Paesi fornitori di risorse genetiche, non umane, nel caso di attività di utilizzazione delle suddette da parte di Stati utilizzatori, con un particolare riguardo alle “conoscenze tradizionali” e alle popolazioni locali. In pratica, le Parti che hanno ratificato il Protocollo sono libere di dotarsi di una propria legislazione in materia di biodiversità, favorendo però l'accesso alle risorse da parte degli utilizzatori e l'equa condivisione dei benefici con questi ultimi. Il carattere innovativo del Protocollo risiede principalmente nel ruolo centrale delle risorse genetiche locali, cioè quelle che presuppongono uno specifico livello di tutela e di conoscenze da parte di qualsiasi utilizzatore. Per fare sì che i singoli Stati si adoperino nel salvaguardare l'accesso a tali risorse, il Protocollo ha sancito che: «*Nell'adempimento degli obblighi che incombono loro in virtù del presente protocollo, le parti, nel rispetto della legislazione nazionale, tengono conto delle leggi consuetudinarie, dei protocolli e delle procedure delle comunità autoctone e locali, se del caso, in relazione alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche*» (art. 12).

L'impostazione del Protocollo si basa su due gruppi di norme, denominati “pilastri del Protocollo”, distinte in regole sull'accesso (*Access Pillar*) e regole sull'utilizzo (*User Compliance Pillar*). Per quanto riguarda il primo gruppo, tale nucleo di norme è ispirato a determinati canoni e principi generali del diritto, come il principio di certezza giuridica e di trasparenza, di chiarezza e di equità. L'art. 2 si occupa delle definizioni dei termini ricorrenti nel Protocollo, introducendo quella di “utilizzazione delle risorse genetiche”, ma senza mai occuparsi di quella di “risorse genetiche” e di “utilizzatore”. Ai sensi dell'art. 6⁽²⁾, tutti gli Stati che aderiscono al Protocollo sono

⁽²⁾ 1. Nell'esercizio dei diritti di sovranità sulle risorse naturali, conformemente alle prescrizioni legislative o regolamentari nazionali relative all'accesso e alla ripartizione dei benefici, l'accesso alle risorse genetiche ai fini della loro utilizzazione è subordinato al consenso informato preventivo della parte che mette a disposizione tali risorse, vale a dire del paese di origine delle risorse stesse oppure di una parte che ha acquisito le risorse genetiche conformemente alla convenzione, a meno che tale parte non abbia deciso altrimenti. / 2. In accordo con la legislazione nazionale, ciascuna delle parti è tenuta ad adottare opportune misure allo scopo di garantire che venga ottenuto il consenso informato preventivo, oppure l'approvazione e la partecipazione delle comunità autoctone e locali in merito all'accesso

obbligati a rilasciare, nel caso di accesso a risorse genetiche site presso il proprio territorio nazionale, il cosiddetto “*prior informed consens*” (PIC), ossia un permesso scritto che incide sulla legittimità dell’attività di accesso. Inoltre, la disciplina comune richiede che tra lo Stato fornitore della risorsa e il soggetto utilizzatore, vi sia un accordo scritto di tipo contrattuale, chiamato “*mutually agreed terms*” (MAT), che contenga i termini reciproci di accesso e di utilizzo alle risorse genetiche e la conseguente ripartizione dei benefici. Un punto essenziale del Protocollo emerge dalla lettura dell’art. 13⁽³⁾, secondo

alle risorse genetiche, nei casi in cui queste detengano il diritto a concedere l’accesso a tali risorse. / 3. A norma del paragrafo 1 del presente articolo, ciascuna delle parti che richiede il consenso informato preventivo è tenuta ad adottare le misure legislative, amministrative o politiche necessarie, secondo quanto opportuno, al fine di: *a)* fornire certezza, chiarezza e trasparenza giuridica relativamente alle proprie prescrizioni legislative o regolamentari in materia di accesso e ripartizione dei benefici; *b)* fornire norme e procedure di carattere equo e non arbitrario per l’accesso alle risorse genetiche; *c)* fornire informazioni su come richiedere il consenso informato preventivo; *d)* fornire una decisione scritta, chiara e trasparente, emanata da un’autorità nazionale competente, secondo i principi di efficacia dei costi ed entro un periodo di tempo ragionevole; *e)* disporre che venga rilasciato, al momento dell’accesso, un permesso o un documento equivalente atto a certificare la decisione di concedere un consenso informato preventivo e la definizione di modalità convenute di comune accordo, e darne conseguente informazione al centro di scambi per l’accesso e la ripartizione dei benefici; *f)* se del caso, e conformemente alla legislazione nazionale, fissare criteri e/o processi per ottenere un consenso informato preventivo oppure l’approvazione e la partecipazione delle comunità autoctone e locali all’accesso alle risorse genetiche; e *g)* stabilire regole e procedure chiare per la richiesta e la definizione di modalità convenute di comune accordo. Tali condizioni sono fissate per iscritto e potranno includere, tra l’altro: *i)* una clausola relativa alla risoluzione delle controversie; *ii)* le condizioni concernenti la ripartizione dei benefici, anche in relazione ai diritti di proprietà intellettuale; *iii)* le condizioni riguardanti l’uso successivo da parte di terzi, se del caso; e *iv)* le condizioni in caso di variazione delle finalità, ove applicabile.

⁽³⁾ 1. Ciascuna parte designa un punto di contatto nazionale per quanto riguarda l’accesso e la ripartizione dei benefici. Il punto di contatto nazionale rende disponibili le informazioni con le modalità seguenti: *a)* per i richiedenti che desiderano accedere a risorse genetiche, informazioni riguardanti le procedure per ottenere il consenso informato preventivo e per definire modalità convenute di comune accordo, tra cui la ripartizione dei benefici; *b)* per i richiedenti che desiderano accedere alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche, ove possibile, informazioni riguardanti le procedure per ottenere il consenso informato preventivo o l’approvazione e la partecipazione, se del caso, delle comunità autoctone e locali e per definire modalità convenute di comune accordo, anche in merito alla

cui le Parti devono individuare un punto di contatto a livello nazionale, a cui è possibile interfacciarsi per verificare quali siano le autorità competenti per chiedere informazioni, e per ottenere chiarimenti sul rilascio del PIC e sulla definizione del MAT.

Dopo l'entrata in vigore del Protocollo di Nagoya nella realtà comunitaria, si è reso necessario introdurre uno strumento di effettiva attuazione del suddetto trattato all'interno dei singoli Stati membri, quindi in data 16 aprile 2014, è stato emanato il reg. n. 511/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio (chiamato regolamento "Access and Benefit Sharing" - ABS)⁽⁴⁾, ad oggetto "Misure di conformità per gli utilizzatori risultanti dal protocollo di Nagoya relativo all'accesso alle risorse genetiche e alla giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione nell'Unione". Tale regolamento è stato adottato dall'Unione Europea al fine di implementare le singole legislazioni nazionali, a supporto del Protocollo di Nagoya e dell'art. 15 della CBD.

ripartizione dei benefici; e c) informazioni riguardanti le autorità nazionali competenti, le rispettive comunità autoctone e locali e i relativi soggetti interessati. / Il punto di contatto nazionale è responsabile del coordinamento con il segretariato. / 2. Ciascuna parte designa una o più autorità nazionali competenti per quanto riguarda l'accesso e la ripartizione dei benefici. Le autorità nazionali competenti si assumono, conformemente alle disposizioni legislative, amministrative o politiche applicabili a livello nazionale, la responsabilità per la concessione dell'accesso oppure, a seconda dei casi, del rilascio di una documentazione scritta che certifichi che sono stati soddisfatti i requisiti per l'accesso, e la responsabilità per la diffusione delle informazioni sulle procedure e i requisiti idonei per l'ottenimento del consenso informato preventivo e la fissazione di modalità convenute di comune accordo. / 3. Le parti contraenti possono designare un unico organismo affinché svolga sia le funzioni di punto di contatto che quelle di autorità nazionale competente. / 4. Ciascuna parte notifica al segretariato, entro la data di entrata in vigore del presente protocollo, il nome e l'indirizzo del punto di contatto e della o delle autorità nazionali competenti. Se una parte designa più di un'autorità nazionale competente, invia al segretariato, assieme alla relativa notifica, le necessarie informazioni circa le rispettive competenze. Se del caso, tali informazioni indicano, come minimo, quali autorità competenti sono responsabili per le risorse genetiche richieste. Ciascuna parte notifica immediatamente al segretariato qualsiasi cambiamento relativo alla designazione del proprio punto nazionale di contatto, nonché al recapito o alle competenze della o delle autorità nazionali competenti. / 5. Il segretariato rende disponibili le informazioni ricevute a norma del precedente paragrafo 4, tramite il centro di scambi per l'accesso e la ripartizione dei benefici.

⁽⁴⁾ In *minambiente.it*.

Per la prima volta, in ambito giuridico, si parla di “*access and benefit sharing*”, superando la precedente concezione di “*benefit sharing*”, per cui questa nuova elaborazione mira a favorire un diverso rapporto tra gli Stati fornitori e quelli utilizzatori di risorse genetiche. Sul punto, è opportuno precisare che l’impostazione legata all’*access and benefit sharing* incide sull’eliminazione delle differenze tra Stati ricchi e poveri, inoltre permette alle comunità locali, in possesso di risorse genetiche peculiari, di trarre vantaggi dall’altrui accesso. La parte del *considerando* di tale regolamento, usato come strumento agevole per garantire una effettiva armonizzazione della disciplina in materia di risorse genetiche, spiega l’importanza delle conoscenze locali e della conservazione delle risorse genetiche *in situ*, ossia nel luogo dove esse si trovano fisicamente. A conferma di quanto appena sostenuto, nel punto 20) del *considerando* si afferma che non vi è una definizione internazionale di “conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche”, ma ogni Stato è responsabile della salvaguardia degli interessi delle comunità locali e indigene. L’obiettivo dell’equa ripartizione dei benefici derivanti dall’utilizzo delle risorse genetiche è stato introdotto per favorire la crescita dei Paesi in via di sviluppo, che vengono spesso sfruttati sotto il profilo della ricchezza della biodiversità, ad esempio per l’estrazione di risorse animali/vegetali idonee a realizzare e commercializzare prodotti.

L’applicazione del regolamento si riferisce, a livello territoriale, a tutte le risorse genetiche situate presso i Paesi fornitori che hanno ratificato il Protocollo di Nagoya, e che hanno adottato misure legislative e sanzionatorie relative all’accesso, mentre a livello temporale si applica a tutte le risorse genetiche a cui è stato consentito l’accesso dopo il 12 ottobre 2014, data di entrata in vigore del Protocollo nell’UE.

L’art. 3 del regolamento ABS descrive con cura le singole definizioni, quindi per “risorse genetiche” va inteso «*il materiale genetico che abbia un valore effettivo o potenziale*» (art. 3, n. 2), e per “utilizzatore” si indica «*qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza risorse genetiche o conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche*» (art. 3, n. 4). Dopo avere chiarito ciò, è necessario soffermarsi sulla vaghezza della definizione di “utilizzazione delle risorse genetiche” di cui all’art. 3, n. 5, in quanto l’utilizzazione è descritta come «*attività di ricerca*

e sviluppo sulla composizione genetica e/o biochimica delle risorse genetiche, anche attraverso l'applicazione della biotecnologia come definita dall'art. 2 della Convenzione». Al fine di chiarire la portata del reg. n. 511/2014 e di favorirne l'interpretazione all'interno dei singoli Stati, in data 27 agosto 2016, la Commissione Europea ha pubblicato un documento di orientamento, giuridicamente non vincolante, all'interno del quale sono riportate le linee guida relative all'ambito di applicazione e ai principali obblighi del regolamento ABS. Oltre a chiarirne le modalità di applicazione, le Linee guida prevedono un elenco esemplificativo, e non tassativo, di attività che possono o meno essere ricondotte al concetto di "utilizzo di risorse genetiche" di cui al punto 2.3.3⁽⁵⁾. Ad

⁽⁵⁾ «Esempi di attività che rientrano (o non rientrano) nella definizione di «utilizzo» data nel regolamento Per le ragioni menzionate in precedenza, non è possibile fornire un elenco esaustivo delle attività pertinenti, ma i seguenti casi possono aiutare a illustrare attività che rappresentano un chiaro esempio di utilizzo e che, di conseguenza, rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento: – le attività di ricerca su risorse genetiche che comportino l'isolamento di un composto biochimico utilizzato come nuovo ingrediente (attivo o meno) aggiunto in un prodotto cosmetico; – i programmi di selezione finalizzati a creare una nuova varietà vegetale basata su ecotipi o piante esistenti in natura; – la modificazione genetica – creazione di animali, piante o microorganismi geneticamente modificati che contengano un gene di un'altra specie; – la creazione o il potenziamento di lieviti, in seguito a un'azione umana realizzata tramite un processo di ricerca e sviluppo, da utilizzare in processi di produzione (cfr. l'esempio sull'applicazione della biotecnologia presentato in seguito). / Al contrario, le seguenti attività non rappresentano un'utilizzo ai sensi del regolamento e non rientrano pertanto nel rispettivo ambito di applicazione: – la fornitura e la lavorazione delle materie prime pertinenti ai fini della successiva integrazione in un prodotto, laddove le proprietà del composto biochimico contenuto nelle risorse genetiche siano già note e non sia quindi condotta alcuna attività di ricerca e sviluppo – come ad esempio, la fornitura e la lavorazione di aloe vera, burro di karité, oli essenziali di rosa ecc., per la successiva integrazione in cosmetici; – le risorse genetiche sono utilizzate come strumenti di verifica/riferimento: a questo stadio il materiale non è in quanto tale l'oggetto della ricerca, ma è utilizzato soltanto per confermare o verificare le caratteristiche desiderate di altri prodotti sviluppati o in fase di sviluppo. Ne sono esempi gli animali da laboratorio, utilizzati per testarne le reazioni a prodotti medici, o il materiale di laboratorio di riferimento (ceppi di riferimento inclusi), i reagenti e i campioni di test di idoneità o gli agenti patogeni utilizzati per verificare la resistenza delle varietà vegetali. Tuttavia, a uno stadio precedente, tali risorse genetiche possono essere state sottoposte ad attività di ricerca e sviluppo intese a renderle (migliori) strumenti di verifica o di riferimento, e in tal caso, rientrerebbero nell'ambito di applicazione del regolamento; – la manipolazione e la conservazione di ma-

esempio, secondo tale elenco, la modificazione genetica di tipo animale o vegetale è considerata una forma di utilizzo di risorsa genetica, mentre la descrizione di una risorsa in una ricerca basata sul fenotipo non costituisce un esempio di utilizzazione.

