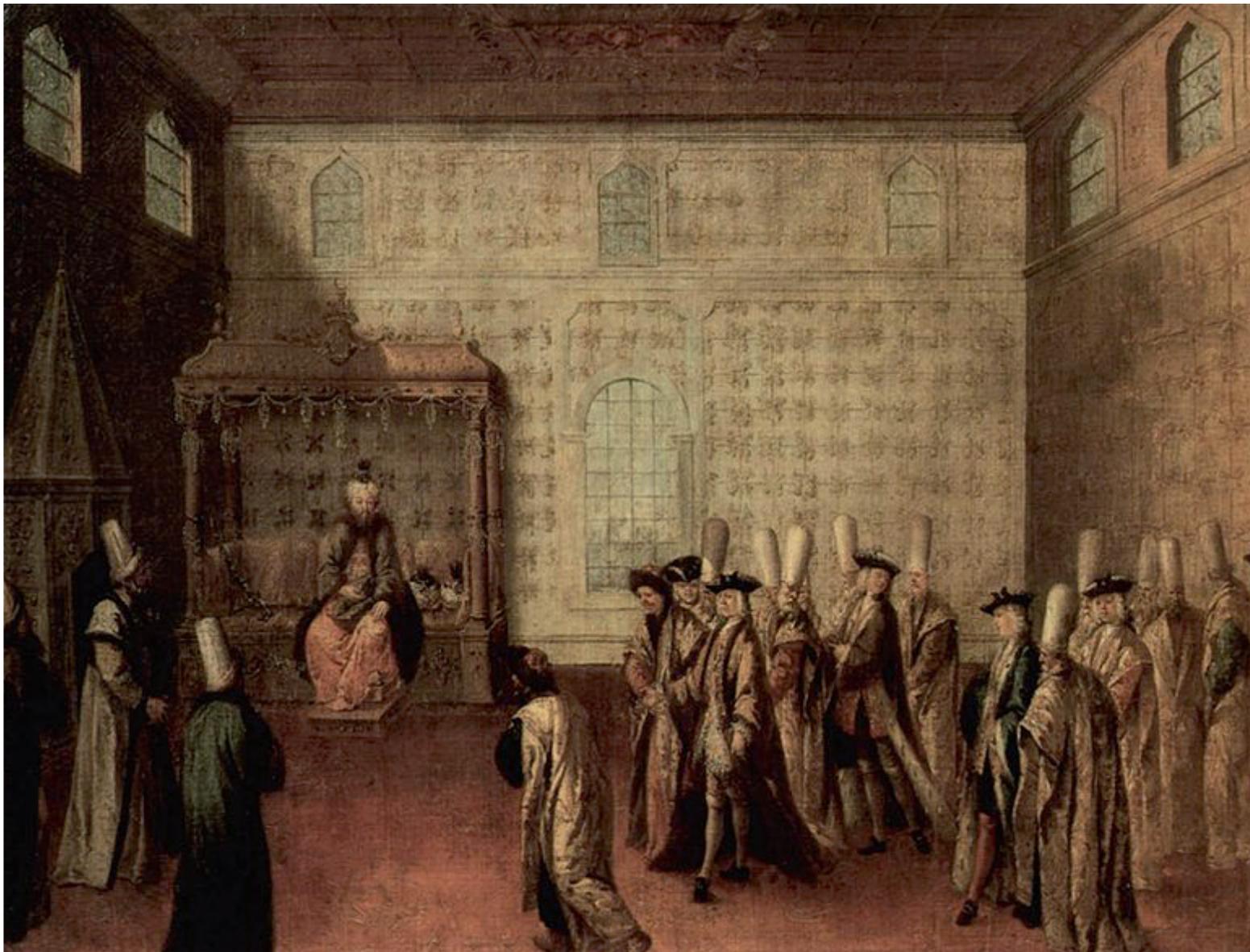




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2015 - Volume 4

www.comparazionedirittocivile.it

Comitato scientifico

Pasquale Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Gabriella Autorino (Università degli Studi di Salerno), Aldo Berlinguer (Università degli Studi di Cagliari), Guido Biscontin (Università degli Studi di Camerino), Irina J. Bogdanovskaya (Moscow National Research University), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno), Rosaria Giampetraglia (Università Parthenope di Napoli), Raffaele Lener (Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"), Mark R. Lee (University of San Diego), Gaspare Lisella (Università degli Studi del Sannio di Benevento), Fiona Macmillan (Birbeck College – University of London), Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia), Manuel David Masseno – (Instituto Politécnico de Beja), Carlo Mazzù (Università degli Studi di Messina), Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo), Elina Moustaira (National and Kapodistrian University of Athens), Francesco Ruscello (Università degli Studi di Verona), Manoel J. Santos (Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo), Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno), Livia Saporito (Seconda Università degli Studi di Napoli), Angelo Saturno† (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno), Bruno Troisi (Università degli Studi di Cagliari), Giuseppe Vecchio (Università degli Studi di Catania), Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno), Paolo Zatti (Università degli Studi di Padova).

Coordinatore del comitato scientifico

Pierluigi Matera (Link Campus University - Roma)

Comitato di redazione

Biagio Andò (Università degli Studi di Catania), Domenico Apicella (Università degli Studi di Salerno), Antonio Astone (Università degli Studi di Messina), Valentina Barela (Università degli Studi di Salerno), Başak Başoğlu (Istanbul Bilgi Üniversitesi), Aura Bertoni (Ask Centre – Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Nicola Brutti (Università degli Studi di Padova), Salvatore Casabona (Università degli Studi di Palermo), Claudia Cascione (Università degli Studi di Bari), Francesco Clementi (Università degli Studi di Perugia), Alessandra Cordiano (Università degli Studi di Verona), Cristina Costantini (Università degli Studi di Bergamo), Cristina Dalia (Università degli Studi di Salerno), Amalia Chiara Di Landro (Università Mediterranea di Reggio Calabria), Vincenzo Durante (Università degli Studi di Padova), Giovanni Facci (Università degli Studi di Bologna), Rigas Giannopoulos (Aristotle University of Thessaloniki), Marco Juric (University of Zagreb), Nevena Krivokapić (University of Belgrad), Leysser Léon-Hilario (Pontificia Universidad Católica del Perú), Antonio Legerén Molina (Universidade de Coruña), Francesca Maschio (Università degli Studi Roma Tre), Bruno Meoli (Università degli Studi di Salerno), Luigi Nonne (Università degli Studi di Sassari), Daniela Noviello (Università Link Campus - Roma), Annamaria Giulia Parisi (Università degli Studi di Salerno), Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo), Elena Poddighe (Università degli Studi di Sassari), Radim Polcack (Masarykova Univerzita - Brno), Tito Rendas (Universidade Católica Portuguesa), Paolo Rocca Comite Mascambruno (Università degli Studi di Salerno), Giacomo Rojas Elgueta (Università degli Studi di Roma Tre), Pieremilio Sammarco (Università degli Studi di Roma Tre), Mauro Serra (Università degli Studi della Basilicata), Giuseppe Spoto (Università degli Studi Roma Tre), Maria Gabriella Stanzone (Università degli Studi di Salerno), Andrea Stazi (Università Europea di Roma), Derya Tarman (Koc Üniversitesi - Istanbul), Maria Tommasini (Università degli Studi di Messina), Claudia Troisi (Università degli Studi di Salerno), Salvatore Vigliar (Università degli Studi di Salerno), Filippo Viglione (Università degli Studi di Padova), Giovanni Ziccardi (Università degli Studi di Milano).

Comitato per la valutazione

Stathis Banakas (University of East Anglia, Norwich), Alberto Maria Benedetti (Università degli Studi di Genova), Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata), Paolo Carbone (Università degli Studi di Sassari), Adolfo Di Majo (Università degli Studi "Roma Tre"), Silvia Diaz Alabart (Universidad Complutense de Madrid), Vincenzo Cesaro (Università degli Studi di Napoli "Parthenope"), Tommaso Edoardo Frosini (Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa"), Jay P. Kesan (University of Illinois), Claudia Lima Marques (Universidade Federal Rio Grande do Sul), Fiona Macmillan (Birkbeck College - University Of London), Ulrich Magnus (Universität von Hamburg und Mitarbeiter - Max Planck Institut von Hamburg), Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia), Pier Giuseppe Monateri (Università degli Studi di Torino), Maria Lilla Montagnani (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Alfonso Hernández Moreno (Universitat de Barcelona), Helena Mota (Universidade do Porto), Oreste Pollicino (Università Commerciale "Luigi Bocconi"), Antonino Procida Mirabelli di Lauro (Università degli Studi di Napoli "Federico II"), Pietro Rescigno (Università degli Studi "La Sapienza" di Roma), Giorgio Resta (Università degli Studi "Roma Tre"), Paolo Ridola (Università degli Studi di Roma "La Sapienza"), Liliana Rossi Carleo (Università degli Studi "Roma Tre"), Alessandro Somma (Università degli Studi di Ferrara), Raffaele Torino (Università degli Studi di "Roma Tre").

Comparazione e Diritto Civile – P.zza Caduti Civili di Guerra, 1 - Salerno
Testata registrata presso il Tribunale di Salerno n. 18 del 21/04/2010
Direttore Responsabile: Salvatore Sica
Per informazioni in merito a contributi e articoli, scrivere a: info@comparazionedirittocivile.it

ISSN 2037-5662

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



4/2015

INDICE

DOTTRINA

Quiebras del principio de igualdad como consecuencia del sistema descentralizado de prestaciones asistenciales para los ancianos en españa	2
I rapporti patrimoniali della famiglia: il nuovo regime convenzionale franco – tedesco	25
Le fusioni transfrontaliere intracomunitarie	35
Il licenziamento illegittimo nel contratto di lavoro a tutele crescenti	73

STUDI E RICERCHE

Vuoti di cittadinanza. Le proposte di attribuzione della cittadinanza ai minori «italo-stranieri»	86
Riflessioni sull'appartenenza di genere come diritto fondamentale all'identità personale	112
La difficoltosa ascesa dell'immateriale nelle codificazioni francese e italiana*	140
Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente	155

NOTE E RECENSIONI

Autodeterminazione e cure mediche, Il testamento biologico	161
--	-----

GIURISPRUDENZA

ASSICURAZIONE (CONTRATTO DI) – Intervento in causa e litisconsorzio	163
---	-----



4/2015

DOTTRINA

QUIEBRAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO CONSECUENCIA DEL SISTEMA DESCENTRALIZADO DE PRESTACIONES ASISTENCIALES PARA LOS ANCIANOS EN ESPAÑA

BLANCA SORO MATEO *

SOMMARIO: 1. Los perfiles del servicio público de atención a los mayores en la normativa autonómica. – 2. Contenido de la normativa autonómica de la tercera edad. – 2.1. El objeto de las normas autonómicas generales sobre protección de la tercera edad. – 2.2. El ámbito de aplicación de las normas sobre tercera edad. Diferencias de trato y de prestaciones derivadas de la normativa sobre tercera edad. Sobre su admisibilidad o proscripción. – 3. Quiebras del principio de igualdad como consecuencia de la instauración de un sistema descentralizado de servicios sociales. – 4. Modulaciones que el título competencial exclusivo de las comunidades autónomas sobre asistencia social puede sufrir como consecuencia del principio de igualdad. – 5. Nuestra propuesta.

ABSTRACT: Las distintas condiciones de acceso a las prestaciones asistenciales de los establecidas por las leyes de las Comunidades Autónomas españolas nos obligan a plantear la posible vulneración del principio de igualdad. En otros ámbitos de actuación administrativa, como es el caso de servicios públicos como la educación o la sanidad, el Estado regula los criterios de admisión a los distintos centros de prestación de servicios.

Carecen de justificación las diferencias de trato en relación al acceso a servicios públicos de competencia autonómica financiados exclusivamente a través de tarifas pagadas por los usuarios. Por el contrario, sí estarían justificadas las diferencias cuando estos servicios públicos son financiados total o parcialmente con cargo a fondos propios de las Comunidades Autónomas. Y lo mismo cabe decir cuando las diferencias de trato se producen en relación con servicios públicos de competencia local.

El estatuto jurídico del anciano viene constituido, además de por los derechos propios de la persona y de los administrados, por una serie de derechos específicos reconocidos precisamente en razón de la edad y los cuales se encuentran reconocidos y regulados por la normativa autonómica. ¿Puede la normativa autonómica reguladora de la tercera edad incidir sobre los derechos fundamentales de la tercera edad?

* Professore Profesora Titular de Derecho Administrativo CEBES Universidad de Murcia.



1. La Constitución española establece en su art. 50 la obligación de los poderes públicos de garantizar la suficiencia económica de los ciudadanos durante su tercera edad, a través de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas. Además, y con independencia de las obligaciones familiares, deberán promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderá sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio

¹. Se consagra, pues, desde instancias constitucionales, un sistema de asistencia social para la tercera edad, intuitu personae y dirigido a garantizar la suficiencia económica y a promover su bienestar, que viene a adicionarse a los sistemas que constituyen el estatuto constitucional de cada uno de los sectores de la sociedad contemplados por la Constitución y compatibles con la propia naturaleza de ésta². Así, el ordenamiento jurídico se ha preocupado de garantizar la protección de la persona y de los bienes de los mayores de manera especial por su frecuente incapacidad. Además, desde instancias constitucionales deviene necesaria la asistencia a aquellos que, además, carezcan de recursos idóneos para su desarrollo y bienestar personal. Se ha de señalar que aunque los deberes tutelares de los mayores se encuentran regulados en el Título X del CC, la normativa administrativa también se ha ocupado de esta cuestión, por lo que hace a la tutela de los mayores legalmente incapacitados. la Constitución Española, al diseñar el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, establece la posibilidad de que éstas asuman como competencia exclusiva la materia de Asistencia social en toda su extensión funcional, esto es, tanto las competencias normativas como las de ejecución o gestión (art.148.1.20ª CE)³. Como veremos, ha sido el legislador autonómico el que en su normativa sobre la tercera edad ha abordado la regulación de la protección jurídica de los mayores.

Así, algunas Comunidades Autónomas, conscientes del fenómeno social del envejecimiento de la población, han considerado la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado integrador de la problemática de las personas mayores como concreción y en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 50 de la CE, tratando de dar respuestas particulares y homogéneas a los complejos problemas que plantea la protección de este sector de la sociedad para hacer efectivas la igualdad y la libertad. Así pues, la tercera edad ha sido objeto de regulación por la normativa autonómica, de manera que el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de asistencia social ha producido una sectorialización de la propia acción social en este ámbito, habida cuenta de que cada norma confiere a este sector de la población una regulación distinta. Dijimos que ciertas Comunidades Autónomas habían asumido competencia exclusiva de forma expresa sobre tercera edad y que, no obstante, la falta de asunción de competencias sobre este sector concreto no era óbice para proceder a regular esta materia si se contaba con la competencia genérica sobre asistencia social, que la comprende. Así, Las Comunidades Autónomas de Asturias, Extremadura, Canarias, Andalucía y Castilla-León ha dictado leyes

¹ Se ha de tener en cuenta, además, que el art. 9 CE recoge como derecho programático de todos los ciudadanos, incluidas por tanto las personas con edad, un nivel de vida digno y de calidad. De este modo se supera el concepto de atención graciable a la tercera edad de otras épocas.

² No es la primera vez que un texto constitucional español confiere un tratamiento especial a las personas de edad. Así, el art. 43 de la Constitución de la Segunda República contempló a los ancianos como necesitados de asistencia estatal junto con los enfermos infancia y mujeres durante la maternidad.

³ Obsérvese que el texto constitucional no menciona expresamente los servicios sociales, los cuales se han de entender implícitos en la asistencia social. Sobre este extremo, *vid.* CASARES, F., “Estudio Comparado de las Leyes autonómicas de servicios sociales”, en AaVv, *Aplicación de las Leyes de servicios sociales. V Jornadas de estudio*, Acebo Madrid, 1987, pág.41.



generales sobre personas mayores⁴. Otras Comunidades, desde una óptica más parcial regulan aspectos concretos relacionados con los ancianos como la acogida familiar⁵, la financiación de los servicios de la tercera edad⁶ o la organización de la tercera edad⁷. No obstante, también normas sectoriales hacen una especial mención de las personas mayores al hilo de la regulación de otras cuestiones como las normas autonómicas reguladoras del deporte⁸, de los derechos de los consumidores y usuarios⁹ del régimen jurídico de las bibliotecas¹⁰ o de los minusválidos¹¹. Asimismo, merece una especial mención la reciente Ley foral 19/2002, de 21 de junio,

Respecto al contenido de las normas específicas reguladoras del servicio social de atención a la tercera edad, como se tendrá ocasión de comprobar, éste resulta ser de lo más variopinto. Así, son objeto de regulación el sistema de protección de los ancianos, las condiciones de apertura, funcionamiento, organización gestión y cierre de centros y servicios, los requisitos de los beneficiarios de cada una de las prestaciones, la capacitación del personal al servicio de los centros, el régimen de precios y financiación de los servicios, los procedimientos de acreditación y registro y los regímenes de inspección y control. Asimismo, este grupo de normas a que nos referimos suele contener lo que en términos generales denominaremos estatuto básico del mayor, esto es, el conjunto de derechos y deberes de una de las partes de la relación jurídico administrativa asistencial.

2.1. Como ya ha sido adelantado, ciertas Comunidades Autónomas, conscientes del fenómeno social del envejecimiento de la población han considerado la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado integrador de la problemática de las personas mayores como concreción y en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 50 CE. De este modo, tratan de dar respuestas particulares y homogéneas a los complejos problemas que plantea la protección de este sector de la sociedad, para hacer efectivas la igualdad y la libertad y, en concreto, facilitar que la persona mayor pueda

⁴ Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección de Ancianos; Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de Asistencia Social Geriátrica; Ley canaria 3/1996, de 11 de julio, de Participación de las Personas Mayores y Solidaridad entre Generaciones; Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores; Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección a las Personas Mayores.

⁵ Leyes catalana 22/2000, de 29 de diciembre y 11/2001, de 13 de julio, que aprueba las Normas Reguladoras de la Acogida Familiar de Personas Mayores; asimismo, el Decreto extremeño 5/2003, de 14 de enero, Decreto asturiano 38/1999, de 8 de julio y Decreto gallego 318/2003, de 26 de junio.

⁶ Ley navarra 17/2000, de 21 de febrero, reguladora de la aportación económica de los usuarios a la financiación de los servicios por estancia en centros para la tercera edad.

⁷ Ley aragonesa 3/1990, de 4 de abril, reguladora del Consejo Aragonés de la tercera edad.

⁸ Diez de las diecisiete Comunidades Autónomas llevan a cabo una especial mención de la tercera edad en sus normas reguladoras del Deporte, en concreto la Ley foral 15/2001, de 5 de julio, Ley murciana 2/2000, de 12 de julio, Ley cántabra, 2/2000, de 3 de julio, Ley canaria 8/1997, de 9 de julio, Ley riojana 8/1995, de 2 de mayo, Ley extremeña 2/1995, de 6 de abril, Ley castellanomanchega 1/1995, de 21 de febrero, Ley asturiana 2/1994, de 29 de diciembre, Ley aragonesa 4/1993, de 16 de marzo y Ley castellanoleonesa 9/1990, de 22 de junio.

⁹ Ley castellanoleonesa 11/1998, de 5 de diciembre, Ley balear 1/1998, de 10 de marzo, y Ley catalana 3/1993, de 5 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁰ Ley castellanomanchega 1/1989, de 4 de mayo.

¹¹ Ley balear 5/1999, de 31 de marzo, reguladora de los perros guía, Ley madrileña 23/1998, de 21 de diciembre, reguladora del acceso de las personas ciegas con deficiencia visual usuarias de perro guía al entorno, Ley valenciana 1/1998, de 5 de mayo, de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de la comunicación.



continuar en su entorno familiar habitual, ofrecer a la familia protección, atención y apoyo y proporcionar a las personas mayores la cobertura residencial necesaria. En consecuencia, tienen en común la declaración de sus objetivos, esto es la regulación de los derechos y sistemas de atención y protección de los ancianos¹² y de las condiciones básicas de los centros y establecimientos residenciales. No obstante, las normas andaluza, canaria y castellanoleonesa, por otra parte relativamente recientes, profundizan más en los fines a perseguir —permanencia en el entorno familiar, la vida autónoma y la integración social— y en los medios que ha de emplear la Administración para su consecución —sensibilización poblacional, promoción de la solidaridad entre generaciones y de la participación en la toma de decisiones, fomento del movimiento asociativo y control del maltrato y la desasistencia—.

La protección de los derechos de los mayores se erige como uno de los principales objetivos de la normativa administrativa más reciente en materia social. Ha sido el ámbito autonómico el que se ha ocupado de disciplinar esta protección¹³. Así, desde la normativa autonómica sobre la tercera edad se incide de manera especial en la disciplina de la protección jurídica de los derechos de los mayores. En este sentido, resulta ciertamente garantista la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores. En primer término, se encomienda a los poderes públicos la divulgación de información sobre los derechos de los mayores, facilitando así el ejercicio del derecho a la información (art. 13.1) y la garantía de los derechos que les corresponden como consumidores y usuarios (art. 13.9). En segundo lugar, se contemplan medidas jurídicas para prevenir e impedir situaciones de maltrato y desasistencia y para conferir una especial protección en los supuestos en que los ancianos sufren deficiencias (art. 13.2 y 3). En tercer término, el precepto enumera las vías que el ordenamiento jurídico pone a disposición del mayor o de su representante legal para al defensa de sus derechos: demanda de atención, protección o asistencia dirigida a las Administraciones Públicas, puesta en conocimiento de las situaciones que atenten contra sus derechos dirigida a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, queja ante el Procurador del Común y demás medios que reconozca el ordenamiento jurídico (art. 13.4). A continuación establece ciertas obligaciones dirigidas a cualquier persona, a las propias Administraciones Públicas y a los responsables de los centros residenciales en orden a poner en conocimiento de las autoridades competentes situaciones de maltrato u otra vulneración de los derechos de los ancianos, expoliación de su patrimonio e incluso concurrencia de circunstancias determinantes de su incapacitación (arts. 13.5, 6 y 7). Por último, el precepto establece la prohibición legal de ingreso residencial sin que conste fehacientemente el consentimiento del mayor (art. 13.8). Sobre la fehaciencia del consentimiento, como requisito *sine qua non* del ingreso, hemos de hacer las siguientes consideraciones. En primer término, la norma no exige un consentimiento expreso, lo único que establece es que éste sea fehaciente, esto es, que no deje lugar a dudas

¹² Cfr. Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección de ancianos (art. 1), Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica (art. 1), Ley canaria 3/1996, de 11 de julio (art. 1), Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores (art. 1) y Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril (art. 1). Asimismo, puede verse el Decreto vasco 41/1998, modificado por el Decreto 195/2006, de 10 de octubre.

¹³ La Ley canaria 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y solidaridad entre generaciones dedica su título III a la protección de los derechos de los mayores. Asimismo, la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores en sus arts. 4 a 15 y la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección de las personas mayores, en sus arts. 42 a 44.



de su concurrencia; luego no estaría prohibido, en principio, un consentimiento tácito o implícito.

Por otra parte, la Comunidad Autónoma de Asturias ha creado una figura inédita hasta el momento, en el panorama organizativo de la Administración de la tercera edad. En efecto, la Ley 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección de ancianos crea la figura del *Letrado Defensor del Mayor*, según su propio Preámbulo, para reforzar las garantías de unas personas que *se encuentran, a menudo, amenazadas en una sociedad con los valores de la productividad excesivamente despiertos y los de la solidaridad a menudo adormecidos* (Título IV, arts. 17-21).

Se trata de un órgano administrativo adscrito funcionalmente a la Consejería de sanidad y encuadrado orgánicamente en el servicio jurídico de la Comunidad¹⁴. De entre las funciones que se le encomiendan destaca el ejercicio de la acción pública en defensa del anciano, en todos los casos en que la legislación penal y procesal lo permitan (art. 17). Asimismo, de oficio o a instancia de parte, ejercerá cuando proceda la defensa legal de los intereses y derechos de los ancianos y colaborará y apoyará al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal¹⁵.

Los arts. 19 y 21 disciplinan la dinámica de las reclamaciones dirigidas al Defensor del Anciano que la propia Ley califica de procedimiento. El *iter* responde a las siguientes fases del Procedimiento Administrativo Común.

La Iniciación corresponderá a toda persona natural o jurídica que acredite un interés legítimo relativo a situaciones de *lesión de los derechos de las personas ancianas* a las que se refiere la Ley. Puede advertirse cómo, entre los sujetos legitimados, puede encontrarse cualquier persona ligada con el anciano por relación de parentesco, vecindad o amistad, cualquier institución de voluntariado, voluntario no institucionalizado, responsable o trabajador de un centro de atención primaria o residencia e incluso el propio anciano. En cuanto al objeto de la queja, éste puede deducirse sistemáticamente de otros dos elementos, la legitimación activa y las funciones atribuidas por la Ley a este órgano. Por lo que hace a la legitimación, de la configuración de esta puede deducirse que el contenido de la queja podrá consistir en la puesta en conocimiento del órgano de una situación de vulneración de un derecho de una persona anciana recogido en la Ley (art. 19). No obstante, se observa cierta discordancia con lo que al respecto dispone el art. 18.f, que al enumerar las funciones que se atribuyen al Defensor del anciano incluye el recibir las quejas de los ciudadanos relativas a situaciones de lesión de los *derechos fundamentales de las personas ancianas, proclamados en el Título I de la Constitución*.

¹⁴ Según el art. 17 de la Ley 7/1991, de 5 de abril, sería elegido, mediante convocatoria pública, entre letrados que acreditaran especial prestigio y conocimiento en materia de Derecho de familia y protección social. Este precepto ha sufrido una modificación importante mediante la Ley 2/1998, de 26 de noviembre. Por lo que a la provisión de dicho órgano respecta, las características esenciales del puesto, los requisitos exigidos para su desempeño y la forma de provisión serán las que se determinen en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario al servicio de la Administración del Principado de Asturias (artículo único).

¹⁵ Otras funciones de este órgano se encuentran enumeradas en el art. 18 de la Ley de referencia. Por lo que hace a la función de velar porque a las personas que hayan sufrido disminución de su capacidad psíquica se les garantice la efectiva tutela de sus intereses, la norma dispone que éste se encontrará legitimado para requerir a la dirección del establecimiento la comunicación de los supuestos en que una persona ingresada sufra una evolución de su capacidad o estado psíquico de la que podía deducirse una pérdida de su facultad para discernir y, por tanto, crea incapacidad para gobernar sus actos, al objeto de que este hecho se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.



No obstante, la pretensión objeto de la queja puede ser más amplia, y no consistir exclusivamente en poner en conocimiento del órgano esta situación de vulneración de derechos de los ancianos. Así, en virtud del art. 17 de la Ley, el órgano puede ser instado a ejercitar la acción pública en defensa del anciano y a ejercer, si así procede (procedencia sobre la que al menos se deberá de pronunciar), cualquier medida de defensa legal de los intereses y derechos de los ancianos¹⁶.

En cuanto a la forma de la queja, ésta se presentará firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellidos y domicilio, en escrito razonado (art. 20.1). La Ley, además, condiciona la presentación de la misma al plazo máximo de un año, a partir del momento en que el interesado tuviere conocimiento de la situación de lesión de los derechos del anciano. No se entiende muy bien la subordinación a este plazo de la posibilidad de denunciar estas situaciones a través de las reclamaciones a que se refiere la Ley, habida cuenta de que los plazos de prescripción de las infracciones a que se refiere la ley por vulneración de algunos derechos por ésta reconocidos de los ilícitos penales en podría haberse incurrido como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales superan, con creces, dicho plazo. En cuanto al lugar de presentación, sólo se alude a la posibilidad e utilizar los buzones de quejas que por prescripción del art. 7 de la Ley se colocarán en todo establecimientos residencial para ancianos sito en el territorio del Principado de Asturias, público o privado y concertado o financiado parcialmente con recursos públicos o no. A este respecto habrá que estar, además, a lo dispuesto en la LRJAP y PAC sobre el modo y lugar de presentación de escritos.

Una vez admitida a trámite la reclamación¹⁷, el procedimiento finalizará con una decisión administrativa que, según dispone el art. 20.5 de la Ley, *no será objeto de recurso*. Puede que sea ésta la cuestión más controvertida de la regulación que la Ley asturiana confiere al procedimiento para la tramitación de reclamaciones en relación a situaciones de vulneración de los derechos de los mayores. La referencia a la prohibición de recurso, a nuestro juicio, ha de ser bien entendida y, en este sentido, debe considerarse que lo que la Ley trata de señalar es que las decisiones o resoluciones de este órgano ponen fin a la vía administrativa. Un entendimiento distinto, nos llevaría a afirmar la existencia de actos administrativos sobre los que no fuese posible control jurisdiccional, lo cual resulta absolutamente incompatible con nuestro ordenamiento jurídico (art. 24 CE).

Otra de las carencias de la Ley, en relación con lo anterior, es el establecimiento de plazo máximo con que cuenta la Administración para resolver estos procedimientos, de manera que será de aplicación la regla general de los tres meses establecida en el art. 43 de la LRJAP y PAC. Tampoco se encuentra mención especial relativa al vencimiento de este plazo máximo sin resolver y notificar la resolución, por lo que será de aplicación, de nuevo,

¹⁶ Recuérdese que el precepto dispone expresamente que éste órgano administrativo estará *encargado de ejercitar la acción pública en defensa del anciano en todos los casos en que la legislación procesal y penal lo permita, así como ejercer, cuando proceda, cualquier medida de defensa legal de los intereses y derechos de los ancianos, tanto de oficio como a solicitud de parte*.

¹⁷ La Ley se refiere a los motivos de rechazo provisional, rechazo definitivo y suspensión del procedimiento de queja. En concreto, el art. 2.1 precisa que no podrá constituir impedimento para el ejercicio de esta reclamación la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión, o, en general, cualquier relación de especial sujeción o dependencia de una Administración Pública o poder público. Podrá rechazarse la queja por anónima, porque se advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión o aquellas otras cuya tramitación irroge perjuicio al legítimo derecho de una tercera persona. (art. 20.5). Asimismo, no se entrará al examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpone por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales (art. 20.4).



el art. 43 de la LRJAP y PAC. Como es sabido, dicho precepto acoge la regla general del silencio positivo salvo las excepciones que prevé el propio precepto o una norma comunitaria o interna de rango legal. Pues bien, ante la inexistencia de estas dos últimas se ha de determinar si este procedimiento encaja en alguna de las excepciones previstas en el art. 43 de la LRJAP y PAC, pues de lo contrario habría que afirmar un silencio positivo. Señala el precepto en cuestión que quedan exceptuados de la regla general del silencio positivo los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el art. 29 de la CE, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efectos desestimatorios. De estos tres supuestos, el que interesa a nuestro objeto, como puede deducirse, es el primero, sobre el que habrá que efectuar una perfecta delimitación respecto del ejercicio de las reclamaciones reguladas en la Ley asturiana 7/1991. En efecto, ¿puede considerarse el ejercicio de estas quejas ante el letrado Defensor del Anciano el ejercicio del derecho fundamental de petición reconocido en el art. 29 de la CE?

Se ha de tener en cuenta que la pretensión, en el caso de la acción positivada por la norma asturiana, encuentra su fundamento en derechos subjetivos, fundamentales o no, de los ancianos y en un interés legítimamente protegido por la Ley en relación a las personas legitimadas para su ejercicio; en cambio, el ejercicio del derecho de petición, dado precisamente su carácter residual, excluye estos supuestos y encuentra su virtualidad, precisamente, cuando no se ostenta ningún derecho o interés legítimo¹⁸.

No encaja, pues, en el supuesto del derecho de petición, pero, no obstante, tampoco, a nuestro juicio, tendrá sentido aplicar el silencio positivo. En suma, el legislador debería haber fijado expresamente el silencio negativo, de manera que se facilitase el acceso a la jurisdicción¹⁹.

Otra cuestión importante sería la diferenciación de esta reclamación respecto de otras figuras afines. Nos hemos referido ya a las peticiones, pero nos resta abordar su distinción respecto de las denuncias. Sobre este extremo, ha de esgrimirse que éstas últimas no requieren la titularidad de un derecho o interés legítimo en el denunciante, a diferencia de lo que exige la Ley asturiana, que limita la legitimación para ejercitar esta reclamación a aquéllos que ostenten un interés legítimo relativo a la situación de lesión de derechos de un anciano. Además, la denuncia carece de petición o queja o sugerencia, propia de esta reclamación, como se argumentó *supra*, y del ejercicio del derecho de petición²⁰.

Otras cuestiones abordadas sobre las que se ha incidido o incidirá a lo largo del presente estudio son el ámbito subjetivo de las prestaciones²¹, financiación de los servicios

¹⁸ En este sentido la STC de 13 de julio de 1998 señaló que el derecho de petición ha de referirse a decisiones discrecionales o graciables, no a peticiones con fundamento en derechos subjetivos o intereses legítimos protegidos. Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F. y ALENZA GARCÍA, J.F., *Derecho de petición. Comentarios a la Ley orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 123-124 y ss.

¹⁹ Así, se ha operado, corrigiendo un error inicial, al regular el ejercicio del derecho de acceso a la información en materia ambiental.

²⁰ GONZÁLEZ NAVARRO, F. y ALENZA GARCÍA, J.F., *Derecho de petición ..., cit.*, pág. 132.

²¹ *Vid.* art. 2 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores; art. 2 de la Ley castellanoleononesa 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores; art. 2 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y solidaridad entre generaciones; art. 1 de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica y 3 de la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril.



de atención²², las distintas modalidades de prestación y atención, formal²³ e informal²⁴, la protección económica de ancianos²⁵, la protección jurídica en caso de maltrato, desatención, expoliación patrimonial o ingreso²⁶, la participación en la vida política, social, económica y cultural²⁷, la vivienda y el urbanismo²⁸, la educación y la formación de las personas mayores y la cultura²⁹, el turismo, el ocio y el deporte³⁰. Estas normas incorporan, asimismo, regímenes de autorización, inspección, acreditación de centros y servicios de atención³¹ y un sistema sancionador³².

2.2. Las normas autonómicas sobre tercera edad establecen, aparentemente, similares ámbitos de aplicación subjetiva, si bien, conviene que nos detengamos en las especialidades que sobre esta cuestión se derivan de cada una de ellas, para indagar si la diferencia de trato resultante de estas eventuales diferencias detectadas pudiera contravenir el principio de igualdad.

En primer término, la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección de ancianos establece, a los solos efectos de obtención de plaza de residente en establecimientos dependientes de la Comunidad Autónoma, y como ámbito de aplicación subjetivo de la misma tres concretos supuestos. Así, se refiere a las personas pensionistas o no mayores de 65, a los pensionistas mayores de 60 y a los mayores de 50 años con incapacidad física o mental y cuyas circunstancias personales, familiares o sociales aconsejen el ingreso. Como requisito adicional a estas tres situaciones y, salvo supuestos excepcionales a los que por cierto no se refiere la norma, es necesario cumplir un período mínimo de residencia en la Comunidad Autónoma, de dos años de antigüedad a partir del día de presentación de la solicitud de ingreso, en los dos primeros casos y de tres años, en las mismas condiciones, para el tercero (art. 3). Lo que cabe achacar a esta norma es la amplia discrecionalidad que deja en manos de la Administración a la hora de apreciar la

²² *Vid.* art. 41 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril, de protección de la tercera edad; art. 22 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio de atención y protección de las personas mayores; Ley foral 17/2000, de 29 de diciembre, que regula la aportación económica de los usuarios a la financiación de los servicios por estancia en centros para la tercera edad; art. 23 de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica; arts. 10-12 de la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección de ancianos.

²³ Arts. 12, 26-34 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; arts. 14-19 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio; arts. 17 y 25 a 33 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio; y arts. 3 y ss de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril

²⁴ El art. 9 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores, que se refiere al apoyo a familiares y cuidadores.

²⁵ *Vid.* Arts. 48 y 49 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril y 39-41 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio.

²⁶ Art. 13 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; arts. 42-y ss. Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio.

²⁷ Arts. 4-6 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores; arts. 20-25 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril.

²⁸ Art. 30 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio.

²⁹ Art. 31-33, 34 y 35 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, 13 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio.

³⁰ Art. 16-19 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; arts. 36-38 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio.

³¹ Arts. 70-71 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; art. 10 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio; art. 36-37 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio; arts. 17-22 y 30-31 de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril; art. 4-9 de la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril; arts. 22-25 de la Ley asturiana 7/1991, de 5 de abril.

³² Art. 50-55 de la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, 58-69 de la Ley castellanoleonesa 5/2003, de 3 de abril; 38-46 de la Ley canaria 3/1996, de 11 de julio; arts. 33-35 de la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril; arts. 26-36.



excepcionalidad que motiva la exención del cumplimiento del requisito de la residencia mínima. Dichas circunstancias excepcionales deberían haber sido tasadas a nuestro juicio en la propia norma.

Por su parte, la Ley extremeña 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica señala que podrán ser beneficiarios a los efectos de la Ley y, por tanto, tendrán derecho a las prestaciones por ésta previstas, los mayores de 65 años, los pensionistas mayores de 60 y los pensionistas mayores de 50 años, siempre que concurra, en este último caso, incapacidad física o psíquica y cuyas circunstancias personales, familiares o sociales aconsejen el ingreso en establecimiento residencial (art. 1.1.2). Varias precisiones merece la solución dada al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley extremeña. En primer lugar, no se entiende por qué se supedita el derecho a prestaciones diversas y distintas del alojamiento a la apreciación de idoneidad de ingreso en alojamiento residencial, habida cuenta de que determinadas prestaciones que prevé el art. 4.4.1. de la Ley, como la ayuda a domicilio, el transporte subvencionado, la balneoterapia, el turismo social o la prevención y asistencia sociosanitaria también pueden resultar prestaciones idóneas para estas personas mayores de 50 años con deficiencias físicas o psíquicas. Por otra parte, las franjas de edad que fija la norma extremeña coinciden con las vistas en la norma asturiana. Por último, la norma prevé un supuesto excepcional, que se regulará reglamentariamente, que supone la reconsideración de la posibilidad de resultar beneficiario de las prestaciones previstas en la Ley a cualquier residente en Extremadura, extremeño o no, con residencia fija en Extremadura y en estado de extrema precariedad física, de convivencia y de alojamiento, sin establecer límite de edad alguno. Tampoco parece del todo adecuado desde una correcta técnica legislativa, incluir esta precisión, no por razón de edad, en una norma sobre asistencia social geriátrica.

La Ley canaria 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y solidaridad entre generaciones, ésta lleva a cabo una regulación más exhaustiva y precisa de los sujetos beneficiarios que las anteriores normas. En primer término, exige la condición política de canarios conforme a su Estatuto de Autonomía. Por lo que hace al requisito de la edad a diferencia de las normas vistas, fija éste en 60 años o en la edad prevista para la jubilación conforme a la normativa específica sobre actividades penosas y peligrosas. Además, también incluye en su ámbito subjetivo, al igual que la norma asturiana y extremeña, a los mayores de 50 años con alguna incapacidad física, psíquica o sensorial cuyas circunstancias personales, familiares o sociales así lo aconsejen, sin referirse específicamente a la idoneidad de ingreso, como veíamos en relación con la norma extremeña. Asimismo, y con los mismos requisitos vistos, tendrán la consideración de beneficiarios los canarios emigrantes que regresen a Canarias (art. 2).

En último lugar nos referiremos a la Ley andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección de las personas mayores. Tendrán derecho a las prestaciones y servicios previstos en la Ley los mayores de 65 andaluces, conforme al art. 8 del Estatuto de Autonomía, extranjeros, apátridas y refugiados con residencia en algún municipio de Andalucía, conforme a los Tratados Internacionales y, en su defecto, conforme al principio de reciprocidad y personas en estado de necesidad. Además, podrá establecerse reglamentariamente para mayores de 55 años que cumplan alguna de las circunstancias anteriores (art. 2). Quizá esté pensando el legislador en el establecimiento reglamentario del derecho de aquéllos que cumplan la edad de jubilación conforme a la normativa aplicable.



Por otra parte, como ha podido deducirse, se trata de la única norma sobre tercera edad autonómica que prevé el elemento de extranjería³³.

Sobre la admisibilidad de diferencias de trato derivadas de la normativa autonómica sobre acción social y sobre las distintas prestaciones sociales a que se tiene derecho en función de la residencia resulta preciso que nos detengamos³⁴. En efecto, constatado el diverso ámbito de aplicación de las diversas normas autonómicas de la tercera edad, habrá que concluir si se trata de diferencias objetivas, razonables y proporcionales en relación con la finalidad de la norma o si, por el contrario, nos encontramos ante una supuesta situación no denunciada vulneradora de los derechos fundamentales de los ancianos, en concreto, del derecho de igualdad.

Pemán Gavín considera que las diferencias de trato resultantes de la distinta normativa existente en las Comunidades Autónomas no vulneran el art. 14 CE, en la medida en que son consustanciales con el reconocimiento de competencias normativas y ejecutivas a las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social, reconocimiento que, a su juicio, *conlleva necesariamente la posibilidad de unas opciones distintas en cuanto a los servicios otorgados y a los recursos públicos destinados a la materia, así como también, por supuesto, unas diferencias en los niveles de eficacia de gestión de los servicios*. Ahora bien, Pemán Gavín continúa su argumentación recordando las posibilidades de que dispone el Estado para evitar que las diferenciaciones resultantes lleguen a vulnerar el principio de igualdad, apelando a la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (arts. 149.1.1ª , 149.1.17ª CE), a la previsión de transferencias financieras del Estado a las Comunidades Autónomas para garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en toda la nación (art. 158.1 CE) y la posibilidad excepcional de las leyes de armonización (art. 150). Cosa distinta sería que fuera el legislador estatal el que habilitara a los legisladores autonómicos para establecer dichas diferencias, en cuyo caso, al no derivarse o encontrar amparo en la Constitución —distribución constitucional de competencias— dicha norma estatal incurriría en inconstitucionalidad por contravención del art. 14 CE³⁵.

³³ En similares términos, puede verse el art. 1 de la Ley castellano-leonesa 5/2003, de 3 de abril.

³⁴ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas Madrid, 1994, págs. 157-163; Vaquer Caballería, M., *La acción social ... cit.*, págs. 182-192.

³⁵ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad ...cit.*, pág. 160 y 204-205.



3. Las distintas condiciones de acceso a las prestaciones asistenciales de la tercera edad establecidas por las leyes autonómicas nos obligan a plantear la posible vulneración del principio de igualdad. En otros ámbitos de actuación administrativa, como es el caso de servicios públicos como la educación o la sanidad, el Estado regula, en su normativa básica sobre estas materias, los criterios de admisión a los distintos centros de prestación de servicios¹.

Para Pemán Gavín carecen de justificación las diferencias de trato con relación a servicios públicos de competencia autonómica financiados exclusivamente a través de tarifas pagadas por los usuarios. Por el contrario, sí estarían justificadas las diferencias — art. 14— en supuestos servicios financiados total o parcialmente con cargo a fondos propios de las Comunidades Autónomas. Y lo mismo cabe decir cuando las diferencias de trato se producen en relación con servicios públicos de competencia local². El autor considera inconstitucionales las disposiciones que exigieran un período mínimo de residencia o la residencia sin más, con anterioridad a una fecha fija, para el disfrute de un determinado derecho. A su juicio, *se estaría con ello creando una distinción entre dos categorías de ciudadanos —que operaría en principio de forma indefinida— sobre la base de un criterio —la residencia con anterioridad a una determinada fecha— que difícilmente podría calificarse de otra forma que de arbitrario incurriendo, por tanto, en una discriminación prohibida por el artículo 14 CE*³.

El estatuto jurídico del anciano viene constituido, además de por los derechos propios de la persona y de los administrados, por una serie de derechos específicos reconocidos precisamente en razón de la edad y los cuales se encuentran reconocidos y regulados por la normativa autonómica⁴. Se trata, pues, de derechos de configuración legal, derivados del art. 50 de la CE y que corresponde su regulación a las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.1.20ª y se dirigen, en última instancia, a mantener la posibilidad de que las personas mayores puedan seguir ejerciendo gran parte de sus derechos y libertades. Además, con relación a los derechos incluidos en la sección 2ª del Capítulo II (Título I), las Comunidades Autónomas pueden regular su ejercicio, siempre que respeten su contenido esencial y ostenten competencia para ello. Así lo entiende nuestro TC que apela al art. 149.1.1ª CE como fundamento de su postura; de no ser así entendido a juicio del TC no tendría sentido hablar de condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales⁵. En tercer lugar, ¿puede la normativa autonómica reguladora de la tercera edad incidir sobre los derechos fundamentales de la tercera edad? Pemán Gavín nos ofrece las distintas posturas que pueden ser adoptadas por lo que se refiere a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas incidan en la regulación de los derechos fundamentales. En primer término, cabe entender que, habida cuenta de que la Constitución efectúa una reserva de ley orgánica para la regulación de tales derechos, no cabe su

¹ La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad acoge la regla de la adscripción territorial, si bien prevé determinadas excepciones que trascienden el criterio de la residencia como determinante de la posibilidad de acceso a los servicios (art. 15.2). Lo mismo cabe decir en relación con la educación universitaria. Sobre este extremo, *vid. asimismo*, PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad...cit.*, págs. 160-162.

² PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad... cit.*, págs. 163 y 178. Cfr. art. 150 del RSCL, que prescribe la igualdad tarifaria posibilitando, no obstante bonificaciones en relación con sectores de la población débiles económicamente.

³ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad... cit.*, pág.184. Alude también el autor a la contravención del art. 139.2 CE

⁴ ORTEGA considera beneficiarios del contenido del art. 50 somos *todos los ciudadanos durante la tercera edad ... se trata de unos beneficiarios universales sometidos a una condición suspensiva determinada por el cumplimiento de una determinada edad* (ORTEGA, L., “Contenido constitucional ...cit., pág. 866).

⁵ STC 37/1981, de 16 de noviembre



regulación a través de ley ordinaria y en consecuencia sólo el Estado puede proceder a su disciplina⁶.

Ahora bien, esta tesis quiebra cuando los derechos fundamentales se encuentran implicados en la regulación de materias sobre las que el Estado y las Comunidades Autónomas comparten la tarea normativa. Esto es, ¿cómo compatibilizar la competencia exclusiva del Estado sobre materias reservadas a ley orgánica como lo son los derechos fundamentales (art. 81.1 CE) y el reconocimiento de competencias normativas a las Comunidades Autónomas? (art. 148 CE). Puede entenderse que el ámbito material de la reserva de ley orgánica queda restringido por el juego de los arts. 148 y 149 CE, aunque se trata de una cuestión no pacífica en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina⁷.

En tercer término, encontraríamos aquellos supuestos en los que la materia implicada corresponde a la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas. Estos casos, no abordados por la doctrina, pueden darse en materia de asistencia social y concretamente por lo que hace a la concreción de los derechos fundamentales de la tercera edad. Nuestra argumentación sirve, desde luego para ampliar, junto con el art. 149.1.1º CE el ámbito de intervención estatal en esta materia, en aras de garantizar un mínimo común que permita la existencia de un sistema común de asistencia social, sin perjuicio de que los sistemas diseñados por cada Comunidad Autónoma se superpongan a éste. En este sentido, un silencio absoluto por parte del legislador estatal podría poner en peligro los derechos fundamentales y suponer una dejación de las responsabilidades derivadas del art. 50, que obligan a todos los poderes públicos⁸.

Ya ha quedado visto cómo, en la actualidad y como consecuencia del ejercicio de las competencias autonómicas sobre asistencia social, no contamos con un sistema de servicios sociales, sino con tantos como Comunidades Autónomas existen en nuestro Estado descentralizado. A la vista de dicha realidad y desde el punto de vista dogmático, se ha planteado por parte de la doctrina la posibilidad de que las divergencias entre dichos sistemas autonómicos quebranten la incolumidad del principio de igualdad. También, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta problemática desde los inicios de nuestro Estado constitucionalizado, observándose, en su doctrina, cierta evolución en la interpretación del alcance del principio de igualdad en relación con el reconocimiento de la autonomía.

La STC 37/1981 supone un cambio de rumbo en la interpretación constitucional de esta cuestión referida, pues viene a relativizar la necesaria uniformidad de los ordenamientos jurídicos autonómicos en este ámbito, limitando el alcance del mínimo común denominador a la garantía por parte del legislador estatal de la igualdad de derechos y deberes de los ciudadanos en todo el territorio nacional. La locución "igualdad no significa uniformidad", tan presente en toda la posterior doctrina constitucional,⁹ es

⁶ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad ...cit*, págs. 207 y ss.

⁷ Cfr. PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad ... cit.*, págs. 217 y ss. y jurisprudencia allí citada.

⁸ En palabras de ORTEGA, la explicación de los problemas de la tercera edad, tanto desde la perspectiva de del Estado de las autonomías como desde el concepto de Estado social ha de partir del reparto de la materia asuntos sociales entre los tres niveles territoriales, estatal, autonómico y local y *debe obtenerse, del conjunto de su actuación y de cara a los ciudadanos, un único resultado global que debe estar presidido por el principio de eficacia en la prestación de los servicios públicos.* (ORTEGA, L., "Contenido constitucional ...cit. pág. 865).

⁹ Han subrayado la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del art. 149.1.1ª CE, entre otras, las SsTC 37/1987, de 26 de marzo (f.j. 9º), 17/1990, de 7 de febrero (f.j. 17º), 150/1990, de 4 de octubre (f.j. 7º), 186/1993, de 7 de junio (f.j. 3º), 114/1994, de 14 de abril (f.j. 19º), 196/1996, de 28 de noviembre (ante-



utilizada por primera vez por el TC en esta sentencia (f. j. 2º). Este entendimiento es, asimismo acogido por gran parte de la doctrina, que en este sentido sostendrá que *el término de la comparación para enjuiciar si el trato dado por una norma autonómica contradice el derecho de igualdad (irrazonabilidad o arbitrariedad de la norma) está dentro del propio ordenamiento y no fuera de él*¹⁰. El cambio de rumbo se producirá a mediados de la década de los noventa. Esto es, a partir de la STC 156/1995 nuestro Tribunal Constitucional comienza a aceptar la diversidad, eso sí, siempre con un mínimo común denominador.

De parte de la doctrina y centrados en el ámbito material que nos ocupa, Alemán Bracho y García Serrano a pesar de afirmar la existencia de *un sistema público de servicios sociales en nuestro país* ponen de manifiesto las desigualdades regionales provinciales y municipales en el ámbito de los servicios sociales y la dificultad que ello supone para la consecución del principio de solidaridad interterritorial¹¹. También en el sentido apuntado, Fernández Pastrana puso de relieve las mutaciones que en relación con el servicio público suponía el reconocimiento de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de seguridad social y asistencia social, *ex. arts.149.1.17ª y 148.1.20ª CE*. Respecto a la Seguridad Social, se refiere concretamente a las mutaciones en la ordenación y en la gestión de los servicios públicos. Además, no se olvida el autor de las variaciones que el Estado de las Autonomías implicaría y de hecho implica en la propia existencia de los servicios públicos y, en concreto, en relación con los servicios públicos sociales. Así, estima el autor que *en el Estado de las Autonomías buena parte de los servicios públicos van a dejar de tener su perfil homogéneo, en función de la distribución de competencias operada entre el Estado y las Comunidades Autónomas*; pero, al explicitar las quebras de dicha homogeneidad, sólo alude a la diversificación de la ordenación de la ejecución y de la organización¹². A nuestro juicio, sin duda resulta más peligrosa la falta de homogeneidad, no por diferencias en la organización y en la ejecución sino en la existencia misma de los servicios sociales. Sobre este extremo se ha aludido al art. 139.1 CE como fundamento constitucional de la homogeneidad de los derechos y obligaciones de los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional.

Cabellos Espiérrez ha estudiado profundamente la operatividad de los arts. 149.1.1º y 139.1 de la CE en relación con los derechos constitucionales, tratando de determinar, entre un amplio abanico de cuestiones, el grado de igualdad exigible en la regulación de los derechos y deberes de los ciudadanos, adoptando una posición intermedia entre la

cedente 4º y f.j. 1º) y 156/1995, de 26 de octubre (ff.jj. 5º y 6º). Por lo demás, el TS, como advertimos junto con FERNÁNDEZ SALMERÓN en otro lugar, también viene reconociendo relevancia a la diferencia locacional en orden a la justificación del distinto tratamiento jurídico del medio ambiente según la Comunidad Autónoma de que se trate; así, en STS de 17 de enero de 1991 (Arz. 539) (FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y SORO MATEO, B., *La articulación del ordenamiento ... cit.*, pág. 110).

¹⁰ BAÑO LEÓN, J.Mª, *Las Autonomías territoriales y el principio de la uniformidad en las condiciones de vida*, INAL, Madrid, 1988, págs. 191 y 192. Esta opinión es suscrita asimismo en PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad...cit.*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 195 y ss., para el que éstos planteamientos han de ser resueltos sobre la base del art. 149.1.1ª CE. Por lo demás es esta la opinión de nuestro Tribunal Constitucional, como nos apunta el autor al referirse a las SsTC 76/1986, de 9 de junio, 37/1987, de 26 de marzo, 52/1988, de 20 de marzo, 90/1989, de 11 de mayo, si bien la doctrina del Tribunal Supremo no ha resultado siempre concordante.

¹¹ A juicio de las autoras, la existencia de un marco legal básico, constituido, entre otras, por la Ley del Voluntariado y Ley del menor además de por los planes nacionales como el Plan Gerontológico, permite afirmar la existencia de un sistema público de servicios sociales (ALEMÁN BRACHO, C. y GARCÍA SERRANO, M., *Fundamentos de Bienestar Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 219).

¹² FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., "La seguridad social y el Estado de las Autonomías", *D.A.* núm. 197, 1983, págs. 81-83.



interpretación literal de los preceptos enunciados y la justificación a ultranza de las diferencias atentatorias del principio de igualdad¹³. Por su parte, Pemán Gavín se refiere también al art. 14 CE como marco de referencia adecuado para abordar el problema de las diferencias de trato basadas en la residencia y derivadas de la diversa normativa resultante del ejercicio de las competencias autonómicas sobre asistencia social. Advierte el autor las posibilidades que brinda relacionar la diversidad de soluciones normativas con un derecho fundamental, esto es, la posibilidad de utilizar las vías jurisdiccionales existentes en nuestro ordenamiento para la protección de los derechos fundamentales¹⁴. Como es sabido, el TC no proscribía las infracciones al principio de igualdad fundamentadas en causas objetivas y razonables, apreciadas éstas en orden a la finalidad de la norma objeto de recurso¹⁵. La primigenia concepción del principio de igualdad jurídica como sinónimo del principio de universalidad de la ley y por tanto proyectado sólo a la eficacia de la misma ha sido superada por aquella otra, más acorde con el Estado Social, que permite el establecimiento de diferenciaciones para el restablecimiento de la igualdad real.

Pues bien, precisamente el art. 50 ha servido a nuestro alto tribunal para fundamentar diferencias de trato. Así ha entendido en STC 176/1993, de 27 de mayo que

[...] el trato más favorable dispensado en la regulación legal a los funcionarios jubilados ... no carece de justificación objetiva y razonable; y la diferenciación resultante es proporcionada a la finalidad de la norma ... en una legislación de carácter tuitivo ... la finalidad de esta preferencia legal es la de permitir que los funcionarios públicos jubilados continúen en la vivienda de la que son arrendatarios; continuidad que se justifica por circunstancias personales como la avanzada edad de los interesados ... el trato más favorable concedido en la regulación legal a los funcionarios jubilados puede encontrar otro fundamento adicional y sobrevenido en el art. 50 CE, que obliga a los poderes públicos a promover el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad y atender a sus problemas específicos, entre ellos el "de vivienda" (f.j. 3º).

¹³ CABELLOS ESPÉRREZ, M.A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pág. 17 y ss y 27. Existen, no obstante, posiciones radicales en torno a la posibilidad de incidir normativamente por parte de las Comunidades Autónomas en la regulación de derechos y deberes. En este sentido CABELLOS ESPÉRREZ critica la postura de VILLACORTA MANCIBO y de PÉREZ ROYO (VILLACORTA MANCIBO, L., *Reserva de Ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, págs. 99 y ss. y PÉREZ ROYO, J., *El nuevo modelo de financiación autonómica, Análisis exclusivamente constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 16 y ss.).

¹⁴ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 137 a 150, en especial, pág. 145 y jurisprudencia del TC y del TS allí citada.

¹⁵ Como estima el TC en STC 90/1995, de 9 de junio, [...] *Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios objetivos y razonables según criterios y juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, "que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos"* (STC 176/1993, f.j. 2º). Por lo que, en resumen, se ha dicho que "el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador (STC 110/1993), fundamento jurídico 4º, y las que en ella se citan" [...] (f.j. 4º).



4. Se ha de tener en cuenta que el art. 139.1 CE reconoce que *todos los españoles tiene los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte territorio del Estado* y en el art. 149.1 se establece que el Estado tiene competencia exclusiva para regular *las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*.¹ Asimismo, el art. 9.2. CE encomienda a los poderes públicos sin distinción la promoción de las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sea real y efectiva.

La STC 13/1992, de 6 de febrero, nos ofrece sistemáticamente cuatro supuestos en que puede resumirse las posibles tachas de inconstitucionalidad de normas estatales, algunos de los cuales sirven de aplicación a nuestro objeto de análisis (f.j. 8º).

Así, un primer supuesto de colisión puede darse cuando el Estado *no invoca título constitucional* alguno y ejercita una competencia normativa y o de ejecución que corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas. En segundo término, nos encontraríamos con los casos en que el Estado ostenta un título genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia o bien ostenta la competencia sobre las bases o coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo y de ejecución. Un tercer supuesto sería aquel en que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución. En este caso, advierte el TC que el Estado puede extenderse en la regulación de la materia, dejando a salvo la potestad de autoorganización de los servicios. Por último, y es este el supuesto que nos interesa, puede darse el caso de que las Comunidades Autónomas tengan asumida la competencia exclusiva sobre la materia. Se trata de materias sobre las que el Estado sólo podrá incidir, por ejemplo gestionando subvenciones, cuando ostente algún título competencial, genérico o específico sobre la materia, y siempre que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades —en el caso de las subvenciones, de obtención y disfrute— en todo el territorio nacional¹. Es pues, el principio de igualdad, el que modula las posibilidades normativas del Estado, sobre materias que son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Como ha quedado visto, el Alto Tribunal adopta una concepción relativista de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. La peculiaridad de la materia que analizamos radica precisamente en la imposible existencia de intereses autonómico y general. Como ha afirmado el TC en su sentencia 146/1986, de 25 de noviembre, *las medidas públicas de acción y protección social no pueden suponer colisiones de intereses, que siempre serán coincidentes ... en una materia compleja, como la acción y protección social, tan central, además, en un Estado social (a la vista de los principios rectores incluidos en el capítulo tercero del Título I de la Constitución) las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social* (f.j. 5º)

No obstante, el Tribunal Constitucional, en ocasiones, ha apelado al *interés general* como fundamento de la intervención normativa del Estado en materias de competencia autonómica, como si de un título competencial se tratara, no por contraposición al interés particular de cada Comunidad Autónoma en la materia, sino como principal objetivo a

¹ STC 13/1992, de 6 de febrero (f. j. 8º).



conseguir a través de la realización del principio de igualdad². Leguina Villa difiere del principal argumento utilizado en la STC 146/1986 para legitimar el dictado de normas estatales que afecten a la asistencia social. En efecto, en el Voto particular que formula a dicha resolución, a pesar de apreciar el rigor argumentativo de la Sentencia, echa de menos el título competencial que legitima la acción promocional del Estado en materia de asistencia social. A su juicio, aunque no se diga expresamente *la Sentencia viene a sostener que el interés general, entendido como interés estatal, es un criterio suficiente para abrir la disponibilidad (como es el caso que ahora nos ocupa) que la Constitución y los Estatutos han entregado a las Comunidades Autónomas, sin reserva o excepción alguna a favor del Estado*. Frente al parecer de la mayoría, Leguina Villa entiende que los órganos centrales carecen de toda competencia para intervenir unilateralmente en dicha materia, y esta falta de título competencial no puede subsanarse con una apelación al interés general. En consecuencia, si el Estado pretende canalizar sus fondos a acciones de asistencia social, propone, bien la distribución de tales fondos entre todas las Comunidades Autónomas, o bien la celebración de convenios o acuerdos de colaboración con las Comunidades Autónomas³.

La intervención estatal en el terreno de la asistencia social queda comprendida en el marco que le ofrece el art. 9.2 de la CE, esto es, en la obligación que la Constitución dirige a los poderes públicos de promover la igualdad sustancial del individuo y de los grupos en que se integra —*ad ex*. tercera edad⁴. Así se ha sostenido por parte del TC que las cláusulas genéricas derivadas del art. 1.1 ó 9.2 CE, aunque obligan a todos los Poderes Públicos, corresponden prioritariamente ser cumplidas por quien mayor capacidad de gasto tiene, esto es, al Estado⁵. No obstante este precepto, como tantas otras veces ha señalado el TC no puede considerarse una habilitación para que el Estado pueda vaciar de contenido el diseño constitucional del Estado de las Autonomías⁶.

En relación con estos preceptos enunciados, consagradores, como decimos, del principio de igualdad y sobre las posibilidades que encuentra el Estado de influir normativamente en la materia asistencia social, en este caso por el hecho de invertir fondos propios en una determinada actividad, el TC ha estimado que

[...] La sola decisión de contribuir a la financiación no autoriza al Estado para invadir competencias ajenas que lo siguen siendo, a pesar de la financiación, sino que, aun si estima que lo requiere el interés general, deberá desenvolver su actividad al amparo de una autorización constitucional, y respetando en todo caso las competencias que la Constitución (que se entiende que también ha valorado el interés general) ha reservado a otros entes territoriales ... la persecución del interés general se ha de materializar "a través de" y no "a pesar de" los sistemas de reparto de competencias articulado en la Constitución, pues sólo así podrá coordinarse con el conjunto de peculiaridades propias de un Estado de estructura plural (f.j. 3º)⁷.

² STC 146/1986.

³ En este sentido, pueden consultarse las SsTC 95/1986, 152/1988, 201/1988, 75/1989, 188/1989 y 13/1992.

⁴ Cfr. STS (sala 4ª) de 23 de marzo de 1987. El TS señala, en este caso, aceptando el criterio de la sentencia apelada (considerando decimotercero), que frente a las alegadas vulneraciones de los arts. 1, 9, 14, 23, 31, 39, 138 y 149.1.1ª CE, *la igualdad no puede confundirse con uniformidad, y que la falta de esta es perfectamente viable dentro de un Estado complejo como el que elabora la Constitución, según se deriva de sus art. 2, 137 a 158 y concordantes*.

⁵ STC 13/1992, de 6 de febrero.

⁶ En el mismo sentido, *vid.* STS (sala 4ª) de 23 de marzo de 1987).

⁷ STC 146/1986, de 25 de noviembre.



A continuación, el Tribunal Constitucional esgrime a favor de la intervención estatal, en materia de asistencia social, el recurrente argumento de la supracomunitariedad, en cuanto a políticas sociales que sólo tengan sentido con relación a todo el país en su conjunto. En efecto, estima el Alto Tribunal que:

[...] las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos como sucede en particular con los entes locales, ni por parte de las entidades privadas, que gozan, además, al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado [...] (f.j. 4º) ⁸

Las afirmaciones anteriores suponen que cuando un problema social requiera intervenciones de asistencia social a nivel supraautonómico es conforme con la Constitución la intervención del Estado en su diseño⁹; pero siempre tratando de respetar —*en lo posible*— las competencias de las Comunidades afectadas. Esta tarea, no obstante, resulta difícil, y el TC apunta, como instrumento que permita compatibilizar las competencias respectivas del Estado y las Comunidades Autónomas, los instrumentos cooperativos¹⁰. Ahora bien, la cuestión es bien distinta, no por lo que hace al diseño estatal de determinadas políticas sociales necesariamente supracomunitarias, sino por lo que hace a la gestión o ejecución. En este caso, apelando a lo resuelto por la STC 95/1986, de 10 de julio, afirma que, aunque en principio la ejecución de una determinada materia corresponda a las Comunidades Autónomas, resulta compatible con el diseño constitucional de competencias la posibilidad estatal, no sólo de regulación sino también de ejecución o gestión cuando *la gestión centralizada ... resultase imprescindible*, esto es, si se trata de *asegurar la plena efectividad* de la política diseñada y de *garantizar la misma posibilidad de obtención y disfrute por sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional* (principio de igualdad). Sólo cabría la intervención estatal en la gestión cuando la misma no pudiera regionalizarse¹¹.

Ha suscitado controversia constitucional la posibilidad de que el Estado, en sus Leyes de presupuestos otorgue subvenciones a las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas. En estos casos, cuando la subvención se dirija a cubrir el déficit y a asegurar el equilibrio financiero de las Administraciones territoriales, nos encontraríamos en el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado sobre Hacienda General, *ex art. 149.1.14 CE*¹². Ahora bien, cuando se trata de subvenciones-dotación, destinadas a la prestación de servicios públicos transferidos a las Comunidades Autónomas o que formen parte del coste ordinario de los mismos, deberán éstos transferirse globalmente en bloque para ser integrados en los presupuestos de la Comunidad Autónoma, *sin otros condicionamientos que el genérico estrictamente indispensable para asegurar el destino de la subvención afectándolo a la finalidad prevista en los presupuestos generales del Estado, de modo que se*

⁸ STC 146/1986, de 25 de noviembre.

⁹ El Tribunal se refiere a programas de acción social estatal y de actividades de ámbito estatal, pero sólo a su diseño, esto es la regulación de los tipos de ayudas, su cuantía, los posibles beneficiarios, el procedimiento y requisitos formales para su concesión, etc.

¹⁰ STC 146/1986, de 25 de noviembre (f.j. 5º).

¹¹ STC 146/1986, de 25 de noviembre (f.j. 7º). En el mismo sentido puede verse la STS de 23 de marzo de 1987 (Arz. 3792).

¹² STC 13/1992, de 6 de febrero (f.j. 6º).



respete la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, reconocida en los arts. 156.1 de la Constitución y 1.1 de la LOFCA, que exige plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas (f.j. 6º)¹³. El problema se da cuando dichas subvenciones pretenden constreñir o condicionar el margen de decisión que corresponde a las Comunidades Autónomas sobre materias, como la asistencia social, competencia exclusiva de estas. Pues bien,

[...] no es imposible que al amparo de dicho poder de gasto, los órganos de la Administración central del Estado traten de atraer para sí o recuperar competencias normativas o de ejecución en los sectores subvencionados y que en principio, han quedado íntegramente descentralizados a favor de las Comunidades Autónomas ... que, a través de esta vía indirecta de las ayudas económicas que figuran en los Presupuestos Generales del Estado, las competencias autonómicas exclusivas pasen a redefinirse o convertirse "de facto" en competencias compartidas con el Estado, con la consiguiente e inevitable restricción de la autonomía política de las Comunidades Autónomas ... resulta constitucionalmente inaceptable ... si el Estado pudiera regular el modo, las condiciones y la manera en que han de emplearse por las Comunidades Autónomas los fondos estatales transferidos, ... estaría restringiendo la autonomía política de las Comunidades Autónomas y su capacidad de autogobierno, que se manifiesta, sobre todo, en la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia, forzándolas a una suerte de regateo o negociación con el Estado so pena de perder los fondos asignados a la subvención (f.j. 7º)¹⁴.

Ante la problemática derivada de los distintos regímenes jurídicos que el ejercicio de las competencias sobre asistencia social lleva consigo, sobre todo cuando no concurre competencia exclusiva alguna, a salvo la derivada del art. 149.1.1 CE¹⁵, se ha esgrimido la posibilidad de dictado de una Ley de armonización de las albergadas en el art. 150 de la CE. A este respecto, Barranco Vela y Castillo Blanco han señalado que acudir a ellas en materia social no parece ni conveniente ni ineludible, al menos con carácter general¹⁶. Sí, a nuestro juicio con carácter especial y teniendo en cuenta su carácter excepcional por lo que hace al colectivo constituido por la tercera edad *ex. art. 50 CE y 149.1.1ª CE*. Una interpretación hermenéutica de la CE nos lleva inexcusablemente a esta solución, al menos cuando se trata de materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en toda su

¹³ STC 201/1988 (f.j. 4º)

¹⁴ STC 13/1992, de 6 de febrero.

¹⁵ En opinión de VAQUER CABALLERÍA no sólo tiene sentido aplicar el título competencial del art. 149.1.1ª CE al capítulo III, sino que acaso sea donde más sentido tenga dicha aplicación para preservar el principio constitucional de unidad. No obstante advierte de la cautela que ha de emplearse en la utilización del juego de este precepto, para no vaciar de contenido las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas como ha señalado el TC en sus SsTC 37/1987, de 26 de marzo, 61/1997, de 20 de marzo y 173/1998, de 23 de julio (VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 158-159). Sobre la aplicación autonómicas del título constitucional albergado en el art. 149.1.1ª CE, *vid. PAMAN GAVÍN, J., Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Madrid, Universidad de Zaragoza/Civitas, 1992, pág. 235.

¹⁶ BARRANCO VELA Y CASTILLO BLANCO, A., "Asistencia y servicios sociales. Las competencias locales en la promoción y reinserción social", en BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. y CASTRO ABELLA, F. (coords.), *Derecho Local*, Tomo II, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1999, pág. 145).



extensión funcional, como es el caso de la asistencia social¹⁷. No obstante, el TC en su STC 146/1986, de 25 de noviembre, se pronuncia sobre esta cuestión al resolver un conflicto positivo de competencia en relación con una resolución estatal que afecta a la materia, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, relativa a la asistencia social. Pues bien, el Tribunal lleva a cabo una interpretación restrictiva de la armonización a que se refiere el art. 150.3 de la CE apreciando que en el caso concreto *no se trataba de armonizar norma alguna ... y no es cauce para emplear cuando el Estado tiene competencias en la materia que le permiten cumplir sus fines como en este caso hubiera podido suceder, pues no se ha utilizado ninguna de las posibles técnicas de coordinación* (f.j. 8º). También la STC 13/1992 señala que el art. 149.1.1ª sólo habilita *para establecer normativamente los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas de los españoles [...] Cosa distinta será el modo en que hayan de ejecutarse y gestionarse [...] que habrá de hacerse en todo caso [...] respetando las competencias autonómicas exclusivas sobre la materia* (f. j. 14). Esta doctrina justifica una regulación unitaria de mínimos para todo el territorio nacional, pero sólo en lo referente a la igualdad en los derechos y deberes constitucionales afectados¹⁸. Pero en nuestro caso, como se verá y habida cuenta de la existencia de normas autonómicas reguladoras de la tercera edad, se dan las circunstancias que justifican el empleo de esta norma cierre del sistema de distribución de competencias que complementa las demás previsiones competenciales sin necesidad de llegar a forzar determinados títulos con el riesgo de vaciar de contenido la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social¹⁹.

¹⁷ PEMÁN GAVÍN se refiere a estas leyes de armonización como instrumento de que dispone el Estado para evitar que esta diferenciación en los niveles de protección se desarrolle más allá de un cierto nivel (PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 160).

¹⁸ VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 159.

¹⁹ A juicio de VAQUER CABALLERIZA existe *legitimidad de una cierta densidad normativa estatal en todas las materias relativas a los servicios sociales atinentes a la persona —en garantía de una solidaridad territorial mínima— que desarrollarán y/o complementarán las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus títulos competenciales sectoriales* (VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 161).



5. Con base en la posible vulneración del principio de igualdad en el ámbito de los servicios sociales ya se han alzado voces críticas que reivindican una Ley General¹. Por lo que a nosotros respecta y conscientes de la dificultad que entraña abstraer en una norma general de aplicación directa las políticas públicas de protección a la tercera edad², en el concreto campo de la atención a las personas mayores, resultaría asimismo conveniente el dictado de una norma estatal que estableciera los mínimos que garantizaran la igualdad en todo el territorio nacional, obligando a las Administraciones Públicas a garantizar un nivel mínimo de prestaciones. Navarro Munuera se refiere a la justificación o fundamento de la intervención normativa del Estado en materia de asistencia social, que sitúa en la necesidad de garantizar la igualdad en la prestación de los servicios sociales en todo el territorio nacional, por lo que hace a unos niveles mínimos, que en virtud de la competencia autonómica *ex* 149.1.20ª CE podrían ser mejorados por las Comunidades Autónomas en función de la configuración autónoma de su política asistencial³. Pemán Gavín ha abundado sobre la proyección de la igualdad de trato a todos los españoles en la materia concerniente a la acción social y demás servicios públicos de competencia autonómica⁴.

La protección a la tercera edad como principio rector de la política social necesita una concreción para ser efectivo. Resulta necesario, pues, para la existencia de derechos subjetivos a favor de las personas de edad una configuración legal o reglamentaria de las prestaciones comunes obligatorias a favor de los mismos. De no ser así, los derechos fundamentales de la tercera edad sólo podrían ser garantizados, a través del sistema general

¹ En este sentido FORSTHOFF advirtió que [...] *De modo natural la evolución del Estado social de Derecho conduce a que las "garantías" sociales no queden relegadas en la región vaporosa de una promesa meramente programática de la que tomaría nota el legislador que es el primer obligado [...]* (ABENDROTH, W., FORSTOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 89). Puede consultarse, asimismo la siguiente dirección web: [wysiwyg://5/http://www.buscasalud.com/boletin/noticias/2002_09_27_13_41_53.html](http://www.buscasalud.com/boletin/noticias/2002_09_27_13_41_53.html) (fecha última consulta 1 de octubre de 2002). Por su parte, y ante la posible solución de esta problemática a través del dictado de una ley de armonización de las albergadas en el art. 150 de la CE, BARRANCO VELA Y CASTILLO BLANCO han señalado que acudir a ellas no parece ni conveniente ni ineludible, al menos con carácter general (BARRANCO VELA Y CASTILLO BLANCO, A., "Asistencia y servicios sociales. Las competencias locales en la promoción y reinserción social", en BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. y CASTRO ABELLA, F. (coords.), *Derecho Local*, Tomo II, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1999, pág. 145). Si, a nuestro juicio con carácter especial por lo que hace al colectivo constituido por la tercera edad *ex* art. 50 CE y 149.1.1ª. Una interpretación hermenéutica de la CE nos lleva inexcusablemente a esta solución. No obstante el TC en su STC 146/1986, de 25 de noviembre se pronuncia sobre esta cuestión al resolver un conflicto positivo de competencia en relación con una resolución estatal que afecta a la materia, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, relativa a la asistencia social. Pues bien, el Tribunal lleva a cabo una interpretación restrictiva de la armonización a que se refiere el art. 150.3 de la CE apreciando que en el caso concreto *no se trataba de armonizar norma alguna ... y no es cauce para emplear cuando el Estado tiene competencias en la materia que le permiten cumplir sus fines como en este caso hubiera podido suceder, pues no se ha utilizado ninguna de las posibles técnicas de coordinación* (f.j. 8º).

² Cfr. ABENDROTH, W., FORSTOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 87 y 88.

³ NAVARRO MUNUERA, A., *ob. cit.* pág. 91. El TS (sala de lo contencioso-administrativo) ha estimado que el art. 50 CE impone a las Administraciones Públicas el deber de desarrollar y en su caso explicitar en actos administrativos concretos su propia actividad protectora, para satisfacer un derecho subjetivo de derecho natural y fundamental, que aparece encarnado en la necesidad de asegurar la subsistencia de los ancianos realmente necesitados.

⁴ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 157 a 163.



propio de la protección de estos y de nada serviría la especial mención que respecto de este colectivo lleva a cabo el art. 50 CE⁵.

Si esta es la interpretación constitucional que se nos muestra como más satisfactoria, inmediatamente hemos de añadir a nuestra argumentación la crítica que merece la generosidad con que el art. 149.1.20^a CE posibilita a las Comunidades Autónomas para asumir como competencia exclusiva la materia asistencia social. Esto es, el constituyente, a la hora de referirse a la asistencia social como materia susceptible de ser asumida por parte de las comunidades Autónomas lo hace en toda su extensión funcional; en dicha lógica, como, por lo demás, ocurre respecto de otras muchas materias, no se refiere el precepto al desarrollo de las bases o de la legislación básica, ni a la ejecución de las mismas, sino simple y llanamente a la asistencia social, en bloque. Recurramos a otro sector materia —el ambiental— albergado por nuestra CE para explicar, a nuestro juicio, cuál habría sido el modelo de distribución de competencias más acorde con la garantía de prestación de los servicios sociales y por lo que a este estudio concierne, con la protección de la tercera edad, que incluimos dentro de la denominada asistencia social.

En efecto, el art. 149.1.23^a CE establece como competencia exclusiva del Estado el establecimiento de las bases sobre protección del medio ambiente. Se trata, ésta, de una competencia que se atribuye al Estado con un marcado carácter finalista, concretamente para el cumplimiento de una finalidad tuitiva por antonomasia. Pues bien, la técnica bases más desarrollo y su interpretación por el Tribunal Constitucional permite a las Comunidades autónomas desarrollar dichas bases. Ahora bien, todo no queda aquí. El art. 148.1.23^a CE incluye expresamente, entre las competencias que en materia ambiental pueden asumir las Comunidades Autónomas, el establecimiento de normas adicionales de protección, que mejorarían, añadirían, en su caso, un plus de protección a la derivada del cumplimiento de la normativa estatal⁶. Pues bien, es esta última la técnica que a nuestro juicio resultaría más idónea para perfilar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas por lo que hace a la asistencia social, respetuosa con la autonomía, pero, asimismo, garantizadora de los derechos fundamentales y de la observancia de los principios rectores del orden social como la igualdad y la protección a la tercera edad, que de otro modo podrían ser mermados.

La naturaleza de los problemas que suscita el medio ambiente, que como es sabido exige de ordinario políticas globales, unida al diseño competencial que ha llevado a cabo la Constitución, va a incidir en el alcance de la fórmula “legislación básica”. En efecto, la especialidad del medio ambiente salva la tradicional y expansiva concepción de lo básico, siendo necesario modular o replantear el entendimiento de la fórmula bases más desarrollo. Lo básico, en este ámbito, no se caracteriza como marco cerrado o hermético dentro del cual se han de mover las Comunidades Autónomas. Posteriormente, la dilatación del espacio normativo estatal es frenada por la STC 102/1995, de 26 de junio. La postura

⁵ Esto es, en general, en el campo de los derechos sociales y a mayor abundamiento por lo que hace a la protección de la tercera edad. El art. 50 CE dispone que los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

⁶ Así se evitaría el riesgo al vaciamiento de las competencias autonómicas en materia de asistencia social a las que se ha referido la doctrina. *Vid.* NAVARRO MUNUERA, A., *ob. cit.* pág. 91.



rupturista adoptada por el TC en la sentencia precitada viene confirmada en sucesivos pronunciamientos del Alto Tribunal⁷.

Pero para la materia que analizamos no nos sirve la doctrina constitucional acerca de la consideración de las bases como un mínimo común denominador que encuentra su fundamento en el art. 149.1.23ª CE. En el caso de la asistencia social, el fundamento constitucional del mínimo común denominador ha de ser buscado directamente en preceptos a los que el propio TC ha negado su carácter de títulos competenciales. Así, en relación a otros servicios públicos, como la enseñanza o la sanidad, la problemática se plantea en términos diferentes ya que el Estado, como hemos descrito en relación con la protección ambiental, sí que cuenta con competencias normativas básicas⁸.

Por otro lado, la peculiar naturaleza de la materia sancionadora amplía, si cabe, aún más las posibilidades normativas del Estado cuando se trata de aparejar sanciones a infracciones del ordenamiento social fundamentadas en la afectación a los derechos fundamentales⁹. El respeto de éstos, tratándose de mínimos de obligado respeto por las Comunidades Autónomas, se impone junto con los límites normativos que al Derecho sancionador se derivan directamente desde la Constitución (art. 149.1.1ª CE), así como desde los arts. 127 y ss. de la LRJPC.

La existencia de normas sobre seguridad social diferentes fue criticada en el debate a las enmiendas presentadas al proyecto de la Constitución española en la Comisión Constitucional del Senado. Ello provocaría un caos inadmisibles, por lo que se sostuvo una estructura esencial de la Seguridad Social igual para todos, lo que implicaba la competencia estatal, al menos por lo que hacía al denominado después mínimo común denominador¹⁰.

El *Derecho comunitario*, no obstante, puede jugar un papel fundamental, mucho más que en el terreno ambiental en el que las competencias normativas se encuentran compartidas, ya que la única instancia uniformadora —a salvo el dictado de una Ley de armonización *ex. art. 150 CE*— podría ser la comunitaria. No obstante, sabemos que el contenido del derecho comunitario no tiene por qué coincidir con el alcance de la competencia estatal cuando versa sobre una materia compartida desde el punto de vista normativo, aunque en la práctica condicione el alcance de las bases estatales. Cuando se trata de una materia competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, en principio las instancias responsables de la transposición resultan ser autonómicas, no encontrando, en este caso, el Estado, la vía de la extensión de las bases para paliar la inactividad

⁷ *Vid.*, por todas, las SSTC 156/1995, de 26 de octubre y 90/2000, de 30 de marzo. Se ha de tener en cuenta que el Consejo de Estado ha señalado en su Dictamen de 21 de mayo de 1992 que “el común denominador normativo contenido en una directiva está abocado a coincidir —con naturalidad y por regla general— con el concepto de bases en supuestos de competencias compartidas”.

⁸ En este sentido, PEMÁN GAVÍN señala la necesidad de poner en conexión el art. 149.1.1ª CE con los arts. 39, 41, 49 y 50 CE (PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas Madrid, 1994, págs. 160).

⁹ En el resto de los casos queda claro que las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas sancionadoras cuando ostentan la competencia sustantiva sobre una materia, como ocurre en sede de asistencia social, respetando en todo caso las disposiciones dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias albergadas en el art. 149.1.18 y siempre que no se introduzcan divergencias irracionales y desproporcionadas al fin perseguido respecto de l régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1ª CE). Cfr., en este sentido, STC 87/1985, de 16 de julio.

¹⁰ Cfr. GUTIÉRREZ LLAMAS, A-., *La distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 195.



normativa de ciertas Comunidades Autónomas, como mecanismo para reducir de facto el espectro abierto a su responsabilidad.

En último lugar, la existencia de un nivel mínimo obligatorio de prestaciones serviría para que la institución de la *responsabilidad patrimonial* en este ámbito, como instrumento de control externo de la actividad de las Administraciones Públicas, no perdiera su utilidad, por carecerse de *standar* de funcionamiento, esto es, para evitar que el hecho de que no exista, como ocurre en relación a la salud, una dimensión del derecho al mantenimiento de un mínimo vital, como derecho de la persona a una cualidad o aspecto propio, suponga la imposibilidad de obtener, con carácter general, una acción resarcitoria en el ámbito jurídico por su posible transgresión¹¹.

¹¹ *Vid.* en este sentido GARCÉS SANAGUSTÍN, A., "Principios generales del Derecho administrativo social", en BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte especial* quinta edición Civitas, Madrid, 2001, pág. 165.



I RAPPORTI PATRIMONIALI DELLA FAMIGLIA: IL NUOVO REGIME CONVENZIONALE FRANCO – TEDESCO

GIULIA SPELTA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il progetto di Regolamento COM (2011) 126. – 3. Il nuovo regime franco-tedesco. – 3.1. Gli ostacoli incontrati. – 3.2. Le critiche al regime di *participation aux acquêts* ed alla *Zugewinnngemeinschaft*. – 3.3. L'impianto del nuovo regime. – 4. Conclusioni.

1. Rispetto agli altri settori del diritto civile, la disciplina della famiglia presenta evidenti peculiarità, perlopiù determinate dal legame con il costume e gli usi locali¹ cosicché, tradizionalmente, la regolamentazione è stata oggetto di competenza esclusiva degli ordinamenti nazionali, ispirati a principi culturali, etici, sociali e religiosi spesso profondamente diversi tra loro². Di qui la particolare resistenza del legislatore statale a cedere anche solo parte dei propri poteri e la conseguente difficoltà a gestire i rapporti personali e patrimoniali: la mobilità delle persone in uno spazio senza frontiere interne ha, invero, portato ad un aumento sempre più significativo di unioni tra cittadini di Stati membri diversi, nonché alla presenza di queste coppie in ordinamenti di cui non hanno la cittadinanza³.

Un'analisi realizzata nel 2003⁴ evidenziava l'importanza del fenomeno delle famiglie internazionali nell'Unione e le relative difficoltà - pratiche e giuridiche - nella gestione quotidiana del patrimonio e nella sua divisione in seguito alla separazione personale o della morte. Esse spesso dipendono dalla difformità delle regole applicabili⁵ alle conseguenze pa-

¹ Il diritto di famiglia mostra quella forte diversità che deriva dalla commistione di diritto romano, comune e canonico e che ha condotto adiverse regolamentazioni. Per un esame sulle legislazioni, si vedano: A. FERID - D. HENRICH - D. BERGMANN *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Ergänzungslieferung*, Francoforte, 2006, p. 33 ss.

² S.M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti sovranazionali in materia di famiglia e le regole di applicazione ed interpretazione*, Relazione all'incontro di studio del CSM sul tema "Gli strumenti sovranazionali in materia di famiglia" tenutosi a Roma il 12-13-14 maggio 2010.

³ I dati statistici dimostrano che già nel 2007 il 13% dei divorzi pronunciati nei vari stati membri riguardavano coppie "internazionali": nota emessa dal Parlamento europeo alla data della stipula dell'accordo franco tedesco, reperibile al sito www.deutschland-frankreich.diplo.de/Gemeinsame-Erklärung-zum-40,1129.html.

⁴ CONSORTIUM ASSER - UCL, *Analyse comparative des rapports nationaux et proposition d'harmonisation, Rapport final établi à l'intention exclusive de la Commission Européenne. Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit International privé et le droit interne des états membres de l'Union Européenne*, in <http://ec.europa.eu>.

⁵ Di diritto sostanziale e di diritto internazionale privato. Le differenze tra i regimi patrimoniali in Europa sono effettivamente rilevanti ancorché, in genere, si riscontri lo stesso sistema, basato su un regime "legale", che trova applicazione in mancanza di diverso accordo dei coniugi, oltre ad alcuni regimi convenzionali: S. PATTI, *I regimi patrimoniali tra legge e contratto*, in S. PATTI e M. G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, pp. 197 ss.; per una panoramica dei diversi regimi, si rinvia a A. FUSARO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in G. ALPA e G. CAPILLI (cur.), *Il diritto privato europeo*, Milano, 2006, pp. 485 ss; W. PINTENS, *Ehegüterstände in Europa*, in Lipp-Schumann-Veit (ed.), *Die Zugewinnngemeinschaft - Ein europäisches Modell?*, Göttingen, 2009, p. 23; Id., in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2009, p. 268.



rimoniali del matrimonio e delle convivenze. La stessa Commissione europea nel 2010⁶ ha individuato nell'incertezza degli acquisti perfezionati da queste coppie uno dei principali ostacoli per quanti si accingono ad esercitare i diritti riconosciuti dall'UE oltre il territorio nazionale.

In astratto sono ipotizzabili diverse soluzioni. L'armonizzazione del diritto sostanziale dei rapporti patrimoniali della famiglia⁷ risponderebbe all'esigenza di prevedibilità degli esiti delle controversie, attualmente ostacolata anche dalle difficoltà derivanti dall'applicazione di una legge straniera, che risulta difficilmente conoscibile dal giudice di un altro paese e in continuo mutamento; la famiglia non rientra, tuttavia, tra le materie di competenza delle istituzioni comunitarie⁸. Quali alternative, si offrono l'adozione di norme di diritto internazionale privato uniformi, oppure la conclusione di accordi plurilaterali tra gli Stati membri volti al perseguimento di soluzioni comuni⁹.

⁶ Nella "Relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione - Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei cittadini dell'Unione", adottata il 27 ottobre 2010.

⁷ La tesi è già stata ribadita più volte negli anni: A.L. DROZ, *Les régimes matrimoniaux en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1974, t. III, p. 127, secondo cui "Dans les relations privées internationales ... seul un effort concerté peut réduire efficacement les divergences entre les systèmes juridiques et améliorer la situation des justiciables"; G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, *Trattato Cicu-Messineo*, Torino, 2010, pp. 215 ss.; A. AGEL, *Vers l'uniformisation des droits patrimoniaux des époux, en particulier dans les mariages internationaux?*, in *Conseil de l'Europe, Actes de la troisième Conférence européenne sur le droit de la famille. Le droit de la famille dans l'avenir*, Strasbourg, 1995, p. 73.

⁸ Non si rinvengono nei trattati istitutivi alcuna disposizione in ordine ad un (neppure parziale) trasferimento di sovranità da parte dei Paesi membri. Il settore della famiglia rimane soggetto alla sovranità degli Stati con le sole eccezioni previste per alcuni particolari profili in alcune specifiche disposizioni. La ragione di tale riserva deve ricercarsi nell'originario disinteresse della Comunità europea per rapporti di matrice non economica, i quali, non a caso, sono rimasti, almeno fino agli anni '90, essenzialmente estranei all'azione comunitaria. Gli Stati membri hanno, d'altra parte, manifestato alcuna volontà a conferire alle istituzioni europee il potere di legiferare direttamente nel campo del diritto materiale di famiglia, tanto che I. BARRIERE BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, in *Journ. dr. intern.*, 2010, , p. 3 ss., definisce il trattato di Lisbona come «[f]ruit d'un mouvement de méfiance à l'égard de l'Europe technocratique». Dunque l'Unione non può incidere sulle norme di diritto sostanziale anche se si è assistito – soprattutto nell'ultimo decennio – ad una sensibile crescita di interesse verso tale settore, tanto da far pronosticare una progressiva ma inesorabile sostituzione della competenza "comunitaria" a quella nazionale: S.M. CARBONE e C. TUO, op. cit.

⁹ Si interrogavano sulla possibilità di adottare il modello della comunione degli incrementi patrimoniali come regime patrimoniale europeo D. MARTINY, *Ein zusätzlicher Güterstand für Europa?*, in *Festschrift für Schwab*, Bielefeld, 2005, pp. 1189 e ss.; in senso opposto D. SCHWAB, *Der Zugewinnausgleich in der Krise: Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends*, in *Festschrift für Söllner*, Monaco di Baviera, 2000, pp. 1082 e ss. In tema anche A. RÖTHEL, *Die Zugewinnngemeinschaft als europäisches Modell?*, in *Lipp-Schumann-Veit, Die Zugewinnngemeinschaft*, cit., pp. 57 e 59 ss.



2. L'esigenza di modulare la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi in conformità alle scelte adottate nell'ambito di strumenti normativi internazionali è da tempo avvertita¹: le autorità comunitarie meditavano di intervenire anche in questa area² e nel 2011 la Commissione ha annunciato l'adozione di due proposte di regolamento rivolte a permettere alle coppie internazionali³ di individuare più facilmente l'autorità giurisdizionale competente e la legge applicabile⁴. L'auspicio è che l'uniformazione faciliti la circolazione tra gli Stati membri⁵.

Nello studio prodromico alla presentazione del progetto di regolamento⁶ si legge che obiettivo primario dell'Unione Europea non è quello di promuovere l'unificazione dei diversi diritti interni, né di elaborare un codice della famiglia, ma di approfittare dello sforzo di armonizzazione del diritto internazionale privato in questo campo per includervi alcune disposizioni di diritto interno⁷: il rapporto suggerisce, infatti, di adottare un "embrione di regime primario europeo"⁸ ed un "regime sussidiario convenzionale"⁹ comune a tutti gli stati membri¹⁰. Quale modello è indicata la *Zugewinnngemeinschaft* tedesca o la *participation aux acquêts* francese, auspicando che ciò concorra a chiarirne la natura¹¹, l'ammontare del credito

¹ S. CARBONE e C. TUO, op. cit.

² Evidenziata tra gli altri da A. FUSARO, op. cit., pp. 490 ss.

³ *Progetto di Regolamento COM (2011) 126 e 127*.

⁴ Art. 16, in base al quale le coppie potranno liberamente scegliere la legge applicabile purché si tratti della legge dello Stato di residenza abituale comune; della legge dello Stato di residenza abituale di uno solo dei due al tempo della scelta; infine, della legge nazionale di uno dei due al tempo della scelta. In mancanza di scelta, l'art. 17 prevede che la legge applicabile sia quello dello Stato della prima residenza abituale comune dopo il matrimonio o, in mancanza, la legge nazionale comune dei coniugi al tempo del matrimonio oppure, infine, quella dello Stato con cui i coniugi hanno i collegamenti più stretti, in particolare tenendo in conto il luogo di celebrazione del matrimonio. L'art. 18 prevede, invece, che la coppia possa mutare la legge applicabile, ancorché rimarcando un chiaro favore della stabilità del regime patrimoniale: la norma recita, infatti, che "è possibile solo il mutamento volontario della legge applicabile ai coniugi".

⁵ E. CALÒ, *Proposta di Regolamento del 16 marzo 2011 in materia di regime patrimoniale della famiglia*, in *Quaderni del notariato*, 2012, p. 145, ha osservato che, sebbene la formulazione delle norme abbia il vantaggio di emulare l'art. 30 l. 218/1995 italiana ed indichi che la legge applicabile è quella esistente al tempo della scelta - così scongiurando il rischio di contenzioso - vi è il rischio che i rapporti tra coniugi siano regolati negli anni da una legge con la quale la coppia potrebbe non avere più alcun rapporto: ciò attribuisce stabilità al regime, ma può renderlo di ardua identificazione; SÜB *Der deutsch-französische Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft als erbrechtliches Gestaltungsmittel*, Zerb, 2013, p. 281 ss.

⁶ CONSORTIUM ASSER - UCL, *Analyse comparative des rapports nationaux et proposition d'harmonisation, Rapport final établi à l'intention exclusive de la Commission Européenne Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit International privé et le droit interne des états membres de l'Union Européenne*, in <http://ec.europa.eu>, pp. 54 ss..

⁷ G. OBERTO, op. cit., p. 76 osserva che si tratterebbe di un procedimento non del tutto estraneo alla Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi matrimoniali, in cui possono scorgersi "norme materiali di contorno a regole di conflitto di leggi".

⁸ Che includerebbe il principio di contribuzione dei coniugi ai bisogni della famiglia, la tutela dell'abitazione familiare, poteri di rappresentanza dei coniugi, nonché la facoltà di stipulare convenzioni matrimoniali e di modificarle nel tempo, purché davanti ad un pubblico ufficiale.

⁹ Nello stesso senso già D. HENRICH, *Sul futuro del regime patrimoniale in Europa*, in *Famiglia*, 2002, pp. 1063, il quale tuttavia auspicava l'adozione di un modello improntato al regime della comunione dei beni, essendo il regime più diffuso tra i Paesi dell'Unione; D. MARTINY, *Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?* In E. H. HONDIUS, *Towards a European civil code*, Kluwer Law International, III ed., 2010, p. 321.

¹⁰ CONSORTIUM ASSER - UCL, cit., pp. 55 ss.

¹¹ Identificata in un diritto di credito. Si legge nella relazione che "La reconnaissance d'une créance en valeur traduit en effet correctement, sur le plan économique, l'idée d'une participation à l'enrichissement du conjoint".



di ciascun coniuge verso l'altro¹² e le modalità di calcolo della partecipazione agli acquisti od agli incrementi patrimoniali del partner¹³, lasciando al giudice, al ricorrere di determinate circostanze, il potere di intervenire e correggere secondo equità la quota di rispettiva competenza.

Appare, dunque, meritevole di attenzione l'accordo raggiunto da Francia e Germania nel 2010, volto all'adozione di un regime patrimoniale opzionale comune ed improntato alla partecipazione agli incrementi: esso costituisce un singolare esperimento di armonizzazione del diritto sostanziale interno e una sorta di modello pilota.

¹² « La quotité de la créance de participation de chacun des époux dans les acquêts constitués par l'autre époux serait fixée, en principe, à la moitié de la valeur au jour de la dissolution des dits acquêts. [...] La quotité qui paraît par ailleurs a priori la plus raisonnable et la plus équitable est une quotité de moitié, car, outre qu'elle consacre, en droit, le principe de l'égalité des droits des deux époux, elle correspond, en fait, à la situation la plus fréquente où les époux répartissent de manière équilibrée entre eux l'ensemble des fonctions économiques et non économiques dans le mariage ».

¹³ « La solution la plus logique consiste à n'en exclure que les biens possédés par chaque époux avant le mariage et les biens acquis à titre gratuit pendant le mariage par l'effet d'une donation ou d'une succession ou, plus exactement, la valeur au jour du mariage ou au jour de la donation ou de la succession des dits biens, car l'accroissement de valeur qui sera apporté à ces biens pendant le mariage constituera économiquement un acquêt. [...] Certains acquêts de nature strictement personnelle pourraient cependant aussi être exclus de plein droit du calcul du droit de participation [...] Il convient d'autre part de régler le sort des plus-values des biens autres que les acquêts qui ne feront que correspondre à la dépréciation monétaire ou éventuellement à l'augmentation des prix du marché des dits biens pendant la durée du mariage ».



3. Le origini della cooperazione tra Germania e Francia in materia di diritto di famiglia risalgono al 1963, allorché fu siglato il trattato dell'Eliseo; a distanza di quarant'anni, nel gennaio 2003, fu pubblicata una dichiarazione comune nella quale veniva ribadito l'intento di fornire risposte concrete al progressivo aumento di matrimoni misti tra cittadini dei due ordinamenti¹. Pochi anni dopo è stata istituita una commissione di esperti, il cui lavoro ha portato il 4 febbraio 2010² alla stipula di una convenzione internazionale, avente ad oggetto la disciplina di un regime patrimoniale opzionale uniforme³: l'obiettivo era il raggiungimento "di una identità normativa, da accompagnare ad una identità di risultati"⁴. Benché inizialmente le parti ambissero a sostituire i rispettivi regimi legali con quello in elaborazione, presto ripiegarono sulla creazione di uno schema che si aggiungesse a quelli già esistenti.

Il nuovo regime può essere scelto da coppie di cittadini di entrambe le nazionalità, ma anche da coniugi solo francesi o tedeschi, nonché da coloro che, pur non avendo la cittadinanza di alcuno degli Stati firmatari, vi risiedono abitualmente oppure, in base alle norme di diritto internazionale privato, vantino collegamenti con il diritto dell'uno o dell'altro ordinamento. La convenzione contiene, peraltro, una clausola di apertura che consente l'adesione dei restanti Paesi dell'Unione europea⁵.

Al nuovo regime, entrato in vigore il primo maggio 2013⁶, la Germania ha riservato spazio all'interno del BGB (par. 1519, che rinvia alla convenzione), mentre nel *Code civil* difetta alcuna menzione.

3.1. Gli ostacoli in cui si sono imbattuti i giuristi sono stati molteplici: oltralpe il regime legale è quello della *communauté de biens*, mentre in Germania vige la partecipazione differita degli incrementi ed i coniugi risultano poco inclini ad aderire ad un regime comunista, ritenuto distante dalla mentalità corrente: trovare un accordo che muovesse dal regime di comunione appariva arduo⁷, cosicché l'attenzione è stata concentrata sul regime di partecipazione differita, presente in entrambi gli ordinamenti. Durante la vita coniugale esso opera come se vigesse il regime di separazione dei beni, mentre alla dissoluzione del matrimonio ciascuno ha il diritto di partecipare alla metà del plusvalore di patrimonio nel frattempo rea-

¹ "Nous veillerons à harmoniser nos législations nationales dans les domaines principaux qui intéressent la vie de nos citoyens. [...] Nous souhaitons en particulier que soient présentés des projets visant à un rapprochement des législations sur le droit civil, notamment le droit de la famille. [...] Nous devons également réduire et supprimer à terme les difficultés qui subsistent pour les citoyens dont la vie professionnelle, familiale et personnelle est partagée entre la France et l'Allemagne", reperibile al sito www.deutschland-frankreich.diplo.de/Gemeinsame-Erklärung-zum-40,1129.html. I dati statistici dimostrano, infatti, che circa l'11% delle coppie tedesche ed il 15% di quelle francesi sono caratterizzate da elementi di estraneità e le famiglie franco-tedesche sono assai numerose, come si legge nella Relazione allegata alla proposta di Regolamento.

² L'accordo è stato ratificato in Germania il 15 dicembre 2011 dal Bundestag e dal Bundesrat il successivo 10 febbraio 2012; in Francia, invece, è stato approvato dal Senato il 24 marzo 2011 e dall'Assemblea nazionale il 17 gennaio 2013 (L. n. 98-2013, in JCP N 20132, n. 5, 214)

³ Non si tratta, dunque, di una disciplina di diritto internazionale privato, come osservato da P. ZATTI, *I regimi patrimoniali della famiglia e autonomia privata*, in F. ANELLI, P. ZATTI e M. SESTA (cur.), *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2012, p. 27.

⁴ M. G. CUBEDDU, D. HENRICH, *Due modelli europei di regime patrimoniale dei coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 575.

⁵ Art. 21. Per ora, già il Lussemburgo e la Bulgaria hanno manifestato interesse ad aderire.

⁶ Art. 20 della Convenzione: D. n° 2013-488, 10 giugno 2013, Gazzetta ufficiale 12 giugno 2013; JCP N 2013, n° 24, 669; JCP N 2014, n° 4, 1056.

⁷ Sebbene alcuni autori tedeschi abbiano manifestato interesse per l'ideazione di un regime opzionale di comunione: si veda P. SIMLER, op. cit..



lizzato dall'altro: la partecipazione è calcolata sottraendo alle sostanze finali di ognuno quelle originarie ed operando il conguaglio degli incrementi una volta comparati i risultati ottenuti.

Le due discipline, tuttavia, non coincidono perfettamente, in particolare risulta molto diversa la valutazione del patrimonio originario: in Germania si considera il valore che il bene aveva il giorno del matrimonio, cosicché esso risulta fisso ed invariato nel tempo⁸. Ciò comporta che se all'instaurazione del regime il coniuge è titolare di aziende, o ha titoli in borsa, il venir meno di quei beni non produce conseguenze sulla stima del patrimonio iniziale ed il loro valore viene comunque preso in considerazione; in Francia, invece, la valutazione è effettuata il giorno dello scioglimento del regime⁹, cosicché l'eventuale fallimento dell'azienda durante la vita matrimoniale impedisce di computarne il valore al momento della liquidazione.

Ulteriori distinzioni tra il regime francese e quello tedesco si rinvengono negli effetti degli atti di disposizione posti in essere da un coniuge senza il consenso dell'altro, che risultano inefficaci in Germania e solo annullabili in Francia.

Nella prassi tali diversità si traducono in questioni di non facile soluzione, specie qualora con essi si misuri uno straniero¹⁰.

3.2. Malgrado si presenti come un regime appetibile, la *participation aux acquêts* ha incontrato scarso successo in Francia¹¹ e la disaffezione è dimostrata dalla limitata casistica giurisprudenziale. Si è osservato che lo sfavore è da scriversi pure all'ostilità manifestata dal notariato il quale, denunciando alcune imperfezioni tecniche¹², ha sostenuto che il regime sommi gli inconvenienti della comunione dei beni a quelli della separazione senza riprodurre i vantaggi, così presentandosi come "regime per acrobati"¹³.

In particolare, la tutela del coniuge creditore prevarrebbe troppo spesso sul principio separatista: poiché è consentito agire per l'annullamento degli atti di disposizione (a titolo gratuito od oneroso) posti in essere da un coniuge senza il consenso dell'altro¹⁴ che abbiano ad oggetto beni determinati¹⁵, si è consolidata la prassi- consuetudinaria anche alla mentalità italiana- di far sempre intervenire entrambi gli sposi, con conseguente limitazione dell'autonomia del singolo.

Inoltre, sebbene appaia giustificato lo sforzo necessario per calcolare l'evoluzione del valore del patrimonio, esso risulta esasperante e l'impegno di annotare con precisione ogni movimento economico poco attraente.

⁸ Par. 1376 BGB.

⁹ Art. 1571 *code civil*.

¹⁰ Si pensi, per esempio, all'ipotesi per cui un coniuge, all'epoca delle nozze, possieda un'azienda valutata 100.000 euro; che negli anni successivi questa fallisca ma lui acquisti altri beni per un valore di 100.000 euro. Secondo il diritto tedesco, egli non risulterà essersi arricchito, poiché al valore dei beni acquistati durante il matrimonio dovrà sottrarsi quello dell'azienda; il diritto francese, invece, offre alla medesima situazione una soluzione diametralmente opposta: poiché in sede di liquidazione l'azienda non esiste più, risulterà che il coniuge si sia arricchito del valore di 100.000 euro.

¹¹ J. FLOUR e G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Parigi, 2 ed., 2001, p. 761, nota 3, secondo cui solo 260.000 coppie francesi siano assoggettate a tale regime.

¹² Quali - ad esempio - l'assenza di vera autonomia ed indipendenza dei coniugi e (soprattutto) la complessità delle regole dettate per la sua liquidazione

¹³ B. BEIGNER, *Les régimes matrimoniaux: Que sais-je ?*, Parigi, 1994, pp. 111 ss..

¹⁴ Artt. 1573 e 1577 c. civil.

¹⁵ Il logement familial ed i beni mobili di cui è composta l'abitazione familiare.



In dottrina, peraltro, c'è chi ritiene l'accennata laboriosità del procedimento liquidativo soltanto apparente, riconducendola alla mancanza di pratica, piuttosto che a una oggettiva complessità¹⁶. Si è, così, osservato che i maggiori ostacoli all'adozione della *participation aux acquêts* sono di ordine psicologico ed il più grande svantaggio del regime sarebbe quello di "esistere soltanto sulla carta"¹⁷, essendo stato ostacolato dalla più radicata *communauté de biens réduit aux acquêt* e dalla ritrosia del notariato¹⁸.

Neppure la *Zugewinnngemeinschaft* era esente da critiche¹⁹ e solo alcune osservazioni sono state recepite dalla riforma del 2009²⁰. La novella ha modificato alcuni aspetti della disciplina del conguaglio finale, ritenuti confliggere con i criteri di equità e buona fede²¹: in particolare, , poiché la disciplina previgente non considerava l'eventualità che il patrimonio originario di uno dei coniugi potesse essere negativo e le somme impiegate per estinguere i debiti preesistenti non venivano inserite nell'accertamento dell'incremento economico, gli interventi hanno avuto ad oggetto l'individuazione del capitale iniziale e finale. La riforma non ha accolto, invece, le richieste di adeguare i valori patrimoniali agli indici di inflazione, né ha dato ospitalità alla proposta di escludere dal conguaglio gli incrementi patrimoniali cui il coniuge non abbia fornito alcun contributo, come nel caso di risarcimento del danno.

3.3. Il nuovo regime opzionale di conguaglio degli incrementi si orienta verso il contenuto della *Zugewinnngemeinschaft*, modificato attraverso l'innesto di regole francesi e l'adesione ai suggerimenti provenienti dall'elaborazione giuridica dei due Paesi, nell'intento di offrire uno strumento comune che non imponga alle parti di rinunciare alle proprie discipline nazionali. Non è stato, dunque, indicato un ordinamento giuridico destinato a regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi aventi cittadinanza francese e tedesca, piuttosto è stata fatta una scelta di diritto materiale²². La Convenzione disciplina la costituzione e l'amministrazione del regime (capitoli II e III), nonché l'estinzione e le modalità di conguaglio degli incrementi patrimoniali (capitoli IV e V).

Le principali novità per i due sistemi concernono il calcolo del patrimonio originario, il danno non patrimoniale ed i margini di autonomia dei coniugi. Ai sensi dell'art. 9, il valore dei beni è quello individuato al momento della scelta del regime od il giorno dell'acquisto, rivalutato in base agli indici di inflazione: è sostanzialmente seguita l'impostazione tedesca, con una eccezione circa i beni immobili, per i quali ha prevalso il modello francese: si considera il valore stimato il giorno della liquidazione del regime o, laddove fossero ceduti

¹⁶ "Il n'est pas niable que la participation aux acquets est une construction cohérente et intellectuellement remarquable": J. FLEUR e G. CHAMPENOIS, cit., n. 807.

¹⁷ M. PLANIOL e G. RIPER, Les régimes matrimoniaux, *Traité pratique de droit civil français*, Boulanger (dir.), Parigi, t. VIII, n° 7-5.

¹⁸ TERRE, *La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux*, in *Année sociologique*, 1965, p. 57; M. SEBAG, *La méthode quantitative en droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux*, in *D.* 1965, p. 203.

¹⁹ Si è osservato che i lavori preparatori della Convenzione (relazione illustrativa, nota 24, punto A.2) non offrono elementi per stabilire se sia stata considerata l'inadeguatezza del sistema tedesco a soddisfare il principio della parità tra coniugi: M. STURNER, *Il Regime patrimoniale convenzionale franco-tedesco come modello per l'armonizzazione del diritto europeo*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2015, pp. 887 ss.

²⁰ *Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrecht* del 6 luglio 2009, in BGBl, 2009, I, p. 1696.

²¹ Si vedano i lavori del *Deutscher Juristentag 2008, Sezione diritto civile, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich - Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch Zeitgemäß?* In *FamRZ*, 2009, p. 234, richiamati da M.G. CUBEDDU - D. HENRICH, *Due modelli di regime a confronto*, in *Familia*, 2009, p. 571.

²² M. STRURNER, op. cit., p. 887 ss.



in epoca precedente allo scioglimento, quello del giorno in cui fuoriuscirono dal patrimonio del coniuge.

Tale deroga alla *Zugewinnngemeinschaft* può considerarsi come una delle principali attrattive del nuovo regime.

Con riguardo al danno non patrimoniale, l'art. 8 del nuovo regime aderisce alle istanze tedesche, sottraendo dal conguaglio finale le somme ottenute da un coniuge a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale.

Una delle peculiarità principali del modello in esame è, infine, contenuta agli artt. 4 e 5, dedicati ai poteri di amministrazione: il primo impone, a pena di nullità, il consenso di entrambi per disporre dell'abitazione familiare, dei beni necessari per il ménage familiare o dei diritti posti a garanzia della casa²³. L'autonomia degli sposi risulta parimenti limitata allo scopo di tutelare la compartecipazione dell'uno agli incrementi dell'altro: l'art. 10 prevede, infatti, che al patrimonio finale di ciascuno sia aggiunto fittiziamente il valore di quelli alienati o donati, salvo il caso dei beni trasmessi dal coniuge ai parenti in linea retta²⁴, oppure di beni la cui assenza non depauperi eccessivamente il patrimonio del singolo²⁵: nel primo caso sarà comunque dovuto il conguaglio laddove il valore di quei beni sia stato incrementato con l'impiego di "mezzi propri" del donante²⁶.

²³ La norma richiama evidentemente il contenuto dell'art. 215 code civil, che ha riguardo per il *logement familial* ed i mobili che l'arredano, sebbene pure il codice tedesco limiti gli atti di disposizione laddove abbiano ad oggetto l'intero patrimonio del coniuge (art. 1365). La giurisprudenza tedesca considera che l'autorizzazione del coniuge è richiesta allorché si tratti di disporre di un bene fondamentale per la valutazione del patrimonio del soggetto, cosicché - di fatto - l'alienazione della casa familiare senza il consenso di entrambi risulta ostacolata pure in Germania.

²⁴ La norma è di derivazione francese: art. 1573. Ove però il principio vale senza il limite soggettivo del destinatario quale parente in linea retta.

²⁵ Le conseguenze pratiche sono già state stigmatizzate dalla dottrina: E. NAUDIN, *Un nouveau modèle de régime matrimonial: le régime franco-allemand de la participation aux acquêts*, in *Un nouveau modèle de régime matrimonial : le régime franco-allemand de la participation aux acquêts*, in *Revue Lamy de Droit Civil*, 2013, p. 4953 ss.

²⁶ La regola trova la sua giustificazione nella prassi notarile tedesca dei contratti matrimoniali: M. G. CUBEDDU e D. HENRICH, op. cit., p. 577.



4. Il nuovo regime ha suscitato molte osservazioni da parte della dottrina tedesca¹, per la maggior parte critiche, mentre sono poco numerosi i contributi francesi in materia², probabilmente in ragione dello scarso successo della *participation aux acquêts*. Poiché è entrato in vigore solo da poco, non esiste ancora casistica giurisprudenziale: sarà, dunque, interessante verificare se al medesimo testo normativo corrisponderanno interpretazioni allineate, oppure se la giurisprudenza tedesca e francese divergeranno³.

L'iniziativa non ha ricevuto grande eco in Italia⁴ e dai contributi reperiti sembrano rinvenirsi due orientamenti discordanti: alcuni autori⁵, pur convenendo sull'importanza del fenomeno nell'ottica dell'armonizzazione della materia, hanno osservato che l'adozione di un simile regime non risolverebbe le criticità derivanti dalla disomogeneità delle discipline internazionalprivatistiche, né le radicate tradizioni nazionali renderebbero agevole l'assimilazione di un modello fondato sull'esperienza giuridica franco-tedesca; la portata della disciplina risulterebbe, peraltro, assai limitata, introducendo soltanto un ulteriore regime convenzionale. Sarebbe, dunque, preferibile concentrare lo sforzo verso l'uniformazione delle norme di diritto internazionale privato.

A queste argomentazione potrebbe, forse, obiettarsi che la stessa Commissione europea ha suggerito l'adozione di un regime opzionale comune a tutti gli Stati membri, fondato sulla compartecipazione degli incrementi, ritenendolo strumento idoneo a favorire l'armonizzazione del diritto internazionale privato. La disciplina del regime non sarebbe racchiusa nelle disposizioni nazionali, ma attingerebbe al regolamento stesso, cosicché lo statuto sarebbe il medesimo per tutti.

Di segno opposto è l'opinione di coloro che, invece, hanno accolto con plauso l'iniziativa franco-tedesca, osservando che il nuovo regime risulterebbe idoneo ad eliminare gli inconvenienti da cui principalmente dipende il rifiuto nel nostro ordinamento della co-

¹ P. SIMLER, *Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts*, in *La semaine juridique*, 2014, 1052 ss. Ci si domanda, infatti, se attraverso la scelta di tale regime possano ovviarsi gli inconvenienti di quello legale: alcuni hanno osservato che il diritto tedesco offre ai coniugi la possibilità di modificare il regime scelto secondo le necessità della famiglia, dunque il nuovo regime offrirebbe un effettivo vantaggio se consentisse di fare lo stesso. Ulteriori perplessità sono dovute alla coesistenza di norme di diritto internazionale privato divergenti nei due ordinamenti. Non mancano, peraltro, le osservazioni positive: per tutte, quella secondo cui la convenzione prevede il conguaglio anche nel caso di scioglimento per morte di uno dei coniugi, mentre il diritto tedesco contempla la possibilità di una compensazione forfettaria aumentando la quota ereditaria del superstite di un quarto, con ripercussioni sulla quota di legittima che potrebbe essere ridotta: M. STURNER, cit. p. 899; JÄGER, *Der neue Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft - Inhalt und seine ersten Folgen für die Gesetzgebung und Beratungspraxis*, DNotZ 2010, p. 804 ss.; in tema anche SCHAAL, *Der neue Güterstand*, cit., pp. 162 ss.

² Per la maggior parte favorevoli al nuovo regime; S. MEYER, *UN-Kaufrecht in der deutschen Anwaltspraxis*, in *RabelsZ* 69, 2005 p. 457. A favore del nuovo regime sembrerebbero deporre, invece, le conseguenze successive poiché è prevista anche in caso di scioglimento per morte di uno dei coniugi la partecipazione all'incremento patrimoniale, diversamente da quanto disposto al § 1371 BGB che prevede solo la possibilità di compensazione forfettaria attraverso un aumento di un quarto della quota ereditaria del superstite (M. STURNER, op. cit., p. 902).

³ Si è osservato infatti che sicuramente decisivo sarà il ruolo che giocheranno i tribunali nel contesto di quel "judicial dialogue" che dimostra chiaramente l'intenzione dei giudici di "attraversare le frontiere" e costruire "passerelle" tra gli ordinamenti: CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, p. 3.

⁴ E' doveroso il rinvio a M.G. CUBEDDU, *The Optional Matrimonial Property regime. The Franco-German Community of Accrued gains*, Cambridge, 2014.

⁵ S. PATTI, *I regimi patrimoniali della famiglia e l'autonomia privata*, in F. ANELLI, P. ZATTI, M. SESTA (cur.), *Regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2012.



munione legale, peraltro salvaguardando l'esigenza equitativa che ne costituisce il fondamento⁶. Il favore ha spinto alcuni⁷ ad auspicare la creazione di un modello italo-francese di comunione dei beni, sebbene tale impegno potrebbe non risultare così decisivo, posto che tale regime non risulta vantaggiosa né per i coniugi francesi né per quelli italiani, dei quali si è da tempo segnalata la tendenziale fuga verso la separazione dei beni⁸. Appare significativa la possibilità di introdurre un regime avente i caratteri della compartecipazione differita degli incrementi anche in Italia⁹: la dottrina ha evidenziato l'opportunità di disporre di un regime fondato su di un *partage égal* dei beni acquistati durante il matrimonio al momento dello scioglimento dell'unione (esclusi quelli provenienti da liberalità o successioni)¹⁰. Tale sistema salvaguarderebbe l'indipendenza dei coniugi¹¹, purché “nel quadro di precisi limiti, uno dei quali dovrebbe essere la disponibilità necessariamente congiunta del *domicile familial*”.

E' risaputo che il meccanismo della compartecipazione non è estraneo all'orizzonte del giurista italiano, basti pensare alla comunione del residuo¹²; il nostro legislatore ha, tuttavia, ritenuto di utilizzare quel meccanismo solo per alcune situazioni e nel più ampio contesto del regime legale, fondamentalmente basato sulla comproprietà immediata, mentre modelli di compartecipazione differita agli acquisti od agli incrementi patrimoniali apprestati da diversi legislatori stranieri costituiscono regime autonomo. Vi è da chiedersi se, nelle more dell'approvazione del Regolamento europeo sul regime patrimoniale della famiglia, esso risulterà adottabile anche in Italia attraverso una apposita - e controversa¹³ - convenzione atipica.

⁶ G. GABRIELLI, *La comunione legale tra coniugi nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Vita Not.*, 2011, p. 621.

⁷ CUBEDDU HENRICH, p. 579

⁸ G. OBERTO, *La comunione*, cit., p. 205.

⁹ G. OBERTO, *La comunione*, cit., p. 224.

¹⁰ Considerato che “*partage égal*” non significa necessariamente divisione in parti uguali di una certa massa di beni, potendosi immaginare l'applicazione di una regola che consenta il versamento di somme di denaro che di tali beni esprimano il valore, come evidenziato da A. AGEL, *Vers l'uniformisation des droits patrimoniaux des époux, en particulier dans les mariages internationaux?*, in *Conseil de l'Europe, Actes de la troisième Conférence européenne sur le droit de la famille. Le droit de la famille dans l'avenir*, Strasburgo, 1995, p. 79.

¹¹ A. AGELL, *op. cit.*, p. 71.

¹² P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in CARRARO, OPPO e TRABUCCHI (dir.), *Comm. alla riforma del diritto di famiglia*, Padova 1977, pp. 361 ss..

¹³ A. FUSARO, *Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. not.*, 2013, pp. 859 ss.; M. JEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, in P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, II ed., Giuffrè, 2011, p. 55 ss.; R. SACCO, *Commento all'art. 161*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, III, Cedam, 1992, p. 17 ss.; G. OBERTO, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 535 ss.; Id., *Del regime patrimoniale della famiglia, Commento agli artt. 159-166 bis c.c.*, in *Aa. Vv., Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Giuffrè, 2007, I, pp. 672 ss.; B. VALIGNANI, *I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in *Familia*, 2001, p. 381 ss.; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 431 ss.; E. QUADRI, *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Dir.fam.pers.*, 2006, p. 1803 ss.



LE FUSIONI TRANSFRONTALIERE INTRACOMUNITARIE

PIERLUIGI MATERA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina delle fusioni transfrontaliere intracomunitarie. – 3. L'ambito d'applicazione. – 4. Principi generali e regole di conflitto nella vigente normativa. – 5. La tutela dei soci non consenzienti. – 6. Il progetto di fusione e le relazioni. – 7. Approvazione assembleare e semplificazioni procedurali. – 8. Certificato preliminare, controllo di legittimità, atto di fusione, pubblicità, efficacia, invalidità. – 9. La partecipazione dei lavoratori alla gestione della società risultante da fusione: la scelta della direttiva. – 10. Cogestione e recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano. – 11. Ulteriori spunti comparatistici e rilievi conclusivi.

1. Le operazioni di fusione transnazionale (o transfrontaliera) hanno registrato nel tempo un esponenziale incremento e non solo nel numero. Il fenomeno stesso è qualitativamente mutato, assurgendo negli anni a meccanismo di gestione dell'impresa all'interno del sistema macroeconomico e ponendo, parallelamente, questioni di crescente problematicità

In termini aziendalistici, si sono ampliati gli obiettivi perseguiti con lo strumento: dall'acquisizione di nuovi sbocchi di mercato per la propria produzione, al consolidamento della propria posizione in segmenti ove si è già presenti, dalla riduzione dei costi, all'acquisizione di tecnologie; tutti quelli, vale a dire, che attraverso una normale fusione possono realizzarsi, arricchiti qui del connotato della transnazionalità, il quale ne incrementa sia le potenzialità sotto il profilo delle *business opportunity* che la complessità dal punto di vista giuridico. Di guisa che le problematiche giuridiche derivanti dal fenomeno possono, a giusto titolo, annoverarsi tra le sfide che la globalizzazione economica pone al diritto delle società – e tra quelle invero non secondarie, alla luce dei settori e delle attività imprenditoriali che ne sono state in concreto interessate¹.

Costituisce dato acquisito, inoltre, anche il ritardo con il quale i legislatori hanno risposto a tali istanze. Solo nell'ottobre 2005, infatti, alla scarna disciplina di diritto internazionale privato, si è affiancata la direttiva comunitaria n. 2005/56/CE in tema di fusioni transfrontaliere (c.d. decima direttiva)²; direttiva cui l'ordinamento italiano si è pigramente adeguato con il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, esso stesso oggetto di una recente, seppur grama, novella a opera dell'art. 27, comma 2 della legge n. 161 del 30 ottobre 2014³.

¹ Si pensi all'operazione societaria messa in opera dalla società Fiat s.p.a. che, a seguito dell'acquisizione della partecipazione totalitaria della Chrysler da parte di una sua controllata e con l'intento di acquisire una migliore quotazione al New York Stock Exchange, ha potato, al termine di un complesso percorso, per la trasformazione in società N.V. di diritto olandese, stabilendo la propria sede legale in Olanda; l'operazione è stata realizzata dapprima con la costituzione da parte di Fiat – quale unico socio – di una N.V. di diritto olandese, la società Fiat Chrysler Automobiles N.V., e successivamente mediante fusione transfrontaliera “inversa” della controllante Fiat s.p.a. nella predetta controllata: sul punto, v. P. MARCHETTI, *Le fusioni transfrontaliere del gruppo Fiat – Chrysler*, in *Riv. soc.*, V, 2014, p. 1124 ss.

² Pubblicata in *G.U.C.E.*, L. 310, il 25 novembre 2005 ed entrata in vigore il 15 dicembre 2005.

³ Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-bis (14G00174) (G.U. Serie Generale n. 261 del 10 novembre 2014 - Suppl. Ordinario n. 83), entrata in vigore il 25 novembre 2014.



Vero è anche che una rassegna degli interventi di recepimento – nei vari Stati membri – conseguenti alla direttiva fa registrare tempi e modalità che costituiscono una conferma, con buona probabilità, di difficoltà in parte immediatamente intuibili: si pensi, per esempio, all’ordinamento spagnolo – interessante mezzo di raffronto, come si dirà –, il quale ha recepito la decima direttiva finanche con maggior ritardo rispetto a quello italiano, dandone attuazione solo con la *Ley* 3 aprile 2009, n. 3 – e ivi in specie con gli *artt.* 54-67⁴.

Peraltro, già in prima battuta si profila come necessaria una precisazione terminologica di particolare rilevanza e destinata a valicare il confine della puntualizzazione lessicale: la regolamentazione di matrice europea testé citata ha introdotto l’istituto della fusione transfrontaliera *intracomunitaria*, intesa quale operazione di unificazione nelle strutture di società appartenenti ad almeno due Stati dell’Unione Europea. Siffatta tipologia di fusione deve, quindi, essere distinta dalla fusione transfrontaliera in senso ampio, o extracomunitaria, che avviene tra una o più società di diritto interno e una o più società con sede fuori dal territorio dell’Unione Europea⁵.

Il che val quanto dire che con il citato intervento, il legislatore europeo ha sostanzialmente dato vita a una partizione nella macrocategoria delle *cross-border mergers*, con l’effetto che, a seguito del correlativo adeguamento, nella vigente legislazione italiana, soltanto alla fattispecie della fusione transfrontaliera in senso ampio è applicabile la regola di cui all’art. 25, comma 3, della l. n. 218 del 1995 – ai sensi del quale, come è noto, “i trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati”.

Per la fusione transfrontaliera intracomunitaria, invece, trova applicazione l’articolata disciplina che emerge dalla complicata intersezione tra la decima direttiva e il provvedimento di recepimento italiano – invero, non ineccepibile⁶.

In tal senso, la nuova articolazione della disciplina si innesta su di un quadro di riferimento ricco di criticità. *Incidenter tantum*, si pensi soltanto alla *querelle* che ha segnato per

⁴ “*Sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*”, pubblicata nel BOE del 4 aprile 2009, n. 82, entrata in vigore il successivo 4 luglio ma le cui disposizioni del “*Capítulo II del Título II, relativas a las fusiones transfronterizas intracomunitarias*” sono entrate in vigore il giorno successivo alla pubblicazione stessa, ai sensi della *Disposición final octava* della legge. Come si evince dal titolo del provvedimento, il legislatore spagnolo ha perseguito l’obiettivo di riorganizzare e razionalizzare il quadro giuridico di riferimento per le operazioni straordinarie (*sub specie*, trasformazioni, fusioni e scissioni) e per i trasferimenti della sede all’estero, cogliendo l’occasione per l’introduzione della specifica disciplina per le fusioni transfrontaliere. Operazione, quest’ultima, già possibile nell’ordinamento spagnolo, al pari di quanto accadeva per quello italiano. La legge, a mezzo della sua *Disposición final tercera*, ha altresì novellato la *Ley* 18 ottobre 2006, n. 31 “*sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas*”, aggiungendovi il *Título IV*. Cfr. A. UGLIANO, *The new cross-border merger directive: harmonization of European company law and free movement*, in *European Business Law Review*, 2007, vol. 18, 3, p. 585 ss.; nonché M. GONZÁLEZ-MENESES - S. ÁLVAREZ, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2013, p. 315 ss.

⁵ Più in generale, sul profilo qualificatorio, anche nella prospettiva internazionalprivatistica, cfr. M.V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, 4, Torino, 2007, p. 367 ss.; P. BERTOLI, *Le fusioni transfrontaliere alla luce del recepimento italiano della decima direttiva societaria*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, vol. 46, 1, 2010, p. 35 ss. Da ultimo, G.L. APOLLONI, *Fusioni transfrontaliere*, Roma, 2013, p. 5 ss.

⁶ Cfr. D. VAN GERVEN, *Community rules applicable to cross-border mergers*, in *Cross-Border Mergers in Europe*, I, a cura di D. VAN GERVEN, Cambridge, 2010, p. 4 ss.; v. altresì, V. SOYEZ - A. KOLLMANN, *European Cross-Border Mergers and Reorganizations*, in *Common market law review*, 50, 5, 2013, p. 1533-1535.



decenni il dibattito in materia: a dispetto della nitida unicità dell'operazione economica⁷, assai differente risulta la sua configurazione giuridica nei diversi ordinamenti, con soluzioni affatto univoche le quali ora riconoscono al fenomeno un'identità propria, ora ne decretano la riconduzione nel solco della trasformazione⁸.

La questione, sebbene di per sé aliena *stricto sensu* rispetto a una specifica trattazione dedicata alle fusioni transfrontaliere – anche se nella direttiva un riferimento pur si rinviene –, appare quantomeno emblematica delle suggestioni e delle complessità nelle quali particolarmente l'indagine comparatistica sul tema è destinata a imbattersi; criticità le quali hanno trovato pirandelliana emersione nelle stesse vicende che hanno condotto all'adozione della decima direttiva.

⁷ La fusione era ed è sostanzialmente un'unificazione o compenetrazione delle strutture organizzative delle società coinvolte, con la conseguenza che più società pervengono alla formazione di un unico soggetto, il quale assomma in sé tutti gli elementi patrimoniali e soggettivi in precedenza facenti capo distintamente alle singole società partecipanti (F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2009, p. 48; M. PERRINO, *Artt. 2501 ter, quater, quinquies, sexies e septies*, in *Società di capitali - Commentario*, a cura di G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, p. 1933).

⁸ Come è noto, con riferimento all'ordinamento italiano, la disposizione che pur inaugura la sezione dedicata alla “fusione delle società” (l'art. 2501 c.c.) non fornisce una definizione vera e propria del fenomeno, al pari di quanto già si era verificato nel codice di commercio del 1882; e, più in generale, non si disvela di particolare utilità nella qualificazione della fattispecie *de qua*. Segnalano l'assenza e la continuità in tale scelta anche nel codice del '42, già A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, Milano, 1948, p. 625; più di recente M. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1985, p. 336; A. BERTELOTTI, *Fusione*, in *Trattato di diritto privato*, cit., III, p. 574; F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU - F. MESSINEO, Milano, 2000, p. 308. In tal senso, è stato rimarcato come il legislatore del '91 (d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22) abbia accuratamente evitato di recepire la definizione di fusione indicata negli artt. 3 e 4 della terza direttiva, frutto sostanzialmente della concezione patrimonialistica tipica di taluni ordinamenti (C. SANTAGATA *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO - G.B. PORTALE, 7, 1, Padova, 2004, p. 6; né sfugge come nuovamente il diritto comunitario, in un *ictus* iperqualificatorio, abbia rinverdito la propria inclinazione verso l'inquadramento estintivo-successorio con gli artt. 2 e 14 della decima direttiva in tema di fusioni transfrontaliere appunto – posizione comunque reputata non vincolante per l'interprete; in particolare in sede di relazione allo schema di legge delegata per l'attuazione della terza e della sesta direttiva comunitaria (cfr. Relazione allo schema di legge delegata per l'attuazione della III e della VI direttiva CEE, in *Riv. dir. comm.*, 1990, 1, p. 126 ss., con commento di G. SCOGNAMIGLIO, p. 128 e di R. RORDORF, p. 443 ss.), il legislatore italiano sembra aver proclamato il proprio deliberato agnosticismo sul tema, dichiarando che “il compito del legislatore è quello di disciplinare il procedimento di fusione, piuttosto che quello di definire la natura giuridica dell'istituto, prendendo posizione nel dibattito fra coloro che ravvisano nella fusione un fenomeno di successione *in universum jus* e coloro che invece lo considerano alla stregua di una peculiare modificazione dell'atto costitutivo” (cfr. A. DIMUNDO, *Art. 2504 c.c.*, in *Trasformazione – fusione – scissione*, *Artt. 2498-2506 quater*, a cura di L.A. BIANCHI, Milano, 2006, p. 827). Vero è anche che, poi, la nuova formulazione del primo comma dell'art. 2504-*bis* c.c. adottata in sede di riforma delle società è risultata motivazione sufficiente a indurre la Cassazione a un clamoroso *revirement* sulla questione: Cass. civ., Sez. Un., (ord.) 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Corr. Giur.*, 2006, 6, p. 469 e ss., con nota di F. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, p. 459 ss.; e nota di F. MELONCELLI, *Fusione di società e interruzione del processo civile*, p. 795 ss.; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 177, con nota di E.F. RICCI, *Gli effetti della fusione di società sul processo pendente*, I, p. 185, e C. CONSOLO, *Bram Stoker e la non interruzione per fusione ed “estinzione” societaria, (a proposito di gradazioni sull' “immortalità”)*, III, p. 795 ss.; nonché in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, I, p. 199, con nota di F. FAUSTINI, *Effetti processuali della fusione di società. La natura evolutivo-modificativa dell'operazione non determina l'interruzione del processo*, p. 200. V. altresì F.M. SBARBARO, *Riflessioni sulla natura giuridica della fusione di società*, in *Saggi di diritto commerciale interno e comparato*, a cura di P. MATERA - F.M. SBARBARO, Roma, 2012, pp. 85-91. Più in generale, sul tema, sia consentito il rinvio a P. MATERA, *Sub art. 2501 c.c.*, in *Commentario al Codice Civile: artt. 2484-2510*, a cura di P. CENDON, Milano, 2010, p. 724 ss.