Il regolamento ABS introduce un doppio sistema di regole: da una parte gli Stati sono tenuti al rispetto di *norme impositive*, che prescrivono specifici obblighi, quali quello di dovuta diligenza (art. 4), di monitoraggio (art. 7), di controllo (art. 8) e di previsione di sanzioni (art. 9). Dall'altra parte, vi sono le *norme facilitative*, con cui si agevola l'adempimento degli obblighi imposti, come la previsione di un Registro di collezioni (art. 5) e l'istituzione di un registro di "*best practices*" (art. 8).

Dalla premessa finora svolta, è possibile dedurre che ogni volta che un utilizzatore debba accedere ad una risorsa genetica per finalità di ricerca pura o di ricerca in ambito alimentare o farmaceutico, lo stesso dovrà usare la "*due diligence*" ai sensi dell'art. 4, quindi sullo stesso incombe l'obbligo di accertare che la risorsa sia utilizzata sulla base del PIC e che vi sia un apposito accordo MAT, ad oggetto la ripartizione dei benefici tra fornitore e utilizzatore. Nel caso di accesso a risorse genetiche all'interno di un Paese fornitore in cui sia rilasciato il PIC e sia presente il MAT, verrà rilasciato il *certificato di conformità a livello internazionale*⁽⁶⁾, che l'utilizzatore dovrà conservare e trasferire ad eventuali successivi utilizzatori della medesima risorsa. A volte, quando il predetto certificato non è disponibile, l'utilizzatore è tenuto a reperire una serie di informazioni dettagliate, con cui si dimostra che l'attività di accesso

teriale biologico, nonché la descrizione del rispettivo fenotipo; – un'applicazione della biotecnologia che non abbia come oggetto di ricerca e sviluppo la risorsa genetica in questione. Ad esempio, l'uso di lievito per la produzione della birra, laddove non vengano condotte attività di ricerca e sviluppo sul lievito, utilizzato quindi "così com'è" nel processo di produzione, non è da considerare un'utilizzazione della risorsa genetica.

⁽⁶⁾ Secondo l'art. 17, 3° comma, del Protocollo: «Un certificato di conformità riconosciuto a livello internazionale costituisce prova del fatto che l'accesso alla risorsa genetica in questione è avvenuto conformemente al consenso informato preventivo e che sono state istituite modalità convenute di comune accordo, a norma della legislazione e delle prescrizioni normative nazionali relative all'accesso e alla ripartizione dei benefici della parte che fornisce un consenso informato preventivo.»

è avvenuta nel rispetto della disciplina internazionale. Ad esempio, tra le informazioni necessarie per dimostrare la legalità dell'accesso effettuato, il punto 3.3. delle Linee guida della Commissione europea stabilisce che l'utilizzatore deve specificare le risorse genetiche a cui accede, il luogo e la data di accesso, la fonte tramite cui avviene l'accesso, i permessi di accesso e la previsione di eventuali obblighi e diritti derivanti dall'attività svolta.

L'obbligo di dovuta diligenza comporta non solo il dovere di conservazione delle informazioni ottenute per venti anni dalla data di utilizzazione, ma anche quello di interrompere l'attività, qualora l'utilizzatore abbia dubbi sulla legalità dell'accesso dalle informazioni in suo possesso. Dopo avere svolto l'accesso secondo la *due diligence*, l'utilizzatore è obbligato a redigere una dichiarazione di dovuta diligenza, a dimostrazione del fatto che l'accesso e l'utilizzo delle risorse sia avvenuto in conformità della disciplina legislativa e nel rispetto delle comunità locali. Tale dichiarazione deve essere redatta secondo il modello allegato al reg. di esecuzione (UE) n. 2015/1866, e trasmessa ai “*check-points*”, cioè alle Autorità nazionali competenti e responsabili dell'applicazione del regolamento, individuate dai singoli Stati e comunicate alla Commissione europea. Le fasi di monitoraggio e di controllo sono svolte da parte dell'utilizzatore in momenti temporali diversi, a seconda del tipo di utilizzazione svolta, in quanto il regolamento ABS si riferisce sia alla fase “*upstream*” (ricerca pura, che è indirizzata alle attività di tipo accademico e universitario, generalmente sorrette da finanziamenti pubblici), che alla fase “*downstream*” (attività di ricerca mirata allo sviluppo e commercializzazione di un prodotto). Alla luce di quanto appena esposto, se si tratta di un ambito di ricerca accademica, l'utilizzatore dovrà inviare la dichiarazione di dovuta diligenza al termine della ricerca stessa, altrimenti nel caso di ricerca per commercializzazione, l'utilizzatore è tenuto ad inviare la dichiarazione nel momento finale dello sviluppo del prodotto. Come strumenti di coordinamento sovranazionale tra i vari soggetti coinvolti, il Protocollo istituisce un Centro di scambi per l'accesso e la ripartizione, e viene creata l'*ABS Clearing House* (ABSCH), una piattaforma virtuale per facilitare lo scambio di informazioni. L'accesso alla piattaforma (consultabile online sul sito *absch.cbd.int*), è ammesso da parte degli utilizzatori previa registrazione.

Il nucleo di norme impositive si chiude con l'art. 9 del regolamento, con cui si chiede agli Stati di determinare le sanzioni collegate alla violazione degli obblighi da parte degli utilizzatori, quindi ogni Paese è tenuto a dotarsi di un sistema sanzionatorio che renda efficace l'applicazione di tale fonte comunitaria.

Dopo l'analisi delle norme impositive, la nostra attenzione va rivolta al complesso delle norme facilitative, tra cui l'art. 5 del regolamento, ad oggetto il Registro delle collezioni. Nel caso concreto, l'utilizzatore può trovarsi a dovere accedere alle cosiddette "collezioni", cioè *un insieme, di proprietà pubblica o privata, di campioni di risorse genetiche e delle relative informazioni che viene raccolto e conservato*. Infatti, le collezioni di risorse possono essere iscritte in un apposito Registro, istituito ai sensi dell'art. 5, reg. ABS, tenuto presso la Commissione Europea e consultabile online. In tale registro, possono essere inserite anche le collezioni di privati, purché soddisfino determinati requisiti, tra cui la conformità alle disposizioni legislative in materia di accesso e l'applicazione di procedure standardizzate per lo scambio di campioni genetici. Nell'accesso a collezioni registrate l'utilizzatore è facilitato, in quanto non ha necessità di reperire le informazioni di cui all'art. 4 del regolamento ABS, quindi l'obbligo di *due diligence* incombe sul proprietario della collezione, che deve comunicare i riferimenti della stessa. Se l'accesso ad una collezione, o ad una parte di essa, debba essere svolto per finalità diverse rispetto a quelle cui è preposto, l'utilizzatore potrà richiedere un nuovo PIC e un nuovo MAT al Paese fornitore, ove necessario.

Tra le norme facilitative, va annoverato l'art. 8, che detta la disciplina per il riconoscimento della miglior prassi a favore di un utilizzatore o ad un'associazione di utilizzatori. Sul punto, è doveroso specificare che il regolamento permette di inoltrare alla Commissione Europea una richiesta per il riconoscimento della procedura di accesso come "*best practices*", ossia come miglior prassi, facilitando la conformità dell'attività svolta alla normativa vigente.

Per l'effettiva concretizzazione degli obiettivi di cui al regolamento ABS, la Commissione Europea ha adottato un successivo reg. di esecuzione UE n. 2015/2866 in data 13 ottobre 2015, che contiene le norme di dettaglio riferite all'iscrizione di una risorsa genetica nel Registro delle Collezioni, alla

redazione della dichiarazione di *due diligence* e alla domanda di miglior prassi.

Al fine di armonizzare le singole discipline nazionali, la concreta applicazione del regolamento ABS è garantita dall'art. 6, che richiede un forte grado di cooperazione da parte degli Stati, mediante la designazione delle Autorità nazionali competenti e responsabili e l'individuazione dei punti d'accesso. In pratica, il quadro sovranazionale impone l'obbligo, in capo alle Parti, di comunicare alla Commissione Europea l'elenco delle autorità responsabili dell'applicazione del suddetto regolamento e dei punti d'accesso, che collaborano con il Segretariato previsto dalla CBD. I nominativi indicati dagli Stati sono consultabili online, per permettere agli utilizzatori di verificare quali siano gli enti coinvolti nell'accesso alle risorse genetiche.

In questa sede, dopo avere illustrato la disciplina generale, è opportuno valutare come i singoli Stati abbiano regolato la materia della biodiversità dopo l'entrata in vigore del Protocollo di Nagoya.

2. La Grecia non ha ratificato il Protocollo di Nagoya, e non prevede una disciplina organica in materia ambientale. Sul sito della CBD⁽⁷⁾, nella sezione relativa alla Grecia, emerge che quest'ultima non abbia nemmeno individuato i *National Focal Points* competenti in relazione al Protocollo e al regolamento ABS.

Secondo la disciplina costituzionale, la Grecia è un esempio di Repubblica parlamentare, basata su una struttura di amministrazione decentrata. Ai sensi degli artt. 101⁽⁸⁾ e seguenti della Costituzione greca del 1975, agli orga-

⁽⁷⁾ *Cbd.int/countries*.

⁽⁸⁾ Art. 101. – 1) L'Amministrazione dello Stato è organizzata sulla base del criterio del decentramento. 2) La suddivisione amministrativa del Paese è attuata in considerazione delle condizioni geoeconomiche, sociali e dei trasporti. 3) Gli organi statali regionali hanno una competenza generale di decisione sugli affari della loro circoscrizione. I Servizi centrali, al di fuori delle competenze speciali che sono loro riservate, danno le direttive generali, assicurando un coordinamento degli organi regionali ed esercitando su di essi un controllo nei termini indicati dalla legge.

Art. 102. – 1) La gestione degli affari locali è di competenza degli organi delle collettività locali, di cui le Municipalità e i Comuni costituiscono il primo grado. Gli altri enti dell'amministrazione locale saranno determinati dalla legge. 2) Le collettività locali godono

ni statali sono affidate competenze generali e funzioni di coordinamento tra gli organi regionali, ma le collettività locali godono di una propria struttura e autonomia, nel rispetto delle funzioni assegnate alle amministrazioni centrali. Dalla lettura di tali norme, si evince chiaramente che la primazia dello Stato debba coordinarsi con la centralità delle comunità locali.

In assenza di una normativa specifica in materia, si può supporre che nel caso di accesso a risorse genetiche situate presso luoghi di competenza di una comunità locale greca, quest'ultima avrà una rilevante voce in capitolo, per rendere lecito e conforme l'accesso effettuato dall'utilizzatore esterno.

Dopo la seduta del 25 gennaio 2018⁽⁹⁾, ai sensi dell'art. 258 TFUE, la Commissione europea ha deciso di inviare una lettera di costituzione in mora a nove Stati membri, tra cui la Grecia, per mancata designazione delle autorità competenti e responsabili dell'applicazione del reg. n. 511/2014. Come specificato, se lo Stato non risponde con argomentazioni motivate a tale lettera entro due mesi, la Commissione potrà formulare un parere motivato e successivamente dare un termine per l'adempimento. Nel caso in oggetto, alla seduta dell'8 marzo 2018⁽¹⁰⁾, è emerso che la Grecia non abbia

di autonomia amministrativa. Le loro autorità sono elette a suffragio universale e segreto. 3) Una legge può prevedere la creazione, obbligatoria o facoltativa, di censure di collettività locali in vista della realizzazione di lavori o della prestazione di servizi. Tali consorzi sono amministrati da Consigli composti da rappresentanti eletti, designati, da ciascuna delle Municipalità o da ciascuno dei Comuni proporzionalmente alla loro popolazione. 4) Una legge può prevedere la partecipazione all'amministrazione delle collettività locali di secondo grado di alcuni rappresentanti eletti dalle organizzazioni professionali, scientifiche e culturali e di alcuni rappresentati dell'Amministrazione statale; ma il loro numero non può in alcun caso superare il terzo del totale dei membri. 5) Lo Stato esercita una tutela sulle collettività locali; esso non deve ostacolare l'iniziativa e la libertà d'azione di tali collettività. Le sanzioni disciplinari di sospensione e di revoca degli organi eletti delle amministrazioni locali, eccettuati i casi di decadenza sopravvenuta *opeiuris*, possono essere pronunciate solo previo parere conforme di un Consiglio composto in maggioranza da giudici ordinari. 6) Lo Stato vigila perché siano assicurate alle collettività locali le risorse per l'assolvimento dei loro compiti. La legge regola le modalità per il trasferimento agli enti summenzionati del ricavato delle imposte e delle tasse che sono previste in loro favore e che sono percepite dallo Stato, come pure le modalità della ripartizione di tale reddito tra gli enti medesimi.