E da qui, con buona probabilità, conviene che l'analisi prenda le mosse, per poi procedere alla ricostruzione della disciplina con lo scopo di giungere, delineato il contesto, al vero nodo gordiano, le tutele partecipative dei lavoratori, e alle sue ricadute in termini di *corporate governance*.

2. In tema di fusione transfrontaliera, il provvedimento comunitario è giunto al termine d'un sofferto percorso connotato da trattative estenuanti: il primo progetto europeo di Convenzione in tema di fusioni tra società anonime risale al 1973, ed è addirittura frutto d'una commissione europea di esperti nominata già nel 1965, in base all'art. 293 del Trattato; né sono mancati gli interventi – non privi di gradualità – della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Ma l'ostinata resistenza di talune componenti, *maxime* di provenienza tedesca, ha profondamente inciso sul predetto percorso; e, infine, ne ha sostanzialmente segnato l'esito, inducendo il legislatore comunitario a concedere con buona probabilità più di quanto sarebbe stato opportuno e auspicabile – almeno dal punto di vista pratico-operativo, se non anche e soprattutto in prospettiva dogmatica¹.

Il punto richiede uno specifico approfondimento.

Il compromesso cui si è pervenuti con la decima direttiva ha accolto talune ragioni della *corporate governance* tedesca che non possono non sollevare perplessità in chiave di compatibilità, di circolazione del modello, si direbbe. È verosimile sostenere come tale scelta abbia rappresentato una “contropartita” nell'accordo che ha permesso la rimozione delle riserve e l'emanazione del provvedimento medesimo; il che val quanto dire che la soluzione adottata è stata necessitata nell'ottica di una direttiva che permettesse di superare quei limiti alle fusioni transfrontaliere intracomunitarie posti dalle legislazioni nazionali, quali quelli dettati appunto nell' *Umwandlungsgesetz* per le fusioni tra società con sede in Stati membri differenti.

Epperò non appare azzardato affermare come, in termini comunitari, tali limiti fossero sostanzialmente illegittimi; e come il citato compromesso sia giunto paradossalmente allorquando una necessità a tal proposito più non v'era – ammesso che mai sul piano strettamente giuridico vi fosse stata.

Il giudizio, che potrebbe apparire eccessivo, merita d'esser argomentato in dettaglio: non v'è dubbio che la decima direttiva sulle fusioni transfrontaliere sia da annoverare più in generale nell'ambito degli interventi di riavvicinamento delle legislazioni con la finalità di rendere effettiva la libertà di stabilimento delle persone e delle società nell'Unione ai sensi degli articoli 43, 44 – in particolare secondo comma lett. *c)* e *d)* – e 48 del Trattato CE; né può dubitarsi come, in tale prospettiva, il provvedimento debba ascrivere nel più ampio solco del rilancio della competitività dell'economia europea di cui alla c.d. Strategia di Lisbona e ivi della tendenza a rafforzare il fenomeno della competizione tra ordinamenti, offrendo *inter cetera* agli operatori del mercato la possibilità di mutare *lex societatis* di riferimento tramite l'istituto della fusione – sebbene nel rispetto della disciplina antimonopolistica interna ed europea. E infatti, la disciplina introdotta non interessa unicamente la s.p.a., ben-

¹ Sul lungo iter di approvazione, *amplius* A. CARDUCCI ARTENISIO, *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/CE in materia di fusioni transfrontaliere*, in *Giur. comm.*, 6, 2008, p. 1194 ss.; nonché M.V. BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, cit., 2007, p. 367 ss., F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2009, p. 8 e G. ARNÒ - G. FISCHETTI, *Le fusioni transfrontaliere*, Milano, 2009, p. 15 ss.



si tutte le società di capitali (e non solo), vale a dire anche quelle imprese per le quali non agevole è l'accesso allo strumento della SE².

Tuttavia, se si considera che la direttiva in questione sembra fornire una regolamentazione uniforme davvero minima, rinviando per larga parte alla legislazione degli Stati membri, ben potrebbe sospettarsi come l'obiettivo concreto dell'atto comunitario fosse giustappunto la rimozione del divieto a siffatta tipologia di fusioni, su cui rimaneva arroccato sostanzialmente l'ordinamento tedesco – e invero anche quello austriaco e svedese³.

Il riferimento è, in specie, alla limitazione relativa sia alla *Hineinverschmelzung* – ovvero sia l'incorporazione di una società costituita secondo la legge di un altro Stato in una società con sede in Germania – sia alla *Herausverschmelzung* – vale a dire l'incorporazione di una società tedesca in un'altra straniera. Limitazione ricavata dalla dottrina sulla scorta del § 1 della già menzionata *Umwandlungsgesetz* e ivi in virtù dell'esclusivo richiamo, in sede di regolamentazione delle quattro ipotesi di *Umwandlung*, ai “soggetti di diritto aventi sede nel territorio nazionale”. In particolare, poi, la deliberazione di fusione della società interna con incorporazione in società estera o con società risultante con sede all'estero risultava equiparabile a quella di trasferimento appunto della sede sociale al di fuori del territorio tedesco e come tale nulla nell'ordinamento in parola, ai sensi dell'art. 45, primo comma, *AktG*⁴.

Orbene non sembra errato concludere che, sulla specifica tematica, la limitazione *de qua* fosse già superata di fatto: proseguendo in un filone giurisprudenziale che dal caso *Daily Mail and General Trust PLC*⁵ aveva condotto i giudici comunitari al *revirement* del caso *Centros*⁶, lungo quindi un percorso a quel punto sufficientemente intuibile, la Corte di Giustizia con la pronuncia *Sevic*, pochi giorni prima dell'entrata in vigore della direttiva stessa, aveva sancito la contrarietà del divieto di fusioni transfrontaliere, previsto giustappunto nell'ordinamento tedesco, rispetto all'articolo 43, secondo comma, del Trattato di Roma⁷.

In particolare, i giudici comunitari avevano affermato come “gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a che, in uno Stato membro, l'iscrizione nel registro nazionale delle imprese della fusione per scioglimento senza liquidazione di una società e trasmissione universale del patrimonio di quest'ultima ad altra società sia generalmente rifiutata se una delle due società ha sede in un altro Stato membro, mentre è possibile, purché siano rispettate talune condizioni, se le società partecipanti alla fusione hanno entrambe sede nel territorio del primo Stato membro”⁸.

² Cfr. A. PRETO - C. DESOGUS, *La direttiva comunitaria sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali*, in *Contr. e Impr./Eur.*, 1, 2006, p. 234 s.

³ Per i due ordinamenti, in particolare: G. GASSNER - A. HABLE - H. LUKANEC, *Austria*, in *Cross-Border Mergers in Europe*, I, cit., p. 81 ss. e J. BERTIL ANDERSSON, *Sweden*, in *Cross-Border Mergers in Europe*, II, a cura di D. VAN GERVEN, Cambridge, 2011, p. 181 ss.

⁴ Per tutti, anche nella prospettiva della normativa *de qua*, M. LUTTER - M. WINTER, *Umwandlungsgesetz*, 4 ed., Cologne, 2009, p. 408 ss.

⁵ Cfr. T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO - G. B. PORTALE, Torino, 2006, p. 669.

⁶ V.P. BEHRENS, *Centros and the Proper Law of Companies*, in E. FERRARINI - K.J. HOPT - E. WYMEERSCH, *Capital Markets in the Age of the Euro*, London-New York, 2002, p. 503 ss.; *Centros Ltd./Erbverves-og Selskabsstyrelsen*, in *Foro it.*, 2000, IV, 2000, p. 317 ss., con nota di S. FORTUNATO.

⁷ Diffusamente, A. PRETO - C. DESOGUS, *op. cit.*, p. 243 ss.

⁸ *Sevic System AG*, C.G.C.E., 13 dicembre 2005, causa 411/03, in *Notariato*, 2006, p. 126, con nota di C. LICINI, nonché in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 417, con nota di F.M. MUCCIARELLI. In specie, nel caso in questione, la Corte di giustizia, investita dall'ordinanza del *Landesgericht di Koblenz*, è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del rifiuto di iscrizione, a opera del registro delle imprese tedesco, relativamente all'atto di fusione per incorporazione di una società lussemburghese in una tedesca.



Evidente, allora, la conseguente illegittimità (per contrarietà alla libertà di stabilimento) di tutti gli ostacoli interni volti a impedire fusioni transfrontaliere, e in specie dei dettati normativi tendenti a consentire il trasferimento della sede sociale all'estero solo previa estinzione e successiva ricostituzione dell'ente (in altro Stato)⁹.

Dunque, a fronte di una *mort annoncée*, quella della legislazione tedesca sul punto, peraltro pure autorevolmente e icasticamente pronosticata¹⁰, non può giustificarsi un intervento normativo, quello comunitario, sorretto dall'unica finalità di superare un limite già illegittimo. Piuttosto, maggiormente opportuno, in termini di politica legislativa, sarebbe apparso un provvedimento di più ampio contenuto, che accedesse a una più completa disciplina delle fusioni di diritto europeo.

Il filo logico di siffatto approccio argomentativo conduce, quindi, alla valutazione dell'altro elemento sostanziale contenuto nella direttiva: quello della preservazione della co-gestione – connotato peculiare, tra gli altri, del diritto societario tedesco – anche in fusioni ove la società risultante abbia sede in uno Stato membro il cui ordinamento non la preveda.

Esso s'appalesa verosimilmente alla stregua del “costo” per l'adesione della Germania al progetto di direttiva: avvicinate le legislazioni dei singoli Stati con riguardo all'istituto della fusione più in generale a mezzo della terza direttiva in materia societaria¹¹, superati i divari sulle normative fiscali per le operazioni in parola, attraverso l'armonizzazione di cui prima alla direttiva 90/434/CE e poi alla direttiva 2005/19/CE – di modifica appunto della direttiva 90/434/CE –¹², altra sostanziale motivazione di indugio non rimaneva se non quella del vero nodo gordiano della partecipazione dei lavoratori alle vicende sociali; aspetto questo sul quale notevoli erano e sono le distanze tra gli ordinamenti interni dei singoli Stati ed in ordine al quale con non sopita vivacità il dibattito dottrinale s'affollava e s'affolla d'opinioni assai disparate¹³.

⁹ Ampia rassegna sulle legislazioni relative al trasferimento della sede sociale in M. GARCIA RIESTRA, *The transfer of Seat of the European Company v Free Establishment Case Law*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 1306 ss.; nonché in E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 661; invero, non è mancata l'elaborazione di strumenti che aggirassero i limiti summenzionati alla fusione transfrontaliera: dall'incorporazione appunto di una SE, alla *joint venture*, dal lancio di un'OPA alla fusione c.d. economica, ove le assemblee di società differenti deliberino l'elezione del medesimo consiglio d'amministrazione; cfr. M.M. SIEMS, *The european directive on cross-border mergers: an International model?*, in *Columbia J. Eur. Lr.*, 2005, p. 15 ss.

¹⁰ V. T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 717 ss.

¹¹ N. 78/855 del 9 ottobre 1978.

¹² SULLE C.D. *EXIT TAXE* SUL SIGNIFICATO DELLE RELATIVE BARRIERE V. B. KNOBBE - KEUK, *THE EC CORPORATE TAX DIRECTIVES - ANTI-ABUSE PROVISIONS, DIRECT EFFECT, GERMÁN IMPLEMENTATION LAW, INTERTAX*, 1992, P. 6 SS.; P. VALENTE, *PROFILI COMPARATIVI DELLE MODALITÀ DI RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA 90/434/CEE IN ALCUNI PAESI DELL'UNIONE EUROPEA*, IN *DIR. E PRAT. TRIB.*, 5, 1996, P. 1531; E PIÙ IN GENERALE LE VALUTAZIONI DI F. VANISTENDAEL, *THE COMPATIBILITY OF THE BASIC FREEDOM WITH THE SOVEREIGN NATIONAL SYSTEM OF THE MEMBER STATE*, IN *ECTAX REVIEW*, 2003, 3, P. 142 SS.; PER UN QUADRO ANCHE ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA SULLE FUSIONI TRANSFRONTALIERE, DA ULTIMO, V. J. WERBROUCK, *THE RULES APPLICABLE TO CROSS-BORDER MERGERS*, IN *CROSS-BORDER MERGERS IN EUROPE*, I, CIT., P. 44 SS.

¹³ Per tutti, cfr. le indelebili parole, invero contrarie all'introduzione di qualsivoglia forma di co-gestione nel nostro ordinamento, di B. VISENTINI, *L'utopia della co-gestione*, in *Riv. soc.*, 1977, 2, p. 543 ss.; v. anche ID., *L'utopia della co-gestione*, in *Riv. soc.*, 1982, 1, p. 116 ss. e L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 333 ss.



Se ciò è vero, alla luce delle osservazioni effettuate, la scelta per la quale alla fine si è optato non può che dar adito a qualche perplessità; e se non del tutto irrazionale, essa si configura almeno come non del tutto ragionevole.

Quella che potrebbe profilarsi come una vera e propria elevazione dell'istituto della *Mittbestimmung* a valore europeo, ovverosia tale da imporsi sulle *corporate governance* degli altri Stati dell'Unione, costituisce un'operazione di circolazione del modello innanzitutto incauta, in grado di provocare “crisi di rigetto” o, comunque, di sortire ricadute non agevolmente prevedibili. Non solo, ma risulta contraria finanche a quanto più saggiamente consigliato dal *Report of the High Level Group of company law experts* – ove, a ragion veduta, si suggerivano soluzioni a livello comunitario le quali non incidessero in modo rilevante sulla struttura e sul modello di governo societario di cui a singoli Stati dell'Unione¹⁴.

La critica – si badi bene – non è filosofica perché non s'appunta sul merito della gestione, bensì metodologica. E contro siffatto rilievo potrebbe solo legittimamente argomentarsi – “magra consolazione” – come, in materia di partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'anonima, sia la legislazione europea più in generale a risentire delle suggestioni dei modelli tedeschi: si pensi alla disciplina della SE, o ancora si menzioni la proposta di V direttiva – la quale, nella sua originaria formulazione, in tema di organizzazione della società per azioni (c.d. *Strukturrichtlinie*) attribuiva ai lavoratori o ai loro rappresentanti il potere di nomina di almeno un terzo dei componenti dell'organo di vigilanza nelle società con almeno 500 dipendenti, riprendendo in ciò essenzialmente la legge tedesca (il *Betriebsverfassungsgesetz*) in tema di cogestione del terzo¹⁵.

Ad ogni buon conto, anche qualora non si condivida l'*iter* argomentativo proposto, a due ordini di considerazioni non si può non aderire: innanzitutto a quelle che rimarcano le problematiche concrete che la disciplina necessariamente produce, soprattutto in ordinamenti come il nostro che, da un lato, non hanno mai conosciuto forme di cogestione nel panorama societario e, dall'altro, – ulteriore paradosso – hanno adottato un provvedimento di recepimento sufficientemente incolore con riguardo al tema.

Ma è altresì innegabile – ed è questo il secondo novero di riflessioni di cui si diceva – come, a dispetto della “leggerezza” del provvedimento italiano di recepimento, la soluzione della preservazione delle tutele partecipative dei lavoratori eventualmente previste in una società coinvolta dalla fusione, sia destinata a segnare nel medio e lungo periodo il futuro del diritto societario e in quest'ambito tanto le scelte in materia di diritto delle società in sede europea – il legislatore dell'Unione potrebbe per tal via intraprendere la strada di un modello di governo societario prevalente, in cui il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione divenga elemento essenziale – quanto le decisioni a livello nazionale – gli Stati membri le cui legislazioni societarie non prevedano forme di cogestione potrebbero nel tempo essere indotti ad introdurre disposizioni in tal senso al fine di evitare la compresenza nell'ordinamento interno di anonime senza rappresentanza dei lavoratori e anonime con rappresentanza in quanto frutto di fusione intracomunitaria.

Conviene, pertanto, esaminare nello specifico la disciplina, pur rinviando per i singoli aspetti alle specifiche trattazioni sulle corrispondenti previsioni codicistiche.

¹⁴ Cfr. A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1196; segnala come in sede di approvazione il governo italiano sia stato l'unico tra i venticinque Paesi dell'Unione a votare contro l'introduzione del sistema di partecipazione dei lavoratori A. PRETO - C. DESOGUS, *op. cit.*, p. 258 ss.

¹⁵ Come fa A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1197, nota 9.



3. Al pari di quanto si accennava, il profilo più strettamente positivo come emerge dalla combinazione del testo della direttiva approvato nel 2005 – sulla scorta altresì delle modifiche intervenute per effetto della Conferenza di Nizza del dicembre del 2000 – e del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 – a mezzo del quale, come si è detto, l'Italia ha dato attuazione alla direttiva, in forza della legge europea 6 febbraio 2007, n. 13 e su cui il successivo intervento del 2014 non ha inciso in maniera rilevante – deve registrare un dato non privo di ombre; e ciò, per un verso, come riverbero delle ragioni già menzionate e, per altro, per la qualità del provvedimento di recepimento elaborato dal nostro legislatore.

A voler essere più precisi: la direttiva è ricca di rinvii alle legislazioni nazionali, giacché traccia *simplement* un perimetro normativo volto innanzitutto a permettere le fusioni tra società degli Stati membri e a conferir loro sicurezza giuridica, evitando che le società siano indotte all'uopo a realizzare complesse operazioni spesso in violazione di norme imperative di uno o più tra gli ordinamenti di riferimento¹.

A fronte di ciò, il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 se talvolta non ha sfruttato il margine di discrezione offerto dalla direttiva in fase di recepimento, talaltra sembra esser andato anche oltre; ma, soprattutto, non ha affrontato i punti di maggior delicatezza. In tal senso, esso costituisce al tempo stesso un'esplicita conferma dell'opportunità d'un intervento comunitario di ben altro spessore nonché un perfetto paradigma delle problematiche in gioco.

L'esame in parallelo della corrispondente normativa europea ben evidenzia tutto questo. L'art. 1 del provvedimento europeo delimita l'ambito d'applicazione della direttiva, delineandone i contorni attorno alle fusioni tra società di capitali – vuoi per incorporazione, vuoi con costituzione di nuova società – di cui ovviamente almeno due vedano applicata la *lex societatis* di Stati membri differenti. In particolare, con riguardo alle forme societarie destinatarie della normativa, il riferimento è: 1) alle società di cui all'art. 1 della direttiva 68/151/CEE – che per l'Italia sono la società per azioni, la società in accomandita per azioni e la società a responsabilità limitata; 2) alle società dotate di capitale sociale e aventi personalità giuridica, con patrimonio distinto che risponde da solo dei debiti sociali, soggette, in virtù della propria legge nazionale, alle condizioni di garanzia previste dalla direttiva 68/151/CEE per la protezione degli interessi dei soci e dei terzi².

Più complesso è, però, il campo applicativo come risulta dall'analisi dell'art. 2 del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108; e che si traduce in tre livelli di applicabilità: integrale, quasi integrale e parziale, si direbbe.

Nulla quaestio, infatti, per l'applicazione per così dire *integrale* della disciplina, giacché essa avrà luogo ogni volta che ricorrano due condizioni: *a*) l'operazione costituisca una fusione transfrontaliera tra una o più società di capitali dalla quale scaturisca una società di capitali – escluse sono, pertanto, da siffatta applicazione piena le fusioni cui prendano parte o dalla quale derivino società di persone; *b*) l'operazione sia qualificabile come fusione transfrontaliera intracomunitaria, ovvero sia vi partecipino o ne risultino società di diritto italiano ed equivalenti società di altro Stato membro “la cui sede sociale o amministrazione centrale o centro di attività principale sia stabilito nella Comunità europea” (art. 2, primo comma, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108). Peraltro, come precisato dal *conditor iuris*, sebbene non sia esplicitato, la disposizione europea includerebbe, alla luce altresì della propria *ratio*, anche la fusione tra società di capitali vigenti “secondo il diritto italiano da cui derivi la costituzione di una società di altro Stato membro e, reciprocamente, la fusione tra società di

¹ V.D. FAUNELE - F.M. MUCCIARELLI, *Questioni in tema di fusioni transfrontaliere*, in *Giur. comm.*, 4, 2008, p. 744.

² Cfr. art. 2, primo comma, decima direttiva.



capitali di un unico altro Stato membro da cui derivi la costituzione di una società di diritto italiano”³.

Il provvedimento italiano, nondimeno, sembra assumere una nozione più ampia di fusione transfrontaliera; *rectius*, estende la propria applicabilità oltre i limiti della decima direttiva, se è vero che il secondo comma dell’art. 2 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 ne indirizza le prescrizioni anche “alle fusioni transfrontaliere alle quali partecipino o risultino società diverse dalle società di capitali o società di capitali che non abbiano nella Comunità europea né la sede statutaria, né l’amministrazione centrale, né il centro di attività principale, purché l’applicazione della disciplina di recepimento della direttiva 2005/56/CE a tali fusioni transfrontaliere sia parimenti prevista dalla legge applicabile a ciascuna delle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione medesima”.

Tale applicazione risulta, però, *quasi integrale*⁴, in quanto l’estensione non ha ricompreso l’art. 19, relativo alle tutele partecipative dei lavoratori⁵.

In altri termini, l’applicazione, per tale via e a eccezione del menzionato art. 19, è stata estesa anche alle fusioni transfrontaliere che coinvolgono o producono società di persone oppure società di capitali che “non abbiano nella Comunità europea né la sede statutaria, né l’amministrazione centrale, né il centro di attività principale”, a condizione tuttavia che la legislazione di tutte le società comunitarie partecipanti all’operazione preveda l’estensione della regolamentazione a siffatte società.

Il mosaico applicativo si completa poi con un’applicazione *parziale*⁶ anche al di là dei casi sopra descritti, con l’espressa esclusione della fusione transfrontaliera cui prenda parte una Sicav, di cui all’art. 43 T.U.F.⁷. Peraltro, esulando da siffatta ultima eccezione (riguardante le Sicav), la dottrina ha reputato talune norme, seppur non richiamate, a ogni modo applicabili alla fusione transfrontaliera extracomunitaria “per effetto dei principi generali del diritto italiano comunque applicabili alla fusione in esame, in forza dell’art. 4, primo comma, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 e salva la compatibilità con le leggi degli altri paesi coinvolti”, nonché – si aggiungerebbe – con le specificità della singola operazione: ciò varrebbe per terzo comma dell’art. 10, ma anche per gli artt. 14, 15, primo, terzo e quarto comma, 16 primo e secondo comma, nonché infine per gli artt. 17 e 18, primo e terzo comma d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, almeno laddove la società risultante dalla fusione sia di diritto italiano; inapplicabili senza dubbio sarebbero per contro gli artt. 11 e 13 dello stesso decreto, perché presupporrebbero l’adesione ai principi della direttiva degli Stati in-volti⁸.

Ad ogni buon conto, è evidente come la scelta del legislatore italiano se da un lato sortisce l’effetto di render più ardua la delimitazione dell’ambito applicativo della disciplina, dall’altro per certo non risolve le numerose problematiche che si riscontrano nelle fusioni extracomunitarie.

Chiara, benché comunque articolata, è la soluzione adottata dal provvedimento di recepimento in ordine alle società cooperative. La direttiva conferiva al legislatore nazionale la facoltà d’optare per l’esclusione di tali società dal campo di applicazione della regolamen-

³ *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della decima direttiva comunitaria n. 2005/56/CE.*

⁴ Secondo l’efficace partizione offerta in F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 13.

⁵ Così espressamente l’art. 2, secondo comma, ultimo periodo.

⁶ Relativa ai soli art. 3, primo e secondo comma, nonché agli artt. 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 18.

⁷ Cfr. art. 2, terzo e quarto comma d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108.

⁸ Cfr. F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 16 da cui altresì la citazione.



tazione nazionale da emanare⁹. Di siffatta opzione, il legislatore italiano non ha ritenuto di avvalersi *in toto*, conseguendone l'applicabilità della disciplina anche alle cooperative, con eccezione però di quelle a mutualità prevalente di cui all'art. 2512 c.c.

La scelta è in linea di massima condivisibile, invero per ovvi motivi: l'art. 3, primo comma, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, confermando un principio a questo punto generale, riprende l'art. 4, primo comma, lett. *a*) della decima direttiva e dispone che “una fusione transfrontaliera è consentita solo tra tipi di società alle quali la legge applicabile permette di fondersi”; ed allora, atteso che, com'è noto, l'art. 2445-*novies* c.c. giustappunto ammette alla fusione le società cooperative, non sussisteva valida ragione per escludere, in sede di recepimento, le cooperative *tout court* dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni¹⁰.

Per altro verso, con riguardo alle cooperative a mutualità prevalente, il legislatore ha ritenuto problematico l'eventuale contemperamento della regola di cui all'art. 2545-*decies* – il quale fa divieto a tale tipologia di cooperative di deliberare la trasformazione in società di persone o di capitali o in consorzio – con la legge poi applicabile alla società risultante dalla fusione; nel senso che, secondo un'equiparazione che si rinviene altresì nella previsione sul recesso, il mutamento del diritto applicabile è stato trattato alla stregua di una trasformazione, in quanto potenzialmente in grado di “assoggettare la società ad un regime normativo sostanzialmente analogo a quello di tipi sociali con riferimento ai quali la legge italiana vieta la trasformazione”¹¹.

⁹ Art. 3, secondo comma, decima direttiva.

¹⁰ Cfr. A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1201.

¹¹ Così, puntualmente, F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 18, il quale peraltro discorre di motivi di prudenza o eccesso di zelo, avendo il legislatore comminato una proibizione generale indipendentemente dalla circostanza che il diritto applicabile alla società risultante da fusione sia o meno incompatibile con lo scopo mutualistico.



4. Di là della probabile preferenza del legislatore comunitario per la qualificazione nel senso di vicenda estintivo-costitutiva della fusione – argomentando ai sensi degli artt. 2 e 14 della decima direttiva appunto, tema sul quale appare opportuno rinviare ad altra sede la trattazione¹ –, minimi e chiari appaiono i principi di base adottati dalla normativa comunitaria *de qua*: in primo luogo, ciascuna società partecipante alla fusione rimane, in linea generale, soggetta alle disposizioni vigenti nel paese di appartenenza, come peraltro espressamente confermato anche nel d.lgs. n. 108/2008, il cui art. 4, primo comma, precisa che – fermo restando quanto diversamente stabilito nello stesso provvedimento di legge – alle società italiane partecipanti alla fusione si applicano le previsioni di cui al “titolo V, capo X, sezione II del Libro V del Codice Civile”. Inoltre, è sancito che la società risultante dalla fusione vedrà di poi applicata la *lex societatis* dell’ordinamento ove essa dopo l’operazione avrà sede.

Anzi, a ben vedere è questa seconda regola ad assurgere a parametro prevalente, se è vero che il legislatore italiano, nel premurarsi di disciplinare un criterio generale di risoluzione dei conflitti di legge che dovessero eventualmente insorgere tra le norme nazionali e quelle degli ordinamenti giuridici delle altre società coinvolte nel procedimento di fusione, ha stabilito come, in tali casi, si faccia riferimento alla legge applicabile alla società risultante dalla fusione². Tale regola generale di conflitto fa salvo solo quanto stabilito dall’art. 11, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 appunto, in ordine all’obbligo del Certificato preliminare alla fusione transfrontaliera.

In questo senso, l’impianto del provvedimento di recepimento appare coerente con l’approccio minimo perseguito dalla direttiva ed esplicitato anche nel suo terzo considerando³.

Il risultato che scaturisce dalla combinazione dei due principi consente di affermare come non possano sussistere limiti alla fusione intracomunitaria, a patto che, come già detto, la legge applicabile a ciascuna società partecipante alla fusione consenta a tale società di realizzare una fusione domestica con società di tipo equivalente a quello delle altre società partecipanti all’operazione di fusione *cross-border*.

Tanto vale a evitare, da un lato, che i legislatori nazionali possano impedire, nell’ambito comunitario, la fusione per il sol fatto che una delle società coinvolte non sia di diritto interno; e, dall’altro, che negli Stati nei quali non sia possibile effettuare una fusione eterogenea si utilizzi la disciplina europea per eludere il divieto.

In linea con *ratio* e principi generali, possono giudicarsi anche le successive ulteriori regole di conflitto specificamente disposte dai commi terzo e seguente dell’art. 4 dello stesso d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, ovvero sia *inter caetera* quelle che per un verso dispongono l’applicazione necessaria di norme quali l’art. 2112 c.c. e 47, l. 29 dicembre 1990, n. 428 in materia di tutela dei lavoratori, nonché le discipline del T.U.B, del T.U.F. e della legislazione in materia di imprese assicuratrici di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, di tutela della concorrenza e del mercato di cui alla l. 10 ottobre 1990, n. 287 e infine di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni di cui al d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 1994, n. 474; ma anche quelle

¹ V. *sub* nota 8.

² Art. 4, secondo comma, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108.

³ Ove si legge come “per facilitare le operazioni di fusione transfrontaliera, è opportuno prevedere che, se la presente direttiva non dispone altrimenti, ogni società partecipante a una fusione transfrontaliera ed ogni terzo interessato restino soggetti alle disposizioni e alle formalità della legislazione nazionale che sarebbe applicabile in caso di fusione nazionale”.



che per altro verso escludono l'applicazione di talaltre disposizioni: è il caso degli strumenti di protezione dei soci e dei terzi, previsti all'art. 2501-*bis* c.c.⁴, i quali possono essere attivati soltanto nell'ipotesi in cui la “società partecipante alla fusione il cui controllo è oggetto di acquisizione” sia soggetta al diritto italiano. Ne deriva, pertanto, che ove la società *target* appartenga a un altro Stato membro troveranno applicazione soltanto gli strumenti di tutela eventualmente ivi disposti; e d'altronde, tanto potrebbe ricavarsi dai succitati principi generali; e risulta comunque è funzionale alla circostanza che il pericolo di dissesto in operazioni di tal sorta sostanzialmente grava sulla società bersaglio⁵.

⁴ In caso di fusione a seguito di indebitamento – c.d. *merger leveraged buy-out*.

⁵ Cfr. F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 21 ss., con piena adesione alla soluzione; in senso più critico, D. FAUNELE - F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 747.



5. Altro esempio dell'approccio minimo adottato dalla direttiva e, per converso, di spazio di manovra riservato al provvedimento di recepimento, si riscontra in tema di tutele da accordare ai soci di minoranza, vieppiù in virtù del carattere transfrontaliero dell'operazione in questione; o meglio ai soci "che si sono opposti" alla fusione, come recita la direttiva stessa, il cui art. 4, secondo comma offriva alle legislazioni nazionali la facoltà d'introduzione di disposizioni idonee a tutelarne gli interessi.

Invero, è probabile che la direttiva non intendesse a mezzo della formula impiegata riferirsi tecnicamente a un diritto di opposizione da istituire in favore dei soci di minoranza, alla stregua di quanto previsto per la fusione di diritto interno per creditori e obbligazionisti, per effetto rispettivamente degli artt. 2503 e 2503-*bis* c.c.; quanto piuttosto alludere a coloro che alla fusione non hanno acconsentito¹.

In questo senso, peraltro, si è mosso il legislatore italiano del recepimento, il quale ha reputato adeguato optare per lo strumento del diritto di recesso in una particolare eventualità. L'art. 5 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, infatti, sancisce come nel caso in cui la società risultante dalla fusione transfrontaliera sia una società di altro Stato membro, il "socio non consenziente" abbia il "diritto di recedere dalla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera"; e ciò secondo le modalità di esercizio del recesso stesso e di determinazione del valore delle azioni o delle quote previste dalle norme del codice civile applicabili alla società da cui si recede – e in specie dagli artt. 2437 ss. per la s.p.a. e 2473 ss. c.c. per la s.r.l. –, nonché fatte "salve le altre cause di recesso previste dalla legge o dallo statuto"².

La soluzione si profila condivisibile, giustappunto in base al rilievo sistematico che si fonda sulle succitate norme codicistiche, applicabili al recesso per il caso di trasferimento della sede all'estero; peraltro, per la s.r.l. il nostro codice riconosce sempre al socio non consenziente il diritto di recesso concesso a fronte di operazioni di fusione.

Parallelamente, si consideri come sul medesimo piano si sia mosso il legislatore della citata *Ley* 3/2009, prevedendo all'*art.* 62 un diritto di recesso in favore dei soci della società partecipante di diritto spagnolo che abbiano votato avverso quegli accordi di fusione il cui esito sia una società con sede in altro Stato membro. Sul punto, la disposizione rinvia ora al *Título IX* della *Ley de Sociedades de Capital*³.

D'altro canto, ove la società risultante dalla fusione transfrontaliera sia soggetto di diritto di altro Stato membro, di fatto e di là da ogni qualificazione, si assisterà a un trasferimento di sede all'estero. È plausibile anche ipotizzare che nel caso in discussione (quello della società risultante dalla fusione intracomunitaria con sede in altro Stato dell'Unione) l'art. 2437 c.c. avrebbe, per il campo della s.p.a., trovato comunque applicazione sulla base dei principi suenunciati⁴; ma l'espressa statuizione dell'art. 5 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 consente altresì di concedere il diritto di recesso anche qualora la società che scaturisce dalla fusione sia sì regolata dal diritto di altro Stato comunitario ma mantenga la sede in Italia; caso, vale a dire, nel quale si registrerebbe soltanto un mutamento della *lex societatis* e non si

¹ V.A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1203.

² Cfr. per l'ordinamento tedesco l'analogo meccanismo di cui ai §§ 122h e 122i *UmwG*.

³ La previsione, da ultimo modificata – con riguardo al predetto rinvio – dalla *Ley* 22 giugno 2012, n. 1, recita ora: "Los socios de las sociedades españolas participantes en una fusión transfronteriza intracomunitaria que hubieran votado en contra del acuerdo de una fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Ley de Sociedades de Capital".

⁴ V. *sub par. prec.*



verificherebbe quel trasferimento della sede all'estero che è il presupposto del meccanismo di cui all'art. 2437 c.c.⁵.

A ben vedere, poi, coerentemente con siffatto *iter* logico-argomentativo, il già menzionato terzo comma dell'art. 2 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 prescrive l'applicazione della regola di tutela anche laddove la società risultante sia di diritto non comunitario.

⁵ Cfr. F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 25. Per le s.r.l., come detto, l'art. 2473 c.c. accorda al socio che non acconsente all'operazione di fusione comunque un diritto di recesso, al pari di quanto fa l'art. 2502, primo comma, c.c. per le società di persone.



6. Fermo il rinvio alle opportune sedi di trattazione, può esser d'una qualche utilità per offrire una visione d'insieme dell'istituto e del suo spirito nonché per valutarne la portata secondo le osservazioni di cui *supra* fugacemente menzionare anche qualche altro strumento di garanzia previsto per i soci di minoranza, come anche per i creditori e per gli obbligazionisti. Si pensi, ad esempio, all'imposizione di un contenuto minimo con riguardo al progetto di fusione; e si noti come, tra le informazioni obbligatorie, ai sensi dell'art. 5 della direttiva, compaia ovviamente quello ivi essenziale della sede¹.

In tal senso, gli elementi elencati nella normativa europea si sommano e sovrappongono, per effetto del rinvio dell'art. 6 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, ai dati da fornirsi obbligatoriamente ai sensi dell'art. 2501-ter, primo comma, c.c. La disposizione rende, altresì, necessario indicare: “a) la forma, la denominazione e la sede statutaria della società risultante dalla fusione transfrontaliera oltre che la legge regolatrice di questa e di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera; b) ogni modalità particolare relativa al diritto di partecipazione agli utili; c) i vantaggi eventualmente proposti a favore degli esperti che esaminano il progetto di fusione transfrontaliera e dei membri degli organi di controllo delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera; d) qualora ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, comma 1, le informazioni sulle procedure di coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei loro diritti di partecipazione nella società risultante dalla fusione transfrontaliera; e) le probabili ripercussioni della fusione transfrontaliera sull'occupazione; f) le informazioni sulla valutazione degli elementi patrimoniali attivi e passivi che sono trasferiti alla società risultante dalla fusione transfrontaliera; g) la data cui si riferisce la situazione patrimoniale o il bilancio di ciascuna delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera utilizzati per definire le condizioni della fusione transfrontaliera; h) se del caso, le ulteriori informazioni la cui inclusione nel progetto comune è prevista dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera; i) la data di efficacia della fusione transfrontaliera o i criteri per la sua determinazione”. In siffatto ambito, peraltro, si segnala come anche l'eventuale conguaglio in denaro non possa, conformemente a quanto stabilito dallo stesso art. 2501-ter, primo comma, n. 3 c.c., superare la misura del dieci per cento del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate o, in mancanza di tale valore, della loro parità contabile, “salvo che la legge applicabile ad almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera ovvero la legge applicabile alla società risultante dalla fusione transfrontaliera consenta il conguaglio in danaro in misura superiore”.

Invero, la regolamentazione del contenuto del progetto rientra, più in generale, nel rilievo che anche la normativa europea tende a conferire al profilo della pubblicità all'operazione transfrontaliera in discorso; e ciò sempre al fine di consentire ai soggetti coinvolti, leggasi a tutti gli *stakeholders*, di esercitare consapevolmente le proprie scelte e i propri diritti. Sul punto, il provvedimento europeo prescrive all'art. 6 che, almeno trenta giorni prima dell'assemblea chiamata a decidere sull'approvazione del progetto, quest'ultimo sia oggetto di pubblicità in tutti i registri delle imprese degli Stati in cui sono iscritte le società in fusione.

Tale adempimento, non menzionato nella proposta di direttiva, è stato successivamente introdotto in sede di approvazione, verosimilmente al fine di rafforzare la tutela di azionisti (soprattutto di minoranza), creditori e lavoratori². Non solo, ma proprio il secon-

¹ Cfr. A. BUSANI, *La fusione transfrontaliera e internazionale*, in *Le Società*, 6, 2012, p. 666 ss.

² Così A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1203; il confronto e il dettaglio della normativa è puntualmente riportato anche in G. ARNÒ - G. FISCHETTI, *op. cit.*, p. 68 ss. V. anche Consiglio Nazionale del Notariato, Stu-



do comma dell'art. 6 della direttiva sancisce l'obbligo di pubblicazione in Gazzetta altresì per "a) la forma, la denominazione e la sede statutaria delle società che partecipano alla fusione; b) il registro presso il quale sono stati depositati gli atti di cui all'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 68/151/CEE di ciascuna delle società che partecipano alla fusione e il loro numero di iscrizione in tale registro; c) l'indicazione, per ciascuna delle società che partecipano alla fusione, delle modalità d'esercizio dei diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza delle società che partecipano alla fusione, nonché l'indirizzo presso il quale si possono ottenere gratuitamente informazioni esaurienti su tali modalità".

In particolare, la lett. b) dell'articolo citato prevede una sorta di "pubblicità della pubblicità", giacché in Gazzetta sarà indicato in quali registri delle imprese si trovano depositati gli atti previsti dalla direttiva 68/151/CE, tra i quali assumono precipua importanza quelli relativi ai documenti contabili delle società in fusione. Tuttavia, è stato osservato come nella direttiva non risulti espressamente indicato il termine entro il quale debba essere eseguita quest'ultima forma di pubblicità, sebbene appaia plausibile ritenere che la stessa non possa che profilarsi come coeva, o comunque immediatamente successiva, rispetto al deposito del progetto presso il registro delle imprese³.

Non a caso, il legislatore italiano correttamente sancisce, all'art. 7 d.lgs. 108/2008 che "salvo quanto disposto dall'articolo 2501-ter, terzo e quarto comma, del codice civile, almeno trenta giorni prima della data dell'assemblea convocata per la deliberazione della fusione transfrontaliera sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana per ciascuna società partecipante alla fusione transfrontaliera le seguenti informazioni: a) tipo, denominazione, sede statutaria e legge regolatrice; b) il registro delle imprese nel quale è iscritta la società e il relativo numero di iscrizione; c) in relazione all'operazione di fusione transfrontaliera, le modalità d'esercizio dei propri diritti da parte dei creditori e dei soci di minoranza, nonché le modalità con le quali si possono ottenere gratuitamente dalla società medesima tali informazioni".

La *ratio* dell'adempimento pubblicitario aggiuntivo in parola può agevolmente rinvenirsi nella considerazione che vuole come meno agevole per i cittadini italiani il reperimento delle informazioni relative a società estere rispetto a quanto accade corrispettivamente per una fusione di diritto interno⁴. In aggiunta, la certezza nella previsione di un termine, oltre che opportuna, agevola l'accertamento di eventuali responsabilità dell'organo amministrativo per l'omissione o il ritardo dell'adempimento in parola⁵.

Peraltro, se è vero che per tal via il legislatore italiano ha adeguato il termine a quello di cui all'art. 2501-ter c.c., allora nell'ambiguità della lettera della previsione deve concludersi che detto termine sia riferito alla data dell'assemblea della sola società di diritto interno e non anche degli altri soggetti societari coinvolti nell'operazione straordinaria. Se così non fos-

dio n. 1-2007/A del 2 febbraio 2007, *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di fusione transfrontaliera*, disponibile all'indirizzo web <http://www.notariato.it/sites/default/files/1-07.pdf>.

³ Le riflessioni sul punto sono in A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1204.

⁴ V. la *Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della decima direttiva comunitaria n. 2005/56/CE*. In questo senso, anche F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 29.

⁵ Cfr. A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1204. V. anche Consiglio Notarile di Milano, massima n. 109 del 27 gennaio 2009, disponibile all'indirizzo web <http://www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/109.aspx>.



se, infatti, la norma italiana avrebbe imposto un requisito di legittimità della delibera di fusione alla società non italiana⁶.

Meno felice il disposto – e forse la scelta stessa – della normativa di recepimento in ordine alla relazione redatta dall'organo gestorio delle società coinvolte e in ordine a quella predisposta da esperti indipendenti – profili cui la decima direttiva dedicava rispettivamente gli artt. 7 e 8 e che sono ora regolati negli artt. 8 e 9 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108.

Anche relativamente alla prima relazione, il decreto di recepimento ha dovuto integrare il contenuto del documento prescritto per la fusione interna dall'art. 2501-*quinquies* c.c., includendo tra il contenuto obbligatorio “le conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori”. La relazione così arricchita, in ossequio a quanto richiesto dal dettato comunitario, è chiamata a illustrare aspetti ulteriori, secondo il chiaro intento di dar contezza nel modo più ampio degli aspetti giuridici ed economici d'una operazione straordinaria di tal sorta.

Peraltro, non manca chi ha rilevato la dubbia coerenza sistematica rispetto al nostro ordinamento codicistico di un simile contenuto, in ragione del fatto che la relazione in parola per la fusione di diritto interno è volta sostanzialmente a riportare il – e fornire delucidazioni sul – rapporto di cambio delle azioni o delle quote, come dimostra il fatto che essa può legittimamente essere omessa qualora detto rapporto per definizione manchi: si pensi al caso di incorporazione di società interamente posseduta⁷.

Si intende che il contenuto prescritto, prescindendo dal rapporto di cambio, sortisce l'effetto di mutare la funzione stessa del documento in questione il quale, a seguito di tanto, non sarà più indirizzato ai soli soci ma finalizzato alla tutela altresì di creditori e lavoratori; di guisa che, anche allorquando la relazione *ex art. 2501-quinquies* c.c. potrebbe essere omessa, come giustappunto nelle fusioni per incorporazione di società interamente posseduta, non dovrà comunque mancare la suddetta illustrazione delle conseguenze della fusione transfrontaliera per i soci, i creditori e i lavoratori, per l'ipotesi di fusione transfrontaliera intracomunitaria.

In materia, peraltro, è interessante notare come mentre la decima direttiva richiede che siffatta relazione sia messa a disposizione dei soci e dei rappresentanti dei lavoratori almeno un mese prima della data fissata per l'approvazione del progetto di fusione, la corrispondente disposizione italiana discorre più precisamente di *invio* ai rappresentanti dei lavoratori e, solo in assenza di questi, di “messa a disposizione” della relazione in favore dei lavoratori – a differenza, per esempio, di quanto avviene nell'ordinamento spagnolo⁸.

Ad ogni modo, i lavoratori (o i rappresentanti di essi) possono con riguardo alla relazione formulare un parere che, ove espresso, sarà allegato alla relazione “se ricevuto in tempo utile”.

Venendo, poi, alla relazione redatta in ordine a ciascuna società dagli esperti indipendenti, è già il provvedimento comunitario, di là dal termine per il deposito – di nuovo, ai sensi dell'art. 8 della decima direttiva, quello di trenta giorni prima della data prevista per l'approvazione del progetto in sede assembleare –, a dettare un precipuo *plafond* contenuti-

⁶ Correttamente rimarca F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 30, il quale, argomentando lungo siffatto sentiero aggiunge come, parallelamente a quanto accade appunto per l'art. 2501-*ter* c.c., il termine in quanto posto nell'esclusivo interesse dei soci può essere oggetto di rinuncia previo consenso unanime di costoro.

⁷ Cfr. art. 2505, primo comma, c.c., su cui, per tutti O. CAGNASSO, Sub *art. 2505*, in *Il nuovo diritto societario - Commentario*, diretto da G. COTTINO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI, III, Bologna, 2004, p. 2352 ss. Con riguardo alla fusione transfrontaliera, v. ancora F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 31.

⁸ Su cui *infra* al par. 9.



stico minimo, segnalando altresì gli elementi della congruità del rapporto di cambio e dei metodi adottati per la determinazione di tale rapporto⁹.

L'art. 9 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, tanto per i requisiti quanto per gli ulteriori profili relativi alla designazione degli esperti, riproduce pressoché pedissequamente il disposto dell'art. 2501-*sexies* c.c., applicabile per il caso di fusione interna. *Nulla quaestio*, si direbbe dunque. Ma evidentemente un problema potrebbe sorgere ove le società in fusione decidano congiuntamente di avvalersi di uno o più esperti per la redazione di un'unica relazione.

Soccorre all'uopo il terzo comma della norma in questione, il quale dispone che la relazione possa "essere redatta per tutte le società partecipanti alla fusione transfrontaliera da uno o più esperti indipendenti designati, su richiesta congiunta di tali società, ovvero abilitati, da una autorità amministrativa o giudiziaria in conformità della legge applicabile ad una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera o alla società risultante dalla fusione medesima"¹⁰.

Lo stesso terzo comma della previsione prosegue precisando che "l'autorità italiana competente alla designazione è il tribunale del luogo in cui ha sede la società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera o risultante dalla stessa"; tuttavia, giacché il periodo successivo rinvia al secondo comma, il quale prescrive la designazione giudiziaria soltanto qualora la società risultante dalla fusione sia "una società per azioni o in accomandita per azioni, o società di altro Stato membro di tipo equivalente", se ne deve dedurre – non senza qualche doglianza in ordine all'infelice tecnica legislativa impiegata – che al di fuori di tali ipotesi sarà sufficiente che l'esperto sia selezionato tra i soggetti abilitati al controllo contabile ai sensi dell'art. 2409-*bis* c.c.¹¹.

Ad ogni modo, è previsto che l'eventuale relazione unica contenga tutte le informazioni ulteriori che la legge applicabile alle società partecipanti alla fusione dovesse richiedere.

Degna di nota, infine, è l'ammissibilità della rinuncia a tale relazione, prevista dal decreto di recepimento al quarto comma dello stesso art. 9. È possibile, infatti, che, ove all'uopo concordino tutti i soci delle società partecipanti alla fusione, l'obbligo di relazione degli esperti venga meno.

Nel nostro ordinamento, invero, siffatta rinuncia era già contemplata all'art. 2505-*quater* c.c., sebbene essa nel contesto del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 non appaia condizionata, come nella norma codicistica, alla circostanza che alla fusione non prendano parte società con capitale rappresentato da azioni. Vero è anche che alla semplificazione in parola (la rinunciabilità *tout court* previo consenso di tutti i soci) la normativa europea ha aperto altresì le discipline delle fusioni nazionali, adottando un'altra direttiva, la 2007/63/CE, a mezzo della quale ha modificato le precedenti 78/855/CEE e 82/891/CEE, rispettivamente in tema di fusioni e scissioni: il primo dei due provvedimenti non prevedeva nell'ipotesi *de qua* la possibilità di rinunciare alla relazione degli esperti, il secondo lasciava gli Stati arbitri di operare tale scelta. E così, indipendentemente dalla società coinvolte nell'operazione (di diritto interno), la relazione degli esperti – ma anche l'esame del progetto di fusione, come precisa la novella – non è obbligatoria qualora in questo senso decidano tutti gli azionisti di

⁹ Sul punto, le osservazioni di A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1206.

¹⁰ Discorre in tal senso di una sorta di *favor* per l'ordinamento più liberale, F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 33.

¹¹ V. anche G. ARNÒ - G. FISCHETTI, *op. cit.*, p. 71; sottolinea come alla luce di ciò debba leggersi anche la lettera della disposizione laddove essa fa riferimento agli esperti "designati [...] ovvero abilitati", F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 33.



ciascuna delle società partecipanti alla fusione e tutti i detentori di altri titoli che conferiscono il diritto di voto in tali società.

7. Ovviamente, anche nella fusione intracomunitaria, il passaggio assembleare risulta momento essenziale dell'operazione, cui sono d'altro canto preordinate le stesse relazioni dell'organo amministrativo e degli esperti di cui *supra* – come gli stessi termini indicati chiaramente suggeriscono. La direttiva proclama al proprio art. 9 come “dopo aver preso conoscenza delle relazioni di cui agli artt. 7 e 8 l'assemblea generale di ciascuna delle società che partecipano alla fusione decide sull'approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera”.

Non scevro di complessità si potrebbe disvelare, però, il procedimento di decisione, in ragione sia delle complessità derivanti dai meccanismi di coinvolgimento dei lavoratori eventualmente da attivare, sia delle potenziali differenze sul punto tra le discipline nazionali applicabili alle società partecipanti all'operazione.

La corrispondente disposizione del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, l'art. 10, rubricata “decisione sulla fusione transfrontaliera”, prevede *in primis* che l'efficacia della delibera di approvazione del progetto comune di fusione possa essere “subordinata all'approvazione con successiva delibera da parte dell'assemblea delle modalità di partecipazione dei lavoratori nella società risultante dalla fusione transfrontaliera”. Aggiunge poi che “se la legge applicabile a una società di altro Stato membro partecipante alla fusione transfrontaliera prevede una procedura di controllo e modifica del rapporto di cambio o di compensazione dei soci di minoranza senza che ciò impedisca l'iscrizione della fusione transfrontaliera nel registro delle imprese, l'assemblea delibera sulla possibilità che i soci della società di tale altro Stato membro vi facciano ricorso”. Il che val quanto dire che l'applicazione della disposizione straniera relativa alla procedura di controllo e modifica del rapporto di cambio o di compensazione dei soci di minoranza deve ritenersi condizionata allo specifico assenso da parte dei soci della società italiana in fusione a che i soci di quella estera si avvalgano della facoltà in questione¹.

Fermo il rinvio alle opportune sedi di trattazione per il tema in esame, sia sufficiente con riguardo al procedimento menzionare altresì come il provvedimento italiano di recepimento abbia dapprima confermato le regole inerenti alle c.d. formalità semplificate stabilite dalla direttiva, peraltro già contenute nel codice², per poi intervenire con una minima modifica in occasione della più recente legge Europea *bis* del 2013. Invero, le ipotesi di c.d. fusione semplificata (o per procedura semplificata) sono plurime, investendo tanto la fusione di tipo nazionale quanto la transnazionale; in particolare, la prima forma, nonché ordinaria, è quella in cui all'operazione partecipino due società (almeno), di cui una detenga, alla data di stipula dell'atto di fusione, l'intero capitale sociale dell'altra società³, ai sensi e per gli effetti dell'art 2505, primo comma, c.c.

¹ Efficacemente F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 25; a conforto dell'interpretazione v. anche art. 10, terzo comma, decima direttiva.

² Cfr. G. ARNÒ – G. FISCHETTI, *op. cit.*, p. 76.

³ La dottrina ha ampliato il ventaglio delle ipotesi anche a ulteriori modelli di fusione, quali 1) la fusione tra due o più società interamente possedute, direttamente o indirettamente, da un unico socio; 2) la fusione tra due o più società possedute dai medesimi soci della società incorporante nelle stesse proporzioni; 3) le fusioni in cui l'incorporante possiede una parte del capitale della incorporanda e la residua parte è posseduta dai medesimi soci della società incorporante nelle medesime proporzioni; 4) la fusione inversa in cui la società interamente posseduta incorpora la società che interamente la possiede 5) la fusione di almeno tre società posse-



L'attenzione del legislatore per questa forma è espressa nel richiamo giustappunto all'art. 2505 c.c. operato dall'art. 18 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, il quale sancisce che, nell'ipotesi di fusione per incorporazione di società interamente posseduta, pur potendosi omettere l'approvazione assembleare, rimangono salvi per la società incorporante italiana il secondo ed il terzo comma della previsione codicistica. Sempre per il caso in esame, il primo comma dello stesso art. 18, peraltro, offre un'ulteriore semplificazione, giacché il relativo progetto può omettere l'indicazione di cui all'art. 6, primo comma lett. b) del decreto – ossia “ogni modalità particolare relativa al diritto di partecipazione agli utili”, fatta salva l'applicazione questa volta del primo comma dell'art. 2505 c.c. D'altro canto, oltre che consolidata a livello positivo, l'esclusione dell'obbligatorietà dell'approvazione del progetto per opera dell'assemblea dell'incorporata integralmente posseduta dall'incorporante e, più in generale, le semplificazioni citate appaiono viepiù ragionevoli laddove si consideri come siffatte operazioni – che invero rappresentano le ipotesi più frequenti di fusione – in concreto si risolvano in mere riorganizzazioni aziendali; e, come tali, legittimamente attuabili dagli organi di gestione in via diretta⁴.

Dunque, seppur in termini sommari, può concludersi come la fusione semplificata preveda un regime derogatorio assai sostanzioso, non richiedendo nell'ordine la redazione a) del progetto di fusione di cui all'art. 2501-*ter*, prima comma, nn. 3, 4 e 5 c.c., non esistendo alcun rapporto di cambio in tal caso; b) della relazione illustrativa dell'organo amministrativo di cui all'art. 2501-*quinquies* c.c.; c) della relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio, di cui all'art. 2501-*sexies* c.c.

Significativa è, invece, l'evoluzione del terzo comma dell'art. 18, comma 3, del d.lgs. 108 del 2008. Il testo in vigore sino al 24 novembre 2014, infatti, sanciva che per il caso della fusione intracomunitaria per incorporazione realizzata da una società che detiene almeno il novanta per cento, ma non la totalità, delle azioni, quote o altri titoli che conferiscono il diritto di voto nell'assemblea della società italiana incorporata, “non è richiesta la relazione di cui all'articolo 2501-*sexies* del codice civile qualora venga concesso agli altri soci della società incorporata il diritto di far acquistare le loro azioni, quote o titoli ai sensi dell'articolo 2505-*bis*, primo comma, del codice civile”⁵.

Il recente intervento del legislatore, invece, appare caratterizzato dall'estensione del limite già previsto dal secondo periodo della disposizione summenzionata, prevenendo l'inapplicabilità, nell'ordine: a) dell'art. 2501-*quater* c.c. in tema di redazione della situazione patrimoniale, la quale prima era subordinata alla sola condizione che agli altri soci dell'incorporata fosse concesso il diritto di far acquistare le loro quote dalla incorporante per un corrispettivo parametrato sulla facoltà di recesso; b) dell'art. 2501-*quinquies* c.c. sulla relazione illustrativa dell'organo amministrativo; c) dell'art. 2501-*sexies* c.c. in merito alla relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio; d) dell'art. 2051-*septies* c.c. sul deposito o pubblicazione dei documenti.

dute l'una dall'altra; 6) fusione di due o più società una delle quali sia interamente partecipata da una terza società e la restante società sia posseduta tanto dalla prima quanto da quest'ultima; 7) la fusione tra due società nella quale l'una possiede le azioni dell'altra 8) la fusione in cui le società, incorporanda e incorporante, siano partecipate, anche solo parzialmente, da un unico socio. Sul punto, v. Consiglio Nazionale del Notariato, Quesito di Impresa n. 323-2013/I, *Fusione transfrontaliera con società di diritto portoghese e applicabilità dell'art. 2505*, in CNN Notizie del 3 marzo 2014. Cfr. anche A. BUSANI, *Lieve maquillage per la procedura di fusione transfrontaliera “semplificata”*, in *Società*, 2015, 4, p. 404.

⁴ Cfr. anche l'art. 15 della direttiva; v. altresì A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1207.

⁵ Art. 18, terzo comma, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108.



Tali deroghe si giustificano, tuttavia, sol nel caso in cui la legislazione nazionale cui è soggetta la società incorporante o incorporata lo prevedano.

8. A voler proseguire, seppur brevemente, lungo l'*iter* procedimentale della fusione intracomunitaria, in ordine al delicato profilo dei controlli di legittimità, al di fuori dei casi di fusione c.d. semplificata – su cui come detto il legislatore è intervenuto modificando in specie l'art. 18, comma 3 del d. lgs. 108/2008 con l'attuale disciplina dell'art. 27 della legge 161/2014¹ – l'approvazione assembleare è seguita da due verifiche di sorta; e qui gli artt. 10 e 11 della direttiva, per grandi linee, richiamano i controlli disposti dagli artt. 25 e 26 del regolamento 2157/2001, con riferimento alla costituzione di SE mediante fusione.

Il legislatore europeo sancisce così che il primo controllo sia di competenza delle autorità nazionali delle società partecipanti all'operazione transfrontaliera e abbia a oggetto, come indica il settimo "considerando", la valutazione relativa alla legittimità e al perfezionamento della fase deliberativa della singola società. Verificato tanto, la direttiva chiama l'autorità che ha provveduto all'uopo al rilascio senza indugio in favore della società di un certificato attestante l'adempimento regolare degli atti e delle formalità richieste.

Per l'ordinamento italiano, l'art. 11 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 ha affidato – com'era prevedibile – la competenza in ordine a siffatta tipologia di controllo al notaio verbalizzante, il quale su richiesta della società di diritto interno rilascia il corrispondente certificato preliminare "attestante il regolare adempimento, in conformità alla legge, degli atti e delle formalità preliminari alla realizzazione della fusione"².

In particolare, nel secondo comma della norma, statuisce che "il certificato attesta in particolare: a) l'iscrizione presso il registro delle imprese della delibera di fusione transfrontaliera; b) l'inutile decorso del termine per l'opposizione dei creditori di cui all'art. 2503 del codice civile ovvero l'integrazione dei presupposti che a norma del medesimo articolo consentono l'attuazione della fusione prima del decorso del suddetto termine, ovvero, in caso di opposizione dei creditori, che il tribunale abbia provveduto ai sensi dell'art. 2445, quarto comma, del codice civile; c) qualora l'assemblea abbia subordinato, ai sensi dell'art. 10, comma 1, l'efficacia della delibera di approvazione del progetto comune di fusione transfrontaliera all'approvazione delle modalità di partecipazione dei lavoratori, che queste sono state da essa approvate; d) se del caso, che l'assemblea ha deliberato ai sensi dell'art. 10, comma 2; e) l'inesistenza di circostanze ostative all'attuazione della fusione transfrontaliera relative alla società richiedente".

Il certificato ricopre una rilevante funzione circa il riparto di responsabilità per il controllo di legalità tra i vari organi nazionali all'uopo deputati; e inoltre rende agevole verificare altresì quale sia il soggetto chiamato al controllo in virtù delle leggi nazionali applicabili³.

Quanto al termine, anche il testo italiano non va oltre alla generica espressione "senza indugio" di cui alla disposizione europea. Un termine è, invece, fissato – da entrambe le normative, europea e interna – per la successiva trasmissione, a opera della società e unitamente al progetto comune approvato dall'assemblea, del predetto certificato verso l'autorità competente per l'altro controllo di legittimità, per così dire finale: entro sei mesi dal rilascio.

¹ In tema, cfr. A. BUSANI, *Lieve maquillage*, cit., pp. 403 - 406.

² Il legislatore spagnolo ha disposto, invece, per il caso in cui una delle società coinvolte sia soggetta alla legge spagnola, che competente al rilascio del certificato per il controllo sia il *Registrador mercantil*. V. art. 64 *Ley 2/2009*.

³ Osserva F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 38 ss.



L'autorità competente in relazione a siffatta seconda verifica è individuata, ai sensi della disciplina europea, dallo Stato ove ha sede la società risultante dalla fusione; e di nuovo, per il nostro ordinamento l'attribuzione spetta di nuovo al notaio, il quale, entro trenta giorni dal ricevimento dei certificati preliminari e della delibera di approvazione del progetto comune, appura e conseguentemente attesta l'osservanza della procedura di fusione intracomunitaria – segnatamente verificando 1) la corrispondenza dei progetti approvati dalle società coinvolte, 2) la presenza dei certificati preliminari relativi a ogni società partecipante all'operazione, nonché, ricorrendone i presupposti 3) il rispetto delle modalità di partecipazione dei lavoratori alla società risultante dalla fusione⁴.

Oggetto dell'attestato prodotto dal notaio è il punto d'arrivo dei menzionati adempimenti procedurali: *id est* per la legislazione italiana – al pari di quanto previsto per le analoghe operazioni di diritto interno – l'atto pubblico di cui all'art. 2504 c.c.; atto da redigere a cura del notaio sia per il caso in cui la società risultante dalla fusione sia di diritto italiano, sia per il caso in cui l'ordinamento dello Stato membro in cui è la sede della società frutto dell'operazione non prescriva che la fusione intracomunitaria risulti da atto pubblico – nella cui ipotesi il notaio italiano ha da intervenire in supplenza. E comunque, anche laddove la legge straniera applicabile alla società risultante dalla fusione preveda l'atto pubblico – affidandolo a competente autorità –, il documento deve essere depositato presso il notaio per consentire l'esecuzione degli adempimenti pubblicitari stabiliti dall'art. 14, secondo comma, d.lgs. 108/2008.

Invero, è stato segnalato che la direttiva non fa mai espresso riferimento a un contratto di fusione quale forma di esecuzione delle deliberazioni; ciò a differenza della terza direttiva⁵ che all'art. 16 attribuisce agli Stati membri la facoltà di prevedere che il procedimento di fusione si possa concludere con un atto di natura negoziale⁶. Nondimeno, la mancanza (nella direttiva) di un esplicito riferimento all'atto di fusione è comunque supplito dal più volte citato rinvio, di cui all'art. 4, alle disposizioni e alle modalità previste dalle normative nazionali per le società partecipanti.

Nessuna sorpresa, si direbbe, anche per quanto concerne l'efficacia della fusione; aspetto questo di estrema rilevanza, a esso legandosi la possibilità d'una eventuale pronuncia d'invalidità: tanto il legislatore comunitario quanto quello italiano collocano nel momento dell'efficacia dell'operazione il punto finale oltre il quale l'invalidità non può essere pronunciata⁷.

Infatti, con riguardo alla determinazione del momento a partire dal quale l'operazione produrrà i suoi effetti, da un lato il legislatore comunitario si è limitato a disporre un rinvio in favore della normativa dello Stato membro nel quale avrà sede la società risultante dalla fusione, semplicemente precisando come siffatta efficacia dovrà comunque essere successiva al secondo controllo di legalità; dall'altro, la disposizione italiana di recepimento ha replicato quanto stabilito nell'art. 2504-*bis*, secondo comma, c.c. Di guisa che anche la fusione intracomunitaria risulta efficace a decorrere dall'iscrizione dell'atto di fusione nel registro

⁴ Art. 13 del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108. Scelta peraltro naturale, vista l'attribuzione della competenza al rilascio del primo certificato. Anche l'ordinamento spagnolo, nell'ipotesi in cui la società risultante dalla fusione sia soggetta alla legge spagnola, conferma con l'art. 65 della *Ley* 2/2009 ancora una volta in capo al *Registrador mercantil* la competenza al controllo ulteriore e successivo, ai fini dell'iscrizione stessa della società risultante.

⁵ n. 78/855 del 9 ottobre 1978.

⁶ Cfr. A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1208.

⁷ V. art. 17 della direttiva e art. 17 del provvedimento di recepimento, nonché il corrispondente disposto dell'art. 2504-*quater* c.c.



delle imprese competente per territorio – fermo restando che, in virtù del primo comma dell'art. 15 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, “nella fusione per incorporazione può essere stabilita una data successiva”.

L'efficacia della fusione s'intreccia *naturellement* al sistema di pubblicità predisposto per l'operazione; sistema il quale si distende invero lungo due differenti piani. La disciplina di matrice comunitaria richiedeva innanzitutto una forma di pubblicità da attuare negli Stati membri delle società coinvolte (e secondo le modalità che gli Stati ritengono più opportune nel rispetto dell'art. 3 della direttiva 68/151/CEE): in tal senso, nel nostro ordinamento, il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, all'art. 14, differenzia gli obblighi pubblicitari tra l'ipotesi in cui la società risultante dall'operazione straordinaria sia italiana e quella in cui appartenga ad un altro Stato membro, prescrivendo nel primo caso, il deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove ha sede ciascuna delle società italiane partecipanti alla fusione e quella risultante dall'operazione, entro trenta giorni dal rilascio dell'attestazione di legittimità di cui all'art. 13; nel secondo prevedendo che l'atto pubblico di fusione debba essere depositato presso il registro delle imprese del luogo dove ha sede la società italiana partecipante alla fusione.

Ma vi è di più. In ordine al secondo piano cui si accennava, le previsioni della fusione intracomunitaria contemplanò un rafforzamento dei meccanismi di pubblicità, *sub specie* di coordinamento tra i registri delle imprese dei vari Paesi; l'art. 13 della direttiva dispone, infatti, che il registro delle imprese dello Stato in cui ha sede la società risultante dalla fusione deve provvedere a notificare “immediatamente” al registro (o ai registri) degli Stati delle società coinvolte un'attestazione circa l'avvenuta efficacia dell'operazione. E poiché, come notato, la data di efficacia della fusione è determinata dal legislatore della società derivante dall'operazione, ne consegue che l'obbligo di notificare “immediatamente” non possa che decorrere proprio da quella data – la quale, per inciso, potrebbe differire a seconda dello Stato della società risultante dalla fusione⁸.

Una volta ricevuta la notifica – ma non prima, precisa la direttiva al secondo comma dell'art. 13 –, i registri delle società coinvolte provvederanno alla cancellazione delle società involte⁹.

Il differimento della cancellazione rispetto alla data di efficacia della fusione che per tal via si registra è questione, invero, non nuova agli operatori del diritto societario, se è vero che per l'eventualità di trasferimento all'estero della sede sociale l'immediata cancellazione del soggetto dal registro delle imprese, senza il previo accertamento dell'iscrizione in altro registro, aprirebbe ad abusi facilmente immaginabili – la società potrebbe non comparire più in alcun registro senza che si sia effettuata una liquidazione. L'orientamento dominante sul punto suggerisce la cancellazione solo dopo la verifica dell'avvenuta iscrizione in altro registro o del compimento delle procedure secondo la legge nazionale applicabile alla società trasferita. Se ne deduce come in materia di fusione intracomunitaria il legislatore abbia accolto null'altro che l'interpretazione prevalente – positivizzando un principio a questo punto applicabile anche alle fusioni transfrontaliere extracomunitarie¹⁰.

Acquistata efficacia ai sensi della disciplina testé descritta, anche per la fusione transfrontaliera, al pari di quanto accade per quella di diritto interno ai sensi del l'art. 2504-

⁸ Ancora in A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1209 s.

⁹ Cfr. art. 15, secondo comma, d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108.

¹⁰ In senso concorde rispetto all'iter qui riprodotto, per tutti, F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 44.



quater c.c., non può esser pronunciata l'invalidità – pur restando salvi gli eventuali diritti al risarcimento del danno spettanti ai soci e ai terzi danneggiati dall'operazione¹¹.

Quale ultima notazione sul profilo procedimentale, si rilevi come il legislatore europeo stabilisca al comma terzo dell'art. 14 che la società risultante dall'operazione debba provvedere all'adempimento delle formalità eventualmente prescritte per rendere opponibile ai terzi “il trasferimento di determinati beni, diritti e obbligazioni apportati dalle società partecipanti alla fusione”. In merito, è noto come, con riferimento alla fusione interna, la riforma delle società non ha previsto tale forma di pubblicità, in coerenza – si direbbe – con una ricostruzione nel senso evolutivo-modificativa della vicenda: la pubblicità non sarebbe necessaria, mancando a monte un trasferimento dei beni ed essendo quindi la sola “pubblicità della fusione per rendere opponibili ai terzi la loro intestazione alla società incorporante o risultante dalla fusione”¹².

¹¹ Cfr. art. 17 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108.

¹² C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 717.



9. Al pari di quanto anticipato, in ordine al più delicato dei profili, la decima direttiva sembra aver ceduto non poco alle istanze e alle suggestioni provenienti dal dibattito tedesco.

È noto, infatti, come in tema di partecipazione dei lavoratori al governo della società le distanze nelle legislazioni europee siano rilevanti. Le regole di *corporate governance* sul punto trascorrono da una collocazione del ruolo dei lavoratori al di fuori della gestione – si potrebbe discorrere al massimo di collaborazione esterna, per così dire – nel nostro ordinamento fino alla *Mitbestimmung* di diritto tedesco, quale soluzione all’altro estremo dello spettro; ovvero, secondo un’efficace e autorevole ripartizione, da modelli di partecipazione disgiuntivi in cui i lavoratori restano contrapposti alle singole imprese fino a modelli integrativi nei quali essi sono chiamati a contribuire alla gestione direttamente dall’interno¹.

In specie, senza dilungarsi sul punto, sia sufficiente ricordare che la normativa tedesca in materia, la quale affonda le proprie radici in provvedimenti già di fine ‘800², prevede tre forme di cogestione che differiscono in misura del potere riconosciuto ai lavoratori all’interno del consiglio di sorveglianza: la prima forma di cogestione – introdotta dal *Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie* del 21 maggio 1951 (la c.d. *Montan-Mitbestimmungsgesetz*) – trova applicazione con riferimento alle imprese carbo-siderurgiche ed è definita “paritetica” o “qualificata” (*paritätische oder qualifizierte Mitbestimmung*), in ragione della parità numerica che istituisce tra rappresentanti degli azionisti e rappresentanti dei lavoratori in seno al consiglio di sorveglianza. Ovviamente siffatta composizione comporta il rischio di uno stallo decisionale nell’*Aufsichtsrat*; eventualità questa contemplata dalla disciplina, la quale prescrive che la determinazione sia rimessa a un terzo indipendente. Anzi, nella sua versione originaria, precisamente fino alla novella del 1956, siffatta forma di cogestione prevedeva che l’*Arbeitsdirektor*, e quindi uno dei componenti del consiglio di direzione, fosse nominato dal consiglio di sorveglianza con il consenso della maggioranza dei rappresentanti dei lavoratori a esso partecipanti; la citata modifica del ’56, se da un lato ha rimosso tale previsione, dall’altro ha esteso l’applicazione di tale disciplina anche nei confronti di società che semplicemente controllino imprese operanti nel settore carbo-siderurgico – nel chiaro tentativo di arginare la circonvenzione dell’obbligo di cogestione mediante la differente articolazione degli assetti proprietari.

La seconda forma di cogestione, di cui alla *Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer* del 4 maggio 1976 (entrata in vigore il 1° luglio 1976), è applicabile alle società di capitali e cooperative con più di 2000 dipendenti: essa prevede una partecipazione “quasi paritetica” (*quasi-paritätische Mitbestimmung*) giacché, a differenza della forma precedentemente descritta, in caso di stallo decisionale dell’organo viene riconosciuto un voto di valenza doppia al presidente, il quale è espressione degli azionisti.

¹ V. M.J. BONELLI, *Partecipazione operaia e diritto dell’impresa*, Milano, 1983, p. 5 ss.

² CFR. J. WILHELM, *KAPITALGESELLSCHAFTSRECHT (DE GRUYTER LEHRBUCH)*, BERLIN, 2005, P. 288 SS.; CONDIVISIBILE LA RICONDUZIONE AL MODELLO DI STATO VOLUTO DA BISMARCK E POI ALL’ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO INTRODOTTO NEL DOPOGUERRA DA ADENAUER, IN A. PRETO - C. DESOGUS, *OP. CIT.*, P. 256, OVE IL RINVIO A G. SANDROCK, *GEHÖREN DIE DEUTSCHEN REGELUNGEN ÜBER DIE MITBESTIMMUNG AUF UNTERNEHMENSEBENE WIRKLICH ZUM DEUTSCHEN ORDRE PUBLIC?*, IN *AKTIENGESELLSCHAFT*, 2004, P. 85 SS. E G. KIRCHGÄSSNER, *HOMO OECONOMICUS: THE ECONOMIC MODEL OF BEHAVIOUR AND ITS APPLICATIONS IN ECONOMICS AND OTHER SOCIAL SCIENCES*, 2 AUFL., TÜBINGEN, 2000, P. 28 SS.



La terza tipologia di *Mitbestimmung*, infine, la più comune invero, introdotta nel 1952 con la *Betriebverfassungsgesetz* e modificata con la *Drittelbeteiligungsgesetzes* del 18 maggio 2004 (*Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat*), trova applicazione alle società di capitali, cooperative e mutue assicuratrici con un numero di dipendenti compreso tra le 500 e le 2000 unità e attribuisce ai lavoratori il diritto di eleggere propri rappresentanti nel consiglio di sorveglianza, per un totale di un terzo dei componenti³.

A ben vedere anche l'ordinamento francese non ignora forme di codecisione, segnatamente laddove contempla la facoltà, nell'ipotesi in cui i lavoratori della società (o delle sue controllate) detengano una percentuale del capitale superiore al 3%, di riservare statutariamente ad azionisti dipendenti un posto o due (comunque mai più di un terzo) nel *Conseil de surveillance*⁴.

Il breve *excursus*, lungi dall'attestarsi sul piano della mera ricognizione e senza velleità di completezza, dà conto d'un sistema comunque articolato, non solo nelle modalità ma altresì in ragione d'una progressiva evoluzione la quale, in ogni ordinamento in cui esso è previsto, ha conosciuto un'elaborazione graduale che ne ha permesso un'equilibrata contestualizzazione, "metabolizzazione" si direbbe quasi, da parte del relativo ordinamento societario – e ciò di là dalle motivazioni filosofiche che hanno animato un'opzione di tal sorta; sì che le modalità lungo le quali si declinano le diverse tipologie di gestione dell'anonima, dalla codeterminazione all'esclusione d'ogni condivisione decisionale, vivono profondamente innestate nella *corporate governance* e ancor prima nel modello di capitalismo di quell'ordinamento.

La considerazione può sembrare banale e forse lo è; ma appare opportuna alla luce di quanto deciso in sede europea. E il motivo è presto svelato.

La scelta di applicare alla società che risulta dalla fusione la normativa societaria dello Stato membro nel quale questa avrà sede solleva, infatti, una delicata problematica di tutela, ogni qual volta siffatta legislazione non contempli affatto forme di partecipazione dei lavoratori o, pur prevedendole, le articoli secondo modalità o misure differenti, di livello meno penetrante, rispetto alla disciplina del Paese di provenienza – *rectius* nel cui ordinamento prima era costituita almeno una delle società che partecipano alla fusione.

Orbene, in argomento, la direttiva offre una serie di garanzie a favore dei lavoratori volte essenzialmente a preservare i diritti "quesiti", le quali andranno poi incastonate nell'ordinamento interno da applicarsi alla società risultante dalla fusione. D'altronde, anche il tredicesimo considerando del provvedimento comunitario in parola sancisce che se i lavoratori hanno diritti di partecipazione in una delle società coinvolte nella fusione, "e se la legislazione nazionale dello Stato membro in cui ha sede la società derivante dalla fusione

³ In questo senso, la puntuale ricostruzione di A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1197, nota 9 e A. PRETO - C. DESOGUS, *op. cit.*, p. 256; sulla tematica, più, in generale, cfr. H. HIRTE - T. BÜCKER, *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, 2 ed., München, 2006, p. 141 ss.; W. STREECK - C. CROUCH, *Political Economy of Modern Capitalism: Mapping Convergence and Diversity*, London, 1997, p. 243; nonché la sempre valida l'indagine di M.J. BONNELL, *op. cit.*, p. 233 ss.

⁴ Cfr., per tutti, Y. GUYON, *Droit des affaires - Des Sociétés*, Paris, 2001, p. 376. Nemmeno nell'ordinamento inglese, sono mancate tentazioni in questo senso. Si consideri, per esempio, il dibattito conseguito alla celebre proposta di Lord Wedderburn – correlata alla teoria del c.d. *fat cat* – di coinvolgere i lavoratori nella determinazione degli emolumenti degli *executive* delle *large company*, includendo rappresentanti dei lavoratori nella struttura societaria, non necessariamente nel *board of directors*, ma quantomeno nel *remuneration committee* o in posizione tale da poter incidere sulle decisioni in materia. Il tutto, invero, quale "*first practical step*" di una profonda riforma della *company law* inglese. V., per la sua ultima elaborazione, B. WEDDERBURN, *The Future of Company Law: Fat Cats, Corporate Governance and Workers*, Liverpool, 2004, p. 49 ss.



transfrontaliera non prevede un livello di partecipazione identico a quello attuato nelle società che partecipano alla fusione, anche in comitati dell'organo di vigilanza che abbiano poteri decisionali, oppure non contempla un diritto a esercitare diritti di partecipazione identico per i lavoratori di società derivanti dalla fusione transfrontaliera, vanno disciplinati la partecipazione dei lavoratori nella società derivante dalla fusione transfrontaliera e il loro coinvolgimento nella definizione di tali diritti”.

Il che, da un lato, conferma ancora una volta come la direttiva, sotto il profilo della disciplina applicabile, finisca con l'amalgamare i principi propri della *Sitztheorie* e della *Grundungstheorie*: è stato osservato come, in particolare nella prospettiva di quanti configurano la fusione come mera vicenda modificativa, priva di effetti estintivi, “in via generale la disciplina di riferimento (dopo la realizzazione della fusione) è quella propria dello Stato in cui la società incorporante (o esito) ha sede, restando però applicabili, per tutelare i lavoratori, quelle regole più favorevoli proprie delle legislazioni nazionali delle società coinvolte”⁵.

Dall'altro, però, è giustappunto siffatta scelta a essere destinata a creare più di un problema e a destare più di una perplessità *in primis* in ordine al profilo pratico-operativo: *id est* l'integrazione del sistema di tutela nell'ordinamento societario al quale appartiene la società risultante dalla fusione.

Procedendo per ordine, l'art. 16 della direttiva – come si è detto – riafferma il principio generale secondo cui anche alle disposizioni in tema di partecipazione dei lavoratori si applica il diritto dello Stato membro ove è posta la sede sociale, disponendo però *expressis verbis* una sostanziale deroga laddove si verifichi alternativamente una delle tre condizioni ivi elencate⁶. La prima delle ipotesi che si traduce nella menzionata eccezione alla regola è la partecipazione all'operazione di almeno una società con più di cinquecento dipendenti – secondo un computo medio da calcolarsi nel semestre antecedente alla pubblicazione del progetto di fusione –, la quale sia “gestita in regime di partecipazione dei lavoratori ai sensi dell'art. 2, lett. k), della direttiva 2001/86/CE”⁷, ovvero sia – a voler esplicitare il rinvio – la quale preveda un sistema di coinvolgimento dei lavoratori inteso come “qualsiasi meccanismo, ivi comprese l'informazione, la consultazione e la partecipazione, mediante il quale i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito della società”.

Ma a deroga si assisterà anche ogni qual volta la legislazione nazionale applicabile alla società derivante dalla fusione “a) non prevede un livello di partecipazione dei lavoratori almeno identico a quello attuato nelle società che partecipano alla fusione di cui trattasi, misurato con riferimento alla quota di rappresentanti dei lavoratori tra i membri dell'organo di amministrazione o dell'organo di vigilanza o dei rispettivi comitati o del gruppo dirigente competente per i centri di profitto della società, qualora sia prevista la rappresentanza dei lavoratori; oppure b) non contempla, per i lavoratori di stabilimenti della società derivante dalla fusione transfrontaliera situati in altri Stati membri, un diritto ad esercitare diritti di

⁵ A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1212, nota 62.

⁶ Correttamente, pongono sul medesimo piano e appunto in modo alternativo le tre eventualità G. ARNÒ - G. FISCHETTI, *op. cit.*, p. 46; v., anche, P. FRANCOIS - J. HICK, *Employee participation: rights and obligations, in Cross-border Mergers in Europe*, I, cit., p. 31. L'incertezza di cui a siffatto punto si rileva nella lettura della previsione di A. PRETO - C. DESOGUS, *op. cit.*, p. 257.

⁷ Direttiva recepita dal legislatore italiano con il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 188.



partecipazione identico a quello di cui godono i lavoratori impiegati nello Stato membro in cui è situata la sede sociale della società derivante dalla fusione transfrontaliera”⁸.

La disposizione, quindi, prosegue nel precisare in cosa concretamente si sostanzia siffatta deroga: ove ricorra una delle menzionate condizioni, la partecipazione e il coinvolgimento dei lavoratori nella definizione dei relativi diritti seguiranno una disciplina approntata dagli Stati membri, fatto salvo quanto successivamente previsto nello stesso art. 16, specificamente ai commi da 4 a 7, nonché secondo i principi dettati dal regolamento e dalla direttiva sulla SE – i quali vengono all’uopo rievocati tramite macchinosi rinvii.

Sul punto, è stato efficacemente osservato come, “in estrema sintesi, al verificarsi di una causa che rende non operanti le regole nazionali (della società incorporante o esito dell’operazione) previste in tema di coinvolgimento dei lavoratori, troverà applicazione il seguente *iter* procedimentale: dopo la pubblicazione del progetto di fusione gli organi amministrativi delle società coinvolte comunicano le informazioni necessarie alla delegazione di negoziazione dei lavoratori all’uopo costituita. Tale delegazione è composta da almeno un rappresentante per ogni società che ha lavoratori; possono essere membri della delegazione anche rappresentanti non lavoratori delle società coinvolte. Le regole per la nomina dei membri della delegazione sono dettate dalle legislazioni nazionali. Tra gli organi delle società e la delegazione speciale si instaura [...] una negoziazione per il raggiungimento di un accordo in ordine al coinvolgimento dei lavoratori nella società incorporante o esito dell’operazione. La delegazione può decidere a maggioranza di non avviare i negoziati o interrompere quelli in corso: in tal caso troverà applicazione la legge nazionale; nel caso in cui quest’ultima preveda un regime di partecipazione minore rispetto a quello delle società coinvolte la maggioranza di cui sopra sarà rafforzata. La direttiva consente poi espressamente che gli organi delle società non avviino negoziazioni, qualora intendano richiamare le disposizioni di *default* contenute nella direttiva SE così come adattate dalla direttiva in commento. Si ricorda in particolare che, se una delle società partecipanti alla fusione prevede un sistema di partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori negli organi sociali pari o superiore al terzo, tale percentuale non potrà mai essere diminuita nella società incorporante o risultante che, conseguentemente, dovrà rivestire una forma che consente un sistema di partecipazione di tal fatta”⁹.

Di là dal procedimento – già sperimentato per la SE e già oggetto delle riflessioni della dottrina – il coordinamento con le regole di *governance* nazionali, come ben può intuirsi, è lontano dall’essere agevole. E se ne avvede già lo stesso legislatore comunitario il quale è costretto inoltre a una serie di precisazioni e prescrizioni ulteriori: al sesto comma dell’art. 16 in esame la direttiva statuisce che “se almeno una delle società che partecipano alla fusione è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori” e si verificano le condizioni per cui tale partecipazione debba essere mantenuta, la società risultante dalla fusione “è obbligata ad assumere una forma giuridica che preveda l’esercizio dei diritti di partecipazione”. Il quarto comma, lett. c), poi letteralmente stabilisce che, “qualora in una delle società che partecipano alla fusione i rappresentanti dei lavoratori costituiscano almeno un terzo dell’organo di amministrazione o di vigilanza, tale limitazione non può in nessun caso tradursi in una quota di rappresentanti dei lavoratori nell’organo di amministrazione inferiore

⁸ Art. 16, secondo comma.

⁹ Così, sul contenuto del rinvio, A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1212 ss., nota 68; v. anche A. PRETO - C. DESOGUS, *op. cit.*, p. 258, nonché diffusamente G. ARNÒ - G. FISCHETTI, *op. cit.*, p. 49 ss. Da ultimo, P. FRANCOIS - J. HICK, *op. cit.*, p. 29 ss.



ad un terzo”; evidente, peraltro, come tale ultimo inciso, che sembra obbligare a una confluenza “nell’organo di amministrazione” della rappresentanza eventualmente prevista per i lavoratori prima della fusione anche solo nell’organo di vigilanza, sarebbe da annoverare tra le sviste del legislatore comunitario, se è vero che sulla scorta dei principi dettati dalla direttiva la finalità appare essere sostanzialmente la preservazione della tutela dei lavoratori. Il che val quanto dire che la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori debba restare “immutata sia sotto l’aspetto quantitativo (cioè mantenimento quantomeno della stessa proporzione dei rappresentanti inseriti negli organi di vigilanza o di amministrazione) che qualitativo (i rappresentanti devono confluire in un organo sociale – di vigilanza o di amministrazione – con analoghe o simili caratteristiche di quello in cui sedevano prima dell’operazione)”¹⁰.

In un quadro d’insieme, dunque, di là da imprecisioni, rinvii e coordinamenti non semplici, il provvedimento comunitario articola sostanzialmente la tutela dei lavoratori lungo due modelli di coinvolgimento: uno definito “debole”, il quale coincide, nelle sue linee generali e salvo talune specificazioni, con le previsioni dettate per l’equivalente materia nella SE; e uno, per converso, “forte”, che si risolve in un vero e proprio potere di codeterminazione dei lavoratori e discende dal grado di partecipazione che questi vantano nelle società coinvolte nell’operazione. Anche in relazione a siffatto ultimo modello, la negoziazione assume un ruolo fondamentale, se è vero che le modalità di partecipazione di tipo “forte” possono tra l’altro derivare da un’apposita contrattazione, ovvero da una scelta degli organi amministrativi di rimettersi alle regole di *default* previste nell’allegato della direttiva SE, come modificate dalla direttiva in commento¹¹.

¹⁰ In questo senso, A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1214.

¹¹ Oltre a quanto già citato, sul punto cfr. le osservazioni di P. FRANCOIS - J. HICK, *op. cit.*, p. 39.



10. Se si considera che all'ordinamento italiano sono tradizionalmente estranee forme di integrazione dei lavoratori nei modelli decisionali della società di capitali, è agevole concludere come proprio per il nostro complesso di regole di governo societario l'innovazione della disciplina sulle fusioni intracomunitarie possa risultare foriera di conseguenze forse finanche dirompenti, anche se da verificarsi nel medio periodo.

Il rischio si materializza, vieppiù, dinanzi alla soluzione adottata dal legislatore italiano in sede di recepimento della direttiva in parola: sebbene fosse stato ragionevole attendersi una serie di interventi *inter caetera* volti – *oborto collo* – a modificare il sistema di amministrazione dell'anonima per prepararlo all'innesto di possibili cogestioni, il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 si è limitato sul punto a impiegare la tecnica del rinvio – al netto dello spazio di delega riservato alla contrattazione collettiva di cui si dirà – pressoché parallelamente a quanto operato dal legislatore comunitario, richiamando in luogo della direttiva 2001/86/CE, l'atto interno di recepimento: il menzionato d.lgs. 19 agosto 2005, n. 188¹. Tanto, con la indesiderabile conseguenza, tra le varie, che nel nostro ordinamento societario si trovino potenzialmente a coesistere società di capitali prive di forme di codeterminazione, perché costituite secondo le norme del codice civile, e società di capitali che, pur soggiacendo all'applicazione delle stesse disposizioni codicistiche, siano cogestite con i lavoratori in quanto risultanti da operazioni di fusioni intracomunitarie con imprese la cui legislazione di provenienza prescriveva modelli di codecisione gestionale².

Orbene, vero è che, atteso in concreto che siffatto rischio può riscontrarsi al verificarsi contestuale di talune circostanze (società di dimensioni tali da registrare nel proprio ordinamento forme di cogestione, operazione di fusione transfrontaliera, società esito della fusione con sede in Italia), vale a dire in ipotesi con buona probabilità di numero non elevato quantomeno nell'immediato, potrebbe argomentarsi come non manchino spazi e tempi per una necessaria e prodromica riflessione, la quale contemperi la manifestata esigenza con le ragioni fondanti del nostro ordinamento societario.

Tuttavia, questa considerazione pratica nulla toglie all'inadeguatezza di cui pur potrebbe tacciarsi la soluzione legislativa adottata; anche perché, sempre sul medesimo piano, ben potrebbe sostenersi come, giustappunto in virtù del profilo dimensionale delle società potenzialmente coinvolte, anche un numero esiguo di casi che dovesse riscontrarsi slentizzerebbe comunque criticità di rilevanza non secondaria per il sistema.

Sembra quasi che il legislatore abbia preferito l'asistematicità d'una situazione di tal sorta all'introduzione nel sistema della cogestione nel nostro ordinamento. Dovrebbero, allora, comprendersi e quindi valutarsi le ragioni di siffatta presunta avversione verso modelli di *governance* così disegnati. Come dire, occorre un passo indietro.

Il dibattito è antico quanto sentito. Senza alcuna velleità di completezza, anzi volendo solo accennare al profilo e tralasciando le dispute dogmatiche in ordine all'efficienza o meno di un sistema di tal guisa³, sia sufficiente ricordare come nel nostro codice, l'assenza

¹ V., pure, le considerazioni critiche di G. ARNÒ - G. FISCHETTI, *op. cit.*, p. 77.

² Sia consentito il rinvio alle considerazioni fatte già in P. MATERA, *op. cit.*, p. 809 ss. Più di recente, A. DI STASI, *Le rappresentanze dei lavoratori in azienda*, in *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI - F. CARINCI, II, Padova, 2014, pp. 339-340.

³ In tema, per tutti, J. J. DU PLESSIS, *German Corporate Governance in International and European Context*, 2012, p. 389; E. GERUM - H. WAGNER, *Economics of labor co-determination in view of corporate governance*, in *Comparative Corporate Governance: The state of the art and emerging research*, a cura di K.J. HOPT - H. KANDA - M.H. ROE - E. WYMEERSCH - S. PRIGGE, Oxford-New York, 1998, p. 341 ss.; K. J. HOPT, *Labor representation on Corporate Boards:*



d'una partecipazione diretta dei lavoratori alla gestione delle imprese affondi probabilmente le proprie radici in un'ostilità finanche filosofica. È noto, infatti, come, se il legislatore del '42 ha evidentemente valutato con sfavore ogni forma di cogestione, parimenti la successiva Costituzione ha sancito all'art. 46 che "la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende", null'altro. E così la nostra legislazione, libera nelle modalità di attuazione del dettato costituzionale, ha seguito nella scelta della collaborazione esterna, omettendo incentivi sostanziali alla partecipazione attiva nella gestione sociale e preferendo alla partecipazione dei lavoratori agli organi di controllo delle società di capitali l'articolazione di differenti forme di tutele⁴.

D'altronde, vero è che la cogestione si è affermata in Germania sotto il vessillo dell'elevazione a pari dignità del fattore capitale e del fattore lavoro; non a caso, nelle trattazioni sul tema nell'ordinamento tedesco, si legge che "*historische Motive für die Regelung der Mitbestimmung sind der Gedanke einer genossenschaftlichen Zusammenfassung von Kapital und Arbeit, d.h. im Gegensatz zum individualvertraglichen Arbeitsvertrags und Direktionsverhältnis die Zuordnung des nicht nur der Kapitalgeberseite zuzurechnenden Unternehmens auch zu den hier ihre Existenzgrundlage findenden Arbeitnehmern*"⁵. Di guisa che l'allargamento della base decisionale dell'impresa attraverso il coinvolgimento diretto dei lavoratori sottenderebbe a obiettivi socio-politici di stabilizzazione dell'economia a mezzo di una sintesi dialettica di interessi altrimenti contrapposti.

Ma vero è anche che l'avversione italiana si presenta sostenuta da un portato armonico ricco di autorevolissime voci. Non sono, infatti, mancate critiche puntuali e profonde alla partecipazione dei lavoratori negli organi di formazione della volontà sociale dell'anonima, in particolare indirizzate a quell'impostazione che ne ravvisa il fondamento logico nella configurazione dell'impresa come *Unternehmen an sich*, strumento di sviluppo economico generale in cui essa, in sé considerata come istituzione, trascende l'interesse della collettività dei soci per realizzare un interesse superiore anche attraverso l'estensione dei processi decisionali agli *stakeholders*⁶.

Che l'opzione sia sostanzialmente dogmatica, potrebbe desumersi da una precisa argomentazione: pur a voler riconoscere la predetta funzione del coinvolgimento – se non in nome di un interesse sociale che non collimi esattamente con quello dei soci nel loro insieme, anche solo in termini di contribuzione all'efficienza del governo societario –, potrebbe comunque rimarcarsi come la tutela dei lavoratori non passi necessariamente attraverso l'assegnazione in favore degli stessi di un precipuo ruolo nell'assunzione delle scelte gestionali.

In altri termini, la protezione degli interessi dei lavoratori e la relativa valorizzazione – è stato osservato – ben può avvenire mediante garanzie che non ne snaturino la natura appunto di "parte contrattuale (eventualmente antagonista) rispetto alla società"⁷.

Impact and Problems for Corporate Governance and Economic Integration in Europe, in *International Review of Law and Economics*, 1994, 14, p. 203 ss.

⁴ Ampia la letteratura sul punto, come pure sui profili di specifico interesse giuslavoristico. Oltre a quanto già citato, cfr., da ultimo, M. BIASI, *Retribuzione di produttività, flessibilità e nuove prospettive di partecipazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2014, p. 337 ss.; ID., *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Milano, 2013, *passim*. Con riferimento alla decima direttiva, v. A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1214.

⁵ J. WILHELM, *op. cit.*, p. 288.

⁶ Per tutti, L. MENGONI, *op. cit.*, p. 332 ss.

⁷ Così, A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1214 s.



L'attribuzione di un potere di codeterminazione nella gestione dell'impresa costituisce soltanto una delle molteplici varianti lungo le quali eventualmente declinare la partecipazione dei lavoratori all'organizzazione economica dello Stato; e la medesima finalità – si è parimenti ed efficacemente rimarcato – può conseguirsi per la via d'una “partecipazione conflittuale”, la quale nel rappresentare un'estrinsecazione della libertà sindacale consente proprio al sindacato, a differenza della cogestione, il vantaggio di un'azione coordinata sia sul versante del rapporto con le sedi politiche, sia su quello del rapporto con le sedi specificamente aziendali⁸.

È evidente, pertanto, come il profilo costituisca una di quelle epifanie che sottendono a scelte di fondo, inerenti alla natura stessa del modello socio-economico selezionato e alla correlativa penetrazione di talune opzioni filosofiche nel diritto.

Né può tacersi di come si radicata nel nostro sistema si sia dimostrata la citata contrarietà alla soluzione della codeterminazione nel governo societario che, allorquando con la riforma del 2003 si sono introdotte forme di gestione alternative al modello c.d. latino, segnatamente la tipologia monistica e quella dualistica, il legislatore ben s'è guardato dall'aggiungere quelle che Gierke avrebbe definito probabilmente come “gocce di olio sociale” nel sistema⁹.

Anzi, in particolare, il trapianto – dacché di circolazione non può discorrersi qui – del modello dualistico tedesco *Aufsichtsrat/Vorstand* nel nostro ordinamento ha visto la spoliazione completa di ogni forma di cogestione. È noto, infatti, come la partecipazione diretta dei lavoratori al consiglio di sorveglianza sia addirittura vietata espressamente dall'art. 2409-*duodecies* c.c., secondo cui non possono far parte del consiglio “coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o a quelle che sono sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita che ne compromettano l'indipendenza”. La specifica vicenda, si direbbe, ha del tragicomico, se è vero che uno degli elementi essenziali, forse la ragione stessa, di un modello così articolato – ove il consiglio di gestione viene eletto dal consiglio di sorveglianza e non direttamente dall'assemblea – è giustappunto quella di permettere una partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori alla vita sociale dell'impresa in un livello di controllo e decisione significativo ma che non si traduca, in linea generale, nell'accesso alla gestione diretta.

A dubbi, invero, ben più consistenti si apre, però, il d.lgs 30 maggio 2008, n. 108 il quale, al pari della direttiva, adopera l'articolata tecnica del rinvio alla disciplina della SE e contestualmente non si premura di generalizzare l'istituto della cogestione per tutte le società nazionali, né di disciplinare un precipuo modello che la contenga, né ancora di dettare una specifica regolamentazione idonea alla nostra *corporate governance* per i casi in cui una società italiana dovesse istituire forme di cogestione, giacché risultante da una fusione transfrontaliera aventi le predette caratteristiche.

Il che val quanto dire che il provvedimento di recepimento è al contempo complesso – per i rinvii operati – e almeno sul punto vuoto, *rectius* poco coraggioso perché carente nelle scelte. Dacché potrebbe concludersi che fondate sono le perplessità segnalate su que-

⁸ V. F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974, p. 151 ss.; cfr. anche M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 33.

⁹ Cfr. O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrecht*, Berlin, 1889, p. 12 ss.; e A. MENGER, *Das bürgerliche Recht un die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Tübingen, 1890, *passim*. In senso ampio, nell'inquadrare il profilo nello “scopo sociale” del diritto privato, già le splendide parole di C. NANI, *Il socialismo nel codice*, Torino, 1892, p. 4 ss.



sto provvedimento; e questa volta non più per la decisione di consentire il meccanismo che preserva la cogestione nella società risultante, qualsivoglia sia l'ordinamento che ne regolerà il funzionamento dopo l'operazione straordinaria – scelta invero sul punto ormai necessitata per un verso, e le cui critiche possono al più appuntarsi verso il legislatore europeo – ma per le modalità. Delle due l'una, infatti: o il legislatore italiano ha peccato di leggerezza sottovalutando il carattere di quanto in introduzione o ha deliberatamente preferito non decidere, al più rinviare al momento in cui concretamente il problema verrà a emersione.

In tal senso, appare rilevante la lettera stessa dell'art. 19 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, il quale recita: “Se almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera ha un numero medio di lavoratori, nei sei mesi antecedenti la pubblicazione del progetto comune, superiore alle 500 unità ed è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori ai sensi della disciplina ad essa applicabile, la partecipazione dei lavoratori nella società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera ed il loro coinvolgimento nella definizione dei relativi diritti sono disciplinati in base a procedure, criteri e modalità stabiliti in accordi tra le parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro applicati nella società stessa. Trascorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, in mancanza dei predetti accordi, troverà applicazione, per quanto non previsto dal presente articolo, dall'art. 12, paragrafi 2, 3 e 4 del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e dalle seguenti disposizioni del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188: a) art. 3, commi 1, 2 e 3, 4, lett. a), 5, 6 e 11; b) art. 4, commi 1, 2, lett. a), g) e h), e 3; c) art. 5; d) art. 7, commi 1, 2, lett. b), e 3, salvo che le percentuali di cui al predetto comma 2, lett. b), per l'applicazione delle disposizioni di riferimento riportate all'allegato I, parte terza, del medesimo decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188, sono aumentate al trentatré e un terzo per cento; e) artt. 8, 10 e 12; f) allegato I, parte terza, comma 1, lett. b)”.

La stessa previsione, aggiunge al secondo comma che “il consiglio di amministrazione o di gestione della società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera e i competenti organi di direzione o amministrazione delle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera possono decidere di applicare, senza negoziati preliminari, le disposizioni di riferimento di cui al comma 1, lett. f), a decorrere dalla data di efficacia della fusione transfrontaliera”, precisando vieppiù al terzo comma come “qualora in seguito a negoziati preliminari si applichino le disposizioni di riferimento per la partecipazione dei lavoratori di cui al comma 1, lett. f), alla quota di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di amministrazione o di vigilanza della società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera può essere apposto un limite massimo”.

E infine, con clausola finalizzata a istituire un *floor*, una vera e propria salvaguardia potrebbe dirsi, che risponda alla prescrizione della direttiva sulla rappresentatività di pari livello dopo la fusione, stabilisce che “tuttavia, qualora in una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera i rappresentanti dei lavoratori costituiscano almeno un terzo dei membri dell'organo di amministrazione o di vigilanza, la quota stessa non potrà risultare inferiore al terzo”.

In altri termini, a fronte del principio sancito dalla direttiva e di là dalle critiche *in parte qua* a esso già rivolte, la normativa italiana si limita con il predetto art. 19 – ricorrendone i presupposti dimensionali – a delegare alle parti stipulanti i CCNL applicati alla società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera la definizione delle modalità di partecipazione dei lavoratori e dei relativi diritti. Delega la quale rivela però solo un *favor* verso la soluzione negoziale tra le parti sociali, ovvero tra gli organi societarie da un lato e le organizzazioni



sindacali firmatarie dei CCNL applicabili alla società dall'altro, giacché in mancanza appunto subentrerà automaticamente il rinvio alla disciplina in materia prevista per la SE¹⁰.

Orbene, se non una non-soluzione altro questa non appare. Infatti, il rinvio ai contratti collettivi è, come agevolmente preconizzabile, rimasto non colto, sostanzialmente lettera morta. Né, sotto altro punto di vista, esso si sottrae a critiche che valicano la propria effettività per investire più in generale la capacità del momento sindacale di pervenire concretamente a modalità di esercizio della partecipazione aventi le necessaria accuratezza e sensibilità pure in riferimento alla *governance* e alla gestione della società; *id est* alla idoneità di tale strada a far emergere soluzioni meditate, che ben interagiscono in maniera armonica ed equilibrata con le nostre norme di diritto societario nonché in grado di generare meccanismi di gestione partecipata contemperando tutela ed efficienza nel medio e lungo periodo.

A ogni buon conto, allo stato è il richiamo alla disciplina della SE che risulta operante in mancanza. E pure così non solo si sortisce l'indesiderabile effetto di provocare la compresenza nell'ordinamento interno di società domestiche con un regime di partecipazione dei lavoratori affatto difforme – finanche quando società del medesimo settore e dimensione –, a seconda che esse rinvengano o meno la propria derivazione da una fusione transfrontaliera; ma non si predispongono nemmeno strumenti *ad hoc*, correttamente e compiutamente disciplinati, innestati nel nostro precipuo modello di *governance*.

Eppure, correttamente si auspicava che il legislatore italiano piuttosto optasse per una “graduale trasposizione dell'istituto, mantenendo inalterato il divieto di partecipazione diretta dei lavoratori al consiglio di sorveglianza, ma introducendo alcuni correttivi quali: a) la possibilità (accordata ai lavoratori) di influire sulla predisposizione delle liste dei candidati da sottoporre all'assemblea; ovvero b) l'attribuzione ai dipendenti del diritto di nomina o di designazione di alcuni membri indipendenti del consiglio, non legati alla società da alcun rapporto di lavoro e che [...] dispongano delle competenze richieste”¹¹.

Viene da chiedersi se, in fondo, un intervento in questa direzione non sia soltanto – come accennato – rimandato, dovendo magari attendersi che “una crisi di rigetto” di un trapianto così mal riuscito riesca a vincere le menzionate resistenze interne nei confronti di una qualche forma di coinvolgimento.

Affinché la critica non appaia teorica e l'indagine sia per contro completa, deve anche rilevarsi come lo stesso art. 19 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, al quarto comma preveda che “se almeno una delle società partecipanti alla fusione transfrontaliera è gestita in regime di partecipazione dei lavoratori, la società italiana risultante dalla fusione transfrontaliera che sia tenuta, ai sensi delle disposizioni di cui al comma 1, ad applicare tale regime, deve assumere una forma giuridica che preveda l'esercizio dei diritti di partecipazione”; previsione poi arricchita dal quinto comma che stabilisce come “la società di cui al comma 4 adotta i provvedimenti necessari a garantire la tutela dei diritti di partecipazione dei lavoratori in caso di successive fusioni con società italiane entro tre anni dalla data di efficacia della fusione transfrontaliera, nel rispetto delle disposizioni di cui al presente articolo ove compatibili” – sancendo una seconda clausola di salvaguardia, comprensibilmente volta a evitare elusioni di sorta.

¹⁰ Così, A. DI STASI, *op. cit.*, pp. 339-340. La disposizione sottenderebbe altresì un *favor* verso soluzioni negoziali per l'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori *tout court*, mentre il carattere prescrittivo della partecipazione rimarrebbe confinato al caso di fusione transfrontaliera avente i requisiti già precisati.

¹¹ Così A. CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1218.



Ebbene, il legislatore italiano avrebbe potuto, per esempio, introdurre un modello il quale in modo coerente e sistematico prevedesse livelli di cogestione tali da soddisfare i requisiti della normativa sulla fusione intracomunitaria; e così “deviare” verso tale forma ogni società risultante da siffatta tipologia di fusione e chiamata alle modalità di partecipazione dei lavoratori descritte. Come dire, occasione e pure direzione non sembrano mancare.

11. D'altronde, proprio sul versante della partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa non potrebbe non menzionarsi un ulteriore dato, che suggerisce la delicatezza del tema e le difficoltà del nostro legislatore a confrontarsi con determinazione: risulta, infatti, del tutto disattesa la delega che era stata inserita, con apposito emendamento, nella legge n. 92 del 28 giugno 2012 (c.d. legge Fornero).

Ivi, l'art. 4, comma 62, aveva previsto, infatti, come “al fine di conferire organicità e sistematicità alle norme in materia di informazione e consultazione dei lavoratori, nonché di partecipazione dei dipendenti agli utili e al capitale, il Governo è delegato ad adottare, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, uno o più decreti legislativi finalizzati a favorire le forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa, attivate attraverso la stipulazione di un contratto collettivo aziendale, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) individuazione degli obblighi di informazione, consultazione o negoziazione a carico dell'impresa nei confronti delle organizzazioni sindacali, dei lavoratori, o di appositi organi individuati dal contratto medesimo, nel rispetto dei livelli minimi fissati dal decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25, di recepimento della direttiva 2002/14/CE sull'informazione e consultazione dei lavoratori; b) previsione di procedure di verifica dell'applicazione e degli esiti di piani o decisioni concordate, anche attraverso l'istituzione di organismi congiunti, paritetici o comunque misti, dotati delle prerogative adeguate; c) istituzione di organismi congiunti, paritetici o comunque misti, dotati di competenze di controllo e partecipazione nella gestione di materie quali la sicurezza dei luoghi di lavoro e la salute dei lavoratori, l'organizzazione del lavoro, la formazione professionale, la promozione e l'attuazione di una situazione effettiva di pari opportunità, le forme di remunerazione collegate al risultato, i servizi sociali destinati ai lavoratori e alle loro famiglie, forme di welfare aziendale, ogni altra materia attinente alla responsabilità sociale dell'impresa; d) controllo sull'andamento o su determinate scelte di gestione aziendali, mediante partecipazione di rappresentanti eletti dai lavoratori o designati dalle organizzazioni sindacali in organi di sorveglianza; e) previsione della partecipazione dei lavoratori dipendenti agli utili o al capitale dell'impresa e della partecipazione dei lavoratori all'attuazione e al risultato di piani industriali, con istituzione di forme di accesso dei rappresentanti sindacali alle informazioni sull'andamento dei piani medesimi; f) previsione che nelle imprese esercitate in forma di società per azioni o di società europea, a norma del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che occupino complessivamente più di trecento lavoratori e nelle quali lo statuto preveda che l'amministrazione e il controllo sono esercitati da un consiglio di gestione e da un consiglio di sorveglianza, in conformità agli articoli da 2409-*octies* a 2409-*quaterdecies* del codice civile, possa essere prevista la partecipazione di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza come membri a pieno titolo di tale organo, con gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei membri che rappresentano gli azionisti, compreso il diritto di voto; g) previsione dell'accesso privilegiato dei lavoratori dipendenti al possesso di azioni, quote del capitale dell'impresa, o diritti di opzione sulle stesse, direttamente o mediante la costituzione di fondazioni, di appositi enti in forma di società di investimento a capitale variabile, oppure



di associazioni di lavoratori, i quali abbiano tra i propri scopi un utilizzo non speculativo delle partecipazioni e l'esercizio della rappresentanza collettiva nel governo dell'impresa".

Il solco, dunque, appare il medesimo: la contrattazione collettiva, la quale, se per un verso può disvelare il pregio di calibrare per ciascun settore le forme di partecipazione in parola, per altro si espone alle problematiche già segnalate, virando potenzialmente verso una differenziazione delle *governance* dagli effetti incerti, con riguardo particolarmente al rapporto con i meccanismi codicistici.

Peraltro, il delegante aveva avuto cura *inter caetera* di precisare, al successivo comma 63, come "per l'adozione dei decreti legislativi di cui al comma 62 si applicano le disposizioni di cui al comma 90 dell'articolo 1 della legge 24 dicembre 2007, n. 247, in quanto compatibili."

La delega, come anticipato, non è mai stata esercitata dal Governo, essendo vanamente spirato il termine di cui al menzionato comma 62.

Tuttavia proprio questi due commi sono confluiti in un apposito disegno di legge del 19 settembre 2013 (Atto. Senato n. 1051, XVII Legislatura), assegnato alla undicesima Commissione permanente (lavoro e previdenza sociale) in sede referente, dal titolo "*Delega al Governo in materia di informazione e consultazione dei lavoratori, nonché per la definizione di misure per la democrazia economica*" e il cui *iter* parlamentare è attualmente in corso¹.

Orbene, il testo all'esame della Commissione sembra delineare ancora una volta un sistema ben lontano dall'obbligatorietà²; il che di per sé può di certo risultare fondato, alla

¹ E ha visto, tra l'altro, l'acquisizione dei pareri delle commissioni 1a (Affari costituzionali), 2a (Giustizia), 5a (Bilancio), 6a (Finanze), 10a (Industria) e 14a (Unione Europea).

² È, infatti, previsto all'art. 1 che "le imprese possono stipulare contratti collettivi aziendali ovvero aderire ad accordi territoriali [...] volti a istituire una o più delle seguenti modalità di coinvolgimento dei lavoratori: a) procedure di informazione e consultazione preventiva a carico dell'impresa nei confronti delle organizzazioni sindacali, dei lavoratori, o di appositi organi individuati dal contratto medesimo [...] b) procedure di verifica e controllo della applicazione e degli esiti di piani di gestione aziendale, strategie industriali e decisioni concordate attraverso l'istituzione di organismi congiunti, paritetici o comunque misti, dotati delle prerogative, conoscenze e competenze adeguate [...]; c) organismi congiunti, paritetici o comunque misti, dotati di competenze e poteri di indirizzo, controllo o decisionali in materie quali la sicurezza dei luoghi di lavoro e la salute dei lavoratori, l'organizzazione del lavoro, la formazione professionale, l'inquadramento, la promozione e l'attuazione di una situazione effettiva di pari opportunità, le forme di remunerazione collegata al risultato, i servizi sociali destinati ai lavoratori e alle loro famiglie, forme di welfare aziendale, ogni altra materia attinente alla responsabilità sociale dell'impresa; d) modalità di partecipazione dei lavoratori dipendenti agli utili dell'impresa, [...]; e) modalità di partecipazione dei lavoratori all'attuazione e al risultato di piani industriali, con istituzione di forme di accesso dei rappresentanti sindacali alle informazioni sull'andamento dei piani medesimi; f) modalità di partecipazione di rappresentanti dei lavoratori al consiglio di sorveglianza [...] o al collegio sindacale [...]; g) modalità di accesso privilegiato dei lavoratori dipendenti al possesso di azioni, [*et similia*]; h) modalità funzionali ad un percorso di subentro nella attività di impresa anche mediante l'impiego degli incentivi nazionali o regionali per l'autoimpiego in caso di percettori di sussidi e ammortizzatori sociali." Il sistema delineato, dunque, aprirebbe altresì la strada alla partecipazione di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza, come previsto dall'art. 3, ("con gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei membri che rappresentano gli azionisti, compreso il diritto di voto"), nonché, come previsto dal successivo art. 4 nel collegio sindacale (fatto salvo anche per le imprese con meno di 300 lavoratori *ex* art. 5, primo comma). Infine, è altresì previsto l'obbligo, per tutte le imprese nelle quali è stato sottoscritto un contratto istitutivo di una o più modalità di coinvolgimento dei lavoratori *ex* art. 1, di istituire almeno un Osservatorio sulla partecipazione pariteticamente "composto da membri nominati dall'impresa e dai rappresentanti dei lavoratori, se presenti, o dagli stessi lavoratori", con il compito di "monitorare l'attuazione delle pratiche di partecipazione presenti in impresa, elaborare proposte in merito a nuove modalità di partecipazione, anche consultando direttamente i lavoratori". Il numero dei membri dell'Osservatorio – precisa la proposta – deve essere proporzionato al numero dei dipendenti dell'impresa e non può essere inferiore a due per le imprese che occupino fino a 300 di-



luce delle scelte politiche sottese alla disciplina codicistica, già ampiamente riportate; ma che non appare destinato a fornire elementi determinati per il dibattito qui in interesse e soluzioni definite per i rilevati rischi cui la legislazione sulla fusione transfrontaliera espone.

Invero, un'ultima riflessione può comunque mitigare le valutazioni pur effettuate. In tal senso e ancora una volta, si disvela d'interesse non secondario la comparazione con quanto disposto dal legislatore spagnolo nella citata *Ley 3/2009*. L'*art. 67*, infatti, disciplina i “*derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión*”, stabilendo che “*cuando la sociedad resultante de la fusión tenga su domicilio en España, los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad se definirán con arreglo a la legislación laboral española*”; e che in particolare, “*los derechos de participación de los trabajadores en la sociedad se definirán con arreglo a lo dispuesto en el Título IV de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*”, vale a dire la corrispondente legge spagnola sulla *implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas*³.

Il rinvio, anche qui, registra una qualche complessità, ma nella disciplina richiamata – e peraltro all'uopo modificata dallo stesso provvedimento di recepimento della decima direttiva⁴ – si dispiega lungo un'articolazione ben più ampia, disvelando una soluzione la quale, sebbene non giunga all'introduzione di un modello *ad hoc* e pure faccia riferimento all'eventuale negoziazione e alla *legislación laboral española*, testimonia di un'attenzione meritevole di menzione.

Epperò, nei predetti termini, l'indagine comparatistica permette – come detto – anche di stemperare in parte la critica di cui *supra*, giacché evidenzia come, in contesti estranei a una originaria *Mitbestimmung* vera e propria, la soluzione al complicato *rebus* posto dalla decima direttiva in tema di partecipazione dei lavoratori non si profili come agevole; e possa forse indurre a scelte perfettabili, se non di mero rinvio, quantomeno finalizzate a rimandare il momento in cui, a fronte di una concreta criticità, debba predisporre un dedicato strumento di tipo sistematico.

In buona sintesi e nell'attesa d'una evoluzione, il giudizio sul provvedimento italiano di recepimento non può che essere al più rinviato. La direttiva sottende a un'incertezza in sede europea in ordine a una precisa linea sistematica sulla materia societaria e sugli assetti del governo societario; e in questa chiave deve leggersi la citata leggerezza giustappunto in relazione al profilo maggiormente problematico: quello della partecipazione istituzionale dei lavoratori alla *governance* societaria.

A siffatta fragilità fa eco un intervento di recepimento nel nostro ordinamento che se risulta attento e “non di mero accoglimento” per taluni aspetti, proprio invece nel momento più delicato non ha saputo o voluto affrontare e sciogliere i nodi.

Di là dai rischi già menzionati, però, il paradosso è che una normativa finalizzata alla concreta affermazione della libertà di stabilimento assurga a motivo per non realizzare una fusione ogni qual volta una società, il cui ordinamento non preveda forme di cogestione, sia

pendenti e a sei per le imprese che occupino più di 300 dipendenti e tutte le spese connesse all'attività e alla gestione dell'Osservatorio sono a carico dell'impresa.

³ Peraltro, la medesima norma riprende al comma successivo il principio secondo cui “*cuando al menos una de las sociedades que participan en la fusión esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores y la sociedad resultante de la fusión transfronteriza se rija por dicho sistema, ésta deberá adoptar una forma jurídica que permita el ejercicio de los derechos de participación*”.

⁴ Cfr. la *Disposición final tercera* della *Ley* che ha novellato la *Ley* 18 ottobre 2006, n. 31, come già detto *supra*, alla nota 4. Sebbene precedenti alla modifica, rimangono comunque d'interesse le riflessioni sulla *Ley* 31/2006 di G. ESTEBAN VELASCO, *La implicación de los trabajadores de la sociedad anónima europea en al Ley 31/2006 de transposición de la Directiva europea*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2007, 105, p. 180 ss.



costretta, ai sensi della normativa in questione, a introdurre nei propri equilibri profili di *Mitbestimmung*, nelle incerte modalità riportate. Si slatentizzerebbero così, ancora una volta, i costi sia dell'indecisione politica a livello europeo, sia delle riserve di taluni legislatori nazionali, affatto superate in concreto dalla direttiva, sia, infine, di una tecnica legislativa la quale, pur con le attenuanti riconosciute, appare non del tutto adeguata.



IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO NEL CONTRATTO DI LAVORO A TUTELE CRESCENTI

MARCO CAPECE

SOMMARIO: 1. Il nuovo regime di tutela introdotto dal d.lgs. n. 23/2015. – 2. Il licenziamento discriminatorio, nullo e inefficace. – 3. Il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo. – 4. Il licenziamento disciplinare. – 5. Il licenziamento affetto da vizi formali e procedurali. – 5. Il tentativo di conciliazione.

1. La legge delega n. 183 del 10 dicembre 2014 e il d.lgs. n. 23 del 4 marzo 2015 hanno fortemente innovato i presupposti e i requisiti necessari per addivenire al recesso datoriale, con l'intenzione, esplicitata già nella norma di apertura della legge delega, di favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con la garanzia di tutele crescenti in funzione del rapporto intercorso tra le parti¹.

Tale finalità è perseguita sia semplificando le condizioni di legittimità per l'instaurazione dei rapporti di lavoro e le sanzioni conseguenti alla loro violazione, sia delineando in maniera del tutto chiara le regole in materia di licenziamento, al fine di consentirne un'interpretazione e applicazione univoca, sia graduando le misure di tutela del lavoratore in modo crescente e senza discontinuità, in funzione della durata del rapporto tra le parti.

Inoltre, con il d.lgs. n. 23/2015, si incentiva la conciliazione di eventuali controversie tra le parti, stabilendo specifici sgravi contributivi e fiscali e, contestualmente, una soluzione economica fondata su un meccanismo di predeterminazione legale dell'importo conciliativo e sulla sua immediata disponibilità da parte del lavoratore².

La legge delega stabilisce un nuovo regime giuridico per i licenziamenti escludendo la reintegra nel caso di illegittimità del recesso datoriale per motivi economici, ossia per giustificato motivo oggettivo, per il quale è previsto solo l'obbligo di versare un'indennità economica proporzionata all'anzianità di servizio del lavoratore.

La tutela reintegratoria viene riservata, invece, alle ipotesi di licenziamenti nulli e discriminatori³ o a specifiche ipotesi di licenziamento disciplinare⁴.

Tale nuova disciplina riguarda esclusivamente i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo adottato in attuazione della legge delega in commento⁵, mentre

¹ La norma autorizza la “previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini per l'impugnazione del licenziamento”.

² Cfr. §5.

³ Si tratta del lavoratore licenziato oralmente o per ragioni discriminatorie. Per un approfondimento si veda §2.

⁴ L'ipotesi di licenziamento disciplinare, cui si fa riferimento nel testo, è quella relativa a una condotta inesistente nella sua materialità fattuale. Cfr. §4.

⁵ Si tratta, come anticipato in apertura al testo, del d. lgs. n. 23/2015, entrato in vigore il 7 marzo 2015.



per i lavoratori assunti precedentemente continuerà a trovare applicazione il regime previsto dall'art. 18 della legge 300/1970, come modificato dalla legge 28.06.2012, n. 92⁶. Da ciò potrà evidentemente derivare la coesistenza, nell'ambito della stessa unità produttiva, di due differenti regimi di tutela, con la possibilità, non del tutto remota, che in presenza di più licenziamenti fondati sulla medesima determinazione datoriale, la tutela invocabile da ciascuno dei lavoratori interessati varierà a seconda delle rispettive date di assunzione.

La coesistenza delle due discipline non si verificherà, invece, qualora la consistenza occupazionale dell'impresa sia divenuta superiore alle quindici unità per effetto di assunzioni effettuate dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015. L'art. 1, comma 3, prevede infatti che in questo caso le nuove norme trovino applicazione anche nei confronti dei lavoratori assunti precedentemente l'entrata in vigore del decreto.

Si tratta chiaramente di una norma di carattere premiale, tesa ad incentivare le imprese all'assunzione di nuovi dipendenti con la prospettiva del beneficio, una volta raggiunta la soglia richiesta, di poter usufruire della disciplina dei licenziamenti più favorevole.

Il nuovo regime si applicherà, inoltre, anche nelle ipotesi di conversione, sempre successiva all'entrata in vigore del provvedimento⁷, di contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratti a tempo indeterminato.

È dubbio se la norma operi solo con riferimento alle trasformazioni volontariamente operate dal datore di lavoro o, invece, anche per quelle giudiziali. A sostegno di tale seconda opzione milita l'utilizzo da parte del legislatore del 2015 del termine "conversione", cioè un effetto tradizionalmente conseguente a decisione giudiziale, in continuità terminologica con l'art. 32 della L. n. 183/2010⁸.

Tale regime, applicabile anche al contratto di apprendistato, nonché ai casi di somministrazione irregolare a termine, non può essere esteso all'ipotesi in cui venga dichiarata la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato da epoca precedente l'entrata in vigore del decreto, quale effetto dell'illegittima instaurazione di un lavoro subordinato in nero, trattandosi di fattispecie del tutto diversa, per la quale rileva la data di costituzione del rapporto, accertata dalla sentenza. Altrettanto deve ritenersi per la fattispecie dell'illegittima instaurazione di un rapporto parasubordinato a termine in assenza di un progetto o di un valido progetto, situazione nella quale il rapporto si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato ai sensi del comma 1 dell'art. 69 del d.lgs. n. 276/2003⁹.

Garantiscono ancora la conservazione del previgente regime giuridico il trasferimento di azienda e la cessione del contratto di lavoro, ancorché avvenuti nel vigore della nuova disciplina.

Sotto il profilo soggettivo le nuove norme non troveranno applicazione ai dirigenti, i quali, quindi, continueranno a beneficiare del sistema individuato dai primi tre commi dell'art. 18 Stat. Lav., mentre per quanto riguarda i pubblici dipendenti, la mancata formalizzazione della esclusione, ne fa presumere il coinvolgimento¹⁰. A sostegno

⁶ C.d. riforma Fornero.

⁷ Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 23/2015. Ovviamente, il nuovo regime si applica anche al prestatore che cambia lavoro, a meno che non venga formalizzato nel nuovo contratto il diritto alla conservazione del regime previgente.

⁸ Si veda l'art. 1, comma 2, d. lgs. n. 23/2015.

⁹ Corte Cost., 5.12.2008, n. 339, in *Giust. pen.*, 2008, I, 321.

¹⁰ Tale soluzione è fondata sull'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, come già accaduto con riferimento al regime sanzionatorio dell'art. 18 st. lav. introdotto dalla L. n. 92/12.



dell'inapplicabilità, tuttavia, milita l'estraneità al pubblico impiego delle tre categorie richiamate e la specialità della disciplina dettata dal d.lgs. n. 165/2001, evidente per i licenziamenti dovuti a ragioni economiche.

Dal campo di applicazione del provvedimento sono poi esclusi i rapporti speciali di lavoro, per i quali vige un peculiare regime di tutela, come accade per i lavoratori domestici e per gli sportivi professionisti.

Nessun problema sorge, invece, per i contratti di arruolamento del personale nautico ed aeronautico, la cui classificazione è dettata dal codice della navigazione, i quali sottostanno alla nuova disciplina purché siano qualificabili come rapporti di lavoro a tempo indeterminato, come accadeva nel regime previgente¹¹. Infine, per gli apprendisti la previsione dell'art. 2, comma 1, lett. L, d.lgs. n. 167/2011, secondo cui il recesso intimato nel corso del periodo di formazione è soggetto alle limitazioni poste dalle leggi sui licenziamenti, consente l'applicazione della nuova normativa.

¹¹ In questi termini Cass. civ., sez. lav., 11.04.2005, n. 7368, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, 25.



2. La riforma in esame, se appare effettivamente innovativa per quanto attiene alle ipotesi di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo, non risulta tale con riguardo al licenziamento discriminatorio, nullo e inefficace, cui continuerà ad applicarsi la legge Fornero, come confermato dall'art. 2 del decreto in commento¹.

Risulteranno, dunque, pienamente valide ed efficaci le regole previgenti, in punto di reintegrazione, risarcimento del danno, obblighi contributivi, mancato rientro in servizio, esercizio dell'opzione per l'indennità sostitutiva, campo di applicazione illimitato delle richiamate regole².

Il regime sanzionatorio in esame si applica, anche, a peculiari fattispecie di licenziamento illegittimo, cioè al licenziamento intimato al lavoratore che abbia perduto l'idoneità psicofisica al lavoro³; al lavoratore che, divenuto inabile a causa dell'inadempimento datoriale alle norme in materia di sicurezza e igiene del lavoro, accertato in sede giurisdizionale, sia stato licenziato nonostante potesse essere adibito a mansioni equivalenti o, in mancanza, a mansioni inferiori (art. 4, comma 4, L. 12 marzo 1999, n. 68); all'avviato d'obbligo che abbia visto peggiorare le sue condizioni di salute e sia stato licenziato in contrasto con la disciplina dettata dall'art. 10, comma 3, della L. n. 68/1999.

Stante l'espressa previsione delle ipotesi cui inerisce la nuova disciplina, se ne ricava, a contrario, che a tutte le altre ipotesi di licenziamento adottato per esigenze tecniche e/o organizzative legate alla persona del lavoratore, ma al medesimo non ascrivibili a titolo di colpa (superamento del comporta, carcerazione, ritiro del tesserino aereoportuale, revoca del porto d'armi, ecc.), si applica, in ipotesi di accertata illegittimità del recesso, la tutela indennitaria, ai sensi dell'art. 3, comma 1, del decreto⁴. Secondo la relazione governativa, la stessa regola vige per il licenziamento illegittimo per ragioni connesse al patto di prova o al

¹ L'art. 2 in commento, formalmente meno ridondante rispetto alle disposizioni di modifica dell'art. 18, st. lav. contenute nella legge Fornero, parla solo di "licenziamento discriminatorio a norma dell'art. 15 della L. 20 maggio 1970 n. 300" e di quello "riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge", ipotesi, quest'ultima, alla quale vanno ricondotte le fattispecie elencate nell'altro testo, eccezion fatta per il motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. e per la frode alla legge.

² La legge delega non contiene un espresso riferimento al licenziamento inefficace, che, nondimeno, rientra tra i licenziamenti nulli: inefficace è il licenziamento nullo per vizio di forma.

³ Il riferimento alla disabilità fisica o psichica sembra richiamare le condizioni di disabilità indicate dall'art. 1 della L. n. 68/1999, accertate da specifica commissione medica. In realtà, esso deve intendersi utilizzato come sinonimo di inidoneità, onde va riferito anche al licenziamento motivato per la sopravvenuta, generica disabilità al lavoro. D'altra parte, il richiamo alla L. n. 68/1999 non è esclusivo.

⁴ La conclusione non è affatto scontata per il licenziamento per superamento del periodo di comporta, emerso come illegittimo. Infatti, per giurisprudenza consolidata da un lato le assenze per malattia non concretano giustificato motivo oggettivo di recesso, dall'altro la disciplina posta dall'art. 2110 c.c., per il suo carattere speciale, prevale su quella generale che regola quest'ultimo, a tacere della rilevanza costituzionale della tutela della salute. Pertanto, in tale ottica il recesso posto in essere in violazione della norma è nullo, e dà luogo, non trattandosi di nullità testuale, all'applicazione del regime di nullità di diritto comune di cui all'art. 1418 c.c.: il rapporto deve considerarsi mai interrotto, per l'inidoneità del licenziamento ed estinguerlo, e deve essere ripristinato, con diritto del dipendente al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1223 c.c., normalmente pari alle retribuzioni non percepite sino alla riassunzione o all'intervento di un valido atto estintivo del rapporto, nonché al versamento dei contributi. Più ardua è, invece, la riconduzione della malattia nell'ambito di applicazione della disabilità fisica e psichica, in ragione della conclamata differenza che sussiste tra le due situazioni, che danno luogo a distinte causali di recesso.



raggiungimento del limite di età, in quanto fattispecie riconducibili al giustificato motivo oggettivo.⁵

⁵ In senso opposto può ipotizzarsi la sanzione della nullità di diritto comune, già richiamata, per le fattispecie non riconducibili alla giusta causa e al giustificato motivo, sempre che la violazione fatta valere comporti nullità.



3. Di notevole portata è la disciplina relativa alle ipotesi di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo, soggettivo e oggettivo.

Infatti, per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo la sanzione copre tutti i possibili vizi, compresa l'ipotesi dell'insussistenza della ragione giustificatrice addotta o della mancanza del nesso causale tra la ragione oggettiva e il posto soppresso.

Il comma 1 dell'art. 3 prevede quale regola generale – applicabile a tutte le fattispecie di recesso, che non siano da ricondurre ad una delle ipotesi previste dall'art. 2, comma 1 (licenziamento discriminatorio, nullo, verbale) e dall'art. 3, comma 2 (insussistenza del fatto materiale, limitatamente al licenziamento disciplinare) – che nei casi in cui venga accertato in giudizio che “non ricorrono gli estremi” del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, sia soggettivo che oggettivo, il giudice “dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e “condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità”. Dunque, l'illegittimità del licenziamento comporta comunque l'estinzione del rapporto e assicura al prestatore solo l'indennità risarcitoria, il cui importo ammonta a quattro mensilità fino al termine del secondo anno di servizio, per poi crescere di due mensilità di anno in anno, fino al dodicesimo¹. Il computo e la misura dell'indennità per frazioni di mese e di anno sono precisati dall'art. 8: le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni equivalgono ad un mese intero, mentre le frazioni di anno rilevano in proporzione².