⁽⁹⁾ In *europa.eu/rapid*.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*

risposto in alcun modo alla lettera di costituzione in mora, quindi non si è adoperata per favorire l'esecuzione del regolamento ABS. Alla luce di ciò, la Commissione Europea ha poi inviato un parere motivato, a cui la Grecia deve rispondere entro due mesi, al fine di scongiurare il ricorso per inadempimento innanzi alla Corte di Giustizia dell'UE.

Oltre a tali episodi, lo Stato greco si è mostrato da tempo inadempiente con riferimento alla materia dell'ambiente e della biodiversità; già dal 2002 la Commissione Europea intraprese due procedure di infrazione contro tale Stato per mancato adeguamento alla *direttiva "Habitat"* (dir. 92/43 CEE) e alla *direttiva "Uccelli Selvatici"* (dir. 79/409 CEE). Inoltre, con sentenza n. 504/2014⁽¹¹⁾, la Corte di Giustizia dell'UE ha condannato la Grecia per violazione degli obblighi comunitari derivanti dalla direttiva "Habitat", in relazione alla mancata tutela della tartaruga marina *Caretta caretta* nel sito di interesse comunitario delle dune di Kyparissia, sulla costa occidentale del Peloponneso. La direttiva Habitat è una fonte comunitaria di rilevanti importanza in materia di conservazione della biodiversità, perché richiede l'individuazione di habitat e di specie animali e vegetali da proteggere, secondo gli allegati I e II della direttiva stessa. È il dettato di questa fonte a richiedere la collaborazione degli Stati membri con la previsione di SIC (Siti di interesse comunitario), cioè di aree con un elevato grado di tutela.

Nel caso della Grecia, è chiaro che si tratta di una situazione di inadempimento generale degli obblighi comunitari, cui non è possibile rimediare mediante l'applicazione della normativa nazionale, in quanto questa non risulta organica e non prevede strumenti di tutela idonei a favorire l'accesso da parte degli utilizzatori.

3. L'Italia è uno degli Stati che non ha ratificato il Protocollo di Nagoya e non ha individuato i *National Focal Points* competenti per il Protocollo, indicati nel sito della CBD⁽¹²⁾, rimanendo quindi inadempiente rispetto all'indicazione delle autorità nazionali competenti per il regolamento ABS.

⁽¹¹⁾ In ambientediritto.it/home/giurisprudenza.

⁽¹²⁾ In cbd.int/countries.

Ai sensi dell'art. 117, 1° comma, lett. *s*), Cost.⁽¹³⁾, l'ambiente è considerato come valore costituzionalmente protetto, e la tutela dell'ambiente è intesa come *materia di competenza esclusiva statale*, introdotta dalla l. cost. n. 3/2001. Alla luce della recente giurisprudenza nazionale, lo Stato fissa i principi generali inderogabili, mentre le Regioni possono legiferare nelle materie connesse, nel rispetto dei suddetti principi e prevedendo livelli di tutela identici o più elevati. La concezione unitaria del concetto di "ambiente" si affianca alla previsione di materie collegate a questa, di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni, come il "governo del territorio" e la "valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali" (art. 117, comma 2, Cost.). Nel definire la portata dell'ambiente, come materia e non più come valore, la Consulta è intervenuta numerose volte, ma in questa sede è necessario ricordare la sentenza n. 61/2009, con cui la Corte Costituzionale chiarisce che le Regioni possono legiferare in modo concorrente in altre materie di

⁽¹³⁾ «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. / Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: *a*) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; *b*) immigrazione; *c*) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; *d*) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; *e*) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie; *f*) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; *g*) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; *h*) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; *i*) cittadinanza, stato civile e anagrafi; *l*) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; *m*) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; *n*) norme generali sull'istruzione; *o*) previdenza sociale; *p*) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane; *q*) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; *r*) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; *s*) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.»

loro competenza, nel pieno rispetto dei limiti fissati dallo Stato⁽¹⁴⁾.

Sul punto, la disciplina prevista dal Protocollo sancisce il diritto di sovranità dei singoli Stati a legiferare in materia di accesso alle risorse genetiche⁽¹⁵⁾, ma impone di «*garantire che alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche detenute dalle comunità autoctone e locali venga dato accesso con il consenso informato preventivo o con l'approvazione e la partecipazione di queste comunità autoctone e locali, e che siano state stabilite modalità convenute di comune accordo*», quindi si richiede un'effettiva partecipazione collaborativa delle comunità locali interessate dall'accesso e dall'utilizzazione di risorse genetiche.

⁽¹⁴⁾ Con la sentenza n. 61/2009, la Corte costituzionale ha sostenuto che: «Le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, debbono rispettare la normativa statale di tutela dell'ambiente, ma possono stabilire per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze (in materia di tutela della salute, di governo del territorio, di valorizzazione dei beni ambientali, ecc.) livelli di tutela più elevati (vedi sentenze nn. 30 e 12 del 2009, 62, 104 e 105 del 2009). Con ciò certamente incidendo sul bene materiale ambiente, ma al fine, non di tutelare l'ambiente, già salvaguardato dalla disciplina statale, bensì di disciplinare adeguatamente gli oggetti delle loro competenze. Si tratta cioè di un potere insito nelle stesse competenze attribuite alle Regioni, al fine della loro esplicazione. Inoltre è da rilevare che la dizione ricorrente nella giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale, in materia di tutela dell'ambiente, lo Stato stabilisce "standard minimi di tutela" va intesa nel senso che lo Stato assicura una tutela adeguata non riducibile dell'ambiente». Tale impostazione è stata di nuovo posta in dubbio nella sentenza n. 62/2008, rimasta peraltro isolata, per la quale «la competenza statale nella materia ambientale si intreccia con altri interessi e competenze, di modo che deve intendersi riservato allo Stato il potere di fissare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, restando ferma la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali (*ex multis*, sentenza n. 407 del 2002)».

⁽¹⁵⁾ L'art. 6 del Protocollo di Nagoya statuisce che: «1. Nell'esercizio dei diritti di sovranità sulle risorse naturali, conformemente alle prescrizioni legislative o regolamentari nazionali relative all'accesso e alla ripartizione dei benefici, l'accesso alle risorse genetiche ai fini della loro utilizzazione è subordinato al consenso informato preventivo della parte che mette a disposizione tali risorse, vale a dire del paese di origine delle risorse stesse oppure di una parte che ha acquisito le risorse genetiche conformemente alla convenzione, a meno che tale parte non abbia deciso altrimenti. / 2. In accordo con la legislazione nazionale, ciascuna delle parti è tenuta ad adottare opportune misure allo scopo di garantire che venga ottenuto il consenso informato preventivo, oppure l'approvazione e la partecipazione delle comunità autoctone e locali in merito all'accesso alle risorse genetiche, nei casi in cui queste detengano il diritto a concedere l'accesso a tali risorse».

In primis, lo Stato italiano ha introdotto un sistema normativo organico in materia ambientale, adottando il d.lgs. n. 152/2006, denominato *Codice dell'ambiente*. Questo provvedimento legislativo si pone come risultato del recepimento della direttiva europea del 2004, in forza della quale si richiede che «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale» (art. 3-ter).

Secondo i principi appena indicati, la legislazione nazionale fissa le condizioni minime di tutela, e al contempo le Regioni e gli altri enti locali possono esercitare le funzioni di loro competenza, più vicine alla collettività, in un'ottica di cooperazione tra i vari livelli di amministrazione, per la piena attuazione del principio di sussidiarietà sancito dall'art. 3-*quinqies*.

Un ruolo decisivo nell'ambito della tutela della biodiversità è svolto dall'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA)⁽¹⁶⁾, introdotto con l. n. 133/2008, di conversione del d.l. n. 112/2008, che rappresenta un ente pubblico di ricerca, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, sottoposto alla sorveglianza del Ministero dell'Ambiente. L'ente in questione svolge numerose attività⁽¹⁷⁾ di carattere scientifico, tra cui la conduzione di monitoraggi della biodiversità, la valutazione dell'impatto ambientale, l'implementazione della normativa comunitaria in materia ambientale, il supporto al Ministero dell'Ambiente per gli impegni assunti a seguito delle varie convenzioni e protocolli sovranazionali, tra cui il Protocollo di Nagoya. In questa sede, va ricordato che il periodico bimestrale in materia ambientale "IdeAmbiente"⁽¹⁸⁾, dal 2004, pubblica interessanti articoli ad oggetto la biodiversità e le attività svolte dall'ISPRA, che costituisce l'ente

⁽¹⁶⁾ In *isprambiente.gov.it*.

⁽¹⁷⁾ *Ibid.*

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*

cardine in grado di realizzare le finalità di conservazione della biodiversità poste dalla dimensione comunitaria.

Nel 2010, il Ministero dell'ambiente ha istituito, con d.m. 5 marzo 2010, il Comitato Nazionale per la Biodiversità, il cui ruolo principale è quello di attuare la Strategia Nazionale per la biodiversità nell'ambito della Conferenza permanente Stato-Regioni.

Con l'intesa raggiunta nella seduta del 7 ottobre 2010 dalla Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, l'Italia si è dotata della *Strategia Nazionale per la Biodiversità* (SNB)⁽¹⁹⁾, relativa al periodo 2011-2020, ottenuta grazie agli impegni assunti con la legge di ratifica della CBD n. 124/1994. Per l'attuazione degli obiettivi della Strategia europea per la biodiversità, tra cui quello di fermare la perdita della stessa entro il 2020, il nostro Paese si impegna a redigere un documento programmatico di analisi valutativa, secondo cui le Regioni e le Province autonome hanno un ruolo centrale nello svolgimento di competenze mirate alla gestione e alla conservazione della natura, in conformità a quanto dettato dal Titolo V della Costituzione. La stessa Strategia sostiene che *«nel nostro Paese un'adeguata attuazione dei principi generali della CBD ed in particolare dell'art.6 dovrà necessariamente avvenire attraverso una leale collaborazione tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome (P.A.) di Trento e Bolzano in relazione alle specifiche competenze loro attribuite nei diversi ambiti tematici, attraverso la programmazione e la gestione delle attività nei principali settori che incidono sulla conservazione della natura.»*. Nella Strategia nazionale, si afferma che *«la biodiversità e i servizi ecosistemici, nostro capitale naturale, sono conservati, valutati e, per quanto possibile, ripristinati, per il loro valore intrinseco e perché possano continuare a sostenere in modo durevole la prosperità economica e il benessere umano nonostante i profondi cambiamenti in atto a livello globale e locale»*, per cui sono previste tre aree tematiche denominate *“biodiversità e servizi ecosistemici”*, *“biodiversità e cambiamenti climatici”*, *“biodiversità e politiche economiche”*, per ognuna delle quali è previsto uno specifico obiettivo strategico⁽²⁰⁾ da perseguire. Inoltre, la Strategia richiede che la realizzazione di tali

⁽¹⁹⁾ In *minambiente.it*.

⁽²⁰⁾ I tre obiettivi strategici sono: «Entro il 2020 garantire la conservazione della biodi-

obiettivi debba avvenire nell'ambito di specifiche aree di lavoro, di seguito indicate: "aree protette", "specie habitat e paesaggio", "risorse genetiche", "agricoltura", "foreste", "acque interne", "ambiente marino", "infrastrutture e trasporti", "aree urbane", "salute", "energia", "turismo", "ricerca e innovazione", "educazione, informazione, comunicazione e partecipazione", "l'Italia e la biodiversità nel mondo". All'interno delle singole aree di lavoro, sono previste priorità da soddisfare, interventi da realizzare e minacce da eliminare per la tutela della biodiversità. Inoltre, è opportuno specificare che in ogni area di lavoro la Strategia riassume gli strumenti di tutela introdotti a livello nazionale e sovranazionale, che permettono di verificare quali siano le normative di riferimento nei singoli settori.

Il decreto n. 143/2011 del Ministro dell'Ambiente e Tutela Territorio e del Mare ha istituito gli organismi di funzionamento della Strategia: il *Comitato Paritetico della Biodiversità*⁽²¹⁾ (a supporto della Conferenza Stato-Regioni, composto dai rappresentanti delle amministrazioni centrali e regionali), l'*Osservatorio Nazionale per la Biodiversità*⁽²²⁾ (presieduto dal Ministro dell'Ambiente e composto dai rappresentanti degli Osservatori Regionali e dalle associa-

versità, intesa come la varietà degli organismi viventi, la loro variabilità genetica ed i complessi ecologici di cui fanno parte, ed assicurare la salvaguardia e il ripristino dei servizi ecosistemici al fine di garantirne il ruolo chiave per la vita sulla Terra e per il benessere umano», «Entro il 2020 ridurre sostanzialmente nel territorio nazionale l'impatto dei cambiamenti climatici sulla biodiversità, definendo le opportune misure di adattamento alle modificazioni indotte e di mitigazione dei loro effetti ed aumentando la resilienza degli ecosistemi naturali e seminaturali» e «Entro il 2020 integrare la conservazione della biodiversità nelle politiche economiche e di settore, anche quale opportunità di nuova occupazione e sviluppo sociale, rafforzando la comprensione dei benefici dei servizi ecosistemici da essa derivanti e la consapevolezza dei costi della loro perdita».