Infine, il comma 4 dell'art. 3 esclude che l'intimazione del licenziamento per ragioni oggettive debba essere preceduta dal tentativo di conciliazione, regolato dall'art. 7 della L. n. 604/1966.

¹ Secondo la relazione governativa, la misura dell'indennità costituisce il giusto equilibrio tra la tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo e la sostenibilità dei costi attesi per l'impresa, tale da non pregiudicare la propensione all'assunzione con contratto a tempo indeterminato.

² In sostanza, per i primi 2 anni sono comunque dovute 4 mensilità; a partire dal compimento del 12° anno è dovuta un'indennità di 24 mensilità; dall'ingresso nel 3° anno di servizio l'indennità cresce in misura proporzionata ai singoli mesi o alle frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni, in modo tale che ogni mese o frazione di almeno 15 giorni comporta la maturazione di 2/12 di una mensilità di retribuzione, sino ad arrivare alle 2 mensilità piene al compimento dell'anno di anzianità. La norma non regola l'ipotesi delle frazioni inferiori ai 15 giorni, verosimilmente da computare in proporzione, a meno che non voglia desumersi a contrario l'incompatibilità.



4. Il nuovo regime, frutto della riforma, trova il suo campo tipico di applicazione nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, prevedendo in tale ipotesi la tutela reintegratoria soltanto in caso di insussistenza del fatto materiale contestato¹ al lavoratore e, di fatto, privando il giudice della possibilità di valutare la sproporzione del licenziamento rispetto all'addebito contestato.

Risulta evidente come il legislatore abbia preso posizione in ordine alla distinzione, molto dibattuta in dottrina e giurisprudenza, tra l'insussistenza del fatto contestato (che consentiva ante riforma la reintegra ex art. 18, comma 4, Stat. Lav.) e l'assenza di giusta causa o giustificato motivo (che dava luogo alla sola tutela indennitaria ex art. 18, comma 5, Stat. Lav.).

Il d. lgs. 23/2015, in sostanza, consente la reintegra da parte del giudice soltanto quando, all'esito dell'istruttoria svolta, emerge che la parte datoriale abbia contestato un fatto che nella realtà non si sia mai verificato o, seppur esistente, non sia stato commesso dal lavoratore.

Altra ipotesi di applicazione della sanzione indennitaria ricorre quando l'addebito risulti provato solo in parte.

Il comma 2 dell'art. 3, in particolare, conferma la previgente regolamentazione in punto di reintegrazione attenuata², esclusivamente per l'ipotesi in cui "sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore", con la duplice precisazione che, nell'accertamento, assume rilievo solo "il fatto materiale", quindi l'azione o l'omissione, il nesso causale e l'evento, e "resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento"³.

¹ Il fatto materiale contestato deve consistere in un inadempimento imputabile nel senso che il comportamento ascritto deve essere lesivo di un obbligo contrattuale, esigibile all'interno del rapporto di lavoro, non scriminato a norma di legge: la mancanza di imputabilità, di antigirudicità, di volontarietà e di rilevanza disciplinare della condotta non consentono di ritenere insussistente il fatto materiale. In particolare, Cass. civ., sez. lav., 29.12.2014, n. 27424, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, II, 266, ha precisato che, poiché la norma parla di fatto materiale "contestato", quindi comprensivo anche di altri elementi non materiali, rilevano nella valutazione anche il fatto che il comportamento ascritto non abbia rilevanza disciplinare, non sia imputabile al lavoratore, sia privo di antigirudicità in quanto giustificato, non sia assistito dalla volontarietà della condotta. In tale ottica si è evidenziato che il "fatto" cui si riferisce la disposizione deve essere un comportamento qualificabile come inadempimento e comunque idoneo, per sua natura e in astratto ad incidere irrimediabilmente sulla frazionabilità del rapporto; conseguentemente esso è "insussistente" non solo quando non si è verificato nella realtà fenomenica, ma anche quando, pur verificatosi non sia imputabile al lavoratore ex art. 1218 c.c. ovvero non appartenga alla categoria degli inadempimenti o dei fatti che, astrattamente considerati, possono incidere sullo svolgimento del rapporto.

² Quindi, reintegrazione nel posto di lavoro, pagamento di una indennità pari alla retribuzione mensile dalla data del licenziamento fino all'effettiva reintegra, limitazione di tale indennizzo nella misura massima di 12 mensilità, obbligo di versamento dei contributi previdenziali dal licenziamento fino alla effettiva reintegra, detraibilità dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*, possibilità per il lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione. Il riferimento, in tema di *aliunde percipiendum*, al rifiuto di una proposta di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. C), del d.lgs. 21.04.2000, n. 181 sembra volere circoscrivere la relativa indagine. Manca la regolamentazione sanzionatoria sotto il profilo contributivo.

³ In tal modo il legislatore tronca – e, verosimilmente, definitivamente orienta – il dibattito sulla precedente formula introdotta dalla Legge Fornero, che, richiamando solo "l'insussistenza del fatto contestato", ha diviso dottrina e giurisprudenza in punto di rilevanza del solo fatto materiale o, invece, del fatto giuridico, implicante, quest'ultimo, l'attrazione del licenziamento non proporzionato nella tutela reintegratoria e non solo indennitaria. Secondo la relazione governativa, si tratta di un principio cardine del sistema introdotto dal decreto, che ha la finalità di rafforzare la certezza del diritto e la prevedibilità dell'esito del giudizio



La norma lascia sussistere dubbi su quale sia il soggetto gravato dall'onere della prova della insussistenza del fatto materiale. Secondo un'opzione interpretativa, la formalizzazione della necessità dell'acquisizione processuale "diretta" della prova in discorso implica che l'onere della prova negativa dell'insussistenza dell'addebito gravi sul lavoratore⁴ e, di conseguenza, il disposto dell'art. 5 della Legge del 1966⁵ trovi ordinaria applicazione esclusivamente con riferimento alla previsione generale del comma 1 dell'art. 3 del decreto.

Secondo un difforme orientamento, l'onere della prova permane a carico del datore di lavoro, posto che il fatto materiale costituisce una componente della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo.

In effetti, non è revocabile in dubbio che la reintegra debba essere ordinata anche quando, all'esito dell'istruttoria e/o del dibattito processuale, comunque emerga in giudizio la prova dell'inesistenza del fatto materiale, per esempio, alla stregua delle dichiarazioni dei testimoni o di altre emergenze processuali⁶. Infatti, come nel previgente sistema, ciò che rileva è il dato oggettivo delle risultanze istruttorie, da qualsiasi parte introdotte ed indipendentemente dal meccanismo processuale che le abbia generate⁷. Ne scaturisce, allora, un sistema nel quale il datore di lavoro è comunque tenuto a dare la prova che il fatto è accaduto ed è riferibile al lavoratore: infatti, in mancanza di essa, il giudice del lavoro non può che ritenere il fatto contestato non sussistente e di certo non può affermare che del fatto manca la prova sufficiente o attribuire rilievo alle ragioni dell'esito istruttorio⁸.

Innovativo è l'inserimento nel testo dell'avverbio "direttamente", formalizzato per evidenziare la necessità, perché possa essere ordinata la reintegrazione, che emerga in giudizio la prova della insussistenza del fatto materiale, prova che deve essere diretta, quindi

⁴ Quindi della falsità dell'addebito, della sua riferibilità a terzi, della ricorrenza di ragioni giuridicamente esistenti. Secondo Cass. civ., sez. III, 13.06.2013, n. 14854, in *Foro it.*, 2013, I, 466, "L'onere della prova gravante su chi agisce o resiste in giudizio non subisce deroghe nemmeno quando abbia ad oggetto fatti negativi; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo". Negli stessi termini, Cass. civ., sez. lav., 13.11.2004, n. 23229, in *Foro it.*, 2006, I, 3122.

⁵ La puntualizzazione esplicita una regola scaturente dalla norma sostanziale posta dall'art. 1, L. n. 604/1966, che consente il licenziamento solo per giusta causa o giustificato motivo, sicché la ricorrenza della causale giustificatrice costituisce il fatto costitutivo dell'atto adottato, quindi dell'esercizio legittimo del potere di licenziamento.

⁶ Cfr. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, Padova, 2015, 531.

⁷ Vige nell'ordinamento il principio di acquisizione probatoria, in base al quale le risultanze istruttorie, comunque ottenute e quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale si sono formate, concorrono tutte, indistintamente, alla formazione del convincimento del giudice, senza che la diversa provenienza possa condizionare tale formazione in un senso o nell'altro, cosicché il principio relativo all'onere della prova, di cui all'art. 2697 c.c., non implica affatto che la dimostrazione dei fatti costitutivi del diritto preteso debba ricavarsi esclusivamente dalle prove offerte da colui che è gravato del relativo onere, senza possibilità di utilizzare altri elementi probatori acquisiti al processo (Cass. civ., sez. lav., 16.01.2014, n. 797, in *Foro it.*, 2014, I, 471).

⁸ In linea generale, l'onere della prova deve essere ripartito, oltre che secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità, vicinanza o disponibilità del mezzo. Il principio è riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte cost., 21.4.2000, n. 114, in *Foro it.*, 2000, I, 740), sicché, in difetto di un'espressa indicazione normativa, è gravata della prova, eventualmente anche negativa, la parte che ha la conoscenza del fatto oggetto di prova (Cass. civ., sez. lav., 25.07.2008, n. 20484, in *Foro It.*, 2008, I, 18 e Cassazione civ., SS. UU., 10.01.2006, n. 141, in *Foro It.*, 2006, I, 704).



piena, e che non è acquisibile sulla base della prova indiretta, cioè di indizi e presunzioni⁹, nonché per attrarre nella tutela indennitaria le fattispecie nelle quali il fatto sia provato solo in parte¹⁰. Tale circostanza, qualora si aderisse all'orientamento che ritiene sussistente l'onere della prova in capo al lavoratore, finirebbe per indebolire notevolmente la posizione di quest'ultimo.

Il legislatore non ha riproposto la seconda delle due ipotesi alla cui ricorrenza la Legge Fornero, parimenti, ricollegava la tutela reintegratoria attenuata, cioè quella del fatto che "rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili", ipotesi anch'essa fonte di non minori dispute interpretative. In ogni caso, l'art. 12 della L. 604/1966 fa salve le disposizioni dei contratti collettivi che contengano, in materia di licenziamenti individuali, condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro, in maniera tale che si possa evitare di irrogare il licenziamento qualora il contratto ricollegli ad una determinata condotta una sanzione conservativa.

In tal contesto, la reintegrazione, anche al cospetto di un licenziamento disciplinare, diviene un'ipotesi eccezionale, essendo inverosimile che il datore di lavoro contesti al dipendente un fatto insussistente o concernente condotte che non incidono sulla fiducia che è alla base del rapporto di lavoro.

Di fatto, il giudice applica ai nuovi rapporti di lavoro la reintegrazione attenuata solo quando accerta che l'addebito contestato sia inesistente; non vi sia prova che il lavoratore lo abbia commesso o vi sia la prova che il lavoratore non lo abbia commesso; quando concretizzi un inadempimento soggettivamente non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c., come quando il fatto non sia ascrivibile neppure a una condotta colposa del lavoratore o sia stato commesso in stato di incapacità naturale o sia scriminato da una causa di giustificazione prevista dall'ordinamento, quale la legittima difesa o l'esercizio di un diritto¹¹.

La circostanza che ad escludere la reintegrazione basti la prova del fatto materiale, anche quando manchi la proporzionalità, accresce, allora, la rilevanza della questione concernente la disciplina da applicare in presenza di addebiti inconsistenti sotto il profilo della gravità o, comunque, privi di disvalore giuridico o potenzialmente non lesivi del vincolo obbligatorio, riscontrabili in via di fatto e, come tali, riconducibili alla sola tutela indennitaria. Lo stesso problema può a maggior ragione porsi per il licenziamento per ragioni ogget-

⁹ Nel vigente ordinamento, fondato sul principio del libero convincimento del giudice, non esiste una gerarchia di efficacia delle prove, per cui i risultati di talune di esse debbano necessariamente prevalere nei confronti di altri dati probatori o trovare ulteriore riscontro, essendo rimessa la valutazione delle prove al prudente apprezzamento del giudice; è conseguentemente conclamata la pari dignità della prova indiziaria rispetto a quella testimoniale o documentale (Cassazione civ., SS.UU., 11.11.2008, n. 26972, in *Guida al dir.*, 2008, XLVII, 18). Dunque il legislatore ha introdotto una deviazione rispetto alla regola generale, la quale però pone problemi di costituzionalità, con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 35 Cost.

¹⁰ In generale è diretta la prova che offre alla percezione del giudice il fatto da provare, per esempio il bene danneggiato oggetto della contestazione disciplinare, sia quella che dà al giudice un'adeguata rappresentazione del fatto stesso, per es. un documento, una fotografia, la testimonianza di colui che è a conoscenza del fatto. Per contro, la prova indiretta ha per oggetto un fatto diverso, cioè un indizio, dal quale può essere arguito logicamente il fatto rilevante per il giudizio. In sostanza, l'innovativa previsione si riferisce alla tipologia di prova, con riflessi sul soggetto che deve introdurla.

¹¹ Cass., n. 27424/2014, cit. Lo stesso problema può porsi quando la contestazione riguardi una condotta che postula la sussistenza dell'elemento soggettivo generalmente il dolo, invece da escludere o non provato.



tive, che risulti del tutto pretestuoso sotto il profilo della causale giustificativa o fondato su una ragione economica che non coinvolge il posto soppresso¹².

L'inconsistenza o totale inesistenza delle ragioni di licenziamento addotte dal datore di lavoro può, inoltre, essere allegata quale indizio di intento discriminatorio, di sicuro rilievo nel contesto di altri elementi convergenti in tal senso.

Per quanto riguarda le piccole imprese e, quindi, qualora ci si trovi al cospetto di datori di lavoro che occupino sino a quindici dipendenti, l'art. 9 stabilisce, che in ipotesi di licenziamento disciplinare del lavoratore assunto dopo l'entrata in vigore del decreto non trova applicazione il comma 2 dell'art. 3, che prevede la reintegrazione nell'ipotesi di accertamento giudiziale dell'insussistenza del fatto materiale contestato, ma si applica la sola tutela indennitaria. Nello stesso tempo, stabilisce che le indennità risarcitorie e l'importo minimo dovuti al lavoratore illegittimamente licenziato per insussistenza degli estremi della ragione giustificatrice addotta (giusta causa, giustificato motivo soggettivo e oggettivo) o per vizi formali di motivazione o procedurali, sono ridotti alla metà e sono riconoscibili, quindi, in misura massima, rispettivamente, di sei e di due mensilità¹³.

Il comma 2 dell'art. 9 estende, poi, alle organizzazioni di tendenza, la disciplina dettata dal decreto, sempre limitatamente ai nuovi rapporti, venendo meno di conseguenza il regime differenziato.

¹² Al cospetto di dette fattispecie, è ipotizzabile la nullità del licenziamento in quanto in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.

¹³ La rilevanza dell'anzianità per soli sei anni pone un problema di compatibilità con la legge delega, che prevedeva la "crescita" delle tutele con l'anzianità di servizio. Resta ferma la tutela reintegratoria per il licenziamento discriminatorio, nullo o verbale, ai sensi dell'art. 2.



5. Altra ipotesi presa in considerazione dal decreto in commento¹ è il licenziamento adottato con violazione del requisito della motivazione, imposto dall'art. 2, comma 2, della legge 604/1966, o della procedura dettata dall'art. 7 Stat. Lav.

L'art. 4, in particolare, ricollega all'accertamento la dichiarazione giudiziale di estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la condanna del datore di lavoro al pagamento "di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a una mensilità di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità". L'ultima parte della norma fa salva la possibilità, per il lavoratore, di allegare, in via principale, la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio, o la sua illegittimità per ragioni sostanziali², con conseguente applicazione, ove il giudice accerti la fondatezza della doglianza, della sanzione della reintegrazione o di quella dell'indennità di ammontare maggiore.

¹ Art. 4, d.lgs. n. 23/2015.

² La ragione vera sottesa all'atto può avere maggiori prospettive di emersione in giudizio in ipotesi di inesistenza della motivazione o di inconsistenza delle ragioni di licenziamento addotte dal datore di lavoro, quale indizio di intento discriminatorio di indubbio peso, valorizzato unitamente ad altri riscontri convergenti nella stessa direzione.



6. La riforma non si è limitata a ridisegnare i profili del recesso del datore di lavoro, ma ha introdotto anche uno strumento innovativo di risoluzione stragiudiziale della possibile controversia sul licenziamento, prevedendo che il datore di lavoro, entro sessanta giorni dalla comunicazione del recesso, possa offrire al lavoratore a titolo conciliativo il pagamento di una somma, mediante consegna di un assegno circolare e presso una delle sedi protette note all'ordinamento¹. L'offerta deve precisare gli elementi rilevanti per il calcolo, quindi l'anzianità di servizio, la retribuzione percepita e quella di riferimento, l'ammontare offerto. In sede di incontro, l'autorità amministrativa deve coadiuvare il lavoratore nella verifica della rispondenza di quanto offerto alle previsioni di legge, con possibilità di variazione del dovuto. L'importo della somma, in un ammontare dimezzato rispetto a quello che verrebbe liquidato dal giudice, è ragguagliato ad una mensilità della retribuzione utile ai fini del TFR per ogni anno di anzianità, con un minimo di due e un massimo di diciotto mensilità, con applicazione dell'art. 8 del decreto, in un punto di riproporzionamento delle frazioni di anno e di mese.

Il prestatore di lavoro sarà incentivato ad addivenire alla peculiare transazione, che può riguardare, in difetto di limitazioni, qualsiasi licenziamento, a prescindere dalla motivazione che lo precede o dal vizio che potrebbe sussistere, stante l'esenzione della somma pagata da qualsiasi imposta e da ogni obbligo contributivo. L'accettazione della somma comporta l'estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione, se già proposta. Ne consegue, altresì, la preclusione in ordine alla possibilità di far valere danni diversi ricollegabili al licenziamento, in ragione della impossibilità di agire per dimostrare il presupposto dell'azione risarcitoria, cioè l'illegittimità dell'atto.

Resta impregiudicata la praticabilità di percorsi alternativi di conciliazione, ma solo l'osservanza dei tempi, delle forme e dei contenuti formalizzati garantisce il peculiare beneficio dell'esenzione fiscale e previdenziale².

Dubbi vi sono con riguardo alla possibilità di applicare a tale accordo transattivo il principio giurisprudenziale secondo cui la conciliazione sia formalmente valida e inoppugnabile solo se il lavoratore abbia ricevuto in sede conciliativa una effettiva assistenza³. Occorre tuttavia distinguere. Se l'accordo riguarda solo l'estinzione del rapporto, deve ritenersi sufficiente l'intervento dell'autorità amministrativa abilitata, posto che è la legge a prevedere l'effetto, senza imporre neppure l'assistenza di un soggetto fiduciario. Per contro, se ven-

¹ Si veda l'art. 6, d.lgs. n. 23/2015. Per quanto riguarda le sedi protette, si tratta della commissione provinciale di conciliazione, ex art. 410 c.p.c., della sede sindacale, ex art. 411 c.p.c., degli organismi di certificazione, ovvero Enti bilaterali, Province, se hanno costituito le commissioni, nonché Direzioni del Lavoro, Ordini Provinciali dei Consulenti del lavoro, ex art. 82, d.lgs. n. 276/2003. L'autorità contattata dal datore di lavoro potrà convocare il lavoratore nelle forme usuali e prestare l'ordinaria assistenza. Ai fini della tempestività assume rilievo esclusivamente la comunicazione al lavoratore dell'offerta, potendo la formalizzazione dell'accordo, con il ritiro dell'assegno circolare, avvenire in tempi successivi. L'offerta non può essere revocata una volta che sia giunta a conoscenza del destinatario, ai sensi dell'art. 1333 c.c., e, quindi, neppure quando il lavoratore rifiuti la proposta datoriale di estendere la conciliazione ad ogni altro aspetto del rapporto.

² In particolare, ciò che appare essenziale al fine è il rispetto del requisito temporale, del luogo dell'accordo, del pagamento in un'unica soluzione. Quanto a quest'ultimo, devono ritenersi utili anche forme di pagamento diverse, quali quella del contante, mentre è dubbio se altrettanto possa ritenersi per il bonifico bancario. Secondo la relazione governativa, quest'ultima modalità non è stata formalizzata in quanto, non assicurando l'immediata disponibilità della somma e la contestualità tra versamento ed accettazione, non previene possibili, ulteriori contenziosi.

³ Cass. civ., sez. lav., 22.04.2008, n. 13217, in *Mass. Giur. lav.*, 2009, 77 e Cass. civ., sez. lav., 3.09.2003, n. 12858, in *Diritto e Giustizia*, 2004, II, 7.



gono coinvolti altri aspetti del rapporto di lavoro deve applicarsi il principio sopra richiamato. In sostanza, come per tutte le transazioni sottoscritte in sede protetta e, in particolare, in sede sindacale, è necessario che il lavoratore sia reso perfettamente edotto circa le conseguenze che scaturiscono dalla sottoscrizione. Per facilitare, poi, l'onere della prova in giudizio, è opportuno che di quanto accaduto sia redatto un verbale. Va evidenziato che il diritto al posto è nella piena disponibilità del lavoratore, che può liberamente disporre. Come tale, l'atto sottoscritto fuoriesce dal campo di applicazione dell'art. 2103 c.c., e, pertanto, gli eventuali vizi formali del procedimento di formazione della conciliazione sindacale rimangono irrilevanti, in quanto l'art. 2113 c.c. non può essere invocato per inficiare la risoluzione consensuale del rapporto⁴.

L'ultima questione riguarda la compatibilità dell'accettazione dell'offerta transattiva con la conservazione del diritto dell'Aspi.

Infatti, contrariamente a quanto dispone la Legge Fornero per la conciliazione sottoscritta nel corso dell'esame congiunto, che deve precedere l'intimazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la nuova legge non stabilisce alcunché.

L'Aspi è prevista dall'art. 2 della L. n. 92/2012, e non è dovuta in ipotesi tassative, cioè le dimissioni senza giusta causa e la risoluzione consensuale del contratto. Essa spetta, pertanto, anche in caso di licenziamento disciplinare⁵. La soluzione favorevole alla conservazione del diritto si fonda sul rilievo che l'accettazione della somma non trasforma il licenziamento in una risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, comunque sussistendo lo stato di disoccupazione involontaria, quale conseguenza della libera scelta del datore di lavoro.

⁴ L'assenza di assistenza può rilevare per le rinunce o le transazioni concernenti diritti assicurati da norme inderogabili, ma non la rinuncia al posto di lavoro e lo scioglimento del vincolo. Infatti, l'accordo su detto punto riguarda un diritto nella piena disponibilità del ricorrente, cioè la cessazione del rapporto di lavoro. Come tale, l'atto sottoscritto fuoriesce dal campo di applicazione dell'art. 2103 c.c. è infatti acquisito che "le rinunce e le transazioni aventi ad oggetto la cessazione del rapporto di lavoro, anche se convenute in conciliazione raggiunta in sede sindacale, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c., e pertanto rimangono irrilevanti, attesa la non impugnabilità della risoluzione consensuale del rapporto ex art. 2113 c.c., gli eventuali vizi formali del procedimento di formazione della conciliazione sindacale" (Cassazione civ., 24.03.2004, n. 5940, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, 645; Cassazione civ., sez. VI, 18.03.2014, n. 6265, in *Mass. Giur. lav.*, 2014, 210). In sostanza, "anche quando è garantita la stabilità del posto di lavoro, l'ordinamento riconosce al lavoratore il diritto potestativo di disporre negozialmente e definitivamente del posto di lavoro di lavoro stesso, in base all'art. 2118 c.c." (Cass. civ., sez. lav., 19.10.2009, n. 22105, in *Guida al diritto*, 2010, I, 51), sicché quando le parti addivengono alla risoluzione consensuale del contratto di lavoro si configura giuridicamente un accordo estintivo che rientra de plano nella previsione dell'art. 1321 c.c. e non si realizza alcun negozio di disposizione che rientri nella previsione dell'art. 2113 c.c.

⁵ Ministero del Lavoro, interpello n. 29/2013, risposta del 23.10.2013.



STUDI E RICERCHE

**VUOTI DI CITTADINANZA.
LE PROPOSTE DI ATTRIBUZIONE DELLA CITTADINANZA
AI MINORI «ITALO-STRANIERI»¹**

CHRISTIAN CROCETTA²

SOMMARIO: 1. Vuoti di cittadinanza e domanda di appartenenza dei minori stranieri. – 2. I modi di acquisto della cittadinanza: profili generali. – 3. I modi di acquisto della cittadinanza in Italia (sommara ricostruzione storica): la disciplina contenuta nel Codice civile del 1885, gli interventi normativi di inizio secolo scorso, gli interventi giurisprudenziali e legislativi del 1983. – 4. I modi di acquisto della cittadinanza in Italia: la disciplina attuale. – 5. L'acquisizione della cittadinanza da parte dei minori d'età (*de iure condito*): minori nati in Italia e minori nati all'estero. – 6. L'acquisizione della cittadinanza da parte dei minori d'età (*de iure condendo*): *ius soli*, *ius culturae* e *ius communicatio*. – 7. Conclusioni.

1. Vuoto è, etimologicamente, qualcosa che è «privo di contenuto, che non contiene nulla, che non ha nulla dentro di sé»³. Parlare di vuoti di cittadinanza può sembrare fuorviante, considerando che, *de iure condito*, siamo in presenza di una ormai consolidata disciplina sull'acquisto della cittadinanza, risalente ai primi anni Novanta.

Tuttavia, pur non si è in presenza di un vuoto totale, certamente risulta ancora aperto e attuale aperto il tema di una tendenziale lacuna normativa che risponda alla centrale domanda di appartenenza dei «giovani figli dell'immigrazione»⁴, che si manifesta nella discussione attuale in materia di attribuzione di cittadinanza. Questo, in un tempo in cui la nostra comunità sociale è chiamata a misurarsi sulle capacità e modalità di accoglienza dei migranti e ad accogliersi come società sempre più multiculturale e porosa⁵, per usare un'immagine di Charles Taylor, dove per porose intendiamo quelle società che «sono più aperte alle migra-

¹ Il presente articolo è la sintesi parziale di un contributo che apparirà nel volume Crocetta, C. (a cura di), *Capacità inclusive. Riflessioni e pratiche di inclusione delle persone migranti*, in via di pubblicazione per i tipi di Libreriauniversitaria.it edizioni (Padova).

² Christian Crocetta (Venezia, 1975) è Professore aggiunto di Diritto di famiglia e dei minori presso l'Università IUSVE di Mestre (VE), dove ricopre l'incarico di docente di Legislazione dei servizi alla persona e Diritto del terzo settore ed è Coordinatore del Dipartimento di Pedagogia. È *docteur de recherche en Droit* (Université de Neuchâtel, Svizzera), docente del "Diplomado en Derechos de las niñas, niños y adolescentes" dell'Universidad Salesiana de Bolivia e membro della ricerca internazionale "Percezione dei diritti umani e della giustizia" (Universidade Católica de Brasília; Universidad CES de Madrid; IUSVE).

³ Enciclopedia Treccani, lemma: «Vuoto», in <http://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/vuoto>

⁴ Bertani, M. *Immigrazione e seconde generazioni: un primo quadro di riferimento*, in *Sociologia e Politiche sociali*, vol. 12, 1/2009, p. 13.

⁵ «A livello globale, ci sono stati 232 milioni di migranti internazionali nel 2013. Di questi, quasi il 59 per cento vive nelle regioni sviluppate, le regioni in via di sviluppo mentre hanno ospitato il 41 per cento del totale mondiale», in <http://esa.un.org/unmigration/documents/worldmigration/2013/Chapter1.pdf>. Cfr. OECD, *International Migration Outlook 2014*, OECD Publishing, http://dx.doi.org/10.1787/migr_outlook-2014-en



zioni multinazionali, che sono più numerosi i loro membri che vivono la vita della diaspora e hanno il proprio centro altrove»⁶.

In effetti, dopo una primissima fase del «ciclo migratorio»⁷ verso l'Italia, caratterizzata da una grande mobilità dei soggetti coinvolti, passando per una fase intermedia nella quale i nuovi ingressi derivano da ricongiungimenti familiari dei primi migranti che hanno trovato o maturato condizioni favorevoli alla permanenza nel paese di migrazione, oggi assistiamo alla terza e ultima fase di stabilizzazione della popolazione immigrata⁸, abitata anche dalle attese delle giovani generazioni di minori stranieri, nati in Italia o arrivati sul territorio italiano in età molto precoce o in età più avanzata, durante la preadolescenza.

Si tratta soprattutto di minori stranieri di seconda generazione, «ragazzi e ragazze che non hanno legami forti con i paesi d'origine e che hanno vissuto la maggior parte delle loro esperienze di socializzazione nel nostro paese»⁹ e che, anche per questo, sono «cartine di tornasole degli esiti di inclusione della popolazione immigrata»¹⁰: minori «italo-stranieri», viene qui da definirli.

Accanto a questi, tuttavia, si hanno anche quei giovanissimi stranieri, arrivati in Italia durante la tarda infanzia o l'adolescenza che, dopo un primo momento di separazione dai propri genitori a causa della migrazione (di uno o entrambi di loro), hanno vissuto un periodo più o meno lungo di lontananza, in cui il legame affettivo è stato mantenuto anche grazie ai familiari presso cui il minore è cresciuto (sviluppando, tuttavia, in questo tempo, una maggiore appartenenza, di fatto, alla famiglia ospitante, più che a quella di origine), per ritessere infine, in una terza fase di ricomposizione del nucleo familiare¹¹, le fila di e con una famiglia fino a quel momento frammentata, e comunque trasformata dagli eventi che hanno caratterizzato le differenti e parallele storie dei suoi componenti¹². Si tratta della dinamica che Esparragoza ha definito delle «tre famiglie»¹³, proprio a evidenziare le tre fasi di vita familiare da loro vissuta, con genitori che li ritrovano dopo un periodo più o meno lungo e che devono passare loro stessi da uno status di lavoratori migranti a quello, nuovo anche per loro, di genitori migranti.

Questi aspetti sono necessariamente da tenere conto, come anche è opportuno ricordare che, come ci ricorda Sayad, «immigrare è immigrare con la propria storia (perché l'immigrazione è essa stessa parte integrante di quella storia), con le proprie tradizioni, i propri modi di vivere, di sentire, di agire e di pensare, con la propria lingua, la propria reli-

⁶ Taylor, C. *La politica del riconoscimento*, in Habermas, J.; Taylor, C. *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2008, p. 51.

⁷ Cfr. Bastiener, A.; Dassetto, F., *Nodi costitutivi conseguenti all'insediamento definitivo delle popolazioni immigrate nei paesi europei*, in Bastiener, A.; Dassetto, F. et al. *Europa e nuove immigrazioni*, Torino, Edizioni Fondazione Agnelli, 1990.

⁸ Cfr. Bertani, M. *Immigrazione e seconde generazioni: un primo quadro di riferimento*, cit., pp. 12-13.

⁹ Ambrosini, M.; Caneva, E., *Le seconde generazioni: nodi critici e nuove forme di integrazione*, in *Sociologia e Politiche sociali*, vol. 12, 1/2009, p. 25.

¹⁰ *ibid.*

¹¹ Cfr. Besozzi, E. *Una generazione strategica*, in Besozzi, E.; Colombo, M.; Santagati, M. *Giovani stranieri, nuovi cittadini. Le strategie di una generazione ponte*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 15; Bonizzoni, P. *Famiglie transnazionali e ricongiunte: per un approfondimento nello studio delle famiglie migranti*, in *Mondi migranti*, 2007, n. 2, pp. 91-108; Ambrosini, M. *Figli dell'immigrazione: difficoltà e risorse*, in *Aggiornamenti sociali*, 2015, n. 66/01, pp. 665-668.

¹² Cfr. Lagomarsino, F. *Esodi e approdi di genere. Famiglie transnazionali e nuove migrazioni dall'Ecuador*, Milano, Franco Angeli, 2006, p. 185.

¹³ Esparragoza, E. *Guayaquí. Italia*, in Fravega, E.; Queirolo, L. (a cura di), *Classi meticce. Giovani, studenti, insenanti nelle scuole delle migrazioni*, Roma, Carocci, 2003, pp. 86-90.



gione così come con tutte le altre strutture sociali, politiche, mentali della propria società, poiché le prime non sono che l'incorporazione delle seconde, in breve della propria cultura»¹⁴.

Risulta opportuno, in questa fase introduttiva, ricordare l'origine di una denominazione come quella di "seconda generazione", ritrovabile in modo diffuso nei documenti di settore: si tratta, infatti, di una distinzione operata da Rumbaut¹⁵ per distinguere le diverse generazioni in base alla temporalità dell'inserimento, a seguito della quale si identificano i nati nel paese di immigrazione dei genitori come "seconda generazione" (o "generazione 2G"); i bambini migrati fra 0 e 6 anni d'età come "generazione 1,75"; i minori trasferitisi fra i 6 e i 12 anni (come "generazione 1,5") e minori arrivati a partire dai 13 anni come "generazione 1,25".

Questa ripartizione ha il pregio di mettere ordine e creare una sorta di tassonomia della migrazione dei minori stranieri, ma nasconde il rischio, tuttavia, come sottolinea Besozzi¹⁶, di appiattare ogni riflessione in materia su una questione didascalica, osservando la questione della cittadinanza sostanziale in una prospettiva relativa al tempo di permanenza nel paese di arrivo (l'Italia, nel nostro caso) ed evitando di addentrarsi sulla reale *questio*, ovvero nel bisogno di riconoscimento¹⁷ emergente in modo trasversale, pur con posizioni a tratti differenti¹⁸, dai minori e giovani di origine straniera¹⁹.

In questa riflessione, in ogni caso, si intende focalizzare l'attenzione sul tema dell'attribuzione della cittadinanza ai minori stranieri, concentrandosi, più specificamente, sulle categorie del concetto di cittadinanza utilizzato in ambito giuridico: se stiamo alla ripartizione utilizzata, de iure condendo, nel disegno di legge in discussione al Senato, si devono distinguere i minori nati in Italia, da quelli che vi sono arrivati entro il compimento del dodicesimo anno d'età (in Rumbaut, i minori di generazione 1,75 e 1,5) da quelli che vi sono arrivati successivamente (quindi i minori 1,25), che rilevano purché, come si vedrà più ampiamente in seguito, abbiano frequentato un ciclo di istruzione o formazione professionale.

¹⁴ Sayad, A. *La doppia assenza*, Milano, Raffaello Cortina, 2002, p. 12.

¹⁵ Rumbaut, R.G. *Assimilation and its discontents: between rhetoric and reality*, in *International Migration Review*, vol. 31, n. 4, 1997, pp. 923-960. Sul tema, cfr. Ambrosini, M.; Caneva, E., *Le seconde generazioni: nodi critici e nuove forme di integrazione*, cit., p. 29; Besozzi, E. *Una generazione strategica*, cit., p. 19.

¹⁶ Besozzi, E. *Una generazione strategica*, cit., p. 19.

¹⁷ Taylor, C. *La politica del riconoscimento*, cit., pp. 9 ss. Sul tema del riconoscimento, pur da angolature differenti, cfr. Honneth, A. *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, Milano, Il Saggiatore, 2002; Senneth, R. *La dignità umana in un mondo di diseguali*, Bologna, Il Mulino, 2004; Ricoeur, P. *Percorsi del riconoscimento. Tre studi*, Milano, Raffaello Cortina, 2005 e, per una sintesi su questi tre ultimi saggi, Tronca, L., *A proposito di riconoscimento*, in *Sociologia e Politiche sociali*, vol. 12, 1/2009, pp. 137-154.

¹⁸ Cfr. Ambrosini, M.; Molina, S. (a cura di) *Seconde generazioni. Un'introduzione al futuro dell'immigrazione in Italia*, Torino, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, 2004; Besozzi, E.; Colombo, M.; Santagati, M. *Giovani stranieri, nuovi cittadini. Le strategie di una generazione ponte*, Milano, Franco Angeli, 2009; Bertani, M.; di Nicola, P. (a cura di) *Sfide trans-culturali e seconde generazioni*, in *Sociologia e Politiche sociali*, vol. 12, 1/2009; Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani. L'idea di cittadinanza tra i giovani figli di immigrati*, Milano, Franco Angeli, 2009; Dalla Zuanna, G.; Farina, P.; Strozza, S. *Nuovi italiani. I giovani immigrati cambieranno il nostro paese?*, Bologna, Il Mulino, 2009.

¹⁹ Un ulteriore rischio è quello, poi, di non considerare come essi «mostrano forti somiglianze con gli adolescenti e i giovani autoctoni, accomunati dall'esperienza della crescita in una società complessa, sovente contraddittoria, ma sono anche portatori di esperienze specifiche che evidenziano una loro differenziazione interna importante e significativa, che non può essere trascurata», come si legge in Besozzi, E. *Una generazione strategica*, cit., p. 19.



2. Alla base delle modalità di acquisto della cittadinanza vi sono, principalmente, due principi: quello dello *ius sanguinis*, in base al quale la cittadinanza viene acquisita per discendenza, ovvero in quanto figli di padre o madre possessori di quella determinata cittadinanza e, spesso, indipendentemente dalla residenza del genitore sul territorio dello Stato che riconosce la cittadinanza. E, ancora, il principio dello *ius soli*, che rende cittadino colui che nasce sul suolo di un determinato Stato, anche da genitori stranieri.

L'applicazione di questi due principi può avvenire con molteplici varianti, introdotte dai singoli ordinamenti giuridici: possono esserci esperienze che considerano entrambe le prospettive, affiancando al principio dello *ius soli* quello "temporaneo" dello *ius sanguinis* o temperandole soluzioni in modo da compenetrare effetti dell'uno in quello dell'altro¹. Può essere prevista anche una sorta di *ius soli* rinforzato («doppio *ius soli*»), prevedendo, per esempio, l'acquisto della cittadinanza per il minore che nasce sul territorio di uno Stato da genitori stranieri, purché anche questi ultimi siano nati anch'essi sul territorio di quel se².

In aggiunta possono essere previsti, ancora, casi di concessione della cittadinanza su richiesta dell'interessato, non uguali in ogni ordinamento giuridico, su cui si approfondirà in particolare la normativa in materia prevista nell'ordinamento italiano.

Da un punto di vista storico, tutte le legislazioni in materia di cittadinanza hanno come origine ed eco, normalmente, politiche migratorie che segnano modalità di apertura o chiusura verso lo straniero: le prime legislazioni in materia derivano sicuramente dalla necessità di «gestire e regolamentare i massicci movimenti di popolazione che acquisivano sempre più un carattere stabilmente transnazionale»³.

Queste caratteristiche si intravedevano anche nelle disposizioni in materia di cittadinanza che hanno segnato il nostro ordinamento giuridico del secolo scorso: la prima legge di riforma generale in materia di cittadinanza, la legge 555/1912, era caratterizzata dall'acquisto della cittadinanza sia per diritto di discendenza, sia per nascita sul territorio, prevedendo la possibilità di riconoscere la cittadinanza, al raggiungimento della maggiore età, a coloro che avessero dimostrato di essere nati in Italia.

Questa legge di inizio secolo fotografava, in modo evidente, «l'esigenza espressa da uno Stato di forte emigrazione di mantenere i legami con i propri espatriati e addirittura di facilitare un loro possibile e auspicato rientro»⁴ e la contestuale volontà di agevolare la richiesta proveniente «dalle maggiori comunità emigrate di potersi integrare senza intralci, anche mediante la naturalizzazione, nella società di arrivo»⁵.

¹ I bambini che nascono sul territorio canadese, per esempio, acquistano la cittadinanza immediatamente, ma altrettanto i figli di cittadini canadesi residenti su suolo straniero, a meno che i genitori non la abbiano acquistata a loro volta per *ius sanguinis* e non per *ius soli*: in questa evenienza, infatti, sarà necessario che il cittadino *iure sanguinis* dimostri un qualche interesse al mantenimento della cittadinanza. In modo simile accade anche nella legge statunitense, per cui il genitore, cittadino statunitense ma residente all'estero, può trasmettere *iure sanguinis* la cittadinanza statunitense ma suo figlio non potrà fare altrettanto con i nipoti, a meno che egli non stabilisca la residenza negli USA. Cfr. Zanfrini, L. *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, cit., pp. 5-6.

² Si veda in tal senso la normativa francese, olandese, britannica, spagnola, belga e tedesca. Cfr. Zanfrini, L. *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, cit., p. 5.

³ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit.; p. 29.

⁴ *Ivi*, p. 30.

⁵ Come si vedrà meglio in seguito, in effetti la l. 555/1912 prevedeva che la cittadinanza italiana potesse essere persa solo per atto volontario, non più a causa dell'acquisizione di un'altra cittadinanza nel paese di migrazio-



L'attuale normativa italiana in tema di cittadinanza, d'altro canto, che fa capo alla legge 91/1992, è incentrata quasi esclusivamente sul principio dello *ius sanguinis*, mentre quello dello *ius soli*, come vedremo, è applicato solo in ipotesi residuali.

Prima di arrivare alla disciplina attuale, tuttavia, vale la pena ricostruire sommariamente i diversi passaggi normativi in materia, da cui è possibile rilevare le dimensioni socio-logiche e politico-ideologiche che ne hanno costituito la base.

ne (art. 11), e che – se persa per libera scelta a seguito dell'acquisto di una cittadinanza straniera – la cittadinanza italiana potesse essere riacquisita in caso di rimpatrio «dopo due anni di residenza nel Regno» (art. 9, punto 3). Sul punto, cfr. Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 30.



3. La prima disciplina della cittadinanza del Regno d'Italia è contenuta nel Codice civile del 1885, che ricalca quello del Regno di Sardegna, negli artt. 4-11: si trattava di una disciplina basata sulla trasmissibilità della cittadinanza *iure sanguinis*, sul principio di unicità dello *status civitatis* per il nucleo familiare, con riferimento alla cittadinanza del marito e padre, e su ipotesi di riconoscimento *iure soli*¹.

Come ricordava Degni, «nell'elaborazione del nostro codice civile del 1865 il principio dell'*ius sanguinis* fu difeso strenuamente dal Pisanelli e dal Mancini, come un omaggio al principio di nazionalità, contro le opposizioni del Crispi il quale riteneva che la «cittadinanza la dà la terra su cui si nasce ed ogni individuo, nato nel Regno, è cittadino italiano»².

Le ipotesi di conferimento della cittadinanza erano distinte in due tipologie: una cittadinanza ordinaria (o cittadinanza *optimo iure*), che attribuiva tutti i diritti civili e politici ai cittadini, e alcune ipotesi di «piccola cittadinanza», riconosciute con decreto reale ex art. 10 c.c. del 1865, che escludeva i suoi titolari dai diritti politici, ovvero dalla partecipazione attiva alla vita politica della comunità di appartenenza³.

Più in dettaglio, rispetto ai minori d'età, l'art. 4 del Codice civile del 1865 prevedeva, innanzitutto, che fosse cittadino, automaticamente esin dal momento della nascita, «il figlio di padre cittadino» (*ius sanguinis*)⁴. Il *favor civitatis* era accordato anche nel caso di perdita della cittadinanza da parte del padre: l'art. 5.1 prevedeva, infatti, che il figlio acquistasse comunque la cittadinanza italiana se fosse nato nel regno e vi avesse la residenza⁵.

L'art. 7 di questo Codice prevedeva, ancora, l'attribuzione di cittadinanza in caso di padre ignoto e madre cittadina italiana (siamo sempre in un caso di *ius sanguinis*) oppure in caso di genitori entrambi ignoti, se il figlio fosse nato sul territorio italiano (*ius soli*)⁶, ipotesi ancora prevista dall'attuale disciplina.

Inoltre, in base al successivo art. 8, sempre in automatico e fin dal momento della nascita, era considerato cittadino il figlio nato nel Regno da genitore straniero che fosse domiciliato nel territorio da almeno dieci anni. Nel caso fosse mancato il previsto requisito del domicilio per dieci anni, il minore avrebbe potuto, comunque, acquistare la cittadinanza manifestando la sua volontà di acquisirla entro un anno dal raggiungimento della maggiore età⁷.

¹ Cfr. Min. Interno *Io cittadino. Regole per la cittadinanza italiana*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 19; Fondazione ISMU, *Vecchio continente... nuovi cittadini. Normative, dati e analisi in tema di cittadinanza*, pp. 2-4, in http://www.libertaciviliimmigrazione.interno.it/dipim/export/sites/default/it/assets/pubblicazioni/analisi_comp._cittadinanza_rapporto_italiasia.pdf.

² *Atti parlamentari*, Senato del Regno, legisl. XXIII, Doc. disegni di legge e relazioni, n. 394.

³ *ivi*, pp. 19-20.

⁴ Codice civile (1885), art. 4: «È cittadino il figlio di padre cittadino».

⁵ Codice civile (1885), art. 5: 1. «Se il padre ha perduta la cittadinanza prima del nascimento del figlio, questi è riputato cittadino, ove sia nato nel regno e vi abbia la sua residenza. 2. Può nondimeno entro l'anno della maggiore età determinata secondo le leggi del regno, eleggere di qualità straniero facendone la dichiarazione davanti l'ufficiale dello stato civile della sua residenza o, se si trova in paese estero, davanti i regi agenti diplomatici o consolari».

⁶ Codice civile (1885), art. 7: «Quando il padre sia ignoto, è cittadino il figlio nato da madre cittadina. [...] 3. Se neppure la madre è conosciuta, è cittadino il figlio nato nel regno».

⁷ Codice civile (1885), art. 8: «È riputato cittadino il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti: la residenza per causa di commercio non basta a determinare il domicilio. [...] 3. Ove lo straniero non abbia fissato da dieci anni il suo domicilio del regno, il figlio è riputato straniero, ma gli sono applicabili le disposizioni dei due capoversi dell'articolo 6».



Al migrante adulto il codice del 1865 offriva, invece, due possibilità: l'acquisto *iure connubii* e l'ipotesi di acquisizione che oggi chiameremmo per concessione o per naturalizzazione.

Il Codice del 1885 prevedeva, infatti, all'art. 9, l'ipotesi di acquisto per matrimonio, per quanto solo nei confronti della moglie, ovvero in caso di donna straniera che avesse spostato un cittadino italiano⁸. Viceversa, se uno straniero avesse sposato una cittadina italiana, quest'ultima avrebbe perso la propria cittadinanza acquistando quella del marito, per il principio allora vigente per cui la moglie doveva possedere la stessa cittadinanza del marito, in una sorta di "cittadinanza coniugale".

Diverso era il caso di acquisto della cittadinanza «colla naturalità concessa per legge o per decreto reale» (art. 10.1)⁹: in questa ipotesi non solo il cittadino straniero avrebbe acquistato la cittadinanza italiana, ma essa sarebbe stata estesa, in automatico, anche alla moglie e ai figli, purché residenti anche loro sul territorio italiano (art. 10.4)¹⁰, in base sempre a quel principio, appena visto, per cui l'ordinamento giuridico escludeva che la cittadinanza della moglie potesse differire da quella del coniuge.

Le disposizioni contenute nel Codice civile del 1885 «si rivelarono ben presto inadeguate di fronte al nuovo assetto politico e sociale che si andava delineando nel nostro Paese, specialmente in considerazione del successivo fenomeno dell'ingente emigrazione transoceanica»¹¹.

Questa presa d'atto portò alla necessità di definire una legge sull'emigrazione (l. 23/1901) e una sull'immigrazione (l. 217/1906).

La l. 217/1906 prevede, all'art. 2, la possibilità di concedere la cittadinanza *optimo iure* anche ai "non regnicoli", ovvero a coloro che, pur di lingua e cultura italiana e appartenenti a territori geograficamente italiani, tuttavia risiedessero in territori non ancora parte del Regno d'Italia (es. Trentino o Venezia Giulia)¹².

Sempre in questa legge si ritrovava, ancora, a integrazione delle disposizioni codicistiche del 1885, la previsione che la cittadinanza potesse essere concessa per decreto reale allo straniero che avesse risieduto sul territorio italiano per almeno sei anni, ridotto a tre anni per lo straniero che avesse sposato a una cittadina italiana.

Certamente basata sempre sui due principi opposti di quelli che il Degni chiamava il "rapporto di filiazione" (*ius sanguinis*) e il "rapporto territoriale" (*ius loci*)¹³, la l. 555/1912 intervenne a modificare alcuni presupposti per l'acquisto della cittadinanza, «migliorandone il sistema, ma il principio informatore fu sempre lo stesso: tener conto, cioè, di particolari circostanze le quali, rivelando un legame con l'Italia, devono valere per agevolare l'acquisto della cittadinanza italiana a persone che, in applicazione dei principii fondamentali seguiti dal legislatore italiano, sono straniere»¹⁴.

⁸ Codice civile (1885), art. 9: «La donna straniera che si marita a un cittadino acquista la cittadinanza.

⁹ Codice civile (1885), art. 10.1: «La cittadinanza si acquista dallo straniero anche colla naturalità concessa per legge o per decreto reale».

¹⁰ Codice civile (1885), art. 10.4: «La moglie e i figli minori dello straniero che ha ottenuto la cittadinanza, divengono cittadini, sempreché abbiano fissato la residenza nel regno; ma i figli possono scegliere la qualità di straniero, facendone dichiarazione a norma dell'articolo 5».

¹¹ Min. Interno *Io cittadino. Regole per la cittadinanza italiana*, cit., p. 19.

¹² *ivi*, pp. 19-20.

¹³ Degni, F. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, UTET, 1939, p. 100.

¹⁴ *ivi*, p. 103.



Di conseguenza, la l. 555/1992 mantenne sostanzialmente immutata la previsione *iure sanguinis*¹⁵, all'art. 1, specificando che per nascita sarebbe diventato cittadino italiano: a) il figlio di padre cittadino ovvero il figlio di madre cittadina, ma solo nel caso in cui il padre fosse stato ignoto o apolide, oppure se il figlio non avesse potuto seguire la cittadinanza del padre straniero in base alla legge dello Stato estero del padre; b) il minore nato su territorio italiano i cui genitori fossero stati entrambi ignoti o apolidi o, come nel caso precedente, se il figlio non avesse potuto seguire la cittadinanza dei genitori, entrambi stranieri, secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono¹⁶.

Anche la previsione *iure soli* venne mantenuta, di fatto, anche se ne venne annullato l'automatismo: non bastava più, quindi, la sola nascita sul territorio italiano da genitori stranieri residenti in Italia da almeno dieci anni.

L'art. 3 della l. 555/1912 prevede, infatti, che diventasse cittadino italiano (“per beneficio di legge”) lo straniero che avesse posseduto un doppio ordine di condizioni generali e particolari. Le tre condizioni generali che dovevano, alternativamente (una sola di queste, quindi), sussistere prevedevano che lo straniero fosse: a) nato nel Regno o b) figlio di genitori residenti in Italia da almeno dieci anni, al momento della sua nascita, ovvero c) figlio di padre, madre o avo paterno cittadini italiani per nascita.

Le tre condizioni particolari, invece, prevedevano che lo straniero: a) avesse prestato servizio militare o avesse svolto un impiego alle dipendenze dello Stato¹⁷; b) fosse stato residente in Italia al momento del compimento della maggiore età (21 anni) e avesse dichiarato di voler acquisire la cittadinanza italiana entro un anno (entro il 22° anno, quindi); c) avesse risieduto in Italia da almeno dieci anni e non avesse dichiarato, entro un anno dal raggiungimento della maggiore età (ovvero entro il 22° anno), di voler conservare la cittadinanza straniera.

Per quel che riguarda, invece, l'acquisto sulla base della residenza e a seguito di regio decreto, gli anni di residenza richiesti vennero ridotti da sei a cinque, mentre addirittura a due nel caso in cui lo straniero si fosse sposato con una cittadina italiana. Restava ferma la regola generale dell'estensione automatica della cittadinanza alla moglie e ai figli minori.

¹⁵ Come ricorda ancora Degni, il principio dello *ius sanguinis* « appare, invero, come il più razionale e quello che meglio risponde alla esigenza di non frazionare la unità della legge familiare. Senonché, è da osservare che se il principio dello *ius sanguinis* deve considerarsi come fondamentale per l'acquisto della cittadinanza per nascita, esso non può essere assoluto ed esclusivo, ma deve contemperarsi al principio dell'*ius soli*. In conformità di questi criteri, infatti, all'art. 7 della legge, fu stabilito che, nel caso di figli sopravvenuti agli emigrati e considerati subito cittadino dello Stato in cui sono nati, per essere, ivi, decisivo nell'attribuzione della cittadinanza per nascita il *ius soli*, questi figli, divenuti maggiorenni o emancipati, possono rinunciare alla cittadinanza italiana» (ivi, pp. 100-101).

¹⁶ Art. 1. – È cittadino per nascita: 1. il figlio di padre cittadino; 2. il figlio di madre cittadina se il padre è ignoto o non ha la cittadinanza italiana, né quella di altro Stato, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza del padre straniero secondo la legge dello Stato al quale questi appartiene; 3. chi è nato nel [Regno] se entrambi i genitori o sono ignoti o non hanno la cittadinanza italiana, né quella di altro Stato, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori stranieri secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono. Il figlio di ignoti trovato in Italia si presume fino a prova in contrario nato nel [Regno].

¹⁷ La legge parlava di “impiego nello Stato”, ma si deve ritenere che il legislatore intendesse impiego alle dipendenze dello Stato, perché altrimenti, come ricorda Degni, «non sarebbe, infatti, logico ritenere sufficiente l'accettazione di un qualunque impiego nello Stato, anche se privato, senza dire che, interpretando letteralmente quella disposizione, si dovrebbe giungere all'assurdo di ritenere, invece, insufficiente un impegno statale, ma ad esercitarsi in territorio stranieri, per es. presso una delegazione o un Consolato italiano all'estero», in Degni, F. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, UTET, 1939, p. 103.



Più in dettaglio, l'art.4 della l. 555/1912 prevede che la cittadinanza potesse essere concessa, per decreto reale e previo parere favorevole del Consiglio di Stato, allo straniero che: a) avesse prestato servizio alle dipendenze dello Stato italiano, anche all'estero, per almeno tre anni; b) risiedesse da almeno cinque anni sul territorio italiano; c) risiedesse da tre anni sul territorio italiano e avesse reso notevoli servizi all'Italia oppure avesse sposato una cittadina italiana; d) risiedesse da almeno un anno in Italia e avesse i requisiti per diventare cittadino italiano per beneficio di legge, ma avesse ommesso di fare nei tempi previsti per legge la dichiarazione di voler diventare cittadino italiano.

Il successivo R.D.L. n. 1997/1934 modificò leggermente queste previsioni, limitando l'intervento del Consiglio di Stato a un previo parere non vincolante (non più «previo parere favorevole», ma «sentito il Consiglio di Stato») e accorciando i termini previsti dalle lettere c) e d) : da tre a due anni per lo straniero che avesse reso servizi notevoli all'Italia o avesse sposato una cittadina italiana, ovvero da un anno a sei mesi per coloro che non avessero richiesta la cittadinanza italiana nei tempi previsti *ex lege*¹⁸.

In aggiunta l'art. 6 della l. 555/1912 stabilì che la cittadinanza potesse essere concessa, con legge speciale, a colui che avesse «reso all'Italia servizi di eccezionale importanza», ma questa previsione fu successivamente abrogata dal R.D.L. 1997/1934.

La disciplina rimase sostanzialmente immutata fino alla sentenza del Corte Costituzionale 30/1983, con cui la Corte censurò la discriminazione, prevista nella vigente disciplina in materia di cittadinanza, tra uomo e donna quanto alla capacità di trasmettere la cittadinanza ai figli: la Corte, infatti, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, n. 1, della l. 555/1912, nella parte in cui non prevedeva che fosse cittadino per nascita anche il figlio di madre cittadina; del n. 2 dello stesso articolo, ai sensi dell'art. 27 della l. 87/1953; e ancora dell'art. 2, comma 2 della stessa legge¹⁹.

Alla sentenza fece seguito la l.123/1983, con la quale si prevede un adeguamento complessivo della l.555/1912 alla luce del principio dell'uguaglianza fra i coniugi, risolvendo il problema della discriminazione di genere evidenziata dalla Corte: il regime, così modificato, prevede che fosse cittadino per nascita il figlio di genitore cittadino (*ius sanguinis*) e che chi avesse contratto matrimonio con un/una cittadino/a acquistasse conseguentemente la cittadinanza, purché risiedesse «da almeno sei mesi nel territorio della Repubblica».

La l. 123/1983 ha introdotto l'ulteriore requisito della residenza per il coniuge straniero che volesse acquistare la cittadinanza, mantenuto poi nell'attuale disciplina.

¹⁸ Cfr. Degni, F. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, UTET, 1939, p. 105.

¹⁹ Cfr. <http://www.giurcost.org/decisioni/1983/0030s-83.html>



4. L'attuale normativa italiana in tema di cittadinanza, come detto, fa capo alla legge 91/1992 e ai due regolamenti di attuazione (DPR 572/93 e DPR 362/94)¹ ed è basata in modo fondamentale sul principio dello *ius sanguinis*, con lo *ius soli* applicato solo in casi residuali: a) nell'ipotesi di nascita da genitori cittadini stranieri, se non può acquistare la cittadinanza dei genitori in quanto la normativa dello Stato di provenienza di questi esclude che una persona nata all'estero possa acquisire la cittadinanza *iure sanguinis* (art. 1, comma 1, lett. b)²; b) nell'ipotesi di genitori giuridicamente ignoti o apolidi, ovvero privi di cittadinanza (art. 1, comma 1, lett. b) oppure, infine, c) in caso di figli di ignoti, che siano stati abbandonati sul territorio italiano per i quali non può essere dimostrato il possesso di altra cittadinanza (art. 1, comma 2)³.

In questi casi specifici, come si può notare, non esiste alternativa, perché altrimenti il neonato diverrebbe un apolide e nessuno può nascere senza cittadinanza. Il principio dello *ius soli*, quindi, come si vedrà meglio in seguito, non deriva qui certamente da una concezione aperta e fluida di cittadinanza, per la quale «appartiene alla comunità e deve essere messo in condizione di partecipare all'ottenimento del bene comune chiunque condivida il progetto della comunità»⁴.

Fra i modi di acquisto della cittadinanza, il primo è sicuramente quello *per discendenza* (*ius sanguinis*) (art. 1, comma 1, lett. a): è cittadino italiano il figlio (nato nel matrimonio o al di fuori di esso, ex art. 315 c.c.) del genitore cittadino italiano, ovunque la nascita avvenga, in Italia o all'estero. La normativa prevede, infatti, che il cittadino italiano residente all'estero possa richiedere per il proprio figlio la cittadinanza italiana, non riconosciuta, in questo caso, in modo automatico, ma richiesta dal genitore cittadino italiano.

La cittadinanza italiana sarà acquisita anche a seguito del riconoscimento successivo alla nascita o di accertamento giudiziale della filiazione in caso di genitore italiano: l'acquisto è automatico per i figli minorenni (art. 2, comma 1), mentre in caso di riconoscimento o accertamento giudiziale della filiazione per i figli maggiorenni, questi conservano la propria cittadinanza, ma possono scegliere di mantenere la cittadinanza italiana determinata dalla filiazione dichiarandolo espressamente entro un anno dal riconoscimento o dalla dichiarazione giudiziale (art. 2, comma 2).

Una condizione agevolata di acquisto *iure sanguinis* viene prevista per coloro che, stranieri o apolidi, siano discendenti fino al secondo grado (genitori o nonni) da un cittadino i-

¹ In Italia le concessioni di cittadinanza nel 2014 sono state 129.887. Una serie storica può essere ricostruita a partire dal 2002: da allora le concessioni di cittadinanza in Italia sono state poco meno di 700 mila. Si veda: <http://dati.istat.it> (sezione "Popolazione e famiglie", Stranieri e immigrati, Stranieri residenti - bilancio). Sul monitoraggio del 2013, a fronte dei dati Istat, che registra complessivamente 100.712, il monitoraggio del Ministero dell'Interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione rileva 65.678 concessioni in Italia nel 2013, di cui 26.007 per matrimonio e 39.671 per residenza. Sul punto, si veda:

http://ssai.interno.it/download/allegati1/annuario2014__dipL.CI.pdf

² Si pensi all'esempio di figlio di padre ignoto e di madre di cittadinanza marocchina o egiziana, che prevedono la trasmissione della cittadinanza solo per via paterna, oppure si pensi al caso di bambino nato in Italia da cittadini cileni o cubani, che non acquisterà la cittadinanza dei suoi genitori in quanto le normative di provenienza prevedono l'acquisto della cittadinanza solo per chi nasce sul suolo nazionale, in applicazione di un ristretto *ius soli*. Sul punto, cfr. Fondazione ISMU, *Vecchio continente... nuovi cittadini*, cit., p. 18.

³ L. 91/1992, art. 1, comma 1, lett. b): «È cittadino per nascita chi è nato nel territorio della Repubblica, se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono»; art. 1, comma 2: «è considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza».

⁴ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, p. 19.



taliano (che lo è o era per nascita), se ne fanno espressa dichiarazione di volontà e sono in possesso di almeno uno di questi requisiti: (a) hanno svolto il servizio militare (o equiparato) nelle Forze armate italiane (o presso l'ente autorizzato al servizio equiparato, ad es. servizio civile) se avevano preventivamente espresso la volontà di acquistare la cittadinanza (art. 4, comma 1, lett. a) della l. 91/1992; art. 1, comma 2 lett. b) del DPR 572/1993); (b) hanno assunto pubblico impiego alle dipendenze dello Stato, anche all'estero (art. 4, comma 1, lett. b), oppure, infine, (c) se risiedono legalmente in Italia da almeno due anni, al momento del raggiungimento della maggiore età, e manifestino questa volontà, con espressa dichiarazione, entro un anno da tale termine (art. 4, comma 1, lett. c).

È equiparato, nel suo *status*, al figlio naturale anche il minore adottato da un cittadino italiano, che diventa cittadino, automaticamente, *per effetto dell'adozione*.

L'art. 3, comma 1, della l. 91/92, infatti, prevede l'acquisto automatico della cittadinanza a favore dei minori adottati da cittadini italiani, mentre, come si vedrà in seguito, la disciplina degli adottati maggiorenni ricade nelle ipotesi di cittadinanza per concessione.

La questione relativa ai minorenni, tuttavia, non è così semplice come appare dalla norma: in effetti, una circolare del Ministero dell'Interno sull'argomento⁵, ha precisato che spesso il procedimento di adozione instaurato nei confronti di uno straniero minorenne si conclude quando ormai l'interessato ha raggiunto la maggiore età.

Avendo di fronte un soggetto minore, il Ministero si è premunito, con la circolare in esame, che gli uffici della P.A. interessati dalla questione si organizzino in modo da «salvaguardare *in primis* l'interesse del minore - soprattutto nella situazione di particolare fragilità quale soggetto adottato - in modo che il tempo decorso non possa essere a lui pregiudizievole».

Considerando il problema della lungaggine del procedimento, tuttavia, che può terminare quando l'adottato è maggiorenne, la stessa circolare ha precisato che la sentenza di adozione, «anche se produce i suoi effetti nei confronti di un soggetto divenuto nel corso del giudizio maggiorenne, deve essere quindi considerata sentenza di adozione di minorenne» e che, di conseguenza, «per tali casi, in conformità con le disposizioni di cui all'art. 47 della legge n. 184/1983, secondo cui l'adozione produce i suoi effetti dalla data della pronuncia della sentenza, la cittadinanza andrà riconosciuta a far data dalla sentenza di adozione in quanto riguarda effettivamente un minore adottato ma, essendo la sentenza costitutiva, non può retroagire alla data in cui è stata presentata la domanda».

In sintesi, il minore adottato sarà dichiarato cittadino dal momento in cui è dichiarata la sentenza di adozione, anche nell'ipotesi in cui sia nel frattempo divenuto maggiorenne.

Ulteriore tipologia di acquisto della cittadinanza è quella *per matrimonio (ius connubii)*, in base alla quale acquista la cittadinanza italiana lo/a straniero/a o l'apolide, a seguito di matrimonio con cittadino/a italiano/a, dopo 2 anni (se risiede legalmente in Italia)⁶ o dopo 3 anni (se risiede all'estero). Questi termini sono ridotti della metà in presenza di figli nati dalla coppia.

⁵ Circ. Min. Int. Prot. K. 60.1 del 5 gennaio 2007 (“Legge 5.2.1992 n. 91 “Nuove norme sulla cittadinanza”. Evoluzione di alcune linee interpretative”).

⁶ Questo termine, che nella versione iniziale della l. 91/1992 era di 6 mesi, è stato elevato a 2 anni dall'art. 1.1 della l. 94/2009, per porre un freno al fenomeno dei c.d. “matrimoni di comodo”. Alcune proposte di modifica della l. 91/1992, attualmente in discussione in Parlamento, propongono il ripristino del termine iniziale. La competenza per l'accoglimento dell'istanza di cittadinanza *iure connubii* è della Prefettura competente per territorio, in caso di richiedente residente sul territorio italiano, oppure il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, qualora il coniuge straniero risieda all'estero (Dir. Min. Interno, 7 marzo 2012).



Ovviamente, al momento dell'adozione del decreto di concessione della cittadinanza non deve essere intervenuto scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e non deve sussistere la separazione personale dei coniugi⁷.

Analizzando comparativamente le proposte analizzate dalla Commissione Affari costituzionali della Camera (ventidue proposte di provenienza parlamentare e una di iniziativa popolare)⁸, si può notare come alcuni di essi si proporrebbero di intervenire in senso meno restrittivo sulla disciplina dettata dall'art. 5, riducendo il periodo minimo di residenza in Italia dopo il matrimonio, da due anni a sei mesi, lasciando invece immutato il termine di tre anni quando il coniuge straniero continui a risiedere all'estero. Altre, tuttavia, manterrebbero fermo il biennio in Italia ma introdurrebbero alcune disposizioni agevolative, come per esempio l'eliminazione dei termini (in luogo dell'attuale dimezzamento) in presenza di figli della coppia.