⁽²¹⁾ Art. 1, d.m. n. 143/2011: «È istituito presso il Ministero dell'Ambiente e della Tutela de Territorio e del Mare il Comitato Paritetico della Biodiversità per istruire, approfondire e razionalizzare le iniziative, gli atti e i provvedimenti da sottoporre al vaglio della Conferenza Stato-Regioni, individuata quale sede di decisione politica per quanto attiene all'attuazione e all'aggiornamento la Strategia nazionale per la biodiversità.».

⁽²²⁾ Art. 3, d.m. n. 143/2011: «È istituito l'Osservatorio Nazionale per la biodiversità con il compito di fornire supporto tecnico scientifico multidisciplinare al Comitato Paritetico e al Comitato ristretto di cui ai precedenti art. 1 e 2.».

zioni accademiche e scientifiche e dall'ISPRA), il *Tavolo di Consultazione*⁽²³⁾ (coinvolge il Comitato Paritetico e i rappresentanti delle associazioni economiche, produttive e ambientaliste).

Nel 2010, un protocollo d'intesa della Conferenza permanente Stato-Regioni ha approvato la SNB, quindi dal 2011 le Regioni si sono dotate di *Osservatori Regionali per la biodiversità*, che svolgono un ruolo decisivo di coordinamento tra le varie istituzioni. Ad esempio, con delibera della Giunta regionale n. 1431 del 12 ottobre 2009, l'Umbria si è dotata di un Osservatorio regionale permanente per la Biodiversità⁽²⁴⁾, con sede a Trevi, che rappresenta il punto di contatto tra la Regione e il MATTM, con compiti di supporto e monitoraggio per la corretta realizzazione degli obiettivi fissati dai progetti europei e nazionali, in ambito di biodiversità. Altre Regioni hanno istituito l'Osservatorio Regionale per la biodiversità, come la Toscana⁽²⁵⁾, che con l.r. n. 30/2015 ha introdotto tale ente con particolari finalità di tutela della biodiversità marina, la Calabria⁽²⁶⁾, il cui Osservatorio ha importanti compiti con riferimento al Parco Nazionale dell'Aspromonte, e la Lombardia⁽²⁷⁾.

Enti fondamentali di riferimento a livello centrale in materia di tutela della biodiversità sono il Ministero dell'Ambiente (abbreviato in MATTM, regolato dalla l. n. 349/1986) e il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (introdotto dal d.lgs. n. 143/1997). L'art. 8 della l. n. 349/1986 dispone che «*Per l'esercizio delle funzioni previste dalla presente legge il Ministro dell'ambiente si avvale dei servizi tecnici dello Stato previa intesa con i Ministri competenti, e di quelli delle unità sanitarie locali previa intesa con la regione, nonché della collaborazione*

⁽²³⁾ Art. 4, d.m. n. 143/2011: «1. Per permettere il confronto con i portatori d'interesse da parte del Comitato paritetico è altresì istituito il Tavolo di consultazione con: – i rappresentanti delle Associazioni di categoria del Consiglio Economico e Sociale per le Politiche Ambientali (CESPA); – i rappresentanti delle Associazioni ambientaliste del Consiglio Nazionale per l'Ambiente. / 2. Il Tavolo di consultazione viene convocato dal Comitato ristretto di cui all'articolo 2 ogni qualvolta si renda necessario un confronto specifico sulle tematiche affrontate nelle aree di lavoro della Strategia Nazionale per la biodiversità.»

⁽²⁴⁾ In fondazionevillafabri.org/osservatorio.

⁽²⁵⁾ In regione.toscana.it/-/osservatorio-toscano-per-la-biodiversita.

⁽²⁶⁾ In parcoaspromonte.gov.it/osservatorio-regionale-per-la-biodiversita.

⁽²⁷⁾ In biodiversita.lombardia.it/old.

degli istituti superiori, degli organi di consulenza tecnico-scientifica dello Stato, degli enti pubblici specializzati operanti a livello nazionale e degli istituti e dei dipartimenti universitari con i quali può stipulare apposite convenzioni.» Nell'art. 2, d.lgs. n. 143/1997, si affida al Ministro delle Politiche agricole il compito di «*salvaguardia e tutela delle biodiversità vegetali e animali, dei rispettivi patrimoni genetici»*.

A seguito della seduta del 25 gennaio 2018, la Commissione Europea ha disposto una lettera di costituzione in mora nei confronti di alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, esortandoli ad attuare le norme in materia di utilizzo delle risorse genetiche. La Commissione sostiene che nove Stati membri non abbiano, a quella data, designato le autorità competenti responsabili dell'applicazione del reg. n. 511/2014. La finalità del regolamento consiste nell'armonizzare la previsione e l'esecuzione delle normative nazionali con i principi generali comunitari nell'ambito della disciplina delle risorse genetiche.

Dal 1° febbraio 2018 è stata avviata una procedura di infrazione *ex art.* 258 TFUE, rubricata al n. 2017/2172⁽²⁸⁾, per violazione degli obblighi di cui al regolamento ABS, assegnata alla Commissione permanente per le Politiche dell'Unione Europea e per il Territorio e ambiente. Dall'«*Elenco delle procedure giurisdizionale e di precontenzioso con l'Unione Europea*», aggiornato al 31 marzo 2018, lo Stato italiano è stato messo in mora ai sensi dell'art. 258 TFUE per violazione del diritto UE, non avendo indicato le autorità come richiesto dal regolamento ABS. Visto che successivamente la Commissione europea non ha emesso alcun parere motivato nei confronti dell'Italia, si può supporre che quest'ultima abbia riportato osservazioni motivate, come risposta alla lettera di costituzione in mora ricevuta.

Durante la seduta del 20 settembre 2018, la Conferenza Stato-Regioni ha espresso parere favorevole allo schema di decreto del Ministro Dell'Ambiente recante la designazione delle autorità competenti e responsabili dell'applicazione del reg. n. 511/2014⁽²⁹⁾.

In conformità con i principi costituzionali e internazionali, la legislazione statale non ha indicato i *National Focal points*, però ha disposto la creazione

⁽²⁸⁾ In *senato.it/leg.*

⁽²⁹⁾ In *statoregioni.it.*

di Osservatori Regionali coordinati da un Osservatorio a livello nazionale, tentando di introdurre un equilibrio tra competenze regionali e competenze esclusive statali.

In ragione di ciò, l'attuazione degli obblighi indicati nel Protocollo di Nagoya è stata considerata in Italia come un adempimento non conforme ai principi di proporzionalità e sussidiarietà, sanciti dal TFUE e dal diritto interno, come specificato dalla Commissione permanente in materia ambientale nel 2012. Infatti, la suddetta Commissione ha stabilito che nella realtà italiana, la numerosità e la varietà di specie animali e vegetali e la difficoltà di individuare i soggetti responsabili della contrattazione rende l'operazione di ratifica ancora più complessa.

Nel dettaglio, per favorire la collaborazione tra lo Stato e le comunità locali, sono stati elaborati programmi interni regionali o interregionali, ad oggetto l'individuazione e la valorizzazione delle risorze genetiche autoctone che richiedono un particolare livello di tutela. I singoli sistemi di tutela regionali hanno introdotto misure di tutela e conservazione quali l'istituzione di registri regionali, in cui sono annotate le singole specie animali o vegetali, e l'individuazione dei coltivatori "custodi" di particolari specie. Le iniziative specificate derivano dalla promozione di politiche ambientali mirate alla cooperazione tra ambiti regionali.

Ad esempio, in Umbria la l.r. n. 12/2015, in sostituzione della precedente l.r. n. 25/2001, ha istituito un Registro regionale⁽³⁰⁾, per censire le risorse genetiche autoctone di interesse agrario per la Regione stessa, consultabile online. Al fine di riportare una determinata specie o varietà nel registro, è necessario che questa rispetti alcuni specifici requisiti, quali l'esistenza di una specie scomparsa dalla regione e conservata presso altro soggetto, per cui è necessaria la reintroduzione nel territorio regionale. La legge regionale prevede che la domanda di iscrizione al suddetto Registro, insieme ad una relazione con contenuto tecnico e scientifico, debba essere presentata al Comitato Tecnico Scientifico, come organo introdotto dal d.g.r. n. 796/2017, che cura la procedura di iscrizione e cancellazione al suddetto Registro.

⁽³⁰⁾ In *biodiversita.umbria.parco3a.org*.

Nel dettaglio, il Registro Regionale include sia la sezione vegetale che la sezione animale, e ad oggi comprende l'iscrizione di quarantasette risorse, di cui undici varietà erbacee, trenta varietà erboree e sei razze animali (consultabili al link *biodiversita.umbria.parco3a.org*).

È chiaro che nella dimensione italiana, sebbene si verifichi un caso di inadempimento rispetto all'attuazione del regolamento ABS, vi è una forte coesione tra gli organi centrali e locali nel definire il quadro delle rispettive competenze, coesione richiesta dalla Costituzione e dal principio di sussidiarietà.

4. La Spagna ha ratificato il Protocollo di Nagoya in data 12 ottobre 2014, e ha definito i *National Focal Points* competenti con riferimento al regolamento ABS⁽³¹⁾.

Il Parlamento spagnolo ha adottato la *legge 42 del 2007 del patrimonio naturale e della biodiversità*⁽³²⁾, con cui le funzioni di protezione e di tutela della biodiversità sono conferite in via principale all'amministrazione statale, rappresentata dal Ministero dell'agricoltura, alimentazione e ambiente, senza pregiudizio delle competenze delle comunità locali (art. 6). Nel dettato della citata legge, la biodiversità e il patrimonio naturale sono considerati valori con funzioni sociali rilevanti (art. 5), quindi i pubblici poteri devono aspirare alla conservazione della biodiversità, sia marina che terrestre, per il benessere della popolazione.

Nella materia ambientale, i principi cardine sono quelli di cooperazione e collaborazione interamministrativa tra le autorità statali e quelle delle comunità locali, per favorire il ruolo delle realtà locali e il coordinamento con gli organi centrali.

Di fondamentale importanza è l'istituzione della *Commissione statale per il patrimonio naturale e per la biodiversità*, come organo consultivo e di cooperazione tra lo Stato e le comunità autonome. I compiti assegnati alla Commissione richiedono l'intervento di un altro organo, il *Consiglio statale per il patrimonio*

⁽³¹⁾ In *cbd.int/countries*.

⁽³²⁾ In *boe.es*.

naturale e la biodiversità, che permette la partecipazione pubblica nell'ambito della conservazione del patrimonio naturale ed informa le comunità locali sui progetti da intraprendere, secondo quanto previsto dall'art. 8. Per facilitare l'adesione delle realtà locali, il Consiglio si rapporta con le singole comunità, i rappresentanti degli enti locali e le associazioni maggiormente rappresentative.

L'art. 9 della legge statale impone la redazione di un documento periodico, *l'inventario spagnolo del patrimonio naturale e della biodiversità*, il cui contenuto va redatto sentendo le comunità locali, e si distingue in numerosi libri (tra cui l'inventario delle specie esotiche, delle specie naturali protette, della caccia e della pesca, dei parchi zoologici, delle specie terrestri, degli habitat e delle specie marine). Nell'inventario spagnolo sono presenti una serie di indicatori, in grado di riassumere le decisioni da intraprendere e i risultati raggiunti nell'ambito dei vari aspetti della biodiversità.

Il Ministero dell'agricoltura e ambiente redige, d'intesa con altri Ministri, il *Piano strategico del patrimonio naturale e della biodiversità*, che, ai sensi dell'art. 12, contiene l'evoluzione del patrimonio naturale e della geodiversità, oltre agli obiettivi qualitativi e quantitativi relativi al suo periodo di vigenza.

Al fine di introdurre un corretto impianto normativo, gli art. 79 ss. della medesima legge disciplinano il sistema sanzionatorio e le forme di responsabilità ravvisabili nel caso di violazioni in materia di biodiversità, creando così ipotesi di responsabilità sia penale che amministrativa. La chiarezza del dettato legislativo introduce un elenco di condotte punibili a titolo di infrazioni amministrative. È evidente come la Spagna si sia perfettamente adeguata alle richieste della legislazione comunitaria, prevedendo una specifica ipotesi di infrazione collegata alla violazione de Protocollo di Nagoya, specificata dall'art. 80, 1° comma, lett. V), come «*Uso delle risorse genetiche o delle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche senza aver adempiuto agli obblighi stabiliti dal regolamento (UE) 511/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo alle misure di conformità da parte degli utenti del protocollo di Nagoya relativo all'accesso alle risorse genetiche e alla ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dal loro uso nell'Unione, menzionati negli articoli 72 e 74 della presente legge*». Inoltre, l'art. 81, 3° comma, prevede che qualora si verifichi la violazione dell'obbligo di *due diligence* di cui al regolamento ABS, si può procedere alla

sospensione immediata dell'utilizzazione della risorsa genetica, nonché alla confisca della risorsa ottenuta illegalmente. Nel caso di violazioni relative all'accesso alle risorse genetiche, le Amministrazioni statali o locali dovranno applicare le sanzioni secondo le rispettive competenze.

5. La Francia ha ratificato il protocollo di Nagoya il 29 novembre 2016 e ha individuato con esattezza i *National Focal Points* competenti in relazione al Protocollo di Nagoya e al regolamento ABS⁽³³⁾.