Una sola proposta di legge (C. 404), infine, prevedrebbe la revoca della cittadinanza a coloro che l'abbiano acquistato *iure connubii*, in caso di condanna con sentenza definitiva per gravi delitti.

Si parla, ancora, di acquisto della cittadinanza *per concessione* (ex art. 9 della l. 91/1992 s.m.i.) in tutti quei casi in cui l'emanazione del provvedimento di attribuzione della cittadinanza è soggetto ad una valutazione discrezionale di opportunità da parte della Pubblica amministrazione, con obbligo di parere preventivo da parte del Consiglio di Stato. Fra questi, ritroviamo anche il provvedimento per naturalizzazione.

Può presentare domanda per ottenere la concessione della cittadinanza italiana, ex art. 9 l. 91/1992, il cittadino straniero che si trova in una delle seguenti condizioni:

a) cittadino straniero del quale un genitore o uno degli ascendenti in linea retta entro il secondo grado sono stati cittadini per nascita (*ius sanguinis*); oppure se nato sul territorio italiano (*ius soli*). In entrambi i casi, il cittadino straniero deve in più risiedere in Italia (*ius domicili*) da almeno tre anni (art. 9 comma 1, lett. a)⁹;

b) cittadino straniero maggiorenne che viene adottato da un cittadino italiano e risiede sul territorio della Repubblica da almeno 5 anni (art. 9.1, lett. b)¹⁰;

⁷ I requisiti che devono contemporaneamente sussistere, dunque, sono: a) la residenza legale nel territorio italiano nei termini previsti dalla legge (o all'estero con termine maggiorato); l'esistenza del vincolo matrimoniale; l'assenza di separazione legale; l'assenza di condanne penali per delitti contro la personalità dello Stato e contro i diritti politici dei cittadini; per delitti non colposi per i quali è prevista una pena non inferiore a tre anni; per reati non politici, con pena detentiva superiore a un anno, inflitte da autorità giudiziarie straniere (con sentenza riconosciuta in Italia); l'assenza di comprovati motivi di sicurezza per lo Stato.

⁸ Cfr. Progetti di legge n. C. 9 (d'iniziativa popolare), C. 200 (Di Lello), C. 250 (Vendola), C. 273 (Bressa), C. 274 (Bressa), C. 349 (Pes), C. 369 (Zampa), C. 404 (Caparini), C. 463 (Bersani), C. 494 (Vaccaro), C. 525 (Marazziti), C. 604 (Fedi), C. 606 (La Marca), C. 647 (Caruso), C. 707 (Gozi), C. 794 (Bueno), C. 836 (Caruso), C. 945 (Polverini), C. 1204 (Sorial), C. 1269 (Merlo), C. 1443 (Centemero), C. 2376 (Bianconi), C. 2495 (Dorina Bianchi) e C. 2794 Fitzgerald Nissoli). I vari progetti sono stati riuniti in una proposta di legge di sintesi, approvata con alcune modifiche alla Camera ed è ora all'esame del Senato (S 2092), relativa, tuttavia, solo agli interventi che riguardano i minori d'età.

⁹ Cfr. Fondazione ISMU, *Vecchio continente... nuovi cittadini*, cit., p. 17.

¹⁰ Le richiamate proposte di legge in materia di cittadinanza intervengono anche in ordine all'adozione dello straniero maggiorenne, prevedendo, in particolare, che lo straniero maggiorenne adottato da un cittadino italiano acquisti la cittadinanza italiana dopo un certo periodo di tempo di permanenza legale (a seconda delle proposte, intesa come residenza o soggiorno legale), pari a due, quattro o cinque anni, a seconda dei vari progetti di legge. Si introdurrebbe, quindi, un diritto automatico di cittadinanza (come per l'adottato minorenni, ex art. 3 della l. 91/1992), facendo venire meno la necessità, oggi prevista per lo straniero maggiorenne dopo cinque anni dall'adozione, di positiva valutazione discrezionale effettuata dalla P.A. competente, su pro-



c) cittadino straniero che abbia prestato servizio per almeno cinque anni, anche all'estero, alle dipendenze dello Stato italiano¹¹ (art. 9.1, lett. c) oppure che abbia svolto eminenti servizi all'Italia (art. 9.2) o la cui concessione di cittadinanza rivesta un eccezionale interesse dello Stato (art. 9.2). I due ultimi hanno un carattere certamente di eccezionalità.

In più, abbiamo un quarto caso (più propriamente chiamato acquisto per naturalizzazione) che coinvolge il cittadino straniero che risieda ininterrottamente e legalmente in Italia da almeno 4 anni (se cittadino UE); da almeno 5 anni (se apolide) o da almeno 10 anni (se cittadino non UE) (art. 9.1, lett. d), e), f)¹².

	<i>Destinatario</i>	<i>Anni</i>	<i>Condizioni</i>
<i>Concessione</i>	Discendente di cittadino italiano	3	discendenza e residenza
	Maggiorenne adottato	5	adozione e residenza
	Dipendente dello Stato italiano	5	servizio allo Stato o eminenti servizi all'Italia
<i>Naturalizzazione</i>	Cittadino UE	4	residenza interrotta e regolare*
	Apolide	5	
	Cittadino non UE	10	

Il provvedimento di concessione della cittadinanza italiana è adottato sulla base di valutazioni, ampiamente discrezionali, dell'Amministrazione competente, relative all'esistenza di un'avvenuta integrazione dello straniero in Italia, tale da poterne affermare la compiuta appartenenza alla comunità nazionale.

Oltre alla verifica della permanenza stabile e ininterrotta¹³ sul territorio italiano, là dove prevista come requisito, possono rilevare al fine della valutazione discrezionale sulla

posta del Ministero dell'Interno, sentito il Consiglio di Stato e formalizzato con Decreto del Presidente della Repubblica, come previsto per tutte le richiamate ipotesi di concessione della cittadinanza ai sensi dell'art. 9 della l. 91/1992.

¹¹ A differenza dell'art. 4 della l. 91/1992, per il quale si richiede il requisito dell'esistenza di un rapporto di pubblico impiego, ex art. 9 della legge si fa riferimento al servizio dello Stato, per cui si dovrà considerare rientrante in questa tipologia solo chi abbia avuto un rapporto di lavoro dipendente con retribuzione a carico del bilancio dello Stato (ex art. 1.2, lett. c), del DPR 572/1993).

¹² Questo tempo risulta raddoppiato rispetto alla precedente legge 555/1912. Sul punto, cfr. Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 35.

¹³ A tal fine è utile ricordare quanto previsto dalla citata Circ. Min. Int. Prot. K. 60.1 del 5 gennaio 2007, per la quale «Gli stranieri soggiornanti da lungo tempo in Italia vivono pertanto, anche loro, tutti i processi innova-



concedibilità della cittadinanza anche considerazioni di carattere economico-patrimoniale, relative al possesso di adeguate forme e fonti di sussistenza¹⁴, ma anche la serietà nelle ragioni alla base della richiesta di cittadinanza; le motivazioni che portano il soggetto a optare per la permanenza stabile sul territorio italiano, anziché valutare un rientro nella comunità di origine, fra i quali sicuramente rileva l'esigenza di una ricomposizione del nucleo familiare. L'Amministrazione sarà chiamata a verificare anche il grado di conoscenza della lingua italiana, l'idoneità professionale, nonché il regolare rispetto degli obblighi contributivi e tributari del soggetto richiedente.

Potrebbe indurre a un provvedimento di diniego l'esistenza di eventuali cause ostative, collegate a ragioni di sicurezza della Repubblica e all'ordine pubblico¹⁵, nonché a eventuali sentenze penali intervenute a carico degli interessati, in relazione alle ragioni determinanti tali provvedimenti e alla loro eventuale recidiva¹⁶.

In caso di diniego di concessione della cittadinanza italiana, l'amministrazione competente, anche laddove disponga di un'ampia discrezionalità, dovrà sempre e obbligatoriamente indicare, anche sinteticamente, le ragioni poste a base delle proprie determinazioni¹⁷.

Il processo di valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione competente, per l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, certamente complica a dismisura la procedura di riconoscimento in questo specifico caso: al dato della residenza nei tempi previsti, si aggiunge, come detto, la verifica e valutazione di quelli che sono considerati indicatori della reale partecipazione dello straniero richiedente alla vita economica e sociale del nostro Paese. Al tempo minimo previsto per effettuare la domanda, si aggiungono, poi, i tempi dei procedimenti amministrativi per la gestione della pratica, allungando, di fatto, i tempi per l'acquisto della cittadinanza in minimo tredici-quattordici anni¹⁸.

Queste modalità di acquisizione della cittadinanza, con la loro complessità, confermano la visione per cui lo Stato attraverso le modalità di acquisizione che prevede «esprime le proprie attese sui caratteri dei nuovi cittadini e sulla composizione futura della popolazione»¹⁹, attese qui caratterizzate da «un'impronta restrittiva [...] una vera e propria diga alla piena integrazione giuridica degli stranieri residenti in Italia»²⁰.

tivi, sociali, di studio e di lavoro che comportano, talvolta, allontanamenti dal territorio nazionale. Pur se nel passato l'interruzione della permanenza in Italia è stata motivo di preclusione alla concessione della cittadinanza per residenza ai sensi dell'art. 9, in quanto si riteneva non maturato il presupposto normativo, in un mondo in costante evoluzione non si può non tener conto delle mutate condizioni di vita che possono determinare brevi periodi di allontanamento dal territorio nazionale per motivate ragioni quali, ad esempio, esigenze lavorative, di studio o di semplice arricchimento e scambio culturale. Alla luce di tali considerazioni, che ugualmente sono supportate da recenti pronunce giurisprudenziali, eventuali assenze temporanee non dovranno essere ritenute pregiudizievoli ai fini della concessione dello "status civitatis", quando l'aspirante cittadino che si sia dovuto recare all'estero, abbia comunque mantenuto in Italia la propria residenza legale (iscrizione anagrafica presso il Comune e titolo di soggiorno valido per l'intero arco temporale) nonché il centro delle proprie relazioni familiari e sociali».

¹⁴ Cons. Stato, sez. IV, n. 1474 del 16 settembre 1999.

¹⁵ Cons. Stato, sez. I, parere n. 1423 del 26 ottobre 1988.

¹⁶ Cons. Stato, sez. I, parere n. 9374 del 20 ottobre 2004.

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 366 del 24 maggio 1995.

¹⁸ Cfr. Giro, M. *Il percorso a ostacoli per diventare italiani dei minori stranieri*, in *Libertà civili*, 1, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 31; Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 34.

¹⁹ Zanfrini, L. *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, cit., p. 7. L'autrice ricorda infatti che, quando il fondamento della *membership* è la cittadinanza, essa «deve misurarsi con la varietà dei criteri che ne regolano l'acquisizione da parte degli immigrati e dei loro figli, lungo un *continuum* che va da una concezione etnica, rigidamente ancorata allo *ius sanguinis*, a una elettiva della cittadinanza stessa» (*ibid.*). Per approfondi-



L'art. 10 della l. 91/1992, infine, subordina l'efficacia del decreto di concessione della cittadinanza al giuramento, da parte dell'interessato, entro sei mesi dalla notifica del decreto, di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato.

5. Si è già visto, parlando di *ius sanguinis*, delle modalità di acquisizione della cittadinanza da parte del minore alla nascita o per adozione, che presuppongono di essere figlio naturale o adottivo di un genitore (almeno uno dei due) cittadino italiano.

Queste ipotesi, tuttavia, non comprendono tutti i casi di acquisizione della cittadinanza da parte di minori stranieri, che siano nati in Italia, vi siano arrivati successivamente accompagnati dai genitori o per raggiungerli, nonché i minori stranieri non accompagnati.

Acquisterà la cittadinanza, innanzitutto, il figlio di cittadini stranieri che sia «nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età» (art. 4, comma 2, l. 91/1992), se dichiara, entro un anno dal compimento dei diciotto anni, di volerla acquisire.

La dimostrazione della permanenza regolare e ininterrotta si darà attraverso l'annotazione, fin dalla nascita, sul permesso di soggiorno²¹ del genitore e attraverso la registrazione all'Ufficio di Stato civile del Comune di residenza.

Questa previsione risulta molto più restrittiva della precedente, contenuta nell'art. 3 della l. 555/1912, che considerava sufficiente che il minore, nato in Italia, vi risiedesse al momento del compimento della maggiore età (21 anni, allora) e esprimesse la volontà di acquisire la cittadinanza entro un anno. Non era presente, quindi, né il requisito della regolare presenza dei genitori al momento della nascita, né che la residenza del minore rimanga stabile e ininterrotta.

Se per diverso tempo si è interpretato l'art. 4, comma 2, in senso restrittivo, impedendo al minore di recarsi all'estero sia per motivi familiari, sia di studio, anche solo temporaneamente e per brevissimi periodi (si pensi ad una semplice gita scolastica di istruzione all'estero durante la scuola superiore)²², mentre ora si può fare riferimento alla chiarificazione venuta dalla già citata Circ.Min. Int.prot. K.60.1/2007, applicando analogamente quanto precisato per l'acquisto per gli adulti ex art. 9 della l. 91/92, e giustificando la permanenza all'estero se temporanea e derivante da motivi di salute, di studio o di famiglia (si pensi, per esempio, al minore che abbia genitori separati e residenti in due Stati diversi, che si assenta per periodi per riuscire a trascorrere un po' di tempo con il genitore residente all'estero)²³.

dimenti ulteriori sul tema, cfr. Weil, P. *La France et ses Etrangers*, Paris, Calmann-Levy, 1991; Codini, M; D'Odorico, M. *Per una nuova disciplina della cittadinanza*, Milano, ISMU, 2004.

²⁰ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 34.

²¹ Ad oggi risulta che in Italia i permessi di soggiorno dei cittadini non comunitari (aggiornamento al 1 gennaio 2014) sono: 3.874.726, di cui 2.179.607 di lungo periodo. Si veda a tal proposito <http://dati.istat.it/> (sezione "Popolazione e famiglie / Stranieri e immigrati / Permessi di soggiorno dei cittadini non comunitari).

²² Cfr. Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 35.

²³ Cfr. Circ. Min. Int. Prof. K.60.1: «Non sono infrequenti, però, i casi in cui il minore, pur avendo soggiornato legalmente nel nostro Paese sin dalla nascita, se ne sia dovuto allontanare per brevi periodi per motivi di studio, di famiglia o di salute. Circostanze che, secondo un'interpretazione letterale della norma, hanno pregiudicato l'efficacia della dichiarazione volta all'acquisto della cittadinanza resa dall'interessato tra il diciottesimo e il diciannovesimo anno di età. Analogamente alle conclusioni formulate in precedenza per l'acquisto della cittadinanza ai sensi dell'art. 9, in relazione ad eventuali spostamenti dall'Italia, si dovrà computare utilmente il periodo in questione al fine del maturare il requisito della residenza legale, ove vengano documentalmente dimostrate le motivazioni che hanno determinato l'allontanamento dal nostro territorio nazionale. Si



Questa Circolare ha chiarito che, in tutti i casi in cui l'interruzione di tempo derivasse dal ritardo della trascrizione dell'atto di nascita presso l'Ufficio di Stato civile del Comune di residenza, piuttosto che dalla scadenza del permesso di soggiorno dei genitori, sarà sufficiente che il minore dimostri di aver sempre mantenuto la residenza sul territorio italiano e di essere stato ivi presente, attraverso documentazioni attestanti la sua regolare frequenza scolastica oppure certificazioni mediche²⁴.

Acquisiscono, infine, la cittadinanza, in modo automatico, i figli minorenni dello straniero che acquista (o riacquista) per naturalizzazione la cittadinanza italiana, se convivono con lui in modo stabile ed effettivo (*ius communicatio*).

La convivenza fra genitore e figlio deve essere stabile, effettiva ed attestata con idonea documentazione (art. 12 del DPR 572/1993) e deve sussistere al momento dell'acquisto o del riacquisto della cittadinanza da parte del genitore. Anche in questo caso, devono essere considerate tutte quelle situazioni in cui il minore conviva a periodi con uno solo dei due genitori all'estero²⁵, perché lavora lì o perché i genitori sono separati, oppure si consideri anche il periodo di mancata convivenza derivante da un periodo temporaneo di studio fuori della residenza familiare²⁶.

Tuttavia, non sarà possibile l'automatico riconoscimento se la convivenza non è più sussistente al momento dell'attribuzione della cittadinanza al genitore, in quanto alla base c'è l'idea di una continuità di legame, anche fisico, fra il genitore e il figlio.

Perché il genitore divenuto italiano possa trasmettere lo *status civitatis* al figlio, occorrono pertanto che ricorrano queste tre condizioni: il rapporto di filiazione; la minore età del figlio e la convivenza stabile e attuale con il genitore. Tuttavia, una volta divenuto maggiorenne, il figlio può rinunciare, se in possesso di altra cittadinanza (art. 14 della l. 91/1992).

Si tratta, in ogni caso, di una strada difficilmente percorribile, per il minore, o meglio percorribile in tempi molto lunghi: se si considera il periodo di gestazione e valutazione della pratica di naturalizzazione dell'adulto, di cui si è parlato.

Perché il minore potesse acquisire *iure communicatio* la cittadinanza, infatti, servirebbe che il genitore facesse la sua domanda quando il figlio ha tredici/quattordici anni (se si considera un tempo medio di tre/quattro anni per arrivare ad una risposta in merito alla domanda di cittadinanza per naturalizzazione), e cioè che avesse il requisito del permesso di soggiorno regolare (per far decorrere i dieci anni previsti dalla normativa) fin da quando il figlio ha al massimo tre/quattro anni di vita.

Tutto questo, fa emergere come così come concepita, la legge 91/1992 può certamente «penalizzare moltissimi ragazzi e ragazze che finiscono con il pagare in un certo sen-

tratta, in sostanza, di adeguare l'interpretazione e l'applicazione della norma alla realtà, consentendo al giovane straniero di completare l'integrazione nel Paese in cui è nato, di cui parla la lingua e del quale ha acquisito la cultura e gli stili di vita, senza che ciò possa essere pregiudicato dalla circostanza di essersi allontanato dal Paese per brevi periodi per motivi di studio o familiari».

²⁴ Cfr. Fondazione ISMU, *Vecchio continente... nuovi cittadini*, cit., pp. 16-17.

²⁵ Trib. Padova, decr. n. 120 dell'11 maggio 2012, ritrovabile in:

http://venetoimmigrazione.busnet.it/osservatorio/ckfinder/userfiles/files/iloghalu_sentenza.pdf

²⁶ Nella nuova formulazione dell'art. 14, comma 1, prevista dal ddl S 2092, è previsto che le parole «se convivono con esso» siano sostituite con l'espressione «non decaduto dalla responsabilità genitoriale, acquistano la cittadinanza italiana se risiedono nel territorio della Repubblica», vincolando il riconoscimento non più alla convivenza stabile, anche se temporaneamente interrotta, ma alla residenza del minore nel territorio (*ius communicatio* + responsabilità genitoriale + *ius domicilii* del minore).



so le biografie “colpevoli” dei genitori»²⁷, i quali, prima di soggiornare regolarmente, provengono normalmente da una precedente, e talvolta prolungata, esperienza di irregolarità²⁸.

La riforma in questo momento in discussione in Parlamento si muove proprio nel senso di rimuovere queste distorsioni della normativa rispetto alla realtà.

²⁷ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 36.

²⁸ Cfr. Fondazione ISMU, *Vecchio continente... nuovi cittadini*, cit., pp. 15-16.



6. Le proposte di legge di riforma in materia di cittadinanza, discusse dalla Commissione Affari Costituzionali, oltre ai contenuti già riportati in precedenza, affrontavano, in molte parti, la questione dell'acquisto della cittadinanza da parte dei minori stranieri, nati o cresciuti sul territorio italiano.

Tutte le proposte avanzate hanno trovato sintesi nel disegno di legge unificato approvato alla Camera¹ e ora in discussione al Senato², ridotto tuttavia alle sole norme relative ai minori d'età.

In merito allo *ius soli*, il disegno di legge in discussione al Senato introduce³ una lettera b-*bis*) all'art. 1, comma 1, della l. 91/1992⁴, in base alla quale si prevede un'integrazione delle ipotesi di acquisto della cittadinanza per nascita, stabilendo che la acquisisca chi è nato sul territorio italiano «da genitori stranieri, di cui almeno uno sia titolare del diritto di soggiorno permanente»⁵ oppure «sia in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo»⁶.

Tale attribuzione, tuttavia, non è automatica, ma deriva da una dichiarazione di volontà⁷ manifestata espressamente dal genitore (o dal legale rappresentante) di fronte all'ufficiale di stato civile del comune di residenza, entro il compimento della maggiore età del minore⁸.

Nel caso in cui il genitore (o altro legale rappresentante) non vi abbia provveduto, l'interessato, nato sul territorio italiano e avente diritto ai sensi della modifica introdotta, potrà richiederlo entro due anni dal raggiungimento della maggiore età⁹. Termine identico che il legislatore ha previsto per l'ipotesi opposta di rinuncia della cittadinanza italiana ri-

¹ ddl C 9 approvato il 13 ottobre 2015 alla Camera.

² ddl S 2902, in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00940816.pdf>

³ ddl S 2902, art. 1, comma 1, lett. a).

⁴ Il testo del nuovo art. 1 della l. 91/1992 avrebbe, quindi, se approvato, la seguente formulazione (in corsivo le modifiche o novelle): 1. È cittadino per nascita: a) il figlio di padre o di madre cittadini; b) chi è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono. b-*bis*) *chi è nato nel territorio della Repubblica da genitori stranieri, di cui almeno uno sia titolare del diritto di soggiorno permanente ai sensi dell'articolo 14 del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, o sia in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.2. È considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza.2-bis. Nei casi di cui alla lettera b-bis) del comma 1 la cittadinanza si acquista a seguito di una dichiarazione di volontà in tal senso espressa, entro il compimento della maggiore età dell'interessato, da un genitore o da chi esercita la responsabilità genitoriale all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza del minore, da annotare a margine dell'atto di nascita. La direzione sanitaria del punto nascita ovvero l'ufficiale dello stato civile cui è resa la dichiarazione di nascita informa il genitore di tale facoltà. Entro due anni dal raggiungimento della maggiore età l'interessato può rinunciare alla cittadinanza italiana se in possesso di altra cittadinanza. 2-ter. Qualora non sia stata resa la dichiarazione di volontà di cui al comma 2-bis, i soggetti di cui alla lettera b-bis) del comma acquistano la cittadinanza se ne fanno richiesta all'ufficiale dello stato civile entro due anni dal raggiungimento della maggiore età.*

⁵ Ex art. 14 del d.lgs. n. 30 del 6 febbraio 2007. Chiarisce il testo di riforma, nell'ipotizzato art. 23-*bis*, comma 4, che «ai fini dell'applicazione dell'articolo 1, comma 1, lettera b-bis), si considera in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo anche lo straniero che, avendo maturato i requisiti per l'ottenimento di tale permesso, abbia presentato la relativa richiesta prima della nascita del figlio e ottenga il rilascio del permesso medesimo successivamente alla nascita».

⁶ Ex art. 9 del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998.

⁷ Ex art. 1, comma 2-*bis*, introdotto dal ddl S 2902, art. 1, comma 1, lett. b).

⁸ Chiarisce il testo di riforma, nell'ipotizzato art. 23-*bis*, comma 1, che «ai fini della presente legge, il requisito della minore età deve essere considerato come riferito al momento della presentazione dell'istanza o della richiesta da parte del genitore o di chi esercita la responsabilità genitoriale».

⁹ Ex art. 1, comma 2-*ter*, introdotto dal ddl S 2902, art. 1, comma 1, lett. b).



chiesta dal genitore, possibile nell'ipotesi in cui l'interessato sia in possesso anche di altra cittadinanza ed eserciti opzione di mantenimento di quest'ultima¹⁰.

In relazione a questa nuova fattispecie, è introdotto l'obbligo per la direzione sanitaria del punto nascita di informare il genitore di questa facoltà e, per l'ufficiale di stato civile, oltre a doverlo informare al momento della dichiarazione, anche quello previo di comunicare (ex nuovo art. 23-*bis*, comma 5) ai residenti di cittadinanza straniera, nei sei mesi precedenti il compimento della maggiore età del figlio, «la facoltà di acquisto del diritto di cittadinanza ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera b-*bis*) e dell'articolo 4, commi 2 e 2-*bis*, con indicazione dei relativi presupposti e delle modalità di acquisto», prevedendo, in caso di inadempimento di tale obbligo, la sospensione dei termini di decadenza per la dichiarazione di elezione della cittadinanza¹¹.

A questa ipotesi si aggiunge la modifica relativa all'art. 4, comma 2, in merito al minore nato in Italia, che abbia risieduto legalmente¹² sul territorio italiano senza interruzioni¹³ fino al raggiungimento della maggiore età, che diventerà cittadino se dichiarerà di voler acquisire la cittadinanza entro due anni (non più solo un anno) dal compimento della maggiore età.

In merito al c.d. *ius culturae*, l disegno di legge unificato prevede, poi, l'ulteriore introduzione, nell'art. 4, di un comma 2-*bis*¹⁴, in base al quale è ipotizzata la possibilità di acqui-

¹⁰ Ex art. 1, comma 2-*bis*, introdotto dal ddl S 2902, art. 1, comma 1, lett. b).

¹¹ Ai fini dello sviluppo e della promozione di una cultura della cittadinanza, è interessante menzionare anche i contenuti del nuovo art. 23-*ter* in base al quale «i comuni, in collaborazione con gli istituti scolastici di ogni ordine e grado, promuovono, nell'ambito delle proprie funzioni, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, a favore di tutti i minori, iniziative di educazione alla conoscenza e alla consapevolezza dei diritti e dei doveri legati alla cittadinanza e una giornata dedicata alla ufficializzazione dei nuovi cittadini».

¹² Chiarisce il testo di riforma, nell'ipotizzato art. 23-*bis*, comma 2, che «ai fini della presente legge, si considera legalmente residente nel territorio dello Stato chi vi risiede avendo soddisfatto le condizioni e gli adempimenti previsti dalle norme in materia d'ingresso e di soggiorno degli stranieri in Italia e da quelle in materia di iscrizione anagrafica. Per il computo del periodo di residenza legale, laddove prevista, si calcola come termine iniziale la data di rilascio del primo permesso di soggiorno, purché vi abbia fatto seguito l'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente. Eventuali periodi di cancellazione anagrafica non pregiudicano la qualità di residente legale se ad essi segue la reinscrizione nei registri anagrafici, qualora il soggetto dimostri di avere continuato a risiedere in Italia anche in tali periodi».

¹³ Chiarisce il testo di riforma, nell'ipotizzato art. 23-*bis*, comma 3, che «ai fini della presente legge, si considera che abbia soggiornato o risieduto nel territorio della Repubblica senza interruzioni chi ha trascorso all'estero, nel periodo considerato, un tempo mediamente non superiore a novanta giorni per anno, calcolato sul totale degli anni considerati. L'assenza dal territorio della Repubblica non può essere superiore a sei mesi consecutivi, a meno che essa non sia dipesa dalla necessità di adempiere agli obblighi militari o da gravi e documentati motivi di salute».

¹⁴ Il testo del nuovo art. 4 della l. 91/1992 avrebbe, quindi, se approvato, la seguente formulazione: 1. Lo straniero o l'apolide, del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, diviene cittadino: a) se presta effettivo servizio militare per lo Stato italiano e dichiara preventivamente di voler acquistare la cittadinanza italiana; b) se assume pubblico impiego alle dipendenze dello Stato, anche all'estero, e dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana; c) se, al raggiungimento della maggiore età, risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica e dichiara, entro un anno dal raggiungimento, di voler acquistare la cittadinanza italiana. 2. Lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro due anni dalla suddetta data. 2-*bis*. Il minore straniero nato in Italia o che vi ha fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età che, ai sensi della normativa vigente, ha frequentato regolarmente, nel territorio nazionale, per almeno cinque anni, uno o più cicli presso istituti appartenenti al sistema nazionale di istruzione o percorsi di istruzione e formazione professionale triennale o quadriennale idonei al conseguimento di una qualifica professionale, acquista la cittadinanza italiana. Nel caso in cui la frequenza riguardi il corso di istruzione primaria, è altresì ne-



sto della cittadinanza allorché il minore straniero, nato sul territorio italiano o che vi abbia fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo annodi età, abbia frequentato regolarmente almeno cinque anni di studi presso istituti scolastici, appartenenti al sistema nazionale di istruzione, o presso i centri di istruzione e formazione professionale idonei al conseguimento di una qualifica professionale¹⁵.

In questo caso, quindi, si svincola l'acquisto *iure soli* dal domicilio legale del genitore sul territorio italiano e lo si considera alla luce della frequenza regolare di un percorso di istruzione o formazione professionale da parte del minore.

Con la lente dello *ius culturae*, poi, si considerano idonei all'acquisto della cittadinanza anche coloro che, pur non essendo nati sul territorio italiano, vi siano entrati durante l'infanzia o la preadolescenza, entro il dodicesimo anno d'età (*ius domicilii*).

In entrambi questi casi, come nell'ipotesi di *ius soli* "puro", la cittadinanza si acquisterà non in automatico ma a seguito di una dichiarazione di volontà resa dal genitore esercente la responsabilità genitoriale e legalmente residente in Italia (o da altro rappresentante legale del minore), all'ufficiale di stato civile del comune di residenza, entro il compimento della maggiore età del minore interessato.

Allo stesso modo, entro due anni dal raggiungimento della maggiore età, se il genitore (o rappresentante legale) non ne abbia fatto richiesta, il minore interessato potrà avanzare domanda all'ufficiale di stato civile competente¹⁶, oppure, al contrario, potrà rinunciare se in possesso di altra cittadinanza¹⁷.

Rispetto a queste ipotesi di attribuzione *iure culturae*, il legislatore della riforma ha inserito nel testo in discussione al Senato una nuova ipotesi di acquisto della cittadinanza per concessione (lett. f-bis), a favore del minore straniero che abbia fatto ingresso nel territorio nazionale prima del compimento della maggiore età e che vi risieda legalmente da almeno sei anni (quindi, che vi risieda legalmente da quando aveva dodici anni compiuti) e che abbia frequentato e concluso un ciclo scolastico di istruzione o formazione professionale, con il conseguimento del relativo titolo¹⁸.

cessaria la conclusione positiva del corso medesimo. La cittadinanza si acquista a seguito di una dichiarazione di volontà in tal senso espressa, entro il compimento della maggiore età dell'interessato, da un genitore legalmente residente in Italia o da chi esercita la responsabilità genitoriale, all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza, da annotare nel registro dello stato civile. Entro due anni dal raggiungimento della maggiore età, l'interessato può rinunciare alla cittadinanza italiana se in possesso di altra cittadinanza. 2-ter. Qualora non sia stata espressa la dichiarazione di volontà di cui al comma 2-bis, l'interessato acquista la cittadinanza se ne fa richiesta all'ufficiale dello stato civile entro due anni dal raggiungimento della maggiore età.

¹⁵ Ex art. 4, comma 2-bis, introdotto dal ddl S 2902, art. 1, comma 1, lett. d), «nel caso in cui la frequenza riguardi il corso di istruzione primaria, è altresì necessaria la conclusione positiva del corso medesimo».

¹⁶ Ex art. 4, comma 2-ter, introdotto dal ddl S 2902, art. 1, comma 1, lett. d).

¹⁷ Ex art. 4, comma 2-bis, introdotto dal ddl S 2902, art. 1, comma 1, lett. d).

¹⁸ Il testo del nuovo art. 9, comma 1, della l. 91/1992 avrebbe, quindi, se approvato, la seguente formulazione: 1. La cittadinanza italiana può essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno: a) allo straniero del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, o che è nato nel territorio della Repubblica e, in entrambi i casi, vi risiede legalmente da almeno tre anni, comunque fatto salvo quanto previsto dall'articolo 4, comma 1, lettera c); b) allo straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno cinque anni successivamente alla adozione; c) allo straniero che ha prestato servizio, anche all'estero, per almeno cinque anni alle dipendenze dello Stato; d) al cittadino di uno Stato membro delle Comunità europee se risiede legalmente da almeno quattro anni nel territorio della Repubblica; e) all'apolide che risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica; f) allo straniero che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica; f-bis) *allo straniero che ha fatto ingresso nel territorio nazionale prima del compimento della maggiore età, ivi legalmente residente da almeno sei anni, che ha*



L'ipotesi, in sostanza, prevede un'ipotesi di attribuzione di cittadinanza *iure culturae* per coloro che fanno ingresso sul territorio italiano tra il dodicesimo ed il diciottesimo anno di età, differenziando, di fatto, questa ipotesi da quella del minore infradodicesenne previsto dal nuovo art. 4, comma 2-*bis*.

Infine, in merito al c.d. *ius communicatio*, con la riforma verrebbero cancellati i dubbi interpretativi relativi all'acquisto automatico della cittadinanza da parte dei figli minorenni dello straniero che acquista (o riacquista) per naturalizzazione la cittadinanza italiana, là dove la normativa attuale prevede ancora, come requisito, una convivenza stabile, effettiva ed attestata con idonea documentazione (ex art. 12 del DPR 572/1993) fra il genitore e il figlio, per quanto il Ministero dell'Interno sia intervenuto già con una circolare integrativa e chiarificatrice in materia¹⁹.

La nuova previsione eliminerebbe il requisito della convivenza stabile e introdurrebbe quello dell'attualità della permanenza attuale della responsabilità genitoriale e della residenza del minore sul territorio italiano²⁰.

frequentato regolarmente, ai sensi della normativa vigente, nel medesimo territorio, un ciclo scolastico, con il conseguimento del titolo conclusivo, presso gli istituti scolastici appartenenti al sistema nazionale di istruzione, ovvero un percorso di istruzione e formazione professionale triennale o quadriennale con il conseguimento di una qualifica professionale.

¹⁹ In ogni caso, come già detto, il testo di riforma, nell'ipotizzato art. 23-*bis*, comma 3, chiarisce che «ai fini della presente legge, si considera che abbia soggiornato o risieduto nel territorio della Repubblica senza interruzioni chi ha trascorso all'estero, nel periodo considerato, un tempo mediamente non superiore a novanta giorni per anno, calcolato sul totale degli anni considerati. L'assenza dal territorio della Repubblica non può essere superiore a sei mesi consecutivi, a meno che essa non sia dipesa dalla necessità di adempiere agli obblighi militari o da gravi e documentati motivi di salute».

²⁰ Il testo del nuovo art. 14, comma 1, della l. 91/1992 avrebbe, quindi, se approvato, la seguente formulazione: 1. I figli minori di chi acquista o riacquista la cittadinanza italiana, non decaduto dalla responsabilità genitoriale, acquistano la cittadinanza italiana se risiedono nel territorio della Repubblica, acquistano la cittadinanza italiana, ma, divenuti maggiorenni, possono rinunciarvi, se in possesso di altra cittadinanza.



7. Alla luce della ricostruzione che si è tentato di delineare nei punti precedenti, appare piuttosto evidente che, se il tema dell'integrazione dei minori stranieri, in particolare «delle seconde generazioni, rappresenta non solo un nodo cruciale dei fenomeni migratori, ma anche una sfida per la coesione sociale e un fattore di trasformazione delle società riceventi»¹, il tema della cittadinanza come strumento di riconoscimento, integrazione e appartenenza rileva, a vari livelli, per ognuna delle generazioni oggetto/soggetto della modifica normativa in discussione in materia di cittadinanza.

Alcune ricerche in materia hanno evidenziato come i fattori che spingono i migranti a desiderare di conseguire la cittadinanza italiana non siano sempre correlati al tema dell'integrazione e dell'appartenenza², tuttavia pare certamente interessante sottolineare alcune delle motivazioni estrapolabili da alcune interviste realizzate a minori stranieri nati in Italia o arrivati in tenera età³.

Certamente la libera circolazione sul territorio nazionale risultano prioritari e questo «mostra come la contingenza del quotidiano e la diffusa insicurezza rendano impraticabili altri livelli della cittadinanza»⁴, almeno in termini prioritari, mettendo in secondo piano gli aspetti relativi all'integrazione politica⁵.

Come ricorda Bauman, in effetti,

«alcuni di noi godono della nuova libertà di movimento *sans papiers*. Altri non possono starcene dove vorrebbero per la stessa ragione. [...] Per il primo mondo, il mondo di chi è mobile su scala globale, lo spazio ha perduto la sua qualità di vincolo e viene facilmente attraversato sia nella sua versione "reale" sia nella sua versione "virtuale". Per il secondo mondo, quello di coloro che sono legati a una località, di coloro cui è vietato muoversi, costretti perciò a sopportare in modo passivo qualsiasi cambiamento che il luogo cui sono legati è costretto a subire, lo spazio reale si va rapidamente restringendo»⁶.

Per questo, oggi non appare possibile disgiungere dall'analisi delle ragioni che portano a richiedere la cittadinanza la dimensione della mobilità, che si manifesta sia su piani simbolici, sia in riferimento a questioni molto pratiche, ma che rendono evidente la dispari-

¹ Ambrosini, M. *Il futuro in mezzo a noi. Le seconde generazioni scaturite dall'immigrazione nella società italiana dei prossimi anni*, in Ambrosini, M.; Molina, S. (a cura di) *Seconde generazioni. Un'introduzione al futuro dell'immigrazione in Italia*, cit., p. 1.

² Cfr. Codini, E.; D'Odorico, M. *Una nuova cittadinanza. Per una riforma della legge del 1992*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 106: (1) la libera circolazione in Italia e nell'UE e una maggiore facilità di circolazione extra europea (40,2%); (2) la fine di molti problemi riscontrati nelle procedure burocratiche a causa della cittadinanza straniera extraeuropea (19,8%); (3) una minor discriminazione nella vita sociale (15,5%); (4) l'acquisizione di diritti politici (11,9%) e, infine (5) la possibilità di trovare un lavoro (anche nella Pubblica amministrazione) senza limitazioni (7,7%).

³ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., pp. 47 ss.

⁴ *ivi*, p. 50.

⁵ Per Codini, per quanto sia evidente il desiderio di conseguire il diritto costituzionalmente garantito di libera circolazione e soggiorno sul territorio nazionale, tuttavia la vera essenza della cittadinanza risiederebbe nella «titolarità dei diritti politici, ossia quella sovranità che il primo articolo della Costituzione attribuisce al popolo», in Codini, E.; D'Odorico, M. *Una nuova cittadinanza*, cit., p. 106. Se per Codini la questione cittadinanza dovrebbe essere posta in termini di integrazione politica, tuttavia, «l'importanza attribuita alla dimensione strumentale della cittadinanza non implica necessariamente un disinteresse nei confronti dell'integrazione politica, ma piuttosto», come già ricordato, «mostra come la contingenza del quotidiano e la diffusa insicurezza rendano impraticabili altri livelli della cittadinanza» (Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 50).

⁶ Bauman, Z. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 98.



tà di trattamento⁷: la lamentela, ad esempio, di non aver potuto frequentare la gita di istruzione all'estero con la scuola a causa delle eventuali limitazioni nel rientrare in Italia⁸ o di non aver potuto raggiungere durante le vacanze un parente residente all'estero⁹.

In questo senso, allora, appare ragionevole l'opinione di Balibar¹⁰ quando osservava il cambio di significato simbolico del passaporto di uno Stato "forte": non più «fedeltà a un potere statale, ma potere di accesso alla "cosmopoli", permettendo a coloro che ne possono usufruire di «potersi muovere senza rimanere bloccati o rallentati dai confini»¹¹ e costituendo, di conseguenza, «un moderno segno di status, il contrassegno di una nuova élite di nomadi cosmopoliti, [...] un nuovo confine discriminante, un confine che separa chi ha la possibilità di partecipare al flusso transnazionale – i globali per scelta – e chi invece è costretto a limitazioni e vincoli locali – i locali per necessità»¹², in cui «globalizzazione e localizzazione possono pur essere due lati della stessa medaglia, ma le due parti della popolazione mondiale vivono su lati diversi e ne vedono solo una»¹³.

Il riconoscimento della cittadinanza, perciò, viene qui percepito come «necessario titolo di inclusione a in una comunità transnazionale»¹⁴, e, viceversa, «il mancato riconoscimento [...] può assumere dunque il significato dell'esclusione dal mondo delle opportunità economiche e culturali»¹⁵.

Appare certamente rilevante, poi, fra le motivazioni che spingono il desiderio di acquisizione della cittadinanza nelle giovani generazioni, quella dell'essere sottoposti a meno questioni e problematiche di tipo burocratico, in quanto «"foglio in mano" che consente di risiedere legalmente in Italia»¹⁶ e di rompere la precarietà e l'insicurezza relative al rinnovo del permesso di soggiorno, legato a tempi lunghi, umilianti, costosi, di attesa logorante vissuta nel proprio contesto familiare, guardando alle difficoltà vissute in tal senso dai propri genitori.

Se in caso di migrante adulto la richiesta di cittadinanza può essere, in taluni casi, il solo o principale motivo nella legalizzazione definitiva della permanenza sul territorio ita-

⁷ Su un piano simbolico e strumentale, la diversità di diritti e prerogative può essere rappresentata dalla doppia fila al check-in degli aeroporti internazionali, in cui ciascuna delle due file in attesa del check-in dimostrano, in maniera emblematicamente evidente, che si appartiene o non si appartiene a uno Stato che permette al suo cittadino di vedere riconosciuti, con la propria cittadinanza, una serie di diritti, altrimenti non godibili. Cfr. Huysmans, J. *The Politics of Insecurity. Fear, Migration and Asylum in the EU*, Abingdon & New York, Routledge, 2006; Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 53.

⁸ Alcune importanti referenze sono ritrovabili nelle interviste realizzate da Colombo et al. e riportate in Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani: «Posso andare ma non posso ritornare [...] Purtroppo è una realtà questa, anche se vivo qua da diciassette anni, sono quasi italiano»* (pp. 51-52); «Io ho il permesso di soggiorno. Prima l'avevo per sei mesi all'anno, adesso per un anno, però per rinnovarlo mi serve un altro anno di attesa [...] e per quell'anno io non posso uscire dall'Italia, non posso fare nulla. [...] Mentre i miei amici partivano io dovevo stare qua» (pp. 52).

⁹ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 52.

¹⁰ Balibar, E. *Propositions on Citizenship*, in *Ethics*, 98, 4, p. 729.

¹¹ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 77.

¹² *ibid.* Sul punto, cfr. Bauman, Z. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, cit.

¹³ Beck, U. *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca post-nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 119.

¹⁴ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 77.

¹⁵ *ibid.* In effetti, «i figli dei migranti, le cosiddette seconde o terze generazioni, rendono particolarmente evidente la dissociazione che caratterizza l'esperienza della cittadinanza in un contesto di crescente globalizzazione» (ivi, p. 10).

¹⁶ *ibid.*, p. 47.



liano¹⁷, per il minore straniero nato o cresciuto fin da bambino in Italia pare assumere, spesso, in contemporanea, anche la caratteristica di certificazione di adeguatezza e affidabilità¹⁸, di “normalità”¹⁹: rileva sicuramente, infatti, anche la dimensione del desiderio di accettazione da parte del contesto sociale di vita, di non essere discriminati da un territorio a cui si rischia di appartenere formalmente, in termini di domicilio o residenza, ma non (almeno fino in fondo) in termini identitari: l’essere riconosciuti come persone, il «chi siamo e “da dove veniamo”» di Taylor²⁰, ma anche l’essere considerate persone che «sono qui» e «sono di qui»²¹.

Sono gli aspetti che costituiscono l’identità del soggetto, che si forma, «giorno dopo giorno [...] dall’interazione fra l’identità individuale, costruita attraverso conferme e smentite a partire da quello che siamo, e l’identità sociale, che ci porta al confronto con ciò che gli altri pensano di noi»²². Per i minori stranieri, questo si traduce in un’oscillazione fra la necessità di essere riconosciuti come italiani da sempre, persone che sono e si sentono da sempre “di qui”, e, invece, il riconoscimento della dignità, dell’adeguatezza e della legittimità a partecipare e a sentirsi parte di una comunità territoriale cui si appartiene da lungo tempo²³, sono i due poli su cui i minori figli di migranti si distinguono, a seconda della loro nascita sul territorio italiano o dell’arrivo in un momento successivo, in tenera età durante la tarda infanzia o la preadolescenza:

Mentre per i minori stranieri di seconda generazione, infatti, la cittadinanza è avvertita come un riconoscimento di un’evidenza, un atto dovuto, la constatazione di un evidente *status quo*, «della naturale sedimentazione di una storia personale costruita in Italia, con compagni e sogni italiani»²⁴, per i minori stranieri pervenuti in Italia in una seconda fase, la

¹⁷ Ivi, pp. 54-59.

¹⁸ Ivi, p. 71

¹⁹ Ivi, p. 76: «La cittadinanza serve allora a certificare che si è persone “a posto”, che non si rientra nell’immagine del migrante presentata nel linguaggio quotidiano, alimentato dal discorso politico e dei mezzi di comunicazione di massa. Costituisce una certificazione di “normalità”, preliminare per ogni concreta possibilità di espressione e partecipazione».

²⁰ Taylor, C. *La politica del riconoscimento*, cit., p. 19.

²¹ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 72.

²² Dalla Zuanna, G.; Farina, P.; Strozza, S., *Nuovi italiani*, cit., p. 61. Cfr. Favaro, G.; Napoli, M. *Come un pesce fuor d’acqua. Il disagio nascosto dei bambini e dei ragazzi immigrati*, Milano, Guerini e associati, 2002. In termini più ampi si rinvia anche al citato testo di Taylor, C. Taylor, C. *La politica del riconoscimento*, cit., *passim*, spec. pp. 18-22.

²³ Le seconde generazioni «non sono semplici riproduttori delle “differenze” dei genitori, risultato meccanico dell’azione della cultura, delle tradizioni o delle “radici” che si sarebbero ereditate, ma neppure malleabile materia prima che si adegua, senza residui e resistenze, ai modelli dei gruppi dominanti. Al contrario, sempre più negoziano e definiscono spazi di riconoscimento, modelli di comunicazione e forme di identificazione che sono dissociate dalla cittadinanza etnica e culturale senza però assumere acriticamente il modello di cittadinanza dominante nel Paese di migrazione dei loro genitori. Le seconde generazioni vengono qui viste come possibili luoghi di formazione di nuovi codici, [...] elaborazione di nuove idee di cittadinanza, meno legate alla dimensione nazionale, ma non per questo meno efficaci nel definire diritti e doveri, linee di inclusione e di esclusione», in Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., pp. 24-25. Cfr. Colombo, E. *Una nuova generazione di italiani. Cosmopolitismo e senso di appartenenza tra i giovani adulti figli di immigrati*, in *Adulità*, 28, 2008, pp. 41-47.

²⁴ Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., p. 71. Ivi, p. 72: «Se tu sei nata in questo Paese, hai vissuto qua, di quale altro paese devi essere cittadino?» e ancora: «Tu hai il permesso, non è che hai la libertà di vivere nel Paese dove sei nata, tu lo richiedi e se va bene sì, se no te ne ritorni in un Paese dove non hai mai vissuto... ti fa proprio sentire diverso, ti fa sentire di non essere completo a tutti gli



cittadinanza costituisce il superamento dei problemi legati al permesso di soggiorno e il riconoscimento della loro presenza, una sorta di diritto legato alla residenza, una forma – come si vedrà in seguito - di *denizenship*²⁵.

Tuttavia, l'acquisto della cittadinanza non basta a vedere terminate le forme di discriminazione, anche se il livello di radicamento della persona sul territorio è prolungato. Come ricordano Colombo et al., riportando un brano di un'intervista a due minori, nel primo caso una minore eritrea ora cittadina italiana, nata in Italia, e nel secondo caso quella di un minore dello Sri Lanka in Italia dall'età di dieci anni, in attesa ancora della cittadinanza:

«Invece io penso che se hai la cittadinanza i pregiudizi rimangono, io ho fatto diversi colloqui di lavoro, mi vedono nera, mi dicono “ok, facciamo il colloquio giusto perché sei venuta”»²⁶.

«Anche con la cittadinanza però certe cose non cambiano... anche con la cittadinanza la gente non mi vede come cittadino italiano perché... se uno non mi conosce, mi vede per la prima volta non va a pensare che sono cittadino italiano e che mi deve trattare al pari di un cittadino italiano... perché ho il colore della pelle diverso. Se ero bianco prendevo la cittadinanza italiana ed ero soddisfatto, *diventavo italiano dentro e fuori... Io dentro posso diventare italiano, ma fuori no*»²⁷.

Appare evidente, quindi, che la cittadinanza non possa consistere solo in «un dispositivo formale per certificare la legittimità della presenza giuridica degli individui all'interno dei confini dello Stato»²⁸, per quanto certamente giuridicamente assuma questa portata principale, ma debba essere «considerata altresì come quel confine – materiale e simbolico – che i migranti devono necessariamente varcare per poter diventare membri della comunità nazionale»²⁹ e costituire un effettivo (e non solo formale) «strumento di inclusione e di eguaglianza»³⁰. La cittadinanza, infatti, pur avendo sicuramente nei provvedimenti legislativi «il presupposto iniziale per creare un quadro favorevole o meno all'integrazione»³¹, tuttavia

effetti, come cittadino, cioè, io mi sono sempre sentita come cittadina italiana però non mi sono mai sentita italiana al cento per cento per questa cosa qua».

²⁵ Cfr. Colombo, E.; Domaneschi, L.; Marchetti, C. *Una nuova generazione di italiani*, cit., pp. 74-75: «Per quanto riguarda cittadinanza e identità secondo me non c'è un legame molto forte perché se io prendo la cittadinanza italiana quello che sono rimango, i miei legami con il Paese dove sono nato rimangono e rimango io come persona, questo non è legato a un documento dove c'è scritto chi sono, quindi secondo me la cittadinanza è un legame solo a livello burocratico e che comunque ti può aiutare a livello sia economico che, comunque, di integrazione con altre persone». Ma anche: «La cittadinanza è legata al futuro che ti vuoi costruire, al posto in cui vuoi stare [...]. La cittadinanza ha il significato che anche tu fai parte di una comunità e partecipi a quella comunità, cioè sei interessato a integrarti e a sentirti parte con tutti i diritti e tutti i doveri». Per alcuni dei minori intervistati nella ricerca di Colombo et al., quindi, è importante, come fattore di attribuzione della cittadinanza, il desiderio di voler restare, fondare il proprio futuro in Italia, partecipare alla vita della comunità territoriale in cui si vive: la dimensione del passato è molto forte, ma quella del futuro è determinante come spinta motivazionale da cui dovrebbe derivare l'attribuzione della cittadinanza (ivi, p. 65).

²⁶ *ivi*, p. 78.

²⁷ *ivi*, p. 79.

²⁸ *ivi*, p. 82.

²⁹ *ibid.*

³⁰ *ivi*, p. 81.

³¹ Mantovan, C. *Immigrazione e cittadinanza. Auto-organizzazione e partecipazione dei migranti in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 35.



non si acquista grazie al solo provvedimento amministrativo, ma attraverso un processo di promozione ed integrazione sociale³².

Se l'acquisizione della cittadinanza, allora, è formalmente il modo attraverso il quale «la comunità statale riafferma i principi fondamentali alla base del proprio ordinamento ed esprime la propria identità culturale e valoriale»³³, allo stesso tempo è, in quanto cittadinanza sostanziale, il momento in cui la società che accoglie si interroga sul suo essere una *communitas*, stimolata dai «nuovi apporti per la comune crescita economica, civile e culturale»³⁴ che la presenza dello straniero può contribuire a generare, e si ricorda, come suggeriva Arena, che «si è cittadini in quanto si è in una comunità, ma non basta star dentro una comunità per essere cittadini»³⁵.

Se il tema della cittadinanza sostanziale va oltre la dimensione giuridica, tuttavia la riforma in discussione in Parlamento certamente va a recepire le riflessioni della dottrina e le istanze dell'associazionismo costituitosi a sensibilizzazione e tutela dei migranti, in particolare dei minori stranieri, ponendo la questione, anche nel dibattito parlamentare, dei forti rischi di distacco fra i sentimenti di appartenenza e il riconoscimento formale di un appartenere allo Stato in cui si è nati o cresciuti fin da tenera età: le disposizioni analizzate considerano, certamente *de iure condendo*, sia coloro che sul territorio italiano sono nati, sia coloro che appartengono a famiglie che hanno maturato l'intenzione di stabilirsi sul suolo italiano in modo definitivo, pur se nati in altro paese.

Il riconoscimento della cittadinanza in base allo *ius soli*, ritenuto in dottrina il principio «maggiormente congruente con la crescente mobilità internazionale delle persone e al radicamento delle comunità immigrate»³⁶, accanto alle istanze *iure domicilii* e *iure culturae*, dovrebbero, quindi, rispondere alle esigenze di riconoscimento dell'identità del minore nato da genitori stranieri ma vissuto da sempre, fin dalla nascita, o per un tempo molto prolungato nel contesto sociale italiano: esigenze che sono terreno cruciale, sul piano dello sviluppo dell'identità personale di questi giovani, della loro integrazione sociale e, più in generale, «per il nostro futuro di società, la costruzione di un'Italia più accogliente, giusta e dinamica, anziché attraversata da sperequazioni e conflitti»³⁷.

³² Berti, F. *Esclusione e integrazione. Uno studio su due comunità di immigrati*, Milano, Franco Angeli, 2000.

³³ Zanfrini, L. *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2005, cit., p. 97.

³⁴ *ibid.*

³⁵ Arena, G. *Cittadini Attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 150.

³⁶ Zanfrini, L. *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, cit., p. 97.

³⁷ Ambrosini, M. *Figli dell'immigrazione: difficoltà e risorse*, cit., p. 673.



RIFLESSIONI SULL'APPARTENENZA DI GENERE COME DIRITTO FONDAMENTALE ALL'IDENTITÀ PERSONALE

CONCETTA PARRINELLO

SOMMARIO: 1. Il dibattito *sex-gender* – 2. I profili e i limiti della rilevanza giuridica. – 3. Uno sguardo al panorama internazionale. – 4. Segue. La disciplina dei paesi europei. – 5. Segue. ... e nazionale. – 6. Le soluzioni della giurisprudenza interna e le ricostruzioni dottrinali. – 7. La svolta ad opera della Consulta.

1. Il dibattito affonda le sue radici nella letteratura psichiatrica statunitense della prima metà del Novecento che propone per la prima volta due termini distinti per indicare l'appartenenza sessuale di un individuo. Con il termine sesso (*sex*) si indica la condizione biologica o fisica dell'essere uomo/donna, maschio/femmina. Il termine genere (*gender*), invece, designa la percezione di sé in quanto maschio o femmina (identità di genere) e il sistema di aspettative sociali ad essa collegate (ruolo di genere). Questa distinzione tra sesso anatomico e ruolo di genere (o sesso psico-sociale) rende possibile ipotizzare la discontinuità tra corpo (come si nasce) e immagine di sé (come ci si sente). Peraltro, secondo questa corrente di pensiero, il sesso è indeterminato alla nascita e il genere si acquisisce progressivamente mediante l'educazione e la socializzazione. È stato affermato¹, infatti, che la sessualità alla nascita è indifferenziata, mentre si determina in senso maschile o femminile nel corso delle esperienze educative infantili, configurandosi come una sorta di *imprinting* psichico che si completa entro due anni e mezzo dalla nascita e che può essere mutato più tardi solo a prezzo di gravi rischi per l'equilibrio psichico².

Negli anni '60 ad opera della psichiatria³ si teorizza la distinzione tra sesso e genere come differenza fra il substrato biologico (ciò che siamo) ed il coefficiente di mascolinità o femminilità presenti in ciascun individuo (ciò che apprendiamo). Nasce così il concetto di identità di genere (*core gender identity*) che si riferisce all'appartenenza soggettiva ad uno dei due sessi. Sulla scorta degli studi e dell'esperienza clinica, si afferma che di solito vi è corrispondenza tra *sex* e *gender*, mentre vi sono anche casi anomali in cui si nasce maschi o femmine biologicamente e si diviene uomini o donne socialmente (transessualismo).

¹ MONEY, *Sexual signatures. On being a man or a woman*, London-Toronto, 1975, 86 ss.; ID, *Gendermaps: social constructionism, feminism, and sexosophical history*, New York 2002; ID., *Principles of developmental psychology*, New York, 1997.

² L'identità di genere si sviluppa in maniera conforme al sesso di «allevamento» e tale sviluppo può avvenire anche in contrasto con il sesso genetico, gonadico, genitale interno e persino fenotipico, presi singolarmente o tra loro combinati. Da qui la plasmabilità e permeabilità del *gender*. Conseguente che il sesso di «allevamento» deciso dai genitori dovrebbe essere considerato il miglior indice prognostico della futura identità di genere. MONEY E EHRHARDT, *Man & Woman, Boy & Girl. The differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Baltimore-London, 1972, 16, ritenendo che l'identità di genere di un bambino potesse svilupparsi come maschile o femminile a prescindere dal sesso biologico, purché l'allevamento di genere andasse nella stessa direzione dell'assegnazione del sesso, hanno sostenuto: «Se i genitori sono sempre inequivocabili nel loro allevamento del loro bambino come una femmina, allora le probabilità sono alte che il bambino svilupperà un'identità di genere femminile».

³ STOLLER, *Sex and Gender. The Development of Masculinity and Femininity*, New York City, 1968, 383.



A partire dagli anni Settanta, sulla spinta dei movimenti femministi, è stato affrontato il problema della relazione che lega il diritto al sesso e al genere⁴, e la filosofia della differenza sessuale apre una nuova prospettiva nel mondo femminista, iniziando un percorso di decostruzione del patriarcato, ponendosi l'obiettivo di abbattere la gerarchia che vige fra i generi maschile e femminile.

A questi fini si propone una nozione di «genere», utile inizialmente per delineare una differenza culturale - e non solo biologica - tra il maschile e il femminile, giungendo alla costruzione di un mondo rigidamente diviso nella sfera della «riproduzione» (ruolo sociale di esclusiva pertinenza del femminile) e nella sfera della «produzione» (mansione sociale di pertinenza esclusiva del maschile)⁵. La rigida dicotomia dei ruoli⁶ nella società e nella famiglia, così come i modelli comportamentali del maschio e della femmina e i rispettivi profili psicologici, non sarebbero altro che la risposta ad un sistema di attese sociali e di distribuzione del potere, frutto di costruzione⁷. L'obiettivo è, dunque, quello di decostruire distruggendo le «costruzioni» maschiliste e ri-costruire progettando una società che superi la differenza sessuale e liberi la donna dall'oppressione patriarcale⁸. Se il pensiero femminista ha stigmatizzato il «sistema *sex/gender*» per mettere in discussione l'organizzazione sociale dei rapporti fra i due sessi, si deve al post-femminismo la radicalizzazione del concetto di *gender*, concepito come uno *status* costruito dalla volontà individuale, radicalizzazione che trae origine dalla teoria *gender-queer*⁹, secondo la quale il genere è una costruzione culturale; pertanto, non può essere considerato il risultato causale del sesso, né può essere caratterizzato dalla fissità¹⁰. «Se lo *status* costruito del genere viene teorizzato come del tutto indipen-

⁴ L'antropologa RUBIN, *The traffic in women: notes on the 'Political Economy' of sex* in RAYNA R. REITER, *Toward an Anthropology of Women*, New York-London, 1975, sostiene che sesso e genere sono di natura diversa: il sesso appartiene al corredo genetico, alla fisiologia del corpo, il genere è formato dalle modalità culturali, sociali, simboliche attraverso cui è stata costruita e rappresentata l'identità. Sesso e genere sono interdipendenti, ma il genere è rafforzato da una serie di atti ripetuti, che lo costituiscono. Partendo dal concetto che «biologia non è destino» l'autrice comincia a decostruire l'identità fra sesso e genere. «Benché i sessi sembrino essere aproblematicamente binari nella loro morfologia e costituzione (il che è opinabile), non vi è motivo di credere che i generi debbano restare due. La presunzione di un sistema binario del genere sottintende la credenza in una relazione mimetica del genere verso il sesso, relazione in cui il genere rispecchia il sesso o ne viene altrimenti limitato».

⁵ RUSPINI, *Le identità di genere*, Urbino, 2006, 53.

⁶ Per il femminismo la differenza sessuale tra uomo e donna, intesa come radicata nella natura, è la causa principale della fissazione di ruoli sociali che hanno portato alla sottomissione della donna all'uomo: il *sex* ha determinato il *gender* dando luogo ad una svalutazione della figura femminile: cfr. TONG, *Feminist thought. A more comprehensive introduction*, London 1998.

⁷ Sulla concezione costruttivista della sessualità cfr. BUTLER, *Bodies that matter: On the discursive limits of 'sex'*, London 1993; EAD., *Undoing gender*, New York-London 2004; HERITIER., *Maschile e femminile: il pensiero della differenza*, Roma 2000; O'LEARY, *Maschi o femmine? La guerra del genere*, Soveria Mannelli (CS) 2006; FUMAGALLI, *La questione gender - Una sfida antropologica*, Brescia, 2015; PALAZZANI, *Identità di genere? - Dalla differenza alla in-differenza sessuale nel diritto*, Cinesello Balsamo, 2008.

⁸ PALAZZINI, *Ideologia gender: presupposti filosofici ed implicazioni giuridiche*, in *Cuadernos Kóre*, 2011, 36.

⁹ La teoria *queer* mette in discussione la naturalità dell'identità di genere, dell'identità sessuale e degli atti sessuali di ciascun individuo, affermando invece che esse sono interamente o in parte costruite socialmente, e che quindi gli individui non possono essere realmente descritti usando termini generali come «eterosessuale» o «donna». La teoria *queer* sfida pertanto la pratica comune di dividere in compartimenti separati la descrizione di una persona perché «entri» in una o più particolari categorie definite. Cfr. JAGOSE, *Queer theory: an introduction*, New York, 1996.

¹⁰ È stato osservato che l'associazione *sex/gender* che ha sempre dominato la cultura occidentale corrisponde al seguente schema: si nasce con un certo sesso (maschile/femminile), ci si comporta come maschi/femmine in



dente dal sesso, il genere stesso diviene un artificio fluttuante, con la conseguenza che uomo (sesso) e maschile (genere) possono significare tanto facilmente un corpo femminile quanto uno maschile, e donna e femminile tanto facilmente un corpo maschile quanto uno femminile»¹¹. «*Gender/queer*» rappresenta la categoria della «in-differenza» sessuale, della neutralità e neutralizzazione che annulla ogni differenza (ammettendo semmai solo «differenze» al plurale) nella mescolanza, incrocio, confusione, dove scompaiono rigide classificazioni lasciando il posto solo a sfumature variabili per grado e intensità. Non si parla più di «maschio o femmina»; semmai, in modo neutrale, di «maschio e femmina» o «né maschio né femmina»¹². Da qui origina l'esasperazione, nel mondo contemporaneo, della contrapposizione fra natura e cultura, la negazione della rilevanza del corpo nel definire la sessualità umana e l'enfasi sull'autodeterminazione individuale, che hanno condotto a una svalutazione del sesso come realtà data, fissa e stabilizzata, a favore del genere inteso come struttura culturale flessibile e decostruibile e, quindi, in ultima analisi, dipendente dalla libertà del soggetto. Conseguisce l'impossibilità di interpretare il sesso come verità essenziale della persona, degradando il medesimo a elemento accidentale e mero substrato biologico¹³.

Svuotato di rilievo il sesso e scardinate la coincidenza e l'interazione tra quest'ultimo ed il genere, è nel *gender* che si inquadra l'esperienza identitaria. Secondo uno studioso¹⁴, «la tarda modernità ha liberato la sessualità dai confini di una singola egemonia e l'ha sostituita con il pluralismo sessuale: la sessualità intesa come fissità è stata soppiantata dalla identità sessuale in quanto definita e strutturata dalla scelta individuale, dove la scelta sessuale diventa uno dei molti elementi della scelta del proprio stile di vita». Nonostante la prospettiva di apertura verso il riconoscimento del *gender* da parte delle scienze di settore, non può tacersi che lo stato d'animo di angoscia, relativo al rifiuto del proprio sesso anatomico, è stato considerata nel secolo scorso come una sindrome, c.d. disturbo psicosessuale¹⁵, pur distinta da altri disturbi dell'orientamento sessuale¹⁶. Solo di recente si è giunti a ritenere che l'incongruenza tra sesso di nascita e identità di genere non sarebbe, di per sé, necessaria-

base all'educazione ricevuta ed al conseguente ruolo assunto nella società, ci si percepisce come maschi/femmine: BUTLER, *Gender trouble*, New York-London 1990.

¹¹ BUTLER, *Gender trouble*, cit.; ID., *Bodies that matter*, cit.

¹² PALAZZINI, *Ideologia gender: presupposti filosofici ed implicazioni giuridiche*, cit., 41.

¹³ La sessualità è separata dal genere e l'appartenenza ad un determinato genere non implica necessariamente l'averne un determinato comportamento sessuale; non può esistere gerarchia sessuale in quanto il genere è per sua natura instabile: prova ne sono i *transgender*. Secondo BUTLER, *Scambi di genere - Identità, sesso e desiderio*, Milano, 2004, 30 «Attraverso la ripetizione degli atti, siamo addestrati all'identità di genere». Infatti, «L'istituzione di una eterosessualità obbligatoria e naturalizzata richiede e regola il genere come relazione binaria in cui il termine maschile è differenziato da quello femminile attraverso le pratiche di desiderio eterosessuale. L'atto di differenziazione dei due momenti oppositivi sfocia in un consolidamento di ciascun termine, nella rispettiva coerenza interna del sesso, del genere e del desiderio».