La legislazione nazionale si è da subito adoperata per introdurre un sistema definito di tutela dell'ambiente, con la Carta dell'ambiente del 2003, la legge *Grenelle I* n. 757/2008, e la legge *Grenelle II* n. 788/2010. La legge *Grenelle I*⁽³⁴⁾ si pone come prima legge quadro, composta da 57 articoli, a sostegno del progetto "*Grenelle de l'environnement*", lanciato nel 2007 dal Presidente Sarkozy. L'obiettivo della legge è quello di introdurre politiche pubbliche mirate allo sviluppo sostenibile e alla salvaguardia degli ecosistemi, quindi il nucleo degli artt. 23-26 di tale legge prevede specifiche finalità in relazione alla tutela della biodiversità. Il Titolo II della *Grenelle I* si occupa proprio della biodiversità, introducendo la previsione di interventi in diversi settori per tutelare gli ecosistemi. La successiva legge programmatica *Grenelle II*⁽³⁵⁾ ha invece disciplinato, per ogni settore ambientale, le azioni da intraprendere al fine di favorire l'applicazione della *Grenelle I*. Tra le novità previste dalla *Grenelle II*, il legislatore introduce sei grandi aree (edilizia e urbanistica, trasporti, biodiversità, energia e clima, salute e ambiente, governance), all'interno delle quali apportare modifiche idonee a realizzare gli obiettivi fissati dalla legge *Grenelle I*. Un processo decisivo previsto dalla *Grenelle I*, e conclusosi con la *Grenelle II*, ha visto la creazione della "*trame verte et bleue*"⁽³⁶⁾, vale a dire di una cornice di missioni da eseguire in tre scale, nazionale, regionale e locale, per la continuità ambientale ed ecologica.

⁽³³⁾ In *cbd.int/countries*.

⁽³⁴⁾ In *legifrance.gouv.fr*.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*

⁽³⁶⁾ In *trameverteetbleue.fr*.

Il più importante riferimento normativo francese nell'ambito della biodiversità è la *Loi n. 2016-1087 per la riconquista della biodiversità* dell'8 agosto 2016⁽³⁷⁾, con la quale è stato modificato il testo del “*Code de l'environnement*”, con importanti innovazioni.

Con tale fonte legislativa, la disciplina ambientale si ispira ai principi di solidarietà ecologica, di non regressione e di previsione di un regime di riparazioni in caso di pregiudizi ecologici, stabilendo che la biodiversità è affare di tutti, quindi è una finalità da tutelare nelle politiche statali.

Gli articoli 131 e seguenti del Codice ambientale francese⁽³⁸⁾, in conformità a quanto previsto dalla l. n. 1087/2016, introducono l'*Agenzia nazionale per la biodiversità*⁽³⁹⁾, come istituzione pubblica statale di natura amministrati-

⁽³⁷⁾ In *legifrance.gouv.fr*.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*

⁽³⁹⁾ L'art. 131-8 del Codice ambientale francese afferma che viene creata un'istituzione pubblica statale di natura amministrativa denominata “Agenzia francese per la biodiversità”. L'agenzia contribuisce, per quanto riguarda gli ambienti terrestri, acquatici e marini: 1° alla conservazione, la gestione e il ripristino della biodiversità; 2° allo sviluppo di conoscenze, risorse, usi e servizi ecosistemici legati alla biodiversità; 3° alla gestione dell'acqua equilibrata e sostenibile; 4° alla lotta contro la biopirateria. L'agenzia fornisce supporto scientifico, tecnico e finanziario per lo sviluppo, l'implementazione e la valutazione delle politiche dello stato e delle autorità locali e dei loro raggruppamenti effettuati nel suo settore di competenza. Supporta e valuta le azioni di individui pubblici e privati che contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi che persegue. Contribuisce al collegamento in rete delle iniziative di queste persone e allo sviluppo di settori economici della biodiversità. Supporta i settori di crescita verde e blu nel campo della biodiversità, in particolare l'ingegneria ecologica e la biomimetica. Assicura la valutazione dell'impatto dei cambiamenti climatici sulla biodiversità e il follow-up delle azioni francesi in questo settore come parte dell'agenda delle soluzioni della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, firmata a New York 9 maggio 1992. L'agenzia fornisce sostegno allo Stato per l'elaborazione della strategia nazionale per la biodiversità definita all'articolo L. 110-3, assicura il seguito della sua attuazione e iscrive la sua attività nel quadro di questa strategia e gli obiettivi definiti all'articolo L. 211-1. Promuove la coerenza di altre politiche statali che potrebbero avere effetti sulla biodiversità e sull'acqua. La sua presentazione copre tutti gli ambienti terrestri, acquatici e marini del territorio metropolitano, le comunità governate dall'articolo 73 della Costituzione, le comunità di Saint-Martin e Saint-Pierre-et-Miquelon e le Terres Territori francesi meridionali e antartici, anche nelle acque soggette alla sovranità o alla giurisdizione dello Stato, nonché nelle zone appartenenti al settore marittimo pubblico o alla piattaforma

va, con l'obiettivo di conservare, gestire e tutelare la biodiversità negli ambienti terrestri, acquatici e marini. La legge citata⁽⁴⁰⁾ risulta di particolare importanza in quanto fa sì che il ruolo principale dell'Agenzia sia quello di coordinare le scelte statali con quelle delle autorità locali. Va infatti precisato che la Strategia nazionale per la biodiversità, come obiettivo posto dalla CBD, richiede un alto livello di cooperazione e coesione tra le autorità statali e le varie rappresentanze coinvolte, ossia degli enti locali e delle associazioni

continentale. Può anche effettuare azioni a Saint-Barthélemy, nelle Isole Wallis e Futuna, nella Polinesia francese, in Nuova Caledonia e nelle sue province, su richiesta di queste comunità. La scelta, l'organizzazione e l'attuazione di queste azioni sono previste da un accordo tra le parti. Il rappresentante dello Stato nella regione, il rappresentante dello Stato nel dipartimento e il prefetto marittimo garantiscono la coerenza e la complementarietà delle azioni dell'agenzia con quelle condotte dalle amministrazioni e da altre istituzioni pubbliche della regione. Stato, in particolare per quanto riguarda le autorità locali. L'Agenzia francese per la biodiversità e gli enti locali coordinano le loro azioni in aree di interesse comune. Le regioni e l'Agenzia francese per la biodiversità possono istituire congiuntamente delegazioni territoriali, note come agenzie regionali per la biodiversità, a cui possono essere associati in particolare i dipartimenti, in particolare per quanto riguarda la loro competenza in aree naturali sensibili. Queste delegazioni esercitano tutte o parte delle missioni dell'agenzia, ad eccezione delle missioni di polizia ambientale. Possono essere costituiti in enti pubblici di cooperazione ambientale citati nell'articolo L. 1431-1 del codice generale delle collettività territoriali. Nei dipartimenti e comunità d'oltremare, queste delegazioni possono essere costituite su richiesta di diverse comunità menzionate in questo articolo e quindi esercitare la giurisdizione su tutto o parte del territorio di queste comunità.

⁽⁴⁰⁾ È l'art. 8 della L. 1087/2016 a stabilire che: «Art. L. 110-3.-Al fine di garantire la conservazione e l'uso sostenibile della biodiversità, la strategia nazionale per la biodiversità, di cui all'articolo 6 della Convenzione sulla diversità biologica, adottata a Nairobi il 22 maggio 1992 è sviluppata da parte dello Stato, in consultazione con i rappresentanti delle autorità locali e dalle loro associazioni, attori socio-economici, comprese le PMI, e le organizzazioni di protezione ambientale, comprese le associazioni naturalisti e membri della comunità scientifica. / Le Regioni definiscono e attuano una strategia regionale per la biodiversità in considerazione della guida della strategia nazionale e sviluppati nelle stesse condizioni per il dialogo. Le autorità locali e i loro gruppi partecipano alla definizione e all'attuazione di questa strategia a livello del loro territorio. Le delegazioni territoriali dell'Agenzia francese per la biodiversità di cui all'articolo L. 131-8 di sostegno per le regioni a sviluppare la loro strategia e monitorare la sua attuazione. / Le strategie di biodiversità regionali e nazionali contribuiscono all'integrazione degli obiettivi di conservazione e l'uso sostenibile della biodiversità nelle politiche pubbliche e la consistenza di questi ultimi in queste materie».

ambientaliste. Inoltre, per un effettiva realizzazione della Strategia Nazionale, le Regioni si dotano di Strategie regionali, idonee a creare le condizioni per l'attuazione della prima a livello locale.

Infatti, vengono individuate alcune autorità a livello statale e locale, come il prefetto marittimo o il rappresentante dello Stato nella regione, che devono favorire la collaborazione tra le Amministrazioni centrali e locali nelle scelte in materia ambientale. Inoltre, la legge statale permette alle Regioni francesi di dotarsi di *Agenzie regionali per la biodiversità*, come forme di delegazione territoriale che coadiuvano e supportano l'attività dell'Agenzia nazionale a livello locale. L'Agenzia Nazionale per la biodiversità, attiva dal 1° gennaio 2017, è composta da un Consiglio di amministrazione, un Consiglio scientifico, un Comitato direttivo e ha lo scopo primario di dirigere le scelte nazionali, con riferimento alle politiche ambientali.

Oltre alle Agenzie per la biodiversità a livello nazionale e regionale, il Codice dell'Ambiente francese richiede la collaborazione di altri enti, tra cui il *Comitato Nazionale per la Biodiversità*⁽⁴¹⁾, di cui agli artt. 134-1 ss., con funzioni di consultazione e di orientamento strategico rispetto alle scelte compiute dall'Agenzia Nazionale. Il ruolo del Comitato a livello nazionale viene realizzato grazie all'intervento dei *Comitati regionali per la biodiversità*, istituiti ai sensi del decr. n. 2017/370⁽⁴²⁾, in quanti questi ultimi collaborano per l'attuazione della Strategia nazionale per la biodiversità.

Dopo avere introdotto e descritto gli enti competenti e i ruoli assegnati agli stessi nella materia della biodiversità, uno spazio determinante è occupato dal sistema sanzionatorio, previsto dagli artt. 160-1 fino al 181-31, che si basa su misure di polizia amministrativa e sull'applicazione di sanzioni penali. Merita una particolare attenzione la previsione delle misure di compensazione degli attacchi alla biodiversità, così descritte dall'art. 163-1 della l. n. 1087/2016, come elemento in grado di riparare i danni alla biodiversità causati da opere o progetti.

La legislazione francese si è perfettamente adeguata agli obblighi derivan-

⁽⁴¹⁾ In *legifrance.gouv.fr*.

⁽⁴²⁾ *Ibid.*

ti dalla disciplina comunitaria, così prevedendo una struttura di istituzioni e di compiti mirati a controllare l'accesso e la tutela della biodiversità, un sistema sanzionatorio specifico nel caso di danno ambientale, e un complesso di *National Focal Points* per la corretta applicazione del regolamento ABS.

6. Nell'analisi di diritto comparato finora svolta, si evidenzia una piena contrapposizione tra gli Stati che si sono perfettamente conformati agli obblighi imposti dalla disciplina comunitaria, come la Spagna e la Francia, da subito muniti di un apparato normativo e sanzionatorio che garantisce l'applicazione del Protocollo di Nagoya e de regolamento ABS, contro gli Stati rimasti inerti rispetto alle richieste dell'UE, tra cui la Grecia e l'Italia, che continuano a versare in una condizione di inadempimento. Pare opportuno specificare che la posizione della Grecia è ben diversa da quella italiana, in quanto la prima è rimasta completamente immune alle numerose sollecitazioni delle istituzioni comunitarie, mentre lo Stato italiano ha parzialmente recepito le normative in questione ed è in fase di completo adeguamento alle fonti comunitarie in materia di accesso e utilizzo di risorse genetiche.

Il matrimonio del Generale.

Tra vecchio e nuovo diritto, la mai sopita questione della riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici in materia di nullità del matrimonio

[FRANCO ALUNNO ROSSETTI^(*)]

SOMMARIO: 1. *Avvertenza*. – 2. La sentenza della Corte d'Appello di Roma del 14 gennaio 1880 tra le parti Garibaldi-Raimondi. – 3. Le premesse “in fatto” della sentenza. La *fuga* del Generale. – 4. Le questioni “in diritto” e il dispositivo. – 5. *Conclusione (provisoria)*.

1. Affronto qui un tema a me caro, ovvero l'affascinante mondo delle vicende familiari sotto il vigore del Codice Pisanelli. E lo faccio partendo, come sono solito fare, dall'analisi di fattispecie, dalla verifica empirica della disciplina codicistica che solo può consentire il caso concreto sottoposto al al vaglio giurisdizionale attraverso il paragone della lite. Ne emergono, sottesi ai paradigmi giuridici ed alle formule legali, spaccati di vita vissuta, che restituiscono umanità alle aride carte processuali.

Una su tutte ha sempre colpito la mia immaginazione ed è quella della singolare vicenda del matrimonio del generale Garibaldi con la marchesa Giuseppina Raimondi, celebrato nella villa di Fino, nei pressi Como, il 24 gennaio 1860. Vicenda singolare, dicevo, sicuramente sul piano personale, se si considera la durata quasi ventennale del matrimonio sebbene non vi fosse stato – così si ama credere – nemmeno un giorno di convivenza tra gli sposi. Ma ancor più singolare appare la trama giuridica che si dipana intorno alla fattispecie, che sottende intricatissimi problemi di interpretazione, anche alla luce dei canoni ermeneutici introdotti dal Codice dell'Italia unita, riguardo alla individuazione della legge da applicare *ratione temporis* e *ratione loci*. Pro-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

blemi che sembrano preconizzare altre questioni, più vicine ai giorni nostri, altrettanto complesse, tanto da ritenersi tuttora irrisolte, e che meritano dunque, anche sotto tale profilo, un'indagine approfondita.

Anticipo dunque qui un primo resoconto, potrei dire prevalentemente descrittivo, della sentenza che pose fine al matrimonio negletto, riservando di esporre in un successivo lavoro i risultati di una più approfondita indagine sopra le argomentazioni giuridiche opposte alla persistenza del vincolo matrimoniale dai vari protagonisti della vicenda giurisdizionale e la loro solidità di fronte al *sistema* delineato dal nuovo Codice.

2. Il 14 gennaio 1880 la Corte d'Appello di Roma, pronunciando la sentenza tra le parti Garibaldi-Raimondi, si apprestava ad imbandire, ben oltre che sulle tavole dei *benpensanti*, un succoso scandalo, nel mentre concludeva una vicenda giudiziaria, e di vita, con una sentenza⁽¹⁾ che molto avrebbe fatto parlare di sé⁽²⁾. Con la pronuncia emessa in quella data giungeva finalmente ad una felice svolta la gravosa storia familiare di Giuseppe Garibaldi, al quale le norme del vigente Codice Pisanelli impedivano l'attribuzione dello *status* giuridico di figlio alla prole nata dalla sua unione con Francesca Armosino, che l'art. 180, 1° comma, n. 1 c.c. rendeva irriconoscibile, trovandosi il Garibaldi, al momento del concepimento, «*legato in matrimonio con altra persona*»⁽³⁾. I biografi del Generale sono abbastanza unanimi nel ritenere che negli ultimi

⁽¹⁾ La sentenza della Corte d'Appello di Roma del 14 gennaio 1880, Pres. Arnoldi ff., estensore Volpi Manni, la si trova pubblicata, tra gli altri, in *Monit. Trib.*, 1880, p. 143 s. con nota di A. BUSSOLINI, nel collegio difensivo di Garibaldi nel giudizio, a fianco di Pasquale Stanislao Mancini; ed ancora in *Foro it.*, 1880, I, c. 161 s.; *Giur. it.*, 1880, I, 2, c. 334 s.; *Il Filangieri*, V, 1880, II, p. 58 s.; *La Giurisprudenza*, 1880, p. 204 s., con ampia nota redazionale; *La Legge*, 1880, p. 173 s.

⁽²⁾ L'amplessima risonanza della pronuncia della Corte d'Appello di Roma è testimoniata dalla sua pubblicazione sulle maggiori riviste giuridiche dell'epoca, che ne determinò una rapida e vastissima diffusione, aprendo un animato dibattito, oltre che negli ambienti politici, anche nella dottrina giuridica. Basterà qui richiamare l'impetuosa ma puntuale disamina di C.F. GABBA, *Monit. Trib.*, 1880, pp. 234-421.

⁽³⁾ Art. 180, 1° comma, c.c. del 1865: «*Non possono essere riconosciuti / 1. I figli nati da persone, di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona*».

anni di vita questa fosse per lui divenuta una priorità. Afferma in proposito Mack Smith⁽⁴⁾ che «Garibaldi era molto ansioso di legittimare la famiglia messa su con Francesca Armosino, la donna venuta a Caprera vent'anni prima come governante degli altri suoi figli⁽⁵⁾». Che la stessa Armosino, divenuta presenza ingombrante quanto insostituibile nella vita del Generale, fosse sollecita animatrice di quest'ansia è lecito supporre⁽⁶⁾. Garibaldi, dunque, «nel 1879 si recò ancora una volta a Roma per cercare di ottenere l'annullamento dell'assurdo matrimonio contratto nel 1860 con la marchesina Raimondi. Com'era suo carattere, si era messo in testa che il re potesse e volesse sciogliere il matrimonio con un tratto dittatoriale di penna; ma il re, che aveva difficoltà del genere a casa sua, rispose di non poter abrogare la legge in favore di un singolo suddito, per quanto grande. Garibaldi si indignò, e altrettanto si afflisse che un suo vecchio amico dei Mille, il Primo ministro Benedetto Cairoli, non facesse passare in parlamento uno speciale decreto di nullità⁽⁷⁾». Il matrimonio con la Raimondi era per il Codice civile del 1865 perfettamente valido, in quanto contratto secondo le leggi vigenti all'epoca in Lombardia, ove era stato celebrato⁽⁸⁾; né

⁽⁴⁾ D. MACK SMITH, *Garibaldi*, (Mondadori) Milano, 1993, p. 240.

⁽⁵⁾ Ma entravano in gioco anche non indifferenti interessi patrimoniali, quali la proprietà di Caprera, atteso che, persistendo la validità del matrimonio, la legittima consorte Giuseppina Raimondi in forza dell'art. 753 c.c. avrebbe concorso alla devoluzione dell'eredità di Garibaldi insieme ai figli nati da matrimonio con Ana Maria (Anita) de Jesus Ribeiro da Silva, mentre sarebbero rimasti esclusi i figli naturali non riconoscibili Clelia e Manlio, avuti dalla Armosino. La prudenza (cui forse aveva dato voce la stessa Armosino) aveva peraltro indotto il Generale a trasferire la proprietà dell'isola ad un fiduciario, Giuseppe Guarnieri [ce lo riferisce G. ONETO, *L'Iperitaliano. Eroe o cialtrone? Biografia senza censure di Giuseppe Garibaldi*, (Il Cerchio Iniziative Editoriali) Rimini, 2006, p. 238].

⁽⁶⁾ Si veda G. ONETO, *L'Iperitaliano*, cit., pp. 237-239. Poco più dei contorni del pettego-lezzo assume a tratti la vicenda nel resoconto comunque dettagliato di N. FANO, *Garibaldi. L'illusione italiana*, Baldini Castoldi Dalai Editori, Milano, 2010, pp. 197-200, al quale sfugge che la declaratoria di nullità fu pronunciata nel secondo grado di giudizio, e attribuendo il merito del risultato conseguito all'Avv. Achille Fazzari (p. 200), disconosce il ruolo determinante del vero protagonista, Pasquale Stanislao Mancini, difensore di Garibaldi in appello, il quale è lecito supporre avesse agito sia sul fronte giudiziario che su quello politico.

⁽⁷⁾ D. MACK SMITH, *Garibaldi*, cit., p. 240.

⁽⁸⁾ In particolare, la Patente imperiale austriaca 8 ottobre 1856, «obbligatoria per tutto l'Impero, con la quale, ad esecuzione dell'art. X del Concordato, si promulga una nuova legge sugli affari matrimoniali dei cattolici dell'Impero d'Austria in quanto tali affari appartengono alla sfera della legislazione

risultavano ad esso applicabili, per difetto dei requisiti, le norme regolanti le ipotesi di patologia del matrimonio che legittimavano la *domanda per nullità* ai sensi del Libro I, Titolo V, Capo VI, artt. 104 e s. del Codice civile unitario.

Risultati dunque vani i tentativi di aggirare la legge attraverso l'atto d'imperio⁽⁹⁾, non rimaneva che procedere per via giudiziale, avendo – e la cosa non può francamente sorprendere in considerazione del dichiarato anticlericalismo del Generale – la Santa Sede lasciate inascoltate le richieste ufficiali inoltrate da Garibaldi per il ministero dei propri legali⁽¹⁰⁾.

3. Procediamo dunque alla disamina della sentenza, nei suoi elementi strutturali, codificati nell'art. 360, 1° comma, c.p.c. del 1865, che al n. 6 individuava tra requisiti essenziali della sentenza, previsti a pena di nullità dal successivo art. 361 c.p.c., l'esposizione dei “*i motivi in fatto e in diritto*”. E converrà innanzitutto affidare il resoconto dei presupposti “in fatto” della sentenza all'estensore, il quale, con tratti lapidari ed un tono narrativo ostentatamente distaccato, di cui ben possono a posteriori intuirsi le ragioni⁽¹¹⁾, riassume i fatti costitutivi della fattispecie e le fasi del giudizio, il cui primo grado si era concluso con sentenza del Tribunale di Roma del 16 luglio 1879⁽¹²⁾, che aveva «*in conformità alle conclusioni emesse dal pubblico ministe-*

civile, e si stabilisce che la legge medesima debba entrare in pieno vigore col 1 gennaio 1857». La si veda nella edizione in lingua italiana pubblicata per i tipi della Tipografia Monauini, Trento, 1856. La legge promulgata con la Patente dava esecuzione al Concordato intervenuto tra Pio IX e l'Imperatore d'Austria Francesco Giuseppe I in data 18 agosto 1855, in A. MERCATI (a cura di), *Raccolta di Concordati su materie ecclesiastiche tra la Santa Sede e le Autorità civili, Vol. I: 1098-1914*, Roma, Tipografia Poliglotta Vaticana, 1954, p. 821 s.

⁽⁹⁾ Si veda il severo ma condivisibile giudizio di G. ONETO, *L'Iperitaliano*, cit., p. 238, che denuncia «*la magistratura che si prostra davanti alla politica, l'ipocrisia delle testimonianze di comodo, le menzogne più spudorate, l'aggrapparsi a prodotti giuridici partoriti da un nemico per ogni altro verso aborriti*». E riporta un passo della lettera inviata da Garibaldi a Crispi nel 1874: «*Sarei pronto a farmi protestante, anche turco, se con ciò io potessi riuscire a dare il mio nome ai miei figli, Manlio e Clelia*».

⁽¹⁰⁾ N. FANO, *Garibaldi*, cit., p. 199.

⁽¹¹⁾ Sul verosimile condizionamento della Corte d'appello per una pronuncia favorevole alle istanze di Garibaldi si rinvia alle considerazioni di cui alla nt. 15.

⁽¹²⁾ Non mi risulta che la sentenza sia stata pubblicata da alcuna delle numerose riviste consultate, né trovo riferimenti diversi che rinviino ad una edizione a stampa della stessa.

ro, respinta la proposta azione di nullità». Il Generale si era adunque affrettato a proporre “*appellazione*”⁽¹³⁾ avverso la sentenza, cui era seguito l’appello incidentale *adesivo* della Raimondi, secondo il combinato disposto degli artt. 487 e 470 c.p.c.⁽¹⁴⁾ del 1865. Ma dovette risultar presto chiaro che la lite non avrebbe più avuto come unica sede l’aula giudiziaria⁽¹⁵⁾.

«Il 24 gennaio 1860, nella villa di Fino presso Como, il generale Giuseppe Garibaldi e la minorenne Giuseppina Raimondi, si legarono in matrimonio col rito ecclesiastico richiesto dalla legislazione austriaca, consentendo al matrimonio dalla parte della sposa anche il di lei padre naturale marchese Giorgio Raimondi nell’assunta qualità di tutore;

Che però ben diverse dalle auspiccate, furono le conseguenze che ne derivarono. Imperciocchè dissociati gli animi, per causa di notizie inaspettatamente giunte al generale Garibaldi sul conto della sposa, alla celebrazione delle nozze fece immediatamente seguito la risoluzione da lui presa di abbandonare suocero e sposa, come difatti avvenne, né più si avvicinarono;

Mentre licenzio questo articolo sono ancora in attesa di notizie sul reperimento della pronuncia presso l’Archivio di Stato di Roma, depositario, tra l’altro, di cospicua documentazione proveniente da organi ed uffici periferici statali postunitari, tra cui atti e registri del Tribunale civile e penale di Roma dal 1871 al 1958, in cui la sentenza potrebbe trovarsi.

⁽¹³⁾ Sulla tipologia dei mezzi di impugnazioni prevista dal codice di procedura civile del 1865 si veda l’art. 465 c.p.c.; la disciplina dell’appello è nello specifico delineata dagli artt. 481 e s. c.p.c. del 1865.

⁽¹⁴⁾ Secondo un paradigma di efficacia estensiva della “*appellazione*” condizionata all’adesione all’impugnazione mediante appello incidentale non riproposto nel Codice di procedura civile del 1942, l’art. 470 c.p.c. del 1865 prevedeva che «*la domanda di riforma o di annullamento proposta da una delle parti interessate ad impugnare la sentenza giova alle altre per i capi nei quali hanno interesse comune, purché intervengano nel giudizio, e facciano adesione nei modi e nei termini stabiliti appresso*».

⁽¹⁵⁾ Che l’esito favorevole del secondo grado fosse fortemente caldeggiato dagli ambienti politici adombra anche D. MACK SMITH, *Garibaldi*, cit., pp. 240-241: «*Crispi allora lo aiutò a portare il caso in tribunale, ma il processo andò male. A quanto sembra tuttavia dietro le quinte, con discrezione, furono fatte delle pressioni; tanto che, malgrado le proteste di alcuni eminenti avvocati. La Corte di Appello emise una seconda sentenza nella quale si riconoscevano ragioni sufficienti per l’annullamento. Garibaldi sposò debitamente Francesca proprio prima di morire e in tal modo Clelia (nata nel 1867) e il prediletto Manlio (nato nel 1873) poterono prendere il suo nome*».