¹⁴ HAWKES, *A sociology of sex and sexuality*, Buckingham-Philadelphia 1996, 135 s.

¹⁵ La «questione transessuale» compare per la prima volta nella dottrina di settore negli anni '80 nella categoria dei Disturbi Psicosessuali la quale è suddivisa in quattro sottosezioni: Disturbi di Identità di Genere, Parafilie, Disfunzioni Psicosessuali e Altri Disturbi Psicosessuali. Nel sottoinsieme dei Disturbi di Identità di Genere viene riportato il fenomeno transessuale, inteso come Disturbo di Identità di Genere dell'Infanzia (GIDC, acronimo inglese), il Transessualismo (relativo ad adolescenti ed adulti) e il Disturbo dell'Identità di Genere Atipico, diagnosi, quest'ultima, che ricomprende individui con DIG meno chiaramente determinabile.

¹⁶ Secondo BENJAMIN, *Il fenomeno transessuale*, Roma, 1968, 23, «I veri transessuali sentono di appartenere all'altro sesso, desiderano essere e operare come membri del sesso opposto, non solo di apparire come tali. Per costoro, i loro caratteri sessuali primari e secondari sono deformità disgustose che devono essere trasformate dal bisturi del chirurgo».



mente patologica, se non causa un significativo disagio individuale. È stato, infatti, dichiarato che «è importante sottolineare che la non conformità di genere non costituisce in sé un disturbo mentale. L'elemento critico della Disforia di Genere è la presenza di *distress* clinicamente significativo associato alla condizione». Molte persone *transgender*, infatti, non provano questo forte disagio per la loro condizione e non dovrebbero quindi essere diagnosticate con Disforia di Genere. Si assiste ad un importante cambiamento nella storia diagnostica del fenomeno transessuale, essendo stato compiuto un passo in direzione della «depatologizzazione»¹⁷. Si comincia ad affermare l'esistenza di un ampio spettro di possibili identità di genere e alcuni studiosi di settore¹⁸ non nutrono dubbi in merito allo *status* non patologico del transessualismo, sostenendo come esso non possa essere considerato né una «malattia» né un «disturbo» in sé. Non esistono in natura *standard* fissi di riferimento che definiscano cosa sia normativamente «maschile» o «femminile», rispetto ai quali tutto il resto è «variante»; si tratta in realtà di una classificazione puramente arbitraria, oltretutto soggetta a relativismo storico e culturale. Si afferma, quindi, che l'angoscia e la sofferenza provate da quanti presentano variabilità di genere sono dovute al vivere in un contesto culturale che attribuisce rigidamente un certo aspetto e determinati comportamenti a prestabilite categorie di genere, patologizzando ciò che non è categorizzabile in questi schemi statici e provocando così l'intenso disagio che viene poi etichettato come malattia mentale.

¹⁷ Sul punto si rinvia a AA. VV., *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Milano, 2013.

¹⁸ In tal senso una terapeuta (LEV, *Transgender Emergence: Therapeutic Guidelines for working with gender-variant people and their family*, New York, 2004, XIX) analizzando il fenomeno transessuale sotto una lente non-patologizzante che rispetta la diversità umana e focalizza l'attenzione sul ruolo dell'oppressione sociale nel processo di sviluppo dell'identità di genere, osserva che «il transgenderismo costituisce una variante normale e potenzialmente sana dell'espressione umana [...] nulla è in modo intrinseco «malato mentalmente» nelle persone *transgender*, ma piuttosto esse stanno tentando di adattarsi e di far fronte ad una cultura insostenibile».



2. Sul piano strettamente giuridico il sesso è stato considerato tradizionalmente come una qualità della persona, predeterminata dalla natura e immutabile dall'uomo, che doveva essere accertata al momento della nascita attraverso l'esame degli organi sessuali esterni, con la conseguenza che non assumeva, invece, alcuna rilevanza il transessualismo¹. La giurisprudenza del secolo scorso era prevalentemente orientata a ritenere che la persona dovesse essere qualificata giuridicamente solo in base al sesso biologico e il riconoscimento di una nuova identità sessuale veniva rifiutato per illiceità dell'intervento per il mutamento di sesso che, determinando l'incapacità di generare, veniva assimilato al reato di lesioni personali gravissime². Il consenso del paziente non avrebbe sottratto il medico alla responsabilità di tipo penale³; inoltre, l'intervento chirurgico avrebbe avuto pesanti ripercussioni su istituti fondamentali quali il matrimonio, ponendosi anche in contrasto con la morale e con le esigenze di certezza giuridica⁴ e, comunque, non avrebbe inciso sul sesso accertato al momento della nascita⁵. Gli operatori pratici, prima dell'emanazione della legge n. 164/1982, rifiutavano di riconoscere ad un soggetto un sesso diverso da quello anagrafico, qualora la discordanza fosse stata determinata da un fatto volontario ed artificiale dell'uomo⁶. La modificazione dei caratteri morfologici genitali poteva essere scriminata allorquando avesse favorito una mutazione naturale⁷ e già sviluppata degli stessi e, *a contrario*, non veniva giustificata da una discrasia tra i caratteri sessuali cromosomici, gonadici, genitali ed il c.d. sesso psicologico⁸. Si tratta, invero, di una questione di stato che trova il suo contraddittore ne-

¹ Fatta salva la rettificazione dell'indicazione del sesso negli atti dello stato civile nel caso di intersessualismo; sul tema si rinvia, tra gli altri a GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della normalità: il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 597 ss. e a SCHMIDT AM BUSCH, *Intersexualität und staatliche schutzpflichten bei geschlechtszuweisenden operationen*, in *AöR*, 2012, 441 ss.

² Cass., 3 aprile 1980, n. 2161 in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1871, con nota di GALBIATI, "Transessualismo" e rettifica dell'atto di nascita; in *Giust. civ.*, 1980, 1, 1513, con nota di FINOCCHIARO, 'Ei ju' (qualche osservazione sugli interventi chirurgici cosiddetti demolitori degli organi genitali esterni); Precisa STANZIONE, *Transessualità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 880, che la Corte di Cassazione ammetteva «la rettificazione degli atti di stato civile ... soltanto allorché si trattasse di errore materiale connesso al momento della formazione dell'atto di nascita; ambiguità dei genitali esterni, dovuta ad infermità sanabile con opportuna terapia; sviluppo naturale del soggetto verso il sesso opposto a quello inizialmente accertato, anche se reso agevole mediante terapie chirurgiche; contemporanea presenza nello stesso individuo dei caratteri sessuali di entrambi i sessi cui si è posto rimedio mediante intervento chirurgico».

³ ROMBOLI, *Sub art. 5*, in PIZZORUSSO ROMBOLI BRECCIA DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1988, 225 ss.; ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Dig. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 2012, 177 ss.; CILIBERTI, *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Dir. fam.*, 2001, 346 ss.

⁴ Cass., 3 dicembre 1974, n. 3948, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 884 s.

⁵ Trib. Napoli, 13 marzo 1978, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 227; Trib. Milano, 2 ottobre 1969, in *Nuovo dir.*, 1970, 278.

⁶ Si precisa che hanno giuridica rilevanza le modificazioni dei caratteri sessuali soltanto in quei casi in cui il sesso, al momento della nascita, non appare ben definito, oppure viene a manifestarsi nella fase di sviluppo in seguito a una evoluzione naturale e non artificiosamente provocata. La psicosessualità non può assurgere a elemento decisivo e determinante ai fini dell'individuazione del sesso, specie quando il processo patologico viene favorito ed accentuato a seguito di modifiche morfologiche artificiali: Cass., 13 giugno 1972, n. 1847, in *Foro it.*, 1972, 1, 2399.

⁷ Secondo Trib. Palermo, 17 marzo 1972, in *Tem*, 1974, 181 s. «In tali casi, infatti, non si tratta di un cambiamento di sesso ma di attribuzione di quello vero, essendosi rivelata erronea quella avvenuta al momento della nascita».

⁸ Osserva Cass., 9 marzo 1981, n. 1315, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1015 «L'accertamento e la documentazione del sesso della persona, effettuate ai sensi degli artt. 67, 70 e 71 dell'ordinamento dello stato civile (RD 9 luglio 1939 n. 1238), con esclusivo riguardo agli organi sessuali esterni, sono suscettibili di successiva rettificazione, a norma degli artt. 165 e seguenti del predetto ordinamento, manifestamente non in contrasto con gli artt. 2 e



cessario nel pubblico ministero⁹. Va, altresì, rilevato che si omette di considerare l'autoidentificazione sessuale tra i diritti della persona costituzionalmente garantiti. Parte della giurisprudenza di merito è propensa ad avallare, in alcuni casi, la rettificazione del sesso in ragione di una forte dissociazione della persona rispetto alla propria identità di genere attraverso una interpretazione adeguatrice degli artt. 2, 3 e 32 Cost.¹⁰. Nessun rilievo alla sensibilità psicologica della persona, indirizzata verso una nuova identità, viene attribuito dalla Corte costituzionale¹¹, che non ammette fra i diritti inviolabili della persona il riconoscimento di «un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica»¹². La Consulta propone un'interpretazione dell'art. 2 Cost. «come fattispecie chiusa»¹³ per il suo necessario collegamento con le singole norme costituzionali che disciplinano i diritti fondamentali, «quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti».

Posizione diversa assume la dottrina che ritiene l'adeguamento dei caratteri sessuali tappa fondamentale per il libero sviluppo della persona umana, sottolineando che «esigenze esistenziali della persona, quali il mutamento di sesso (...), trovano nella previsione generale di tutela della persona un fondamento normativo preciso, idoneo a qualificare tali esigenze come giuridicamente meritevoli con immediate conseguenze nelle relazioni intersoggettive»¹⁴.

La prospettiva muta con la legge 14 aprile 1982, n. 164, rubricata «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», essendo sancito il principio generale per cui la persona può procedere alla rettifica del sesso indicato nell'atto di nascita, qualora intervengano modifiche artificiali dei propri caratteri sessuali. In tal modo, si avverte la necessità di tutelare coloro che non si identificano, per ragioni di tipo prevalentemente psicologico, nel sesso che è stato loro assegnato alla nascita, inducendo così l'ordinamento a riconoscere in via definitiva il diritto all'identità sessuale. Diritto successivamente consacrato dalla Consulta¹⁵, che, optando per «la concezione del sesso come dato complesso della personalità de-

24 Cost. (sentenza della Corte costituzionale n 98 del 1979), solo in conseguenza di sopravvenute modificazioni dei caratteri sessuali per una evoluzione naturale ed obiettiva di una situazione originariamente non ben definita o solo apparentemente definita, ancorché coadiuvate da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti od a promuoverne il normale sviluppo. Tale rettificazione non è pertanto possibile per il mero riscontro di una psicosexualità in contrasto con quella desumibile dalla presenza di organi sessuali chiaramente definiti ovvero per interventi chirurgici diretti ad alterare, attraverso operazioni demolitorie e ricostruttive, gli organi genitali esistenti, nel senso di creare artificialmente quelli dell'altro sesso».

⁹ Cass., 27 luglio 1978, n. 3769, in *Rass. Adv. Stato*, 1978, 1, 1236.

¹⁰ Trib. Bari, 22 gennaio 1962; App. Milano, 28 gennaio 1971; Trib. Lucca, 17 aprile 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, 374 ss.; Trib. Taranto, 28 gennaio 1974; Trib. Roma, 13 febbraio 1975; Trib. Livorno, 12 febbraio 1976; App. Napoli, 6 dicembre 1978, in *Dir. fam. pers.*, 1979, 709 ss.

¹¹ Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 98, in *Giur. cost.*, 1979, I, 719.

¹² In senso diverso si è pronunciato il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, 11 ottobre 1978, in *Foro it.*, 1979, IV, 273, con nota di VOLPE) che alla luce degli artt. 1 (I) e 2 (I) del Grundgesetz che tutelano rispettivamente la dignità dell'uomo come intangibile e il libero sviluppo della personalità di ciascuno, ha riconosciuto la necessità «di adeguare al sesso lo stato personale dell'uomo, e precisamente a quel sesso cui appartiene in base alla propria costituzione psichica e fisica». La tutela costituzionale della dignità umana e dello sviluppo della personalità, in forza della loro immediata vincolatività (art. 1, III, GG) hanno convinto il BVerfG della valenza del profilo psicologico, così da legittimare i transessuali alla modifica del sesso nel registro delle nascite.

¹³ In senso critico, MODUGNO, *I nuovi "diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 3 ss.

¹⁴ PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss.

¹⁵ Corte Cost., 23 maggio 1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, 1173.



terminato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti», propone «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato», nel quale rilevano anche i profili psicologici e sociali e che si coniuga con l'esistenza di un dovere di solidarietà sociale da parte dei consociati verso la persona transessuale.

La necessità di tenere presenti sia i caratteri fisici che quelli psicologici, al fine di determinare, anche dal punto di vista giuridico, l'orientamento sessuale della persona, impone di attribuire rilevanza, da una parte, ad un'identità psicosessuale opposta e prevalente rispetto a quella fisica e, dall'altra, ad un'evoluzione di questa identità dall'uno all'altro polo dell'appartenenza sessuale. In questo modo si individua esattamente il contenuto del diritto all'identità sessuale e quindi all'identità di genere.

3. La progressiva accettazione sociale di uomini «in contatto» con la loro parte femminile, o donne asservite «che corrono con i lupi»¹, e la presa di coscienza di essere persone, senza lo stigma sociale presente nella nostra cultura, ha fatto acquisire la consapevolezza che l'identità di genere non dovrebbe essere definita dai ruoli stabiliti dalla società. La rivendicazione a voce alta della propria dignità e, conseguentemente, la richiesta del «riconoscimento» del diritto a essere se stessi e a non essere discriminati in forza della transizione da un genere all'altro, dovendo ciascuno scegliere un ruolo o l'altro senza nessuna concessione alle variazioni di genere, ha portato alla «promozione» della prospettiva di genere.

E negli ultimi tempi la questione del riconoscimento del diritto all'identità di genere è stata oggetto di attenzione in sede internazionale² e di regolamentazione in diversi Stati extraeuropei.

¹ Già nel XVI secolo nella cultura dei nativi americani si ammetteva una identità di genere differente dal proprio sesso anatomico, senza alcuna implicazione riferita alle preferenze sessuali e si riteneva che questi soggetti, denominati *berdache*, appartenessero al terzo genere, c.d. genere di mezzo, possedessero uno *status* speciale, fossero «benedetti» dagli dei, visti come profeti, dotati di una visione mistica e psichica del futuro, di una «coscienza universale» e di una speciale connessione con il «grande spirito»: PARKER, *Lo spirito "Berdache"*, traduzione a cura di Izzo, in www.nu-woman.com/berdache.htm.

² Precisa l'Alto Commissariato per i diritti umani dell'ONU nella *Conferenza internazionale sui diritti umani LGBT*, Montreal, 26 luglio 2006 «Né l'esistenza di leggi nazionali, né la prevalenza negli usi e costumi possono giustificare in alcun modo l'abuso, le aggressioni, la tortura fino alle uccisioni di *gay*, lesbiche, bisessuali, o *transgender* a causa del loro essere, o per quello che sono percepiti essere». Cfr., inoltre, *Dichiarazione sui diritti umani, orientamento sessuale e identità di genere* dell'Assemblea Generale delle Nazioni, 19 dicembre 2008, cui hanno aderito sessantasei Stati membri Onu, adottata a seguito del rapporto 2008 dell'*European Union Agency for Fundamental Rights Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, ove si definiscono i soggetti transessuali «*since they too form a distinctive 'social group' whose members share a common characteristic and have a distinct identity due to the perception in the society of origin*». V., altresì, i cd. «Principi di Yogyakarta sull'applicazione delle leggi dei diritti umani in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere», discussi ed elaborati in Indonesia presso l'Università di Gadjah Mada nel novembre 2006 aventi ad oggetto l'applicazione della legislazione a salvaguardia dei diritti umani in relazione all'orientamento sessuale e identità di genere. Anche se non vincolanti, essi affermano, attraverso raccomandazioni, l'applicazione incondizionata dei diritti umani e della relativa legislazione in tutti gli Stati e nei confronti di tutti gli individui indipendentemente dal loro orientamento sessuale. Interessante è l'art. 3 nel quale si legge «Davanti alla legge, ognuno ha il diritto a essere riconosciuto ovunque come una persona. Persone con orientamento sessuale diverso, o diversa identità sessuale devono avere accesso alle funzioni legali in tutti gli aspetti della loro vita. L'orientamento sessuale o l'identità di genere che ogni persona stabilisce per sé è parte integrante della loro personalità e costituisce uno degli aspetti basilari dell'autodeterminazione, della dignità e della libertà. Nessuno e nessuna deve essere costretto a sottoporsi a trattamenti medici, inclusi interventi chi-



Invero, seppur in termini di mera protezione, occorre ricordare che l'Alto Commissariato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite già negli anni '90 si è espresso a favore del riconoscimento dell'identità di genere come uno dei motivi per la protezione universale contro le discriminazioni³.

L'Assemblea Generale degli Stati Americani, con una risoluzione, ha ribadito l'inclusione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere tra le forme di protezione internazionale dei diritti umani fondamentali⁴. Successivamente, alcuni Stati dell'America del Nord hanno previsto il mutamento di identità senza necessità di intervento chirurgico⁵, altri hanno adottato una regolamentazione settoriale con riferimento solo a determinate categorie di soggetti, e segnatamente gli studenti *transgender*⁶, al fine di consentire loro di decidere in base alla percezione che hanno di se stessi e nell'ottica di ridurre le discriminazioni e il fenomeno del bullismo. Inoltre, si interviene per proteggere l'orientamento e l'identità sessuale sia nel settore pubblico sia in quello privato⁷ e nel mondo del lavoro⁸ e le istanze dei soggetti *gender* sono state fortemente sostenute da imprese private⁹.

Più attenti appaiono alcuni Paesi sudamericani¹⁰ che, in un'ottica di apertura verso il riconoscimento del genere, hanno stabilito: «Ogni persona ha il diritto di scegliere liberamente la propria personalità conforme alla propria identità di genere, indipendentemente

rurgici di riassegnamento del sesso, sterilizzazione o terapie ormonali, come condizione per il riconoscimento legale della sua identità di genere. Nessuna condizione, come il matrimonio, la paternità o la maternità, può essere strumentalizzata per impedire il riconoscimento legale della loro identità di genere. Nessuna persona deve essere sottoposta a pressioni per nascondere, reprimere o negare il proprio orientamento sessuale o la propria identità di genere». Per un commento ai Principi si rinvia a O'FLAHERTY, FISHER, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles*, in *Human Rights*, 8:2 2008, nonché all'annotazione giurisprudenziale dei Principi di Yogyakarta, in www.yogyakartaprinciples.org.

³ Si legge nella Raccomandazione 1117/1989 *On the condition of transsexuals*, in www.assembly.coe.int, che «Né l'esistenza di leggi nazionali, né la prevalenza negli usi e costumi possono giustificare in alcun modo l'abuso, le aggressioni, la tortura fino alle uccisioni di *gay*, lesbiche, bisessuali, o *transgender* a causa del loro essere, o per quello che sono percepiti essere. La violenza sulle persone LGBT infatti spesso non viene denunciata, o documentata, a causa dello stigma che circonda l'orientamento sessuale e l'identità di genere, restando così impunita. Un dibattito pubblico o indignazione nella società ne scaturiscono raramente. Questo silenzio vergognoso è un rifiuto estremo del principio fondamentale dell'universalità dei diritti».

⁴ La Risoluzione *Human Rights, Sexual Orientation, And Gender Identity* è stata adottata dalla IV sessione Plenaria in data 3 giugno 2008.

⁵ In tal senso si è mossa in data 17 giugno 2014 la provincia di Alberta e dal 30 gennaio 2015 nello Stato canadese di Manitobans si può cambiare identità di genere senza richiedere la prova di un intervento chirurgico; sarà sufficiente fornire una dichiarazione giurata del cambiamento, accompagnata da una lettera di un professionista sanitario.

⁶ La California, in data 13 agosto 2013, ha approvato una legge per permettere agli studenti transessuali di scegliere liberamente se andare nei bagni degli uomini o delle donne, se praticare *sport* nelle rappresentative maschili o femminili e se usare gli spogliatoi per maschi o quelli per femmine.

⁷ California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Iowa, Maine, Massachusetts, Minnesota, Nevada, New Jersey, New Messico, Oregon, Rhode Island, Vermont e Washington hanno adottato le suddette normative. Altri Stati hanno emanato leggi che puniscono le discriminazioni per l'orientamento sessuale, ma non contemplano la questione dell'identità di genere (Maryland, New Hampshire, New York e Wisconsin).

⁸ Negli Stati Uniti, in data 8 novembre 2013, con voto *bipartisan*, è stato approvato il decreto ENDA per combattere le discriminazioni contro i *gay* e i *transgender* nel mondo del lavoro.

⁹ Tra queste, ci sono i giganti digitali Apple, Google, Facebook, Amazon, Microsoft, Adobe, eBay, Intel, Oracle, Twitter. Occorre aggiungere ancora grandi imprese in altri settori: Goldman Sachs, Johnson & Johnson, Nike, CBS, Starbucks e anche Disney.

¹⁰ Art. 1 Legge Uruguay 12 ottobre 2009.



dal suo sesso biologico, genetico, anatomico, morfologico, ormonale, assegnato o altro. In nessun caso si richiederanno operazioni chirurgiche di riassegnazione di sesso per l'adeguamento dei dati della persona alla quale si riferisce questo documento»¹¹. La piena libertà di scelta, attribuita al soggetto relativamente al genere cui sente di appartenere, si spinge fino a consentire di modificare l'adeguamento dei dati dopo almeno cinque anni, con la possibilità di tornare al sesso originario¹², senza tenere in considerazione la posizione dei terzi che si relazionano con la persona che chiede il mutamento di genere, limitandosi la normativa in oggetto a precisare che «in nessun caso verranno alterati i diritti e i doveri giuridici della persona della quale vengono modificati i dati, né saranno alterati di fronte a terzi in buona fede»¹³.

Altri Paesi dell'America Latina¹⁴, riducendo il concetto di *sex* a carattere accidentale privo di significato sul piano del diritto, dispongono che la persona venga giuridicamente trattata in sintonia con la sola propria identità di genere. Si afferma che ogni persona ha diritto al riconoscimento della propria identità, al libero sviluppo della sua persona, ad essere trattata in conformità al genere cui sente di appartenere. In ragione di ciò la rettifica dell'identità ai fini dello stato civile non può ritenersi condizionata da previo intervento chirurgico di riassegnazione genitale o da previa valutazione medica favorevole¹⁵, ma potrà ottenersi con una semplice richiesta amministrativa¹⁶. La rettifica del sesso e del nome proprio

¹¹ I presupposti per l'adeguamento dei propri dati di identità, sesso o entrambi all'identità di genere sentita come propria sono: 1) la dichiarazione che il nome, sesso, o entrambi, registrati nell'Atto di Nascita sul Registro Civile sono discordanti con la propria identità di genere; 2) che tale discordanza persiste in modo stabile da almeno due anni.

¹² Ai sensi dell'art. 4 legge 12 ottobre 2009 «L'adeguamento dei dati di nome e/o sesso dipenderanno dall'iniziativa personale del titolare degli stessi. Una volta completato l'adeguamento dei dati, questo non si potrà modificare se non dopo almeno cinque anni, nel qual caso si tornerà ai dati originali. Si procederà davanti al Giudice Civile, senza necessità di avvocato, come previsto dall'art. 406.2 del Codice Generale del Processo (*Codigo General del Proceso*) e dall'art. 69 della legge 24 giugno 1985, n. 15.750, come modificata dall'art. 374 della legge 1 novembre 1992, n. 16.320. La presentazione della domanda dovrà essere accompagnata da una dichiarazione tecnica del gruppo interdisciplinare specializzato in identità di genere e diversità che si costituirà specificatamente all'interno della Direzione Generale del Registro di Stato Civile. Indipendentemente dalla documentazione presentata dal richiedente, la commissione considererà unicamente la testimonianza diretta delle persone che condividono la quotidianità del richiedente e quella dei professionisti che lo hanno seguito dal punto di vista sociale, mentale e fisico. Una volta accolta la richiesta di adeguamento, il Giudice competente la renderà ufficiale presso la Direzione Generale del Registro di Stato Civile, l'Intendenza Dipartimentale corrispondente, il Registro Civico Nazionale della Corte Elettorale ed la Direzione Generale dei Registri al fine di effettuare le modifiche corrispondenti in tutti i documenti della persona richiedente. In ogni caso si manterrà lo stesso numero identificativo sui documenti di identità, passaporto e credenziale civica».

¹³ V. art. 5. legge 12 ottobre 2009.

¹⁴ Cfr. art. 1 *Ley* argentina 23 maggio 2012, n. 26.743 2 sul *Derecho a la identidad de género de las personas*.

¹⁵ Art. 4 *Ley* 26.743/2012, cit.

¹⁶ I cittadini e le cittadine argentine potranno, al compimento del 18° anno, ottenere il cambio e la sentenza non è più necessaria. La norma sarà inoltre inserita nel PMO (Piano Medico Obbligatorio) e garantirà l'accesso alle cure ormonali, ai trattamenti e agli interventi chirurgici necessari per l'adeguamento del corpo in modo totalmente gratuito ed a carico del servizio sanitario nazionale. Nel caso di minori l'art. 5 *Ley* 26.743/2012, cit., così dispone: «Per quanto riguarda le persone con meno di diciotto anni, l'applicazione della procedura di cui all'articolo 4 dovrà essere eseguita tramite i loro rappresentanti legali e indicare espressamente il consenso del minore, tenendo conto dei principi della capacità progressiva e interesse superiore del bambino/a in base alle disposizioni contenute nella Convenzione sui Diritti del Bambino e nella legge 26.061 di protezione complessiva dei diritti delle bambine, bambini e adolescenti. Inoltre, il minore deve essere assistito da un avvocato dei minori come previsto nell'articolo 27 della legge 26.061. Quando per qualsiasi ragione si rifiuta o sia impossibile ottenere il consenso di qualcuno/a dei/del-le rappresentanti legali del minore, si



producono effetti dal momento dell'iscrizione nel registro. La correzione della registrazione non modifica la titolarità dei diritti e degli obblighi esistenti prima dell'iscrizione nel registro dell'avvenuto cambio, né quelli derivanti dalle relazioni familiari che rimarranno immutate, compresa l'adozione. La rettifica della registrazione, una volta eseguita, potrà essere ulteriormente modificata con autorizzazione del giudice.

In linea con le normative sopra richiamate, altri Stati dell'America del Sud¹⁷ hanno ammesso il cambio legale del nome delle persone *trans* senza operazioni chirurgiche, disponendo che il processo di riconoscimento dell'identità di genere non deve più avvenire attraverso un procedimento medico e giuridico, ma con procedura amministrativa¹⁸.

Anche alcuni Paesi asiatici ammettono la possibilità di indicare nei documenti ufficiali l'appartenenza al c.d. terzo genere¹⁹ e altri hanno approvato una legge che elimina la precedente richiesta di interventi chirurgici per le persone *trans* che desideravano cambiare il genere sui documenti²⁰.

Inoltre, in alcuni Stati si prevede che i cittadini che non si sentono né maschi né femmine potranno registrarsi come «*gender diverse*», precisandosi che l'informazione di genere, essendo personale, «può essere utilizzata solo quando vi è una buona ragione per farlo»²¹.

Anche qualche Paese del Medio Oriente²² ha sancito la possibilità di modificare l'appartenenza di genere nei registri anagrafici e sui documenti di riconoscimento senza richiedere la riassegnazione tramite intervento chirurgico.

potrà ricorrere al giudizio abbreviato affinché il/i giudice/i giunga/no ad una decisione, tenendo conto dei principi di capacità progressiva e interesse superiore del bambino/a in base alle disposizioni della Convenzione sui Diritti del Bambino e la legge 26.061 di protezione complessiva dei diritti dei bambini e degli adolescenti».

¹⁷ In tal senso il Senato cileno in data 21 gennaio 2014.

¹⁸ Cfr. la riforma che riconosce l'identità di genere delle persone *trans* approvata a Città del Messico il 13 novembre 2014.

¹⁹ In data 17 novembre 2008 la Corte Suprema del Nepal, in tema di pieno riconoscimento del diritto all'identità alle persone LGBTI, statuisce che «Le persone LGBT, che, in base a fattori biologici e naturali, non sono né maschi o femmine in termini di sesso, né maschili o femminili in termini di genere, sono ciò nondimeno persone fisiche e cittadini nepalesi, e pertanto hanno diritto al godimento dei diritti previsti dalla Costituzione, dalla legge e dalle convenzioni sui diritti umani ratificate dal Nepal. Per tali motivi, lo Stato ha l'obbligo di creare un ambiente favorevole e non discriminatorio, e di formulare leggi attenendosi a questa linea». Nel gennaio 2012 è stata approvata la legge che riconosce ai cittadini il diritto di essere registrati sui documenti di cittadinanza con la dicitura «terzo genere», misura adottata per tutti coloro che non desiderano essere identificati come «uomo» o «donna». Successivamente il Ministero Nepalese degli Affari Interni, in data 22 gennaio 2013, ha diramato una circolare ai 75 distretti del paese che rende operativa la legge.

²⁰ Cfr. legge Taiwan 23 dicembre 2014. In senso diverso si pone la Corea del Sud secondo la quale per cambiare sesso occorre un'operazione che può essere effettuata se il soggetto ha almeno venti anni di età, se vi è stata esenzione dal servizio militare. Invece, secondo la Corte Suprema della Corea del Sud nel 2003 *transpeople* hanno diritto a ricevere alterazione dei dati di genere e dei nomi sui documenti ufficiali.

²¹ Il 20 luglio 2015 arriva il terzo genere in Nuova Zelanda.

²² Il governo israeliano, in data 19 gennaio 2015, ha disposto in tal senso. Il provvedimento è stato adottato dopo che la Corte Suprema ha invitato il ministero competente ad accogliere la richiesta di due cittadini e a procedere con la registrazione del cambiamento di genere (da uomini a donne) sulle loro carte di identità, sostenendo che la chirurgia non deve essere un prerequisito per la modifica dei documenti. Sulla base della nuova procedura adottata, una commissione del Ministero della Sanità, organo competente in materia, stabilirà i criteri generali che permetteranno ai cittadini di cambiare genere senza subire un intervento chirurgico e, in base a tali criteri, valuterà l'idoneità dei candidati che desiderano ufficializzare il cambiamento.



In alcuni Stati la decisione volta al mutamento di sesso senza intervento si verifica ad opera della giurisprudenza²³, la quale ha accolto la richiesta di modificare lo *status* da «male» a «non-specific», riconoscendo la possibilità di apportare la medesima variazione agli atti del *Registrar*. Sulla base del percorso ermeneutico, nulla osta a che la legge sulle registrazioni dello stato civile contempra anche uno *status* «indeterminate», atteso che «*the Act itself recognises that a person may be other than male or female*». Alcuni giudici hanno autorizzato un minore sofferente di disforia di genere a sottoporsi al trattamento ormonale per il mutamento di sesso²⁴.

Inoltre, altri operatori pratici²⁵ riconoscono l'identità transessuale come «terzo genere» e affermano che «ogni essere umano ha il diritto di scegliere di che genere sessuale è. Lo spirito della costituzione è assicurare a ogni cittadino le stesse opportunità di crescere e realizzare il suo potenziale, a prescindere dalla casta, dalla religione o dal sesso». La sentenza obbliga i governi nazionali e federali a garantire alle persone *transgender* l'accesso al *welfare*, così come previsto per le altre minoranze «svantaggiate economicamente e socialmente». La decisione da ultimo richiamata rappresenta un significativo passo in avanti e la soluzione prescelta, nel garantire il pieno riconoscimento dell'identità *transgender*, si allinea agli ordinamenti che assicurano protezione alle persone *trans* attraverso il pieno riconoscimento della loro differenza, frutto di autodeterminazione e non condizione patologica da assumere e tutelare nell'ambito della tutela del diritto alla salute.

Pur nelle peculiarità della regolamentazione di ciascun Paese, emergono denominatori comuni nella definizione giuridica di *gender* che si identificano nel primato della scelta, nella rinegoziazione dei confini tra dimensione biologica e costruzione sociale e, in particolare, nel riconoscimento di esperienze identitarie ulteriori rispetto al maschile e al femminile

²³ In data 2 aprile 2014, la *High Court of Australia* ha accolto la richiesta di Norrie May Welby che aspirava al riconoscimento di uno *status* sessualmente «neutrale», non definito, stante che una precedente operazione di modificazione dei caratteri sessuali (da uomo a donna), effettuata nel 1989, non aveva risolto, in modo soddisfacente, sia sul piano fisico che sul piano psicologico e dell'identità percepita, la sua ambiguità sessuale. In particolare, Norrie aveva chiesto, con formale «*application*», che il suo sesso fosse registrato, nei registri di stato civile, come «*non - specific*». L'ufficio pubblico inizialmente ha accolto la sua richiesta ma successivamente ha invalidato il certificato, sostituendo alla dizione «*sex non specified*», la formula «*sex non stated*». Per il *Registrar*, la normativa vigente «non contemplava una gamma di categorie di sesso aggiuntiva ai sessi opposti di maschio e femmina». Da questo *revirement* in autotutela, si è sviluppato un contenzioso che alla fine è approdato alla *High Court*, la quale ha invece concluso nel senso che l'Ufficio del Registro di Stato Civile deve annotare il cambiamento di sesso passando dalla categoria «*male*» alla categoria «*non-specific*».

²⁴ La *Family Court of Australia* nel 2011, preso atto che un minore *transgender* ha manifestato la propria disforia di genere già in tenerissima età e fin dai 10 anni è stato seguito, con il consenso dei genitori, da specialisti, ha autorizzato il trattamento ormonale alla luce del principio del *best interest* del minore. La sentenza è consultabile sul sito www.familycourt.gov.au.

²⁵ In data 15 aprile 2014, con la decisione *National Legal Services Authority v. Union of India & Ors*, in www.judis.nic.in/supremecourt, la *Supreme Court of India* ha affermato i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti alle persone *transgender*, inclusi coloro che si identificano in un terzo genere e ai transessuali, rompendo la tradizionale dicotomia «maschile/femminile» che ha caratterizzato anche il diritto indiano. La Corte Suprema indiana ha ribadito il riconoscimento all'identità e alla parità di trattamento ai sensi degli artt. 14, 15 e 16 della Costituzione indiana proibendo la discriminazione basata sull'identità di genere. Inoltre, ha stabilito che questa includa anche il «sesso psicologico» precisando, altresì, che nessuno può essere discriminato sulla base dell'orientamento sessuale. Per un commento alla sentenza, cfr. SCHILLACI, *Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India*, in *Genius*, 2014, 175 ss.



4. Anche a livello europeo già dagli anni '90 la teoria *gender*, anche se con connotati diversi da quelli che oggi assume, è presente in alcuni documenti. In un primo tempo, il Parlamento europeo non si occupa espressamente del genere ma, ponendo l'accento sull'esigenza di tutelare chi si sente attratto da soggetti dello stesso sesso, auspica la parità dei diritti degli omosessuali¹ in base all'assunto che ogni cittadino deve avere lo stesso trattamento a prescindere dall'orientamento sessuale². Successivamente, il Parlamento e il Consiglio d'Europa³, in attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento di uomini e donne in materia di occupazione e impiego, estendono la non discriminazione alle persone che hanno «rassegnato il genere». Si riconosce la necessità di un'azione specifica per assicurare alle minoranze sessuali il pieno godimento dei diritti umani e si definiscono le misure che gli Stati membri devono adottare a tale scopo⁴, sollecitando l'eliminazione dell'identità dall'elenco dei disturbi mentali e comportamentali⁵. Inoltre, occorre ricordare la recente Risoluzione sulla discriminazione nei confronti delle persone *transgender* in Europa⁶, nella quale l'Assemblea invita gli Stati membri a legiferare contro la discriminazione, coinvolgendo e consultando le persone *transgender* e le loro organizzazioni al momento della redazione e dell'applicazione di politiche e misure legali che li riguardano. Si invita a rimuovere eventuali restrizioni al diritto delle persone *transgender* a restare sposate e a garantire che i coniugi o figli non perdano alcun diritto. Si propone di includere anche una terza opzione di genere nei documenti di identità per coloro che la desiderano.

L'aspetto di maggior rilievo attiene al riconoscimento giuridico del genere che si può realmente attuare adottando procedure rapide, trasparenti e accessibili, basate sull'autodeterminazione per il cambio di nome e di sesso anagrafico a prescindere dallo stato di salute, dalla situazione finanziaria e dall'età, fatto salvo l'interesse superiore dei minori.

¹ Doc. A3-0028/94.

² Equiparando i diritti di etero e omosessuali.

³ Direttiva 5 luglio 2006, n. 2006/54/CE, in *G.U.U.E.* 26 luglio 2006, n. L 204.

⁴ La «Raccomandazione per combattere le discriminazioni per motivi di orientamento sessuale o di identità di genere», adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 31 marzo del 2010, rappresenta il primo strumento che affronta specificatamente e direttamente le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere. In applicazione della Raccomandazione, si è assistito sul piano amministrativo, a partire dal 2011, alla creazione di un'unità specifica «*LGTB ISSUES UNIT*» presso il Consiglio d'Europa, con l'obiettivo di sviluppare programmi di politiche antidiscriminatorie rispetto alle minoranze sessuali nei differenti settori specificati dalla Raccomandazione, attraverso una collaborazione con gli organismi amministrativi nazionali di antidiscriminazione e/o con i gruppi di attivismo nazionale ed internazionale in difesa delle minoranze sessuali.

⁵ La «Risoluzione sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo e sulla politica dell'Unione europea in materia», datata 12 marzo 2015, n. 2048, è reperibile al sito www.europarl.europa.eu. Inoltre, il Parlamento Europeo ha chiesto alla Commissione e all'Organizzazione mondiale della sanità di rimuovere i disturbi dell'identità di genere dall'elenco dei disturbi mentali ed ha auspicato un impegno maggiore per la depatologizzazione dell'identità *transgender*. Si sollecita, altresì, l'abolizione della sterilizzazione e di altri trattamenti medici obbligatori al fine di riconoscere l'identità di genere.

⁶ Cfr. Risoluzione del Parlamento Europeo 22 aprile 2015, n. 2048/2015, in www.europeanrights.eu, nella quale l'Assemblea manifesta preoccupazione per le violazioni dei diritti fondamentali affrontate dalle persone *transgender* al momento della richiesta di riconoscimento del genere legale, e sottolinea l'emergenza di un diritto all'identità che dia ad ogni individuo il diritto al riconoscimento della sua identità di genere e il diritto di essere trattato e identificato in accordo al modo in cui ci si sente.



Alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia⁷, richiamando l'interpretazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sostengono il diritto all'identità di genere, con o senza intervento chirurgico.

Le teorizzazioni *gender* sono state recepite da alcuni Paesi europei⁸, che hanno stabilito come la modifica del certificato di nascita e il cambio del nome possano essere effettuati indipendentemente dall'intervento chirurgico⁹, che, in ogni caso, «non è un requisito necessario» e la scelta è «affidata all'autodeterminazione» della persona che vuole cambiare sesso, supportata da un medico specialista che ne valuti la condizione psico-fisica.

Altre volte si dispone la rettificazione del sesso di nascita nei registri anagrafici qualora il richiedente, mediante certificato medico, provi che gli sia stata diagnosticata la Disforia di Genere e che tale disforia sia stata trattata medicalmente per almeno due anni¹⁰.

⁷ Nel caso *Goodwin vs UK* (Corte eur. dir. uomo, 11 luglio 2002, ricorso n. 28957/95, in *Dir. pubbl. comp. eu*, 2003, 371, con nota di TRUCCO, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del diritto comparato*), la ricorrente lamentava il mancato riconoscimento giuridico del proprio cambiamento di genere, denunciando in particolare le modalità di trattamento in ambito lavorativo, previdenziale e pensionistico e la sua impossibilità di sposarsi e la Corte sottolinea la violazione dell'art. 8 CEDU. «Poiché nessun fattore di rilevante interesse pubblico si contrappone all'interesse della singola ricorrente nell'ottenimento di un riconoscimento giuridico del suo mutamento di sesso, la Corte conclude che la nozione di giusto equilibrio insita nella Convenzione faccia pendere l'ago della bilancia in favore della ricorrente». Nel caso *Vankück vs Germany* (Corte eur. dir. uomo, 12 giugno 2003, ricorso n. 35968/97), la ricorrente sosteneva che le decisioni della Corte tedesca di respingere le sue richieste di rimborso delle misure di riassegnazione di genere e le conseguenti vicende giudiziarie avevano violato il suo diritto a un processo equo, il diritto al rispetto della sua vita privata con conseguente discriminazione sulla base della sua particolare condizione psicologica. La Corte europea dei diritti dichiarando che il «il transessualismo è ampiamente riconosciuto a livello internazionale come condizione medica» per la quale la terapia ormonale e l'intervento chirurgico determinano un rimedio, ha condannato la Germania, sulla base degli artt. 6 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per aver negato, in sede giudiziaria, il rimborso dei costi del trattamento ormonale e chirurgico alla parte attrice. In particolare, la Corte ha stabilito che il mancato rimborso delle spese mediche (terapia ormonale e intervento chirurgico) costituisce una «violazione degli obblighi positivi dello Stato» ai sensi dell'art. 8 della Convenzione con riferimento al «diritto al rispetto della vita privata». Di recente, nel caso *Y.Y. vs Turkey*, (Corte eur. dir. uomo, 10 marzo 2015, ricorso n. 14793/08, in *www.hudoc.echr.coe.int*) la Corte europea dei diritti umani è tornata a pronunciarsi in materia di transessualismo, affrontando un aspetto che ancora non si era posto alla sua attenzione, quello della compatibilità con il dettato convenzionale dei requisiti a cui è collegato l'accesso delle persone *transgender* all'intervento chirurgico di rettifica dei caratteri sessuali. Il giudice di Strasburgo ha fermamente escluso che sia legittimo subordinare il completamento del percorso di transizione alla incapacità di procreare (dunque alla previa sterilizzazione). Ciò, infatti, costituisce un'ingerenza eccessiva nel diritto della persona all'identità di genere e si pone, pertanto, in violazione dell'art. 8 CEDU.

⁸ Il riferimento è al *Gender Recognition Act*, emanato in Gran Bretagna il 1° luglio 2004 che permette alle persone di cambiare genere legale da maschile a femminile o viceversa, ma non prevede il c.d. terzo genere. Si legge: *Section 1 (2)*. «*In this Act «the acquired gender» (...) means (...) the gender in which the person is living or (...) the gender to which the person has changed under the law of the country or territory (outside the United Kingdom)*». In data 15 luglio 2015 con la promulgazione da parte del governo irlandese del *Legal Gender Recognition Act*, è consentito a tutti i cittadini maggiori di 18 anni di vedere legalmente riconosciuta la propria identità di genere; costoro sono tenuti a dichiarare di non essere sposati o conviventi, di avere intenzione di mantenere il nuovo genere per il resto della vita, di comprendere le conseguenze della scelta, frutto di libera volontà.

⁹ Niente più doppio passaggio in tribunale, dunque; la richiesta andrà presentata al prefetto, accompagnata dalla documentazione sul percorso di transizione o dal certificato medico relativo all'intervento chirurgico.

¹⁰ In data 15 marzo 2007 la Spagna ha emanato la *Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, in *BOE*, 16 marzo 2007, 11251. L'art. 4.2 prevede come non necessaria la chirurgia di rassegnazione sessuale, al fine della positiva rettificazione del sesso nei registri di stato civile; né il trattamento medico volto a conciliare le caratteristiche fisiche al sesso preteso, nel caso in cui vi siano condizioni di salute o di età, medicalmente accertate, tali da non poterne effettuare alcuno. La legittimazione a richiedere la rettificazione appartiene a tutte le persone di nazionalità spagnola, aventi la maggiore età. Il fenomeno della



In alcuni Stati¹¹ la legge consente a coloro che vogliono cambiare il nome e il «sesso legale» di rivolgersi direttamente all'ufficio del registro civile con un certificato medico attestante un «disordine di identità di genere». Se il richiedente è coniugato, le modifiche nel registro dei matrimoni potranno essere apportate solo con il consenso scritto del/lla coniuge o ex coniuge, e quelle inerenti i certificati di nascita dei figli adulti richiedono l'approvazione di questi ultimi.

In direzione del riconoscimento del terzo genere si muovono quei Paesi¹² nei quali è consentito ai genitori di registrare all'anagrafe, senza precisare il sesso e, quindi, come «neutri», i neonati che presentano alla nascita organi genitali non esclusivamente femminili o maschili. Da adulti gli intersessuali potranno scegliere di optare per uno dei due sessi o rimanere indeterminati.

transessualità in Spagna è stato affrontato *ab initio* da alcune pronunce del *Tribunal Supremo*. In particolare, tra le prime si annovera la sentenza del 2 luglio 1987, secondo la quale il transessuale, «*ficción de hombres*», è meritevole di protezione da parte del diritto, protezione che si attua accogliendo la richiesta volta alla rettificazione del sesso nei registri di stato civile, con conseguente cambio del nome, specificandosi, tuttavia, che questa modifica non comporta «un'equiparazione assoluta al sesso femminile per realizzare determinati atti o negozi giuridici». Risulta così evidentemente sottinteso l'istituto del matrimonio. La successiva sentenza del *Tribunal Supremo* del 15 luglio 1988 ha ancorato l'accoglimento della richiesta di rettificazione ad una interpretazione estensiva dell'art. 10.1 della Costituzione spagnola, che include tra i diritti fondamentali della persona il libero sviluppo della personalità. Inoltre ha relegato l'ipotizzato matrimonio del transessuale all'operatività dell'art. 73, *núm.* 4, del *Código Civil*, considerandolo nullo. In tal senso anche la sentenza del *Tribunal Supremo* 19 aprile 1991, per la quale «*el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el limite de no poder contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serian nulos por inexistentes, como se deduce de los arts. 44 y 73, núm. 4, del Código Civil y 32.1 de la Constitución*». Inoltre, il *Tribunal Supremo* in data 6 settembre 2002, ritenendo propedeutico al cambio di sesso nei registri di stato civile il trattamento ormonale e chirurgico volto alla soppressione dei caratteri secondari e primari dell'istante, ha affermato che non si possono considerare sufficienti i fattori puramente psicologici per concedere rilevanza giuridica alle domande di ammissione di cambiamento di sesso, risultando imprescindibile che le persone transessuali che li formulano si siano sottoposte a trattamenti ormonali e chirurgici per la soppressione non solo dei caratteri sessuali secondari bensì, anche e fondamentalmente, per l'eliminazione dei primari e la dotazione ai richiedenti di organi sessuali simili, almeno in apparenza, a quelli corrispondenti al sesso che emozionalmente sentono come proprio.

¹¹ In Portogallo il 15 marzo 2011 è stata emanata la legge n. 7 che permette il mutamento di sesso senza una preventiva sterilizzazione della persona anche coniugata. I funzionari dovranno procedere entro otto giorni al cambiamento di genere sessuale, senza bisogno di ricorrere ad un'operazione chirurgica.

¹² Dal 1° novembre 2013 in Germania la legge riconosce che ci sono esseri umani che non sono né maschi né femmine e che non rientrano nelle categorie tradizionali delle legge; è stato modificato il §22 del *Personenstandgesetz*, ai sensi del quale «*Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen*». La normativa completando il processo iniziato con il *Transsexuellengesetz* (dichiarato incostituzionale in alcune sue parti da *Bundesverfassungsgericht*), offre al transessuale due diverse soluzioni per fronteggiare l'esigenza di una nuova identità di genere: la c.d. piccola soluzione e la c.d. grande soluzione. In un primo momento, l'interessato può limitarsi ad avanzare istanza al Tribunale per il semplice cambiamento del nome («piccola soluzione»), ricorrendo alcuni requisiti: la persona sente di non appartenere al proprio sesso di origine, bensì all'altro; da almeno tre anni vive conformemente al suo sentire psicologico; sussiste l'elevata probabilità che non modificherà la nuova identità di genere. L'opportunità del cambiamento del nome offerta dal legislatore tedesco può essere considerata come una tappa intermedia verso la c.d. grande soluzione, che consente la rettifica del sesso anche nel registro dello stato civile. Infatti la c.d. piccola soluzione, in ragione della sua reversibilità, concede alla persona transessuale un periodo ulteriore di riflessione prima dell'eventuale mutamento definitivo del sesso, consentendo, comunque, l'utilizzo di un nome nuovo più consono alla propria identità, utile a colmare la dissociazione tra soma e psiche. Per un commento si rinvia a GRÜNBERGER, Ein Plädoyer für ein zeitgemäßes Transsexuellengesetz, in *Das Standesamt*, 2007, 361, che considera la piccola soluzione come un graduale passaggio alla grande soluzione, cioè una specie di «transessualità in prova».



Di recente alcuni Stati dell'Unione hanno posto l'accento sull'autodeterminazione del soggetto nella scelta del sesso cui sentono di appartenere¹³, sicché viene meno la necessità di interventi medici, siano essi diagnosi psichiatriche, sterilizzazione o trattamento ormonale. Una semplice procedura amministrativa permette al richiedente, maggiore di età, che abbia dichiarato il proprio desiderio di «appartenere all'altro sesso» e abbia maturato tale decisione dopo un «periodo di riflessione» di appena sei mesi, di ottenere la rettifica di tutti i documenti identitari.

In altri Paesi¹⁴, la legge sull'identità di genere riconosce e difende i diritti umani delle persone transessuali e intersessuali, stabilisce meccanismi di protezione contro la discriminazione, elimina l'obbligo di operazione chirurgica di riassegnazione del genere e vieta qualunque procedimento chirurgico non necessario senza il consenso della persona. La novità più significata è rappresentata dalla possibilità, riconosciuta anche ai minorenni, di accedere a tutti i diritti previsti dalla legge. Sempre in base alla nuova normativa, le persone transessuali sposate manterranno il proprio stato civile anche dopo il cambiamento legale di identità¹⁵.

A volte si deve agli operatori pratici il riconoscimento del genere e, in questa direzione, si muove quel provvedimento¹⁶ che ha approvato un'istanza di riconoscimento legale di genere, basato sull'inclusione sociale, l'aspetto, la stabilità identitaria, senza la necessità di intervento di sterilizzazione, essendo il trattamento ormonale equivalente ad un'operazione chirurgica. In linea si pone anche quella decisione¹⁷ che, accogliendo il ricorso di una per-

¹³ Il 1° settembre 2014, è entrata in vigore la legge danese per il riconoscimento di genere.

¹⁴ Il Parlamento di Malta, in data 2 aprile 2015, ha approvato la *Legge per il riconoscimento e la registrazione del genere di una persona e per regolare gli effetti di un tale cambiamento, nonché il riconoscimento e la tutela delle caratteristiche sessuali di una persona*. L'art. 3 rubricato Diritto all'Identità di Genere così dispone «(1) Tutte le persone che sono cittadini di Malta hanno il diritto- (a) al riconoscimento della loro identità di genere; (b) al libero sviluppo della loro persona secondo la loro identità di genere; (c) all'essere considerate in base alla propria identità di genere e, in particolare, ad essere identificate in tal modo dai documenti identificativi, e (d) all'integrità fisica ed all'autonomia fisica. (2) Fatte salve eventuali disposizioni della presente legge – (a) Non saranno in alcun modo influenzati i diritti di una persona, le relazioni e i doveri derivanti da rapporto di famiglia o da un matrimonio, e (b) i diritti della persona derivanti da successione, incluse, ma non solo, le disposizioni testamentarie e gli obblighi e, o diritti subordinati o acquisiti prima della data di cambiamento di identità di genere non saranno in alcun modo toccati. (c) Non sarà modificato qualsiasi diritto personale o reale già acquisito da terzi parti o qualsiasi privilegio o ipotetico di un creditore acquisito prima del cambiamento di identità di genere della persona. (3) L'identità di genere della persona deve essere sempre rispettata. (4) La persona non è tenuta a fornire prova di un trattamento chirurgico per totale o parziale riassegnazione genitale, terapie ormonali o qualsiasi altro trattamento psichiatrico, psicologico o medico utilizzato per raggiungere la propria identità di genere».

¹⁵ Sono state inserite anche tutele in ambito lavorativo e si è ampliato il catalogo dei crimini di odio in modo che possa esservi inserito anche quello motivato dall'identità di genere.

¹⁶ La Corte Suprema di Zurigo in data 1° febbraio 2011, ha dichiarato che nessun intervento chirurgico può essere richiesto alle persone *transgender* come prerequisito per il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso. Secondo i giudici di Zurigo questo intervento costituisce un'interferenza con l'integrità fisica e il diritto al rispetto della vita privata sicché è stato concesso il cambio legale di genere senza bisogno di operazione chirurgica, ma con l'obbligo di terapia ormonale. Con Parere giuridico sulla transessualità del 1° febbraio 2012, l'Ufficio federale dello stato civile (UFSC) ha preso posizione riguardo alle questioni legate al cambiamento di sesso, precisando che l'azione per accertare un cambiamento di sesso è un'azione di stato civile *sui generis*, creata in via giurisprudenziale. L'UFSC si è detto contrario all'obbligo dell'intervento chirurgico volto alla sterilizzazione o alla ricostruzione degli organi genitali desiderati, essendo sufficiente la terapia ormonale.

¹⁷ Il 6 aprile 2014 la Corte costituzionale della Croazia, accogliendo il ricorso di una persona transessuale, ha stabilito che è possibile ottenere l'iscrizione del cambiamento del genere all'anagrafe anche senza intervento chirurgico di riattribuzione del sesso biologico, ma in base al fatto di vivere in una diversa identità di genere,



sona transessuale, ha ritenuto possibile ottenere l'iscrizione del cambiamento del genere all'anagrafe in base «al fatto di vivere in una diversa identità di genere», rispetto a quella in cui si è nati, sul presupposto che una chirurgia obbligatoria non è necessaria¹⁸. Di recente, un tribunale transalpino¹⁹ ha riconosciuto il diritto di un individuo, con caratteri sessuali né maschili né femminili, di registrarsi come neutro.

Come è agevole rilevare dagli esempi offerti dal più recente quadro internazionale ed europeo, negli ultimi anni si sta lentamente e faticosamente procedendo ad un recepimento della nozione di «identità di genere» che impone il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione del singolo, in ordine al sesso cui sente di appartenere. Il primato della scelta determina la rivisitazione e il superamento dei rigidi confini tra dimensione biologica e costruzione sociale e, in particolare, la presa d'atto che può esserci un'identità che non si sostanzia nel maschile e nel femminile.

rispetto a quella in cui si è nati. L'Alta Corte croata ha ritenuto incostituzionale, e in violazione del diritto alla garanzia alla protezione della vita privata, la prassi finora rigidamente mantenuta dagli Uffici dell'anagrafe che negavano l'iscrizione del nuovo genere nei documenti alle persone transessuali che non avessero completamente mutato, con interventi chirurgici, il loro sesso biologico. Dopo questa sentenza in Croazia, per cambiare sesso all'anagrafe, basterà la documentazione medica sullo *status* psicologico della persona transessuale, ed eventuali trattamenti ormonali.

¹⁸ Il 27 febbraio 2009 l'Alto Tribunale Amministrativo Austriaco ha sentenziato che una chirurgia obbligatoria non è necessaria per il cambio di genere e di nome. Una donna *transgender*, già sottopostasi a tutti i cambiamenti a parte la chirurgia genitale, che viveva come donna in tutte le relazioni sociali, ha dimostrato al tribunale che non le sarebbe stato possibile, a causa della sua situazione lavorativa, prendere un periodo di malattia di diversi mesi necessario per l'operazione e che non poteva trovare in famiglia un sostegno finanziario. Queste motivazioni hanno indotto il tribunale a sentenziare per la non necessità della chirurgia genitale.

¹⁹ Con decisione 20 agosto 2015, il *Tribunal de Tours* ha riconosciuto il diritto di un soggetto registrato alla nascita come «maschio», ma in realtà «intersessuale» - cioè con cromosomi, genitali e caratteri sessuali secondari non esclusivamente maschili o femminili -, ad essere registrato come persona, non più come di sesso maschile ma, di «sesso neutro». Il pubblico ministero ha presentato ricorso al Tribunale di Orléans in ragione del fatto che l'art. 57 *code civil* non prevede un «*troisième genre*» ma l'indicazione del «*sexe de l'enfant*». Nella decisione si legge che «Il sesso assegnato alla nascita appare come una pura finzione (...). Non s'intende per nulla riconoscere un qualsiasi «terzo sesso», ma prendere atto dell'impossibilità di ricondurre la persona interessata a un sesso o all'altro e che l'indicazione che figura sull'atto di nascita è erronea».



5. La legge n. 164/1982, ambiziosamente qualificata come normativa sul transessualismo¹, si occupa unicamente della procedura necessaria per raggiungere il risultato del mutamento di sesso, lasciando all'interprete il compito di ricostruirne il contenuto² alla luce degli artt. 2, 3 e art. 32 Cost., dell'art. 8 della CEDU. La normativa che in poche e scarse norme regola il fenomeno del transessualismo³, segnala la mancanza di chiarezza circa il tipo di trattamento medico richiesto, nonché il silenzio legislativo sulla modifica dei caratteri sessuali primari o secondari⁴ e sull'incapacità di generare.

Le disposizioni legislative pongono, pertanto, la questione della necessità - e in che misura - di un intervento demolitivo-ricostruttivo dei caratteri sessuali o almeno dell'accertata incapacità irreversibile di generare.

Se si optasse per una lettura tradizionale della legge, emergerebbe che la normativa non sembra aver mai risposto alla effettiva realtà del fenomeno, dimostrando di rivolgersi esclusivamente ad una parte delle persone interessate, cioè quelle che già si sono sottoposte all'intervento chirurgico, esprimendo così una natura di tipo sanatorio, o a quelle che erano ben determinate ad affrontarlo. La finalità sembra essere solo quella di regolarizzare la posizione sociale senza approfondire la conoscenza e senza ampliare la disciplina anche ad altre esigenze non meno legittime, nell'ottica di potere attribuire rilevanza al convincimento della persona solo in presenza del dato oggettivo delle intervenute modifiche anatomiche. L'atteggiamento è quello di affrontare una problematica di riconoscimento di un diritto alla libertà individuale, senza mettere in discussione o meglio violare l'ordine pubblico.

È evidente che, secondo questa prospettiva, il fine che la legge si propone corrisponde in realtà al reinserimento coatto di ogni forma di differenza all'interno del binomio uomo-donna, tendendo così ad esprimere un indirizzo di tipo curativo-reintegrativo, piuttosto che riconoscere la figura del/della *transgender* come soggetto di diritti. In tal modo, la volontà individuale della persona viene fortemente limitata, non essendo compatibile con il con-

¹ Definito come il desiderio di cambiamento di sesso dovuto ad una completa identificazione col genere del sesso opposto, negando e cercando di modificare il sesso biologico originale

² In dottrina cf., tra gli altri, BILOTTA, *Transessualismo*, in *Dig., disc. priv., Agg.*, Torino 2013, 732 ss.; D'ALOIA, *Il "terzo" sesso*, in www.confrontocostituzionali.it; DOGLIOTTI, *Transessualismo*, in *Nss. Dig. it., Appendice*, VII, Torino, 1987, 786 ss.; LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano 2013, 59 ss.; PATTI, *Commento alla legge 14 aprile 1982, n. 164*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1983, 36 ss.; ID, *Transessualismo*, in *Digesto*, IV, sez. civ., XIX, Torino, 1999, 416 ss.; ID *Rettificazione di attribuzione di sesso*, in GABRIELLI (diretto da) BALESTRA (a cura di), *Comm. cod. civ., Della famiglia*, IV, *Leggi collegate*, Torino, 2010, 637 ss.; PATTI WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, Padova, 1986; SCIANCALEPORE STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, in DOGLIOTTI (diretta da), *Biblioteca del diritto di famiglia*, Milano, 2002, STANZIONE, *Transessualità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, 874 ss.; ID, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/ 82*, in *Dir. fam.*, 2009, 713 ss., 718 ss. TOMMASINI, *L'identità del soggetto tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona*, in *Scritti in memoria di Lorenzo Campagna*, Milano, 1981; VECCHI, *Transessualismo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994; VENTURELLI, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 732 ss.

³ La riflessione dei giuristi sul transessualismo inizia negli anni '70 del secolo scorso, sollecitata dal progresso della scienza e della tecnica e sul punto si rinvia, tra gli altri, a PERLINGIERI, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. giur.*, 1970, 830 ss.; STANZIONE, *Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo*, in D'ADDINO SERRAVALLE, PERLINGIERI, STANZIONE, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981, 11 ss.

⁴ La scienza medica identifica i caratteri sessuali negli aspetti biologici (organi, attributi e altri aspetti) utilizzati per indicare e riconoscere il genere di appartenenza. I caratteri sessuali detti primari sono gli organi genitali e riproduttivi; i secondari riguardano invece organi e apparati non riproduttivi, ma che presentano caratteristiche differenti tra maschio e femmina a partire dalla pubertà.



retto di normalità che la legge sembra presupporre, normalità su cui grava un giudizio di idoneità fondato più su requisiti fisico-sessuali che psichici.

Quindi, la legge, così interpretata, subordinando il giudizio di idoneità all'effettivo cambiamento fisico, finirebbe per rendere l'intervento chirurgico un «obolo» da pagare come unica alternativa ad una situazione di disagio esistenziale, sottoponendo la volontà e la psiche della persona al vaglio obbligato e discrezionale dell'apparato giudiziario ai fini del riconoscimento del diritto inviolabile di ogni cittadino al genere.

Inoltre, secondo questa chiave di lettura, la legge n. 164/1982 trasformerebbe il diritto alla salute, *ex art. 32 Cost.*, in obbligo; si imporrebbe alla persona una «salute» che è un'apparenza esteriore conforme ai canoni correnti, laddove il diritto al benessere fisiopsichico dovrebbe poter esprimersi anche nel diritto a rifiutare trattamenti sanitari invasivi. La normativa si caratterizzerebbe per un fine marcatamente di «ordine pubblico» che attribuirebbe un eccessivo potere decisionale al giudice. Si determinerebbe la lesione della libertà individuale stante che il soggetto si deve sottoporre a perizia psichiatrica, anche contro la sua volontà, con conseguente imposizione dell'intervento chirurgico irreversibile ai fini del riconoscimento di uno *status* giuridico⁵.

In tal modo le disposizioni non consentirebbero di tutelare né la salute fisica e psichica degli interessati, né la volontà di costoro.

Invero, ponendo al centro l'autodeterminazione del singolo e dando rilievo centrale al suo modo di essere e di percepire il suo genere, non può non rilevarsi che il presupposto delle «modificazioni dei caratteri sessuali», di cui all'art. 1 della legge, potrebbe già considerarsi sussistente quando l'interessato si sia sottoposto ad un trattamento ormonale (e non anche ad un trattamento chirurgico), visto che alla suddetta terapia conseguono «modificazioni»⁶. Peraltro, l'art. 1, non modificato in ciò dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150⁷, parla di una sentenza di rettificazione adottata «a seguito di intervenute modificazioni dei (...) caratteri sessuali», suggerendo che l'accertamento della modificazione sia presupposto del provvedimento. Inoltre, pur ipotizzata la necessità dell'intervento chirurgico, non è chiaro se sia sufficiente una modificazione dei caratteri sessuali esterni, o debbano essere coinvolti anche gli organi interni; se siano richieste modificazioni c.d. di tipo demolitorio o se occorranza anche quelle di tipo ricostruttivo. Il fatto che tra i requisiti non sia stata inserita l'incapacità di generare potrebbe indurre a considerare sufficienti le modificazioni riguardanti alcuni dei caratteri sessuali, mentre un'interpretazione più rigorosa potrebbe condurre a ritenere implicitamente richiesta l'incapacità di generare. Inoltre, imporre un determinato trattamento medico, rischioso per la salute umana, costituirebbe una limitazione al riconoscimento dell'identità di genere in violazione dell'art. 2 Cost. e dell'art. 8 della CEDU. Ciò significa che ogni persona ha il diritto di scegliere la propria identità sessuale, a prescindere dal dato biologico di appartenenza, senza subordinare l'esercizio di tale diritto a dolorosi e pericolosi interventi chirurgici non voluti.

⁵ L'irreversibilità viene sottolineata anche qualora sia possibile una inversione a ritroso verso il sesso di origine: Trib. Vercelli, 2 novembre 2005, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1183.

⁶ Com'è evidente, «dalla lettera della legge non si ricava immediatamente quali siano i caratteri sessuali da modificare»: BILOTTA, *op. cit.*, 760.

⁷ Per un commento al testo normativo rubricato *Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 legge 18 giugno 2009, n. 69*, si rinvia a, tra gli altri, a DELLE DONNE, *Commento all'art. 31 d. lg. n. 150/2011*, in SASSANI E TISCINI (a cura di), *La semplificazione di riti civili*, Roma, 2011, 282.



Ai fini di una corretta interpretazione della normativa vigente non può peraltro prescindersi da un inequivocabile argomento letterale: nessuna disposizione della legge richiede un intervento chirurgico né l'incapacità di generare. Inoltre, un dato di sicuro rilievo era contenuto nell'art. 3⁸, abrogato dall'art. 34 d. lg. n. 150/2011, che al comma 1° recitava «Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza». Posto che il legislatore ha ritenuto di semplificare il procedimento, abrogando la norma che prevedeva l'autorizzazione per l'intervento e la consulenza tecnica d'ufficio, rimane l'indicazione secondo cui «il trattamento medico-chirurgico» non era considerato requisito indispensabile, ma richiesto solo quando risultava necessario. Con la novella recente è invece venuto meno il comma 2° dello stesso articolo, secondo cui in caso di autorizzazione, il Tribunale dispone la rettificazione in camera di consiglio «accertata la effettuazione del trattamento autorizzato».