Che dopo 19 anni da che durava tra essi codesta anormale situazione, il generale Garibaldi convenne la Raimondi avanti il Tribunale civile di Roma con atto di citazione del 10 giugno 1879 nel quale, enunciate le circostanze di fatto surriferite, domandava: in causa delle medesime dichiararsi nullo il matrimonio celebrato colla Raimondi, sia per violazione delle forme sostanziali, sia perché fu matrimonio semplicemente rato e non consumato. Alla quale domanda si uniformò anche la Raimondi sostenendo che il suo consenso non venne legittimamente autorato dal tutore, siccome esigeva il codice civile austriaco, in quanto che non doveva farsi a tale effetto e con la detta qualità intervenire al contratto di matrimonio il di lei padre naturale marchese Giorgio Raimondi assolutamente incapace di esercitare tale ufficio; ma il tutore ordinario che le era stato assegnato dal Tribunale di Como fin dal 23 agosto 1852 in persona di Onofrio Martinez. Onde alla sua volta concludeva: “dichiararsi la nullità del matrimonio seguito fra essa ed il generale Garibaldi addì 24 gennaio 1860, per invalidità del consenso dalla medesima prestato, con ogni conseguente effetto di ragione e di legge”; Che avendo il Tribunale in conformità alle conclusioni emesse dal pubblico ministero, respinta la proposta azione di nullità con sentenza emanata il di 16 luglio 1879, il generale Giuseppe Garibaldi ha interposto appello alla Corte, ed al suo appello ha fatto adesione la Raimondi come dalle rispettive conclusioni in principio trascritte⁽¹⁶⁾.

Le rapide pennellate della narrazione della Corte consentono dunque di individuare i protagonisti della vicenda e i presupposti in fatto della controversia, lasciando intravedere *petitum* e *causa petendi* della stessa, che più approfonditamente appariranno delineati nella trattazione delle questioni di diritto.

Dunque, ad essere *sub judice* è proprio il secondo matrimonio di Garibaldi, celebrato il 24 gennaio 1860 nella villa di Fino Mornasco, nei pressi di Como, con Maria Carolina Giuseppa (Giuseppina) Raimondi, nata il 17 marzo 1841, figlia naturale del marchese Giorgio Raimondi Mantica Odescalchi, da questi riconosciuta il 5 giugno 1842, che all'epoca del matrimonio era adunque minorenni. Molto si è ipotizzato sulle intricate vicende

⁽¹⁶⁾ I “motivi in fatto” della sentenza (previsti a pena di nullità dall’art. 360, 1° comma n. 6 c.p.c. del 1865) qui trascritti, così come i capi della sentenza che verranno più avanti richiamati, sono tratti dalla edizione a stampa della sentenza della Corte d’Appello di Roma del 14 gennaio 1880 che si legge in *Foro it.*, 1880, I, cc. 161-172, che risulta una delle più complete, recando altre edizioni solo la parte relativa ai “motivi di diritto”.

sentimentali che dovettero agitare la giovane sposa nell'imminenza del matrimonio, nelle quali Garibaldi svolse, a quanto pare, suo malgrado, solo un ruolo comprimario⁽¹⁷⁾. Ma interessa qui attenersi ai fatti accertati dalla Corte d'Appello e posti a fondamento della decisione.

All'origine dell'azione proposta in primo grado da Garibaldi vi è dunque quella che la Corte definisce una situazione "anormale"⁽¹⁸⁾. A generarla il subitaneo e inopinato abbandono della sposa da parte del Generale il giorno stesso delle nozze, avendone appreso non esser del tutto libero il cuore e neppure il talamo⁽¹⁹⁾.

La Corte riferisce in punto di fatto anche dell'azione proposta da Garibaldi con atto di citazione del 10 giugno 1879 dinanzi al Tribunale di Roma per la declaratoria di nullità del matrimonio, sotto il duplice profilo della nullità per violazioni di forme previste *ad substantiam* e per non consumazione del rato matrimonio⁽²⁰⁾. Apprendiamo quindi che il Tribunale, accogliendo le conclusioni del pubblico ministero, aveva «*respinta la proposta azione di nullità con sentenza emanata il di 16 luglio 1879*»⁽²¹⁾.

⁽¹⁷⁾ G. ONETO, *L'Iperitaliano*, cit., p. 89 s. anche avvalendosi della ricerca condotta da A. FRANCESCOCCI, *Fu vero amore?*, Comune di Fino Mornasco, s.d., riferisce con dovizia di particolari la tumultuosa giornata nella quale il Generale, deposti gli abiti aristocratici che peraltro non gli erano propri, apostrofò la sposa con un pesante epiteto, di fronte all'imbarazzo dei astanti e abbandonò furiosamente la villa a cavallo, passando da un ingresso secondario. In affetti i biografi di Garibaldi attribuiscono alla Raimondi più di una relazione nel tempo in cui andavano maturandosi i propositi matrimoniali del Generale, portati a compimento nel dicembre del 1859 durante il suo soggiorno presso Villa Raimondi (G. ONETO, *L'Iperitaliano*, cit., p. 86 s.).

⁽¹⁸⁾ L'uso singolare del termine, non appartenente al linguaggio tecnico giuridico, nasconde a fatica il pregiudizio e la posizione indebitamente "partigiana" già assunta dalla Corte verso quel vincolo che pareva aver reso "anormale" per quasi venti anni la vita di Garibaldi. Ma vi è tra i biografi chi ritiene che si trattò di una vicenda che ebbe in effetti a influenzare in maniera significativa «*la vita di Garibaldi*» e forse anche «*le vicende storiche del momento: lo stato di prostrazione in cui il generale viene gettato da questa vicenda è determinante per fargli accettare – anche con rivalse personale rispetto alle chiacchiere re agli sghignazzanti pettegolezzi di cui si trova oggetto – di intraprendere l'avventura duosiciliana*» (G. ONETO, *L'Iperitaliano*, cit., p. 91).

⁽¹⁹⁾ Cfr. sopra, nt. 17.

⁽²⁰⁾ App. Roma, 14 gennaio 1880, in *Foro it.*, 1880, I, c. 165.

⁽²¹⁾ App. Roma, 14 gennaio 1880, cit., c. 166.

4. Con l'approccio ai motivi di diritto della sentenza, la Corte avvia quella che non esiterei a definire una performante prestazione di equilibrismo giuridico. D'altro canto, diverse e non irrilevanti sono le questioni che il Collegio si trova ad affrontare, dipendenti innanzitutto dal *tempo* e dal *luogo* in cui il matrimonio era stato contratto.

Il matrimonio era stato celebrato il 24 gennaio 1860 in Lombardia, che a quella data era stata già unita al Regno di Sardegna in attuazione del trattato di Zurigo, sottoscritto il 10 novembre 1859 da Francia ed Austria dopo l'armistizio di Villafranca⁽²²⁾. Sebbene dunque la Lombardia avesse «cessato di far parte dell'Impero austriaco, nulladimeno – osserva la Corte – secondo i principi di gius pubblico universalmente osservati, la legislazione civile austriaca non cessò in Lombardia di essere obbligatoria fino alla pubblicazione della legislazione civile italiana che doveva surrogarla»⁽²³⁾.

La Corte decide dunque di affrontare subito la questione della individuazione della disciplina giuridica del matrimonio contestato, celebrato in un territorio che era stato appena trasferito sotto la sovranità di altro Stato, il quale non aveva tuttavia provveduto a dotarlo di una legislazione civile in surroga di quella in vigore prima del trasferimento. Al riguardo la Corte non sembra tuttavia avere dubbi sulla *ultrattività* della disciplina precedente: «per ciò che riflette in particolare le disposizioni relative ai matrimoni dei cattolici sancite nella Patente imperiale 8 ottobre 1856 e sue appendici promulgate in seguito al Concordato, mentre è certo che il concordato medesimo per se stesso come patto internazionale fu rotto dal cambiamento di sovranità, è nel tempo stesso indubitato che le suddette disposizioni, siccome facevano parte integrale della legislazione civile austriaca, così rimasero tuttavia in vita continuando ad avere in quella provincia

⁽²²⁾ L'art. 4 del Trattato, a cui Francesco Giuseppe aveva consentito che presenziassero senza avere parte attiva i plenipotenziari del Regno di Sardegna, prevedeva la rinuncia da parte dell'Imperatore d'Austria «per sé e per tutti i suoi discendenti e successori, in favore di Sua Maestà l'Imperatore de' Francesi, ai suoi diritti e titoli sulla Lombardia, ad eccezione delle fortezze di Peschiera e di Mantova, e dei territori determinati dalla nuova delimitazione che restano in possesso di Sua Maestà Imperiale e Reale Apostolica». Con il successivo art. 5 «Sua Maestà l'Imperatore de' Francesi dichiarava la sua intenzione di rimettere a Sua Maestà il Re di Sardegna i territori ceduti in virtù dell'articolo antecedente».

⁽²³⁾ App. Roma, 14 gennaio 1880, cit., c. 166.

forza di legge obbligatoria fino all'emanazione delle leggi nuove»⁽²⁴⁾.

Consequenziale, quindi, appare la conclusione della Corte, per la quale «non può non ammettersi che il valore giuridico del matrimonio celebrato tra il generale Garibaldi e Giuseppina Raimondi in Lombardia il 24 gennaio 1860 deve essere giudicato alla stregua delle disposizioni contenute nella citata Patente imperiale e relative appendici, che come legge civile continuarono a regolare l'intera materia matrimoniale e non cessarono di avere valore che posteriormente, cioè in forza della legge 28 ottobre 1860 votata dal Parlamento sardo, la quale abolì la Patente imperiale, e del codice civile italiano pubblicato nel 1865 che abolì il codice civile austriaco»⁽²⁵⁾.

Ma emerge qui la prima funambolica costruzione giuridica della Corte, che merita una verifica del rigore giuridico che la sorregge. Leggendo con attenzione i diversi passaggi sembra dapprima che il Collegio voglia limitarsi ad un'affermazione che suonerebbe in realtà pleonastica, ovvero che il matrimonio Garibaldi-Raimondi fosse *ab origine* valido perché stipulato conformemente alle leggi ancora vigenti *in quel luogo e a quella data*.

Non può tuttavia sfuggire come il ragionamento del Giudice del gravame conduca in effetti ad un ulteriore corollario – del tutto apodittico perché non viene indicato, per usare un termine assai in voga oggi, l'*algoritmo* che conduce all'asserto –, ossia che il vaglio della validità del matrimonio, richiesto dagli appellanti, debba essere eseguito secondo la legge vigente *alla data e nel luogo* della celebrazione del matrimonio piuttosto che sulla base delle norme in vigore alla data di proposizione della domanda per la declaratoria di nullità del matrimonio medesimo.

La Corte procede quindi, direttamente, all'esegesi delle norme che formavano la disciplina del matrimonio alla data in cui il matrimonio in questione era stato celebrato, per darne applicazione nel giudizio di nullità introdotto dal Garibaldi e devoluto ora alla cognizione della Corte d'Appello. E nessuna remora il Collegio si pone in relazione al fatto che fosse, nel frattempo, intervenuta l'emanazione dei Codici unitari, i quali avevano ribadito caratteri, natura e conseguenze del *sistema codice*, introdotto per la prima volta

⁽²⁴⁾ App. Roma, 14 gennaio 1880, *ibid.*

⁽²⁵⁾ App. Roma, 14 gennaio 1880, *ibid.*

dal *Code Napoléon* del 1804. Un sistema che presupponeva la completezza dell'ordinamento giuridico senza possibilità di ricorso alcuno alle leggi precedenti, non più in vigore, per la materia civile che ci occupa, dal momento della promulgazione del Codice civile.

Le norme appaiono al riguardo chiare ed ineludibili.

Era in particolare l'art. 3 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*, anteposte al Codice civile e perciò efficaci anche nelle materie oggetto degli altri codici, a delimitare la natura *endogena* di eventuali completamenti del sistema. L'integrazione dell'ordinamento in caso di lacuna poteva infatti avvenire solo attraverso l'attività ermeneutica del giudice descritta nel 2° comma dell'art. 3 disp. prel. al c.c. del 1865⁽²⁶⁾, che individuava un'attività di natura meramente cognitiva, di mero riconoscimento del dettato normativo.

E nessun dubbio poteva residuare, in virtù dell'inequivoco disposto del 1° comma dell'art. 48 delle *Disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile* su una possibile ultrattività delle leggi precedenti: «*Nelle materie che formano soggetto del nuovo codice, cessano di aver forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali speciali, come pure gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisca*»⁽²⁷⁾.

Precisi ed ineludibili principi generali di diritto, fondati su basi rigorosamente testuali, impedivano dunque alla Corte l'impiego di norme diverse da quelle contenute nel Codice civile vigente al momento della introduzione del giudizio di nullità, così come il ricorso alla discrezionalità dell'interprete per integrare il sistema, completo per definizione.

⁽²⁶⁾ Art. 3 disp. prel. c.c. del 1865: «*Nell'applicare la legge non si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. / Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali del diritto*».

⁽²⁷⁾ Art. 48 disp. att. c.c.: «*Nelle materie oggetto del nuovo codice, cessano di aver forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali speciali, pure gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisca venire meno del vigore delle leggi precedenti. / Continuano ad avere forza di le disposizioni vigenti nelle diverse provincie del regno riguardante i modi di conservare gli atti pubblici come privati, e gli uffiziali autorizzati rilasciarne le copie*».

Ne sarebbe dovuta seguire dunque la rigorosa applicazione del codice attraverso la verifica della sussistenza dei requisiti ivi previsti per la pronuncia di nullità del matrimonio⁽²⁸⁾, indipendentemente dalla legge che aveva regolato la formazione dell'atto.

Invece, un impiego alquanto spregiudicato del principio “*tempus regit actum*” fa ritenere alla Corte possibile addirittura l'applicazione del negletto *Diritto canonico*, che il richiamato art. 48 disp. att. c.c. aveva tosto bandito anche dalle province già sottoposte alla sovranità dello Stato della Chiesa.

Superato, semplicemente ignorandolo, il problema dirimente, la disamina della Corte procede quindi fluida e coerente con le – incoerenti – premesse.

«*Considerato che dal complesso delle disposizioni (...) risulta che il legislatore austriaco nell' intendimento “di porre in armonia le disposizioni del codice civile coi precetti della Chiesa cattolica (Patente, proemio)” attribuì sanzione e carattere di legge civile alle prescrizioni del diritto canonico sul matrimonio, di guisa che, entrate a far parte integrale della legislazione austriaca, si combinassero colle analoghe disposizioni del codice civile; e dove fossevi inconciliabilità avessero esse la prevalenza sulle correlative disposizioni del codice, le quali venivano perciò abrogate*, nulla opponeva che il caso Garibaldi-Raimondi fosse trattato e deciso secondo la legislazione vigente in Lombardia alla data della celebrazione delle nozze, e quindi mediante l'impiego del *Diritto canonico* che la patente del 1858 aveva pienamente integrato nell'ordinamento austriaco.

E su tali premesse la Corte si accinge dunque al vaglio dei motivi di grave proposto da Garibaldi, senza tuttavia fare cenno alcuno alla sentenza di primo grado ed ai motivi che avevano condotto il Tribunale di Roma alla reiezione in prima istanza della domanda di nullità del matrimonio.

Così, liquidato rapidamente – respingendolo – il primo motivo di appello, attinente alla eccepita mancata osservanza di forme (ovvero la difettosa prestazione del consenso al matrimonio della sposa, minorenni al momento della celebrazione, che nella fattispecie si assumeva emesso da soggetto non legittimato)⁽²⁹⁾, la Corte affronta la questione fondamentale, collocata in

⁽²⁸⁾ Codificate nel Libro I, Titolo V, Capo VI, artt. 104 e s. del Codice civile unitario.

⁽²⁹⁾ App. Roma, 14 gennaio 1880, cit., cc. 167-168.

ambito squisitamente canonico, ovvero la nullità del matrimonio *rato e non consumato*⁽³⁰⁾.

La struttura dell'edificio giuridico realizzato dalla Corte, del resto, è ormai completa e non rimane che collocarvi la fattispecie. Assunta, in via istruttoria, la confessione di entrambi i coniugi, e valutata «*la presunzione che sorge dalla improvvisa discordia ed immediata loro separazione, e quella che viene dalla pubblica voce e fama*» ed ancora «*dalle conformi dichiarazioni giurate di testimoni, superiori a qualunque eccezione*», la Corte ritiene dunque acquisita la prova che il matrimonio non fosse stato *consumato*, emergendo dalle risultanze istruttorie «*che lo sponsalizio fu celebrato nella Cappella privata di detta Villa (Fino), ma non appena uscito di chiesa il generale Garibaldi, sopravvennero fidati amici di lui a dargli comunicazione di gravi notizie a carico della sposa, le quali consistevano nel credersi che la medesima si trovasse da qualche tempo impegnata con passione verso un giovane signore, in seguito di che il generale Garibaldi partì immediatamente e dispettosamente dalla villa di Fino*» e che dopo quella improvvisa partenza, in base a «*voce pubblica diffusa*

⁽³⁰⁾ Per una rapida quanto provvisoria ricognizione delle fonti canoniche *ante codicem* relative allo scioglimento del matrimonio segnalò: GREGORIO XVI, *Litt. Enc. Accepimus* (*Acta Gregorii XVI*, II, 98): «*Matrimonium si semel valide contractum et consummatum fuerit, iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam... solvi inter christianos, quoad vinculum, omnino nequeat*»; PIO IX, *Epist. Verbis esprimere*, 15.8.1859 (*Acta Pii IX*, III, 100): «*Quae quidem perpetua atque indissolubilis matrimonialis vinculi firmitas, non ex ecclesiastica disciplina profluens, tanta est in matrimonio consummatum, tum ex divino, tum ex naturali iure, ut ullam ob causam ne ab ipso quidem Romano Pontifice dissolvi unquam possit*»; LEONE XIII, *Litt. Enc. Arcanum*, 10.2.1880 (*Acta Leonis XIII*, II, 37): «*In tanta autem confusione sententiarum, quae serpunt quotidie longius, id quoque est cognita necessarium, solvere vinculum coniugii inter christianos rati et consummati nullius in potestate esse*».

Si tratta di pronunce aventi rilevanza ed efficacia in quanto provenienti dal Pontefice, soggetto che, com'è noto, nell'ordinamento canonico riveste la qualifica primaziale anche in ambito legislativo.

Le riportate affermazioni fanno leva sulla distinzione canonistica secondo cui l'indissolubilità intrinseca, che per diritto naturale caratterizza qualsiasi matrimonio, anche fra non cristiani, nel caso di vincolo validamente contratto fra soggetti battezzati (cioè "rato") acquista carattere anche estrinseco, divenendo in tal modo assolutamente inderogabile, in virtù della successiva consumazione, che rende il matrimonio insuscettibile di scioglimento anche per volontà divina. Va infatti precisato che il Pontefice, quando nei casi consentiti opera lo scioglimento, nella visione canonica esercita in realtà una potestà vicaria, compiendo solo a Dio il potere di sciogliere il vincolo, con la conseguenza che in tali ipotesi il Papa agisce non in nome proprio ma in nome di Dio.

notoriamente in Lombardia ed in altre parti d'Italia era generalmente conosciuto» che «il generale Garibaldi e la famiglia Raimondi non si sono più riavvicinati e riveduti»⁽³¹⁾.

Ne seguiva, *de plano*, l'applicazione della norma canonica e quindi la pronunzia favorevole sulla domanda di nullità del matrimonio Garibaldi-Raimondi.

Ma che ancora qualche imbarazzo l'estensore debba aver avuto traspare dalla formula usata nel dispositivo, ove si legge: «*Per questi motivi, la Corte dichiara Giuseppe Garibaldi e Giuseppina Raimondi liberi dal vincolo del matrimonio celebrato in Como il 24 gennaio 1860; ed il matrimonio medesimo destituito di ogni conseguenza giuridica*». Ancora una volta, il ricorso ad un linguaggio non propriamente tecnico sembra rivelare dunque che se era ben noto il risultato a cui si doveva giungere, meno certa era apparsa la strada per raggiungere l'obbiettivo. Non di una declaratoria di nullità si tratta, in effetti, ma piuttosto di uno scioglimento mascherato del vincolo, di certo contrario a norme imperative del Codice civile ed in particolare all'art. 148 c.c. del 1865, che sanciva la morte di uno dei coniugi quale unica causa di scioglimento del matrimonio⁽³²⁾.

5. Anticipo qui, in chiusura di questa breve riflessione, alcune considerazioni che renderanno più chiaro al lettore il titolo che ho voluto attribuire a questo lavoro, il cui significato apparirà, confido, manifesto, allorché avrò ultimato anche il preannunciato approfondimento.

Suonò grande scandalo la decisione dei giudici “*mangiapreti*” della Corte d'Appello di Roma di applicare al caso che coinvolgeva il Generale Garibaldi, utilizzando il principio *tempus regit actum* e *locus regit actum*, un istituto contenuto nel Concordato tra Austria e Santa Sede del 1859, che imponeva l'applicazione della norma canonica. L'applicazione delle fonti canoniche da parte dei laicissimi magistrati della Corte romana suonò inevitabilmente – ed a ragione – paradosso, finalizzato al mero interesse del Generale a

⁽³¹⁾ App. Roma, 14 gennaio 1880, cit., cc. 171-172.

⁽³²⁾ Art. 148 c.c. «Il matrimonio non si scioglie che colla morte di uno dei coniugi; è ammessa però la loro separazione personale».

riconoscere i figli naturali avuti da relazione extraconiugale, riconoscimento impedito dall'ancor valido matrimonio con la marchesa Raimondi, a mente dell'art. 180 c.c. del 1865⁽³³⁾.

In tempi ben più recenti, le Sezioni unite della Cassazione⁽³⁴⁾ sembrano, per taluni, aver generato un analogo paradosso laddove, rilevando che il 4° comma dell'art. 34 della l. 27 maggio 1929, n. 810, avente ad oggetto *l'Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la santa sede e l'Italia, l'11 febbraio 1929 – VII*, non era stato riproposto nell'art. 8 della l. 25 marzo 1985, n. 121, contenente la *Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al concordato lateranense dell'11 febbraio 1939, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede*, hanno ritenuto che la giurisdizione del giudice civile o dell'ecclesiastico andasse affermata sulla base del criterio della prevenzione. Pochi mesi dopo, una pronuncia della Corte Costituzionale⁽³⁵⁾, pare aver ripristinato lo *status quo ante*, riaffermando la riserva della giurisdizione ecclesiastica in tema di nullità del matrimonio concordatario.

All'approfondimento, in prospettiva storica, di questo contrasto, che ripropone, *mutatis mutandis*, problemi di giurisdizione che erano sottesi anche alla vicenda del giudizio Garibaldi, sarà dunque dedicato il prosieguo di questo lavoro.

⁽³³⁾ Cfr. sopra, nt. 3.

⁽³⁴⁾ Cass., Sez. un., 13 febbraio 1993, n. 1824 (Presidente di Sezione Cons. Franco Bile).

⁽³⁵⁾ Corte cost., 29 novembre 1993, n. 421 (Presidente Francesco Paolo Casavola, Redattore Cesare Mirabelli).

In memory of Giuseppe Palazzolo (Antonio Palazzo)

Issue 2019 of Review “Diritto e Processo” in memory of Giuseppe Palazzolo (Partinico, 1961, 13th July – 2019, 6th October), University researcher, lawyer and jurist.

Giuseppe Palazzolo è stato un valente studioso del diritto civile e commerciale. Allievo della Scuola siculo-romana, è stato titolare di insegnamenti di area civilistica e commercialistica presso l'Università Lumsa (Sede di Palermo), l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata e l'Università degli Studi di Perugia, nonché presso Scuole di formazione forense e Scuole del Notariato. Nel 2017 ha conseguito l' idoneità per la II fascia nell'abilitazione scientifica nazionale per settore del Diritto privato. Da vari anni era membro dell'*Editorial Board of Europe* di questa *Rivista*.

Tra le sue pubblicazioni, vorremmo in questa sede ricordare i lavori monografici, *Atti gratuiti e motivo oggettivo*, Milano, Giuffrè, 2004; *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, Università di Perugia – ISEG, Roma-Perugia, 2004 [nei *Quaderni* di questa *Rivista* (n. 3)]; *Alimenti dovuti e mantenimento negoziato*, Napoli, ESI, 2008; *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, Università di Perugia – ISEG, Roma-Perugia, 2012 [nelle *Monografie* di questa *Rivista* (n. 14)]. Inoltre, è Autore di numerosi saggi e capitoli di libro in materia di obbligazioni, donazioni, famiglia e successioni, tra i quali si segnalano, in particolare, *Donazioni di modico valore e liberalità d'uso*, in A. PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, XI, Torino, Utet, 2009; *La donazione obnuziale nel sistema delle invalidità matrimoniali*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzolo*, 3, Torino, Utet, 2009; *Accertamento dello “status” e interesse familiare alla successione*, in *Fam. pers. succ.*, 2009; *I diritti successori dei figli non matrimoniali*, in *Rass. dir. civ.*, 2010; *Riconoscimento dell'incesto e induzione al reato*, in R. CIPPITANI, S. STEFANELLI (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-México, Università di Perugia – ISEG, 2013. Ha inoltre curato la Sezione *Grandi questioni e pareri* in A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, in *Tratt. teorico-pratico dir. priv. Alpa-Patti*, Padova, Cedam, 2008.

In memory of Federica Marabini (Antonio Palazzo)

Issue 2019 of Review “Diritto e Processo” in memory of Federica Marabini (Perugia, 1965, 14th November – 2019, 4th November), University researcher, lawyer and jurist.

Federica Marabini è stata una valente giovane studiosa del diritto commerciale. Allieva del Professore Maurizio Pinnarò, è stata titolare di insegnamenti di area commercialistica presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali (LU-ISS) di Roma, la Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, l'Università degli Studi di Roma “Tor Vergata” e l'Università degli Studi di Perugia, nonché presso la Scuola di perfezionamento per dottori commercialisti dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Perugia. A partire dal 1989 ha partecipato a varie ricerche finanziate dal C.N.R. e dal 2000 ha fatto parte di gruppi di ricerca, coordinati da Vittorio Santoro, impegnati in progetti su vari temi del diritto commerciale. Già più volte titolare di assegni di ricerca presso l'Università degli Studi di Perugia, dal 2012 era ricercatore presso il Dipartimento di Giurisprudenza della medesima Università.

Tra le sue pubblicazioni, oltre ai lavori monografici, *La posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004; e *La Funambolica posizione di Google tra antitrust e patent war*, Padova, Cedam, 2015, si segnalano in particolare: *I problemi sempre attuali del leveraged buy-out*, in *Dir. commercio internaz.*, 1996; *Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento: leveraged buy-out legalizzato?*, in *Giur. it.*, 2006; *L'intervento regolatorio in tema di crowdfunding. Per una teoria della regolazione*, in questa *Rivista*, 2015; *La tutela giuridica del software e l'open source*, in *Cyberspazio e dir.*, vol. 18, n. 58 (2-2017); *Internet Entrepreneur*, in A. BARTOLINI, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (eds.), *Dictionary of Statutes within EU Law*, Berlin, Springer, 2019.

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 19° – 2019