Se la *ratio legis* va ravvisata nella ricongiunzione dell'individuo con il proprio genere quale risultato del procedimento di rettificazione, le modificazioni dei caratteri sessuali non sempre sono necessarie, anzi, alla luce degli interessi in gioco, il soggetto dovrebbe avere il potere di rifiutarle, sicché sarebbe irragionevole, nonché illogico, condizionare il riconoscimento di un diritto ad un trattamento sanitario a dir poco invasivo⁹. Del resto, la rettificazione degli atti dello stato civile rappresenta un passaggio imprescindibile nel percorso verso il pieno sviluppo dell'identità di genere delle persone transessuali. Tuttavia, alla legge n. 164/1982 va indubbiamente riconosciuto il merito di avere scardinato il principio della immutabilità del sesso, con tutti i consequenziali risvolti formali, che attengono principalmente alle attestazioni dello stato civile,¹⁰ e sostanziali, che originano, invece, principalmente dal carattere non retroattivo del mutamento di sesso, il quale opera *ex nunc*, dal momento che non si tratta di rimediare ad un errore originario, ma di accertare una situazione differente rispetto a quella manifestasi alla nascita ed indicata nel relativo atto.

⁸ Riproposto nella sostanza dall'art. 31, comma 4°, d. lg. n. 150/2011.

⁹ Secondo alcuni (VENTURELLI, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 752 ss.) il trattamento chirurgico si rende necessario al fine di scongiurare richieste pretestuose o capricciose (PALAZZANI, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in *Iustitia*, 2011, 157 ss., 172). Secondo altri (VERONESI, *Cambiamento di sesso tra (previa) autorizzazione e giudizio di rettifica*, in *Dir. fam.*, 2005, 534, in nota), non si vede come «un capriccio dovrebbe indurre il soggetto ad una simile (e devastante) scelta, senza contare le responsabilità nelle quali incorrerebbero i medici che procedessero ad un trattamento senza che ne sussistano i presupposti clinici».

¹⁰ Si poneva, in passato, il problema se la sentenza di attribuzione del nuovo sesso dovesse contenere anche l'assegnazione del diverso nome assunto dal transessuale o se fosse semplicemente il presupposto per l'avvio del differente *iter* tracciato dalla normativa sull'ordinamento di stato civile. La giurisprudenza, pur datata, autorizzava la rettificazione di sesso e la modificazione del nome, posta l'esigenza di una contestuale e immediata correlazione tra la nuova identità sessuale e il nome (v. Trib. Roma 13 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 998). In altri casi è stata ritenuta superflua ogni pronuncia di mutamento del nome da parte del giudice della rettificazione, in quanto trattasi di adempimento dell'ufficiale di stato civile, in sede di esecuzione della sentenza (v. Trib. Pescara, 18 luglio 1983, in *Giur. mer.*, 1984, 540). Prima del d.lg. n.150/2011, il giudice amministrativo ha negato la possibilità di modifica del nome a due transessuali in transizione, che avevano chiesto di utilizzare direttamente il procedimento previsto dall'ordinamento di stato civile (art. 89, d.P.R. 396/2000), indipendentemente dalla domanda di rettificazione e a prescindere dall'intervenuta modifica del sesso anatomico. Secondo il TAR, nel sistema dello stato civile il cambiamento del nome (ex art. 89) presuppone l'invarianza di genere (ex art. 35), per superare la quale è indispensabile agire nel quadro della legge n. 164/1982, che connette necessariamente rettificazione di sesso e mutamento di genere del nome (T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 17 maggio .2008, n. 4413, in www.giustiziamministrativa.it).



Un cenno merita il profilo, di particolare interesse, rappresentato dalla previsione volta a preservare la riservatezza del transessuale, a tutela della quale viene impedito al terzo di venire «a conoscenza degli originari dati anagrafici, e, quindi, del sopravvenuto mutamento di sesso», stante che la disposizione normativa non precisa se e quando il cambiamento deve essere annotato sui certificati e quando invece va omesso. Il problema attiene al caso in cui la persona che ha cambiato sesso chiedi il rilascio di un certificato attestante fatti o eventi occorsi prima della modificazione del proprio *status* sessuale. Il Garante della *privacy*¹¹ è intervenuto per colmare la lacuna normativa, stabilendo che l'interessato ha diritto al rilascio di un attestato di laurea intestato alla sua nuova identità, anche alla luce di quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 2, 11, comma 1, lettera c) e 143 del Codice della *privacy*, in base a cui i dati personali devono essere esatti ed aggiornati, qualora necessario. Inoltre, il provvedimento ha sancito che venga omessa dai certificati ed attestati richiesti dagli interessati la menzione all'avvenuto cambiamento di sesso, in quanto, diversamente, si avrebbe una possibile diffusione di dati sensibili, non giustificata da una specifica previsione normativa.

E in linea si pone la Corte di Cassazione¹², secondo la quale, nel caso di diffusione di dati particolarmente sensibili legati al cambiamento di sesso della persona, appare aggravata l'entità della violazione della normativa in materia di trattamento dei dati personali.

In una prospettiva di particolare sensibilità verso le esigenze delle persone *transgender* e al di là della previsione normativa dell'art. 5 legge 164/1982 si pongono alcuni Atenei¹³ che hanno riconosciuto a studenti e studentesse, in situazione di riattribuzione del sesso¹⁴,

¹¹ Precisa il Garante per la protezione dei dati personali con provvedimento 15 novembre 2012 n. 341: «Costituisce violazione del diritto alla riservatezza l'annotazione della motivazione della ristampa dei diplomi di laurea richiesta dagli studenti per i quali sia intervenuta una sentenza del tribunale di rettificazione di attribuzione di sesso passata in giudicato; si deve prescrivere per conseguenza alle università che, sia nelle certificazioni rilasciate in conformità alla legge, sia nella predisposizione dell'ulteriore documentazione richiesta dall'interessato, ivi compresa la ristampa del diploma di laurea prevedano, nell'ambito dell'autonomia ad esse attribuita dall'ordinamento, l'adozione di idonei accorgimenti e cautele al fine di non riportare in tale documentazione elementi idonei a rivelare l'avvenuta rettificazione di attribuzione di sesso; si deve disporre altresì la trasmissione del provvedimento al Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ed alla CRUI-Conferenza dei Rettori delle Università Italiane affinché valutino, con riferimento ai profili di competenza, l'adozione di eventuali iniziative volte ad orientare, in maniera omogenea, le università in relazione alle corrette modalità con le quali procedere alla ristampa dei certificati di laurea a seguito dell'avvenuta rettificazione di attribuzione del sesso dell'interessato conseguente al passaggio in giudicato della relativa sentenza del tribunale».

¹² Cass., 13 maggio 2015, n. 9785, in *www.altalex.it*. Il caso concreto è rappresentato dalla divulgazione illegittima da parte dell'ufficio elettorale di un Comune ad altro Comune di tutto il fascicolo personale di un soggetto contenente i dati anagrafici e la annotazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, con la specificazione che lo stesso soggetto aveva mutato sesso. Si determinava un'indebita diffusione di dati sensibili in quanto terzi ne erano venuti a conoscenza, violando la riservatezza della persona, con inevitabili conseguenze sulla salute psichica, sulla vita coniugale e sulle relazioni in ambiente lavorativo. Secondo la Corte, se l'aggiornamento delle liste elettorali è attività di rilevante interesse pubblico, è altrettanto evidente che il Comune ricorrente avrebbe dovuto rispettare scrupolosamente le prescrizioni della normativa sulla *privacy*, sicché l'inadeguatezza nel trattamento dei dati, ha contribuito alla determinazione del danno occorso. Il giudice di merito riconosce la violazione e condanna il Comune a pagare a titolo di risarcimento dei danni la somma di 75.000 euro e tale sentenza viene confermata *in toto* dalla Suprema Corte.

¹³ In questa direzione si sono mossi gli Atenei di Torino, Bologna, Catania, Milano, Padova, Bari, Verona, Genova, Firenze.

¹⁴ Il Senato Accademico dell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, con delibera 8 luglio 2014, n. 133, preso atto che libretto, tessere e documenti universitari sono veri e propri documenti di identità che accompagnano giornalmente studenti e studentesse all'interno dell'Ateneo, «che dover troppo spesso giustificare in



o che hanno manifestato il proprio disagio anagrafico causato dalla «conclamata disforia di genere»¹⁵, il diritto ad avere un doppio libretto universitario, sensibilità espressa anche da alcuni Enti pubblici territoriali¹⁶.

Il contrasto tra l'elemento fisico e quello psichico e la difficoltosa ricerca di una corrispondenza costituiscono le ragioni di travaglio della persona transessuale e la legge, pur con i suoi limiti, rappresenta il riconoscimento della meritevolezza dell'interesse all'identità di genere, che trascende situazioni precarie e scelte arbitrarie, esprimendo, piuttosto, momenti essenziali della realtà e del destino della persona umana.

pubblico la diversità tra l'identità scelta e quella anagrafica costringe lo studente o la studentessa a rivelare un dato intimo e privato e a volte anche a subire il pregiudizio e la chiacchiera facile, se non la violenza psicologica o fisica», riconosce il diritto al doppio libretto universitario a studenti e studentesse durante il periodo di riattribuzione del sesso equivale a riconoscere la loro realtà ma soprattutto a rispettarne la vita privata e il diritto allo studio.

¹⁵ Il Senato Accademico dell'Università di Messina comunicato n. 192 del 1° giugno 2015 ha approvato il rilascio del «doppio libretto» per uno/a studente/ssa che ne aveva fatto richiesta, manifestando il proprio disagio anagrafico causato dalla sua «conclamata disforia di genere». Il Dipartimento Servizi didattici, ricerca e alta formazione, ha istruito la pratica mettendo in risalto, oltre ai principi giuridici, la necessità di risolvere il disagio che lo/a studente/ssa in via di transizione di genere deve affrontare per l'evidente contrasto tra il suo aspetto esteriore e il suo nome, che emerge in ogni occasione di confronto con i colleghi.

¹⁶ A seguito degli accordi presi in occasione della *Trans Freedom March* del 22 novembre 2014 e dopo il convegno sulle prospettive di riforma della legge n. 164 del 1982 sul cambiamento di sesso, la Città di Torino, in data 5 febbraio, ha introdotto per le persone *transgender*, dipendenti comunali, la possibilità di avere un tesserino identificativo consono al genere d'elezione. In pratica, in tutti gli uffici comunali le persone in transizione potranno, d'ora in avanti, avere il nome corrispondente all'aspetto e vivere così la propria identità di genere anche sul luogo di lavoro. Inoltre, dal 24 marzo 2015 per le persone *trans* che lavorano per il Consiglio Regionale del Piemonte le generalità sul *badge* potranno essere consono al genere di elezione per vivere la propria identità anche sul luogo di lavoro.



6. Parte della giurisprudenza di merito, in linea con un'interpretazione restrittiva della normativa, ha escluso la rettificazione di attribuzione di sesso in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari della persona, ritenendo che siffatta previsione non sia in contrasto con la Costituzione¹. Disponendo la modificazione dei caratteri sessuali, la legge attribuisce rilevanza alla percezione esterna dell'identità sessuale da parte dei terzi². Appare prevalente «la considerazione del sesso anatomico (tale risultante per conformazione naturale o per adeguamento chirurgico), che porta - ad esempio - la persona ad essere scelta come *partner* maschile o femminile secondo l'orientamento di un terzo. E tanto vale, a maggior ragione, quando vengono in rilievo le risultanze degli atti dello stato civile che, proprio in ragione della loro funzione pubblicitaria a garanzia dei diritti dei terzi, non possono registrare un dato soggettivo in luogo di un dato oggettivo, documentando la realtà psicologica a preferenza della realtà biologica, la psicosessualità a discapito del sesso anatomico, l'identità di genere al posto dell'identità sessuale (in senso stretto)»³.

Il requisito delle «modificazioni dei caratteri sessuali» viene infatti interpretato dalla maggior parte degli operatori pratici nel senso che, ai fini della rettificazione, sia indefettibile, oltre al completamento della terapia ormonale e al raggiungimento di un armonioso rapporto soma-psiche, anche l'intervento chirurgico⁴. Conseguente che l'adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali richiesto dalla norma è finalizzato a consentire, con il dovuto bilanciamento dell'identità anatomica, anagrafica e psichica, la compiuta realizzazione della personalità del richiedente. Diversamente opinando si dovrebbe arrivare alla inaccettabile conclusione, contraria alla stessa lettera *legis*, che il mero disturbo d'identità di genere diagnosticato, sarebbe sufficiente a consentire la rettifica dell'identità sessuale⁵. Si richiede, altresì, un intervento demolitorio di tutti (o alcuni) dei caratteri sessuali preesistenti⁶ e degli organi necessari per la riproduzione⁷ e, al contempo, ricostruttivo dei caratteri propri del nuovo ses-

¹ Trib. Vercelli, 27 novembre 2014, in *Guida al diritto*, 2015, 5, 33, con nota di PORRACCILO, *Una decisione basata sul rispetto rigoroso del dettato normativo*, conclude nel senso che «L'interpretazione dell'art. 1, primo comma, della legge 14.04.1982, n. 164, impone di escludere che sia ammessa la rettificazione di attribuzione di sesso, in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari della persona; la subordinazione del diritto di scegliere la propria identità sessuale alla modificazione dei propri caratteri sessuali primari non si pone dunque in contrasto con la tutela costituzionale e convenzionale del diritto alla identità di genere».

² Le esigenze giuridiche e «sociali» dei terzi di «certezza» circa l'identità sessuale altrui sono prese in considerazione ai fini del rigetto della domanda di un transessuale da Trib. Napoli 13 dicembre 2012 n. 221, motivazioni ritenute non rilevanti dal giudice di appello secondo il quale il diniego della rettifica si risolve in una grave ed ingiustificabile menomazione della sua sfera personale, con violazione dell'art. 32 Cost. (App. Napoli, 15 marzo 2013, in www.articolo29.it)

³ Trib. Potenza, 20 febbraio 2015, in www.tribunale.potenza.it.

⁴ Trib. Piacenza, 18 febbraio 2012, confermata da App. Bologna, 22 febbraio 2013, in www.articolo29.it e, già, Trib. Macerata, 21 maggio 1985 in *Arch. civ.*, 1986, 758; Trib. Macerata, 12 novembre 1984 in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 195.

⁵ Trib. Roma, 18 luglio 2014, in www.dirittoitaliano.it. La sentenza è stata criticamente analizzata da PATTI, *Mutamento di sesso e "costringimento al bisturi": il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 39 ss., secondo il quale «La «necessità» dell'intervento chirurgico, in particolare, dovrebbe essere valutata tenendo conto unicamente della volontà della persona, mentre il presupposto delle «intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali» (art. 1, comma 2°) dovrebbe essere soddisfatto a seguito di trattamento ormonale, peraltro – come detto – non esente da rischi per la salute e, pertanto, difficilmente conciliabile, se obbligatorio, con i principi costituzionali che tutelano la persona».

⁶ Trib. Pavia, 2 febbraio 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 25 con nota di PATTI, *Rettificazione di sesso e trattamento chirurgico*; Trib. Benevento 10 gennaio 1986 in *Dir. fam.*, 1986, 614.

⁷ Trib. Taranto, 26 giugno 2013, in www.articolo29.it e Trib. Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 996.



so⁸, anche se non è indispensabile la regolare o completa funzionalità degli stessi⁹. Il trattamento medico-chirurgico dovrebbe servire ad assecondare la struttura corporea a quella mentale, avendo peraltro presente che tale adeguamento va valutato tenendo conto di tutti i limiti in cui la conversione è tecnicamente possibile e soprattutto prescindendo dagli eventuali difetti di carattere funzionale riscontrabili *ex post* nel concreto esercizio dell'attività sessuale¹⁰.

Stante la genericità della formula adottata dal legislatore, l'intervento richiesto ben potrebbe riguardare la demolizione dei soli caratteri sessuali esterni¹¹ oppure anche di quelli interni nel caso di transizione da donna a uomo¹².

Una posizione intermedia assumono quei tribunali che ritengono sufficiente la perdita dei caratteri anatomici principali del sesso originario¹³, con acquisizione di una sufficiente specificazione anatomica dell'altro sesso, non essendo, invero, richiesta la conseguente formazione degli organi propri del nuovo sesso e ciò anche a salvaguardia del diritto del soggetto alla salute e all'integrità fisica.

In un'ottica di lettura, costituzionalmente orientata, del dettato normativo, si è ritenuto il trattamento medico chirurgico necessario nel solo caso in cui occorre assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psico-fisico, laddove non sussiste un atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali, non è necessario l'intervento chirurgico¹⁴ e «obbligare la persona ad operarsi comporterebbe una violazione

⁸ Trib. Cagliari, 25 ottobre 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 590.

⁹ Ai fini della rettificazione di attribuzione di sesso, si deve porre attenzione e prevalenza al sesso psichico, ponendo in secondo piano sia la funzionalità degli organi sessuali modificati che la stessa possibilità di realizzare il completo adeguamento dei caratteri sessuali ritenendosi sufficiente, sul lato fisico, la mera apparenza del sesso opposto. Accertato un disturbo dell'identità di genere in una personalità non patologica, non sussistendo dubbi sulla struttura psichica del ricorrente come donna e risultando la modificazione morfologica dei caratteri sessuali secondari nonché l'eliminazione degli organi genitali maschili, va operata la rettificazione di attribuzione di sesso da maschile in femminile, attribuendosi alla persona il nome da questa indicato: Trib. Catanzaro, 19 ottobre 2005, in *www.articolo29.it*; Trib. Monza, 25 ottobre 1983, in *Giur. merito*, 1984, 256; Trib. Milano, 2 novembre 1982, in *Foro it.*, 1984, I, 582.

¹⁰ Trib. Messina, 5 dicembre 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2571, con nota di PANUCCIO DATTOLA, *Rettifica di attribuzione di sesso e cambio di nome*.

¹¹ Trib. Milano, 2 novembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 582.

¹² Trib. Bologna, 5 agosto 2005, in *Foro it.*, 2006, 12, I, 3542.

¹³ Secondo Trib. Catanzaro, 30 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*, ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, in particolare dell'attribuzione anagrafica con provvedimento giudiziario del sesso maschile a persona originariamente di sesso femminile, è sufficiente che la persona si sia sottoposta a trattamento chirurgico consistente nella totale asportazione degli organi necessari per la riproduzione, mentre non è necessaria totale coincidenza dei caratteri sessuali con quelli dell'altro genere biologico, che sarebbe peraltro irrealizzabile.

¹⁴ Trib. Rovereto, 2 maggio 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 1116, con nota di BILOTTA, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*. Anche vigente l'art. 3 della legge n. 164/1982 si affermava che per consentire la rettifica dell'atto di nascita non è necessario l'intervento chirurgico di riattribuzione del sesso in tutti i casi in cui la discrepanza tra il sesso anatomico e la percezione psicologica non determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto degli organi sessuali (Trib. Roma, 14 aprile 2011, in *www.articolo29.it*; Trib. Roma, 22 marzo 2011, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 254 con nota di SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*). Parte della dottrina (TRIMARCHI, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*, nota a Trib. Roma, 14 aprile 2011, n. 5896, in *Fam. dir.*, 2012, 183), considerato che l'espressione trattamento medico-chirurgico, adoperata dalla legge, presenta un ampio significato, ben potendo essere riferita a trattamenti ormonali o anche a trattamenti concernenti la sfera psichica della persona, ritiene che la rettifica può essere disposta, anche in mancanza di uno specifico trattamento e però solo dopo l'effettuazione di quelli ritenuti necessari per l'adeguamento di tutti i caratteri sessuali, quando si sia realizzato un significativo avvicinamento dell'identità sessuale della persona al sesso diverso da quello originario.



dei suoi diritti fondamentali e una probabile compromissione della sua salute della sua salute fisica»¹⁵.

In forza di tale interpretazione, sono state autorizzate le rettificazioni pur in difetto di intervento demolitorio seguito da attribuzione chirurgica di nuovo sesso, reputandosi sufficiente la verifica, da un lato, del transessualismo, dall'altro, del convincimento del soggetto di appartenere al sesso opposto a quello attribuito alla nascita, nonché del raggiungimento di uno stabile equilibrio psicofisico, con piena accettazione del proprio corpo¹⁶. L'intervento chirurgico di certo non può considerarsi condizione per la rettifica di attribuzione di sesso in quei casi in cui lo stesso risulta inopportuno o, addirittura, impossibile alla luce delle più recenti acquisizioni della scienza medica. Infatti, il diritto alla identità sessuale non può tollerare l'imposizione di un trattamento chirurgico che consenta una trasformazione anatomica solo parzialmente coincidente con il sesso cui psicologicamente si appartiene; né, d'altra parte, le difficoltà pratiche di ottenere un soddisfacente adeguamento dei caratteri sessuali, possono portare a negare al soggetto il diritto alla rettificazione del sesso anagrafico¹⁷. La chirurgia, in tale prospettiva, non è «da soluzione», ma un eventuale ausilio per il benessere psicologico della persona. Non è, quindi, il «disturbo dell'identità di genere» al centro dell'attenzione, bensì la «disforia di genere», ossia la sofferenza interiore che genera il conflitto tra il sesso biologico e il sesso percepito: una condizione ben riconoscibile che non sempre è il risultato di una scelta conscia da parte delle persone interessate.

A conferma del carattere di eventualità del trattamento chirurgico, milita la scelta effettuata dal legislatore nel 2011, il quale, conscio del dibattito circa l'obbligatorietà dell'intervento chirurgico, si è limitato a riproporre la stessa previsione, con ciò escludendo che l'intervento abbia carattere obbligatorio¹⁸, rimettendo esclusivamente al soggetto la scelta in ordine alle modalità attraverso le quali raggiungere il benessere fisio-psichico¹⁹. In senso contrario si dovrebbe ritenere che l'intento del legislatore di tutelare la salute della persona si attuerebbe con l'intervento chirurgico, considerato come una sorta di liberazione per il paziente, che pone fine alla sofferenza e all'angoscia, derivate dal contrasto tra la condizione anatomica e quella psichica, rispondente, perciò, ad una funzione terapeutica, perché il trattamento, pur cruento, è preceduto da autorizzazione giudiziale volta ad accertarne la fattibilità, a tutela della persona che dovrà sottoporsi²⁰.

In una prospettiva di adeguamento effettivo ai principi fondamentali e ai valori della persona, è stato sottolineato che «l'interpretazione dell'art. 1, primo comma, della legge 14.04.1982, n. 164, non impone di escludere la rettificazione di attribuzione di sesso, in assenza della modificazione dei caratteri sessuali primari della persona. La subordinazione del diritto di scegliere la propria identità sessuale alla modificazione dei propri caratteri sessuali

¹⁵ Trib. Siena, 12 giugno 2013, n. 412, in www.intersezioni.it.

¹⁶ Trib. Roma, 11 marzo 2011, in www.equal-jus.eu.

¹⁷ Trib. Roma, 18 ottobre 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 1033, con nota di LA BARBERA, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento medico-chirurgico*.

¹⁸ Secondo PATTI, *Transessualismo*, cit., 423: «un intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali, gravoso presupposto di altre normative, almeno letteralmente non è considerato *conditio sine qua non* della rettificazione».

¹⁹ Sensibile al profilo della scelta del singolo, in ordine però al tipo di intervento chirurgico cui sottoporsi, appare Trib. Milano, 11 ottobre 2011, n. 269, in www.articolo29.it, secondo il quale, preso atto della possibilità di seguire due diverse soluzioni chirurgiche, l'una particolarmente invasiva rispetto all'altra «il fatto che l'odierno ricorrente abbia manifestato il suo intendimento a percorrere la scelta chirurgica meno invasiva induce a ritenere congrua quest'ultima».

²⁰ Questa proposta ricostruttiva si ritrova in App. Bologna, 22 febbraio 2013, in www.articolo29.it.



primari si pone, difatti, in contrasto con la tutela costituzionale e convenzionale del diritto alla identità di genere»²¹. Inoltre, il concetto di identità di genere non può essere interpretato in senso riduttivo, essendo connotato «da tre componenti: il corpo, l'autopercezione e il ruolo sociale. Ciò significa che non si può prestare attenzione esclusivamente alla componente biologica, poiché l'apparenza fisica non può essere disgiunta dalla percezione che il soggetto ha di sé e dalla relazione che l'individuo sviluppa con la società e con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità, sicché la soluzione interpretativa che ritiene l'intervento chirurgico come momento essenziale della modificazione dei caratteri sessuali è sotto molti aspetti riduttiva, non considerando gli aspetti psichici e comportamentali»²². Inoltre, ammettere come presupposto per l'ottenimento della rettifica anagrafica del sesso l'intervento chirurgico si risolverebbe non solo in una forzatura per tutti coloro che si identificano in un sesso diverso da quello biologico, ma anche in un contrasto con norme costituzionali, con principi fissati a livello europeo e internazionale, come il diritto all'identità personale, che ha trovato consacrazione ad opera della Consulta²³ e il diritto alla salute, in tutti i casi in cui esso risulti dannoso per la salute psico-fisica del soggetto, o anche solo non necessario per il benessere psico-fisico della persona. Una lettura diversa della normativa finirebbe per riconoscere prevalenza all'interesse collettivo a una corrispondenza tra il corpo e il sesso anagrafico, che non trova alcuna copertura costituzionale a scapito dello stesso interesse all'identità personale, che, invece, è diritto inviolabile, riconosciuto dall'art. 2 Cost., dalla normativa internazionale e da quella europea.

Inoltre, altri operatori del diritto ritengono che il presupposto dell'«interventiva modificazione di caratteri sessuali» è integrato anche nell'ipotesi in cui la manipolazione riguardi caratteri secondari, con la conseguenza che l'autorizzazione all'intervento può essere disposta solo ed esclusivamente se necessaria, tenuto conto della personalità e della salute psico-fisica del richiedente. Questa chiave di lettura consentirebbe di applicare la normativa anche ai *transgender*, persone che, rifiutando la dicotomia «uomo» - «donna» non si identificano totalmente nel genere maschile o in quello femminile, per i quali non sussiste la necessità dell'intervento chirurgico²⁴, essendo sufficiente la mera cura ormonale al fine di tutelare la salute e il diritto all'identità personale²⁵.

²¹ Trib. Messina, 4 novembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 543 ss. con nota di VESTO, *Favorire l'emersione dell'identità sessuale per tutelare la dignità umana nella sua unicità*.

²² Trib. Messina, 4 novembre 2014, cit.

²³ L'identità sessuale è concetto che ingloba anche elementi di carattere psicologico e sociale. Come evidenziato anche dalla giurisprudenza costituzionale infatti, essa integra un «dato complesso della personalità, determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando - poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa - il o i fattori dominanti»: Corte Cost., 23 maggio 1985, n. 161, cit. Si supera, dunque, il precedentemente orientamento del giudice delle leggi secondo il quale «le norme costituzionali invocate non pongano fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica»: Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 98, in *Giur. cost.*, 1979, I, 719.

²⁴ Da più parti si auspica il raggiungimento della meta della libertà da una disciplina impositiva di pratiche invasive e spaventose (RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2009, 88 e MARELLA, «Diritti della persona», in AMADIO e MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014, 152 s.

²⁵ Secondo Trib. Genova, 5 marzo 2015, in *www.quotidianogiuridico.it*. se il faro ermeneutico deve essere, nell'ottica costituzionalmente orientata, «la coerente attuazione del diritto alla propria identità sessuale in senso ampio e compiuto», quando l'appartenenza psichica al genere opposto rispetto al biologico è certa, «il trattamento chirurgico è necessario nella misura in cui occorra assicurare all'interessato uno stabile equilibrio psicofisico, qualora la discrepanza tra psicosexualità ed il sesso anatomico determini nello stesso interessato un negativo atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali, mentre nei casi in cui



Il panorama giurisprudenziale delineato è contraddittorio e determina soluzioni differenti per casi analoghi. Può, infatti, accadere che un transessuale non ottenga la rettificazione di sesso pur avendo affrontato un'invasiva terapia ormonale e la demolizione dei propri caratteri sessuali primari e secondari perché, temendo per la propria salute, non si sia sottoposto anche alla riattribuzione chirurgica del sesso. Al contempo, altro transessuale può ottenere la richiesta rettificazione pur in difetto di qualunque intervento medico-chirurgico, in quanto i giudici ritengono di poter procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione.

L'incertezza delle soluzioni in ordine alla necessità o meno di un doloroso e pericoloso intervento chirurgico, che finirebbe col pregiudicare irrimediabilmente l'esercizio del diritto, ponendosi in contrasto con la tutela costituzionale e convenzionale del diritto alla identità di genere, ha indotto altri giudici a rimettere ogni valutazione alla Consulta²⁶.

Anche la Suprema Corte²⁷ ha preferito abbandonare l'espressione «riassegnazione del sesso», ricorrendo alle formulazioni «esercizio del diritto a cambiare identità di genere» e «diritto di mutare la propria identità di genere». La Cassazione²⁸, rilevando come il mutamento richiesto faccia generico riferimento ai «caratteri sessuali» e che l'intervento chirurgico debba essere autorizzato «quando necessario», non ravvisa un contenuto precettivo univoco, ma ritiene che «nel sistema creato con la l. n. 164/1982 tale correzione chirurgica non è imposta dal testo delle norme». Qualsiasi conclusione impone un giudizio interpretativo fondato sul bilanciamento degli interessi in gioco. Da una parte occorre tenere conto della esigenza della persona a ottenere un pieno riconoscimento della propria effettiva identità di genere - aspetto costitutivo dell'individualità -. Dall'altra parte l'ordinamento, per la certezza delle relazioni giuridiche, non può «riconoscere un *tertium genus*, costituito dalla combinazione di caratteri sessuali primari e secondari di entrambi i generi», dovendo proteggere «l'interesse pubblico all'esatta identificazione tra i generi, in modo da non creare situazioni non previste attualmente dal nostro sistema di diritto familiare e filiale».

Il diritto del singolo non può recedere incondizionatamente di fronte all'interesse pubblico, tenuto conto che un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa conduce alla collocazione del diritto all'identità di genere all'interno dei diritti inviolabili,

non si riscontri tale conflittualità non si deve ritenere necessario l'intervento chirurgico per consentire la rettifica dei dati anagrafici».

²⁶ Secondo Trib. Trento 19 agosto 2014, in www.articolo29.it, «una volta che lo Stato riconosce il diritto della persona a cambiare il proprio sesso anagrafico (ciò che indubbiamente ha fatto la cit. legge 14.04.1982, n. 164), subordinare l'esercizio di tale diritto alla sottoposizione della persona a dolorosissimi e pericolosissimi trattamenti sanitari dalla stessa non voluti, significa pretendere da lei di commettere un atto di violenza sul proprio corpo. Una volta riconosciuto che il diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso, costituisce un vero e proprio diritto della personalità, non sembra consentito al legislatore ordinario subordinarlo a restrizioni tali da pregiudicarne gravemente l'esercizio, fino a vanificarlo».

²⁷ Cass., ordinanza 6 giugno 2013, n. 14329, in *Banca dati Utet professionale*.

²⁸ Secondo Cass., 21 luglio 2015, n. 15138, in www.cortedicassazione.it, poiché il diritto alla personalità è inviolabile, il mutamento dell'identità di genere non può essere standardizzato in un mero percorso chirurgico demolitore, attenendo alla sfera più esclusiva della personalità. La coincidenza tra il corpo e la psiche è prima di tutto il risultato di un percorso psicologico e medico (terapie ormonali, chirurgia estetica) che non deve necessariamente essere realizzato con un intervento di demolizione chirurgica. Del resto, imporre un intervento demolitore accorderebbe prevalenza all'interesse della comunità alla congruenza tra corporeità materiale e sesso anagrafico, interesse privo di copertura costituzionale, a scapito del diritto all'identità personale, riconosciuto come inviolabile dall'articolo 2 della Costituzione nonché dalla normativa europea. «È compito dei giudici valutare attentamente, che il ricorrente abbia terminato il percorso psicologico volto ad attestare l'irreversibilità della scelta».



che compongono il profilo personale e relazionale della dignità e che contribuiscono allo sviluppo equilibrato della personalità umana. Il bilanciamento con l'interesse di natura pubblicistica si ottiene sia attraverso la chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche, sia con la definitività della scelta senza dovere ricorrere a trattamenti ingiustificati e discriminatori. La Cassazione afferma che il percorso di mutamento dell'identità sessuale, proprio perché estremamente soggettivo e individuale, è caratterizzato da un alto tasso di complessità e varietà. Esso si completa quando, sulla base di rigorosi accertamenti medici, si possa ritenere irreversibile la scelta personale. Se questo è vero, occorre interpretare la legge n. 164/1982 alla luce dei principi e dei valori costituzionali, nel senso che la formula normativa non impone l'intervento chirurgico di rettificazione dei caratteri sessuali primari. L'interesse pubblico, infatti, non potrebbe mai richiedere il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità fisica, soprattutto quando una rettificazione non passa attraverso la modifica dei caratteri sessuali primari, bensì si svolge con un percorso diverso e personale, il cui risultato, peraltro, è e deve essere il medesimo cioè l'irreversibilità della scelta effettuata.

Si comincia a dar luogo ad un nuovo passo in quel cammino della civiltà giuridica che, nelle nozioni di libertà e dignità, comprenda sempre maggior attenzione per l'identità di genere, rendendo virtuoso il rapporto «circolare» di reciproca costruzione tra diritto e genere che si rinnova di continuo.

7. Pochi giorni fa, il giudice delle leggi, finalmente, ha posto fine alle contraddittorie interpretazioni dei vari tribunali italiani e ha ristabilito un minimo di certezza del diritto su un tema così fondamentale come il diritto all'identità di genere definito dall'Alta Corte¹, elemento costitutivo del diritto all'identità personale², rientrando a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona.

La Consulta³, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 14 aprile 1982, n. 164, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha rigettato la questione e ha adottato una storica decisione sancendo che il cambio di sesso all'anagrafe è legittimo, anche senza sottoporsi all'intervento chirurgico.

La Corte costituzionale, infatti, ha affermato che «l'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che, in coerenza con supremi valori costituzionali, rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere».

Affermato il diritto di ogni cittadino di scegliere da sé il procedimento medico ritenuto opportuno e asserito che l'attribuzione di sesso non dipende dalle caratteristiche 'fisiche', ma al contrario dall'auto-riconoscimento della persona, consegue che per la rettifica del ses-

¹ Corte Cost., 23 maggio 1985, n. 161, cit.

² Il diritto all'identità personale, rientrando tra i diritti inviolabili dell'uomo, ex art. 2 Cost., costituisce una «formula riassuntiva di tutte le manifestazioni e qualità dell'individuo, che ne specificano la personalità, rendendola un *unicum*»: MAZZÙ, *Profili civilistici della legislazione dell'emergenza*, in ID., *La soggettività contrattata*, Milano, 2005, 165.

³ Corte Cost., 5 novembre 2015, n. 221, in www.cortecostituzionale.it.



so l'intervento chirurgico non è necessario, ma è solo un mezzo per il miglior benessere psicofisico della persona.

La normativa così letta rappresenta il punto di arrivo di un'evoluzione culturale, ma al tempo stesso giuridica, volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere, espressione del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona *ex* art. 2 Cost. e art. 8 CEDU, al quale il legislatore ha inteso fornire riconoscimento e garanzia. In quest'ottica, la mancanza di un riferimento testuale alle modalità attraverso le quali realizzare la modificazione⁴, esclude la necessità, ai fini della rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali, fermo restando un rigoroso accertamento da parte del giudice delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo.

Il trattamento chirurgico costituisce uno strumento eventuale, di supporto e di ausilio, al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere della persona⁵.

Il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta, quindi, autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica.

La prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione, ma possibile mezzo funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico.

Il percorso ermeneutico proposto dalla Consulta riconosce, quindi, alla disposizione in esame il ruolo di garanzia del diritto all'identità di genere, espressione del diritto all'identità personale, sancito nell'art. 2 Cost. e nell'art. 8 della CEDU, e strumento per la piena realizzazione del diritto alla salute, dotato anch'esso di copertura costituzionale.

L'accettazione da parte dell'ordinamento di «un concetto di identità sessuale nuovo», nel quale assumono rilievo non solo i caratteri sessuali esterni, ma altresì elementi di natura psicologica e sociale, conduce ad una concezione del sesso come dato complesso della personalità, determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, con la conseguenza - avallata anche dalla giurisprudenza europea - che la volontà e l'autodeterminazione del singolo devono essere considerate assolutamente predominanti rispetto al dato fisico.

⁴ Corte Cost., 23 maggio 1985, n. 161, cit. È questa la strada già indicata nella sentenza n. 161/1985, laddove si afferma che la disposizione in esame «riguarda tutte le ipotesi di rettificazione giudiziale dell'attribuzione di sesso, in quanto accertato diverso da quello enunciato nell'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali dell'interessato, senza, peraltro, che il disposto in esame prenda in considerazione del modo in cui le modificazioni medesime si sono verificate, se naturalmente ovvero a seguito di intervento medico-chirurgico».

⁵ In questa prospettiva va letto anche il riferimento, contenuto nell'art. 31 d.lgs. n. 150/2011, alla eventualità («quando risulta necessario») del trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali, nel senso che è lasciato all'apprezzamento del giudice, nell'ambito del procedimento di autorizzazione all'intervento chirurgico, l'effettiva necessità dello stesso, in relazione alle specificità del caso concreto.



LA DIFFICOLTOSA ASCESA DELL'IMMATERIALE NELLE CODIFICAZIONI FRANCESE E ITALIANA*

SIRIO ZOLEA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I beni incorporali. – 3. L'immateriale nel diritto francese dalla codificazione napoleonica ai nostri giorni. – 4. L'immateriale nell'*Avant-projet de réforme du droit des biens*. – 5. La proposta della Commissione Rodotà di modifica dell'articolo 810 del Codice civile italiano. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il tema della smaterializzazione nella postmodernità in Occidente tocca o lambisce in vario grado tutte le scienze sociali e sollecita un generale adeguamento degli strumenti di interpretazione della realtà. Tale sforzo coinvolge anche il giurista¹, impegnandolo con un diverso ruolo su entrambi i piani, fra loro intersecantisi, dell'adattamento sia delle costruzioni teoriche, sia del diritto positivo ai mutamenti del sistema produttivo e della coscienza sociale. Nel corso degli ultimi anni, nel contesto di sistemi giuridici strettamente imparentati, gli studiosi francesi e italiani si sono trovati di fronte interrogativi per molti aspetti assimilabili: di seguito si prenderanno in considerazione alcune risposte che taluni di essi hanno provato a suggerire e se ne analizzeranno le convergenze e le divergenze.

A fronte dello smaterializzarsi dei rapporti di produzione e di scambio, si manifesta un'inadeguatezza del sistema dei beni come cristallizzato nei codici civili vigenti nei due Paesi a fungere da paradigma unificatore e di sintesi delle discipline della materia, con conseguenti sforzi in via interpretativa e incertezze applicative dell'operatore giuridico. Tale situazione dischiude la strada a un rinnovato attivismo della categoria dei dotti del diritto, cultori dell'*ars boni et aequi*, depositari del patrimonio dello *ius commune*, da cui è possibile rielaborare un ampio e sperimentato repertorio di soluzioni, ma anche chiamati a innovare escogitandone di nuove. In Italia, anche in virtù della redazione assai più recente del nostro Codice, questo processo si manifesta attraverso proposte di portata complessivamente ancora piuttosto circoscritta, mentre in Francia si inserisce in più ambiziosi disegni di ricodificazione civile, che non hanno mancato di porre la questione della legittimazione politica e sociale della dottrina ad assumere un siffatto ruolo nel contesto del mondo di oggi².

* Desidero ringraziare il Dott. Francesco Mezzanotte per il proficuo confronto in fase di elaborazione.

¹ Del tutto a proposito lo studio e l'elaborazione della prestigiosa Associazione Henri Capitant degli amici della cultura giuridica francese vertevano nel 2014 (giornate internazionali di Barcellona e Madrid, 19-23 maggio) proprio sul tema dell'immateriale nel diritto: v. *L'immatériel: Journées espagnoles*, Parigi, 2015.

² W. DROSS, B. MALLET-BRICOUT, *L'avant-projet de réforme du droit des biens: premier regard critique*, in *Recueil Dalloz*, 2009, p. 508 ss.; F. ZENATI-CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du Code civil: étude critique*, in *Revue Trimestrielle de droit civil*, 2009, p. 211 ss.



2. Nell'ampio novero dei beni incorporali – un concetto che rimonta alle *res incorporales* del diritto romano, acutamente definite da Gaio nel tratto comune caratterizzante della non tangibilità¹, quale elaborazione astratta dell'intelletto umano a cui non è immediatamente associabile l'esistenza di un corpo sensibile – si trovano innanzitutto le creazioni intellettuali, in particolare opere letterarie e artistiche, brevetti, disegni e modelli. Meritano anche un'importante menzione i segni distintivi – marchi, nome commerciale e insegna, ma oggi anche per esempio un dominio internet² – e la clientela³. A tali ipotesi, esemplificativamente proposte per il loro preminente rilievo, va aggiunto un innumerevole inventario di beni, che designano categorie o sottocategorie inedite e non semplicemente esemplari nuovi di vecchie categorie⁴: spesso in assenza di una definita cornice normativa, si pone il problema della loro allocazione giuridica, in presenza di fenomeni sociali di fruizione di utilità che possono generare copiosi conflitti di interessi⁵ e la cui piena riconducibilità entro gli schemi proprietari tradizionalmente predisposti – sia pure variamente aggiornati e rivisti⁶ – è stata messa in discussione⁷. Gli stessi confini del novero dei « nuovi beni » si rivelano assai labili e mutevoli, anche in relazione al diverso ambito di disciplina specifica di volta in volta preso in considerazione⁸. Non può in ogni caso essere negata la complessiva centralità di queste entità e del loro commercio nell'apparato di produzione e di scambio della società contemporanea.

Occorre in un secondo momento prendere in considerazione tutti i diritti di natura patrimoniale che si sostanziano in un rapporto giuridico fra due persone determinate o determinabili⁹. In particolare i diritti di credito e di partecipazione a una società possono esse-

¹ V. Gai. 2.12-14.

² *Ex ceteris* O. SAVARY, E. DUBUISSON, *Un site internet est-il un fonds de commerce?*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2009, p. 21 ss.; C. M. CASCIONE, *I nomi a dominio aziendali*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. RESTA, Torino, 2011, p. 400 ss.

³ Sulla nozione francese di fondo di commercio, costruita intorno all'idea di un diritto alla clientela, v. PH. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*⁴, Parigi, 2010, p. 65 ss. V. anche P. LE FLOCH, *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Parigi, 1986.

⁴ T. REVET, *Les nouveaux biens: Rapport français*, in *La propriété, Journées vietnamiennes de l'Association Henri Capitant*, Parigi, 2006, p. 271 ss.; v. anche nello stesso saggio il lungo catalogo esemplificativo di nuovi beni: dalle banche dati al numero di carta di credito, alle licenze di taxi, alle quote latte, alla denominazione di origine controllata, ai portafogli di valori mobiliari. Cfr. G. DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, Milano, 1991, p. 13 ss.; M. COLANGELO, *Creating property rights: law and regulation of secondary trading in the European Union*, Leiden, Boston, 2012.

⁵ G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. RESTA, Torino, 2011, p. 3 ss.

⁶ C. A. REICH, *The New Property*, in *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 73, n. 5, p. 733 ss.

⁷ S. RODOTA', *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*⁵, Bologna, 2013, p. 47 ss.

⁸ A. ZOPPINI, *Le « nuove proprietà » nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, p. 185 ss.

⁹ « Les droits qui constituent des biens ont une caractéristique commune: ils consistent dans un rapport juridique entre deux personnes déterminées ou déterminables. Ce rapport s'établit entre un sujet passif sur lequel un sujet actif exerce un pouvoir. Le droit et l'obligation étant corrélatifs, on peut rechercher dans tout droit un rapport d'obligation lato sensu, tout droit réel ou personnel; les droits extrapatrimoniaux en sont exclus car ils constituent en réalité un droit de propriété sur les éléments et attributs de la personnalité, et la propriété n'est pas un bien » : F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*², Parigi, 1997, p. 53; v. anche p. 133 ss.: tra i diritti che costituiscono dei beni i due Autori non includono la proprietà, in quanto nella loro concezione, particolarmente attenta al recupero delle costruzioni e della sistematica del diritto romano, essa « ne constitue pas un bien mais la relation qui existe entre chaque bien et la personne à laquelle il appartient » e « une prérogative attachée à la personne ». Sul ravvicinamento concettuale di diritti reali e personali in una



re considerati vitali nell'intera struttura economica del mondo occidentale, dove fungono da espressione giuridica di funzioni fondamentali, come quelle del finanziamento dell'impresa e del singolo, dell'investimento del risparmio individuale e collettivo, della previdenza sociale, oppure ancora danno luogo a mercati le cui complesse operazioni possono essere addirittura l'oggetto dell'attività di molte e importanti imprese, nel contesto di una finanziarizzazione dell'economia per lungo tempo accresciutasi. Tutto ciò, per come si sono sviluppate la sistematica delle moderne codificazioni e la scienza del diritto, è oggetto della disciplina generale delle obbligazioni e del diritto commerciale, integrati da blocchi di diritto speciale stratificatisi negli ultimi decenni, come il diritto bancario, il diritto delle assicurazioni e il diritto finanziario. L'argomento interessa tuttavia la presente sede in quanto si pone il problema se e in che misura il regime codicistico dei beni possa di volta in volta applicarsi quando questi diversi diritti vengano in rilievo come beni in quanto siano a loro volta oggetto di un altro diritto¹⁰ (per es. di usufrutto) o di una situazione possessoria di fatto. È opportuno rammentare in proposito come l'orientamento invalso fra gli studiosi italiani delle ultime generazioni sia piuttosto ostile a ricondurre i fenomeni giuridici di titolarità di crediti alla categoria della proprietà: a questo proposito si è autorevolmente sostenuto che « la lata nozione di proprietà, con il significato di mera titolarità astratta di qualunque diritto, che sta alla base della concezione considerata, non corrisponde all'attuale esperienza storico-giuridica, e pertanto rende inaccoglibile l'intera concezione »¹¹. Una tale visione appare però tutt'altro che ontologicamente necessaria e incrollabile, anche nei sistemi giuridici di matrice romanistica. Di segno opposto si presentano infatti voci importanti nella dottri-

parte della dottrina francese, v. già R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Parigi, 1911, p. 405 ss. « Il ne peut y avoir de rapport d'ordre juridique entre une personne et une chose, parce que donner un droit à l'homme sur la chose équivaldrait à imposer une obligation à la chose envers l'homme, ce qui serait une absurdité. Le droit ne peut exister au profit d'une personne que contre d'autres personnes capables de le supporter comme sujets passifs, c'est-à-dire capables d'avoir des obligations » : M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*¹, Parigi, 1928, p. 702; S. GINOSAR, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parigi, 1960. Per una critica di queste teorie, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*¹⁷, Parigi, 1997, p. 86 s. Emerge anche in letteratura italiana la crisi della bipartizione dei diritti in reali e personali: cfr. dibattito fra M. GIORGIANNI, *Diritti reali (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. Italiano*, 5, Torino, 1960, p. 748 ss., e G. PUGLIESE, *Diritti reali*, in *Enc. Dir.*, 12, Milano, 1964, p. 755 ss., il quale si esprime per una « conferma della validità attuale della categoria, pur entro confini più ristretti e con un ruolo più modesto di quelli avuti nel recente passato » ; v. anche diffusamente A. GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO, U. MORELLO, 1, Milano, 2008, p. 29 ss.

¹⁰ « Se è vero che i diritti possono costituire dei beni, in concreto essi assumono tale qualifica solo [...] in un numero limitato di casi nei quali si assiste ad una figura complessa – non infrequente nei sistemi giuridici – costituita dalla sovrapposizione, ad un primo diritto avente ad oggetto un bene, di un secondo diritto che, lasciandolo intatto, ha per oggetto il primo » : V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, 4, 1989, Torino, p. 448. V. anche J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens* cit., p. 102 s.

¹¹ M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*², Milano, 2011, p. 61. Un discorso analogo in G. PUGLIESE, *Dalle « res incorporales » del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, p. 1155: « Non è corretto parlare di 'proprietà', soltanto per mettere in evidenza lo stretto legame che unisce un qualsiasi diritto al suo titolare, per dire cioè che esso gli spetta pienamente anche di fronte ai terzi. Occorrerebbe altrimenti rinunciare a intendere il termine 'proprietà' con la precisione e il rigore che sono necessari [...] per i quali quel termine può usarsi solo per indicare quel diritto che in un sistema giuridico dato è ritenuto capace di rendere 'proprio' del titolare, ossia a lui appartenente in modo diretto e immediato, un bene corporale o, se si vuole [...], anche un bene incorporale, purché esistente di per sé fuori del mondo giuridico, ossia non consistente meramente in un diritto ».



na francese¹², suffragate dalla terminologia in uso comune presso il legislatore e i giudici transalpini¹³ nonché, per altro verso, il *Conseil constitutionnel*¹⁴ e la Cedu¹⁵. Si va così consolidando oggi in Francia – sia pure con variegate sfumature – una nozione dilatata della proprietà, a partire dal lessico comunemente impiegato nella manualistica¹⁶. Ci si può però domandare quanto questa divergenza di punti di vista incida sulle questioni sostanziali sottese e quanto non rimanga piuttosto nell’ambito delle differenti scelte lessicali originatesi dalle diverse sensibilità giuridiche e culturali degli studiosi dei due Paesi¹⁷.

¹² S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance* cit.; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens* cit., p. 53 ss. V. anche il dibattito fra J. DABIN, *Une nouvelle définition du droit réel*, in *RTD civ.*, 1962, p. 20 ss., e S. GINOSSAR, *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, in *RTD civ.*, 1962, p. 573 ss.

¹³ V. in proposito la disamina e gli esempi di B. CASSANDRO Sulpasso, *La réification de la créance in diritto francese*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, p. 533 ss., nonché nello stesso articolo l’indagine sulla terminologia in uso nel Codice civile italiano del 1865 e sul relativo dibattito fra gli studiosi precedente l’entrata in vigore del nuovo Codice.

¹⁴ V. decisioni 29-12-1999, n. 99-425 DC e 10-6-2010, n. 2010-607 DC.

¹⁵ « Questa nozione di *property*, che si viene affermando a livello europeo, è propria delle tradizioni giuridiche di *Common Law* in cui emerge la possibile natura dematerializzata della proprietà » : M. MARINI, *Il caso Northern Rock: il consolidarsi del nuovo paradigma proprietario nel diritto privato europeo (nota a Corte Europea dei Diritti Umani, 10 luglio 2012, 34940/10)*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, p. 507.

¹⁶ A. CANDIAN, *La propriété*, in *Property-Propriété-Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, di A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, Padova, 2002, p. 225 ss. V. anche gli spunti di V. FORTI, occasionati da un’analisi comparatistica della recezione in ambito romano-germanistico dell’istituto della cartolarizzazione dei crediti, in *La titrisation des créances en droit comparé. Contribution à l’étude de la propriété*, Parigi, 2013.

¹⁷ « La sostanza delle cose, cioè il riconoscimento del credito pecuniario come bene e quindi come elemento attivo del patrimonio, non cambia se si dice che Tizio è titolare del credito o che ne è proprietario, posto che nessuno nega la peculiarità del credito rispetto ad un bene mobile corporale: sotto questo aspetto tutto sembra, in definitiva, ridursi ad una differenza terminologica » : B. CASSANDRO Sulpasso, *La réification de la créance* cit., p. 547.



3. Gradualmente emersi e socialmente percepiti con lo sviluppo della società industriale e poi con un ritmo decuplicato nel mondo postindustriale, i beni immateriali non sono fra loro necessariamente accomunabili per natura e regime, se non per il fatto di essere stati recepiti nell'ordinamento giuridico attraverso leggi speciali fuori del *corpus* codicistico, rispetto al quale presentavano esigenze di regolamentazione derogatoria. In Francia tale scelta ha radici piuttosto consolidate nel tempo, poiché già in occasione della codificazione napoleonica si scelse di lasciare al di fuori di essa i beni incorporali – già pochi anni prima oggetto di alcuni interventi da parte del legislatore rivoluzionario¹ – sottoponendoli a specifiche discipline, in particolare con i decreti dell'8 giugno 1806 e del 15 ottobre 1812 per quanto riguarda le rappresentazioni di opere drammatiche e musicali e con il decreto del 5 febbraio 1810 sulla proprietà letteraria.

La scelta di una disciplina separata tradiva una certa difficoltà anche concettuale del legislatore ad introdurre l'immateriale – di cui già era avvertita una necessità di regolamentazione giuridica – nel sistema codicistico di portata generale dei beni, il rapporto con la sistematica del quale fu d'altronde ben presto oggetto di una vivace e mai sopita controversia fra giuristi. Giurisprudenza e dottrina già nel XIX secolo si mostravano piuttosto divise fra posizioni che accoglievano² o che respingevano³ un'interpretazione dei diritti su opere letterarie e artistiche e brevetti come un vero e proprio diritto di proprietà, quale configurato nella sua assolutezza nell'articolo 544 del Codice napoleonico; altre letture ancora si mostravano poi attente a distinguere, quanto a natura e regime, fra diritto morale e patrimoniale dell'autore dell'opera⁴. In presenza di una discussione aperta, il legislatore ottocentesco tendeva in questo campo a non riprendere i riferimenti espliciti all'istituto della proprietà che avevano caratterizzato il periodo rivoluzionario, preferendo piuttosto valorizzare i caratteri speciali e derogatori della regolamentazione di tali materie⁵.

La disputa tra i giuristi francesi non è affatto scemata col tempo⁶, guadagnando invece in energia e articolazione di opinioni con il crescere dell'importanza economico-sociale dei beni incorporali. Con particolare riguardo al diritto d'autore, essa tende tuttora ad arti-

¹ Leggi del 31 dicembre 1790-7 gennaio 1791 sulla proprietà dell'autore di scoperte industriali, del 13 gennaio 1791 sui teatri e sul diritto di rappresentazione e d'esecuzione delle opere drammatiche e musicali e del 19-24 luglio 1793 sui diritti di proprietà degli autori.

² V. *ex ceteris* Discours de M. de Lamartine, député de Mâcon, sur la propriété littéraire et artistique, prononcé à la Chambre des députés, le 13 mars 1841, Mâcon, 1841; J. A. GASTAMBIDE, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Parigi, 1862; E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*³, Parigi, 1908; « La creazione di un'opera letteraria o artistica costituisce, a profitto del suo autore, una proprietà il cui fondamento si trova nel diritto naturale e delle genti, ma il cui sfruttamento è regolamentato dal diritto civile »: Cour d'appel de Paris 8-12-1853, DP 1854.2.25; Cass. req. 16-8-1880, DP 1881.1.25.

³ A.-CH. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Parigi, 1838; Cass. req. 25-7-1887 (Grus c. Ricordi et Durdilly et comp.), DP 1888.1.5.

⁴ Cfr. A. MORILLOT, *De la personnalité du droit de copie qui appartient à un auteur vivant*, Parigi, 1873; A. MORILLOT, *De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'empire d'Allemagne*, Parigi, 1878; Cass. civ. 25-6-1902, DP 1903.1.5, che, chiamata a statuire in una controversia sulla divisione dei beni in comunione discendente da un divorzio, distingue il « monopolio di sfruttamento afferente alle opere pubblicate dall'uno o dall'altro degli sposi durante l'unione coniugale » dalla « facoltà dell'autore, inerente alla sua stessa personalità, di far ulteriormente subire modifiche alla sua creazione o finanche di sopprimerla, purché non agisca in alcun modo a scopo di vessazione ai danni del suo congiunto o dei rappresentanti di quest'ultimo ».

⁵ V. per es. la legge sui brevetti d'invenzione del 5 luglio 1844. Cfr. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit des biens*, Parigi, 2008, p. 251 ss.

⁶ Né quella analoga tra i giuristi italiani: per un quadro del dibattito, M. COMPORTE, *Diritti reali* cit., p. 119 ss.



colarsi in tre posizioni principali⁷. Vi è intanto una teoria personalista che, valorizzandone la connotazione morale, ne fa un diritto della personalità⁸. Una seconda impostazione è quella dualistica, che riconosce come affiancati e parimenti concorrenti a formare il diritto l'aspetto patrimoniale e quello morale⁹. Vi sono infine studiosi che mettono l'accento esclusivamente sull'aspetto patrimoniale: ancora, fra questi ultimi, certuni parlano di proprietà in senso stretto¹⁰, mentre altri, tenuto conto delle peculiari caratteristiche dei diritti in questione (alto livello di astrattezza della costruzione giuridica, generale temporaneità, stretto legame con la personalità e l'attività del titolare e, secondo l'avviso della dottrina e giurisprudenza francesi tradizionali, non suscettibilità di possesso), preferiscono considerarli alla stregua di monopoli di sfruttamento¹¹.

Nel frattempo in questo settore ha continuato a stratificarsi un composito *corpus* di legislazione speciale, un primo sforzo di riunione e riorganizzazione delle cui disposizioni ha dato luogo, con legge del 1 luglio 1992, al *Code de la propriété intellectuelle*, oggetto poi di interventi modificativi. Si avverte però tuttora la necessità di una regolamentazione più organica, che soprattutto chiarifichi e sistematizzi il rapporto fra la disciplina generale codicistica e i vari filoni di diritto speciale. Indicativa di tali problematiche è la giurisprudenza¹² che non ritiene i beni mobili incorporali suscettibili di possesso e conseguentemente li esclude dall'applicazione dell'articolo 2276 del *Code civil* (ovvero dalla regola possesso vale titolo), raccogliendo critiche in dottrina¹³.

⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens* cit., p. 434.

⁸ E. SILZ, *La notion juridique de droit moral de l'auteur, son fondement, ses limites*, Parigi, 1933; M. NAST, *Note sous T. civ. Seine, 1^{er} avril 1936*, in *DP* 1936.2.65, secondo il quale il diritto dell'autore sull'opera consiste sostanzialmente, anche in seguito alla pubblicazione, nella padronanza del pensiero e delle idee elaborati. Pertanto, siccome il pensiero e le idee non sono che manifestazioni della personalità intellettuale dell'autore, il diritto si caratterizza per una natura intrinsecamente morale e, proteggendolo, la legge non fa che proteggere la personalità stessa. Cfr. nella dottrina italiana A. CANDIAN, *Il diritto di autore nel sistema giuridico*, Milano, 1953.

⁹ H. DESBOIS, *La conception française du droit moral de l'auteur*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Parigi, 1963, p. 519 ss. Cfr. in Italia *ex ceteris* A. DE CUPIS, che sostiene la sussistenza di due diritti d'autore diversi e distinti, l'uno morale e l'altro patrimoniale, ne *I diritti della personalità*, in *Tratt. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1961; v. anche P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. VASSALLI, Torino, 1974.

¹⁰ J. FOYER, M. VIVANT, *Le droit des brevets*, Parigi, 1991; M. MOUSSERON, J. RAYNARD, T. REVET, *De la propriété comme modèle*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Parigi, 1993, p. 281 ss.; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens* cit., p. 428 ss.; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens* cit., p. 61 s.; C. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2004, 1, p. 1623 ss. Anche il *Conseil constitutionnel* afferma, nella sua decisione 27-7-2006, n. 2006-540 DC, che « le finalità e le condizioni d'esercizio del diritto di proprietà hanno subito dal 1789 un'evoluzione caratterizzata da un'estensione del suo ambito di applicazione a nuovi campi; [...] fra questi ultimi, figurano i diritti di proprietà intellettuale ed in particolare il diritto d'autore e i diritti vicini ». Cfr. in Italia per questa tesi T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*³, Milano, 1960, p. 765 ss.

¹¹ PH. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens* cit., p. 68 ss., che, accogliendo di volta in volta sia la terminologia di « proprietà incorporali », sia di « monopoli di sfruttamento », qualificano la discussione stessa come « accademica ». In Italia, M. CASANOVA fornisce una lettura del diritto d'autore come diritto di monopolio ne *Le imprese commerciali*, Torino, 1955.

¹² V. Cass. civ. 4-7-1876, *DP* 1877.1.33; orientamento confermato ancora in tempi recenti in Cass. com. 7-3-2006, in *Recueil Dalloz*, 2006, J. 2897.

¹³ Cfr. PH. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens* cit., p. 175 ss. A favore dell'estensione del possesso ai mobili incorporali, v. anche F. TERRE, PH. SIMLER, *Droit civil, Les biens*⁷, Parigi, 2006, p. 146 ss.



Si inserisce in questo contesto il pensiero di quelle voci che propendono per una modernizzazione del diritto dei beni, che possa accogliere nel suo orizzonte l'incorporale, ma senza appiattirne o recepirne fuori contesto i tratti peculiari¹⁴.

¹⁴ C. CARON ha a tal proposito sottolineato, nel suo saggio dedicato all'argomento, da un lato il ruolo del diritto dei beni del *Code civil* nel riportare a unità concettuale le regole della proprietà intellettuale, dall'altro la necessità di valorizzazione anche delle specificità di queste. Una riconduzione della proprietà intellettuale, in quanto branca speciale, nel sistema del diritto dei beni non deve portare a una recezione incontrollata dell'immateriale in seno alla disciplina generale. Continua l'Autore: « En effet, il convient de ne pas ouvrir la boîte de Pandore en développant excessivement l'immatériel en dehors du Code de la propriété intellectuelle. Mais il est néanmoins impérieux que le droit des biens s'ouvre à la modernité en accueillant l'incorporel, tout en respectant les grands équilibres, notamment entre ce qui est approprié et ce qui appartient au domaine public, c'est-à-dire à la catégorie des choses communes. L'appréhension de l'immatériel est incontestablement le grand défi du droit des biens pour le XXI^e siècle », C. CARON, *Du droit des biens* cit., p. 1626. V. anche M.-L. CICILE-DELFOSE, *Le droit et l'incorporel à l'orée du XXI^e siècle – Etat des lieux*, in *L'appréhension par le droit de l'incorporalité, le droit commun est-il apte à saisir l'incorporel? Actes du colloque du 21 novembre 2008, Université de Rennes, RLDC*, 2009 (numero speciale), p. 5 ss.



4. A un risultato consimile ha condotto in tema di immateriale l'elaborazione della Commissione, presieduta dal Prof. Périnet-Marquet, che, lavorando fra il 2006 e il 2009, ha dato luogo a un articolato progetto di riforma del diritto dei beni francese, attraverso un disegno di completa riscrittura del secondo libro del *Code civil*¹, che si iscrive in una più ampia disputa, vivace in ambito transalpino, sull'opportunità di una riforma complessiva del Codice volta alla modernizzazione del diritto civile. Si propone di introdurre sin nelle disposizioni introduttive del II libro elementi di sistematizzazione del rapporto fra diritto generale e diritto speciale dei beni, con particolare riguardo alle discipline dell'incorporale. L'immateriale resta poi sempre presente in tutta una serie di definizioni nel procedere del testo del progetto, manifestando la volontà di un plastico adeguamento del dato normativo alla realtà economico-sociale in cui si dispiega in pieno la moltiplicazione dei beni incorporali.

Per ragioni sistematiche e di spazio, nel progetto non si è inteso ricondurre nel Codice la disciplina speciale attraverso l'introduzione di un apposito titolo, che si sarebbe dovuto inevitabilmente caratterizzare per un'estrema eterogeneità di regimi da ricollegare ai diversi beni incorporali, fra loro non riconducibili a unità in una categoria omogenea fondata su un sostrato comune. Inoltre, un carattere molto dettagliato e un alto livello di tecnicismo sarebbero stati poco conformi agli obiettivi della proposta di ricodificazione e allo stile di semplicità, chiarezza e concisione che contraddistingue la tradizione civilistica francese. Si è voluto piuttosto restituire alla regolamentazione codicistica una centralità che con il tempo si era andata perdendo: una problematica su cui anche diversi e autorevoli studiosi italiani² sono stati chiamati negli ultimi decenni a una riflessione approfondita, dapprima in termini di messa in discussione della tradizionale gerarchia tra i sistemi, imperniata sulla preminenza indiscussa del Codice, in favore di un ordine policentrico, in un secondo momento dovendosi volgere a far fronte al rischio di uno svuotamento di coesione e persino di senso dell'intera costruzione³. Il progetto francese di riforma testimonia proprio un intento di ricomposizione di un paradigma informatore della materia, da cui le branche di diritto speciale, integrate in un sistema organico, possano poi variamente discostarsi. Si dispone conseguentemente che le regole codicistiche « non pregiudicano le disposizioni speciali che regolano beni specifici e in particolare quelle del Codice della proprietà intellettuale », attribuendo a queste una prevalenza su quelle a carattere generale in virtù di un principio di specialità chiaramente enunciato.

La presa in considerazione dell'immateriale non si limita però alle disposizioni introduttive, bensì ritorna diffusamente in tutto il testo, il cui articolo 520 include nella categoria di beni le cose incorporali, affiancate alle cose corporali in quanto oggetto di appropriazione: « Sono beni [...] le cose corporali o incorporali oggetto di un'appropriazione, come pu-

¹ Il testo integrale di tale progetto di elaborazione dottrinale, patrocinato dall'Associazione Henri Capitant degli amici della cultura giuridica francese, si trova in *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, diretto da H. PERINET-MARQUET, Parigi, 2009. Sulla proposta v. in lingua italiana G. B. FERRI, *L'Avant-projet dell'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens e l'attualità del « modello » codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2011, p. 537 ss.; F. MEZZANOTTE, « Liberté contractuelle » e « droits réels » (a proposito di un recente dialogo tra formanti nell'ordinamento francese), in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 857 ss.

² V. ampia bibliografia, tra cui N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999; *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. PLAIA, Milano, 2008.

³ U. BRECCIA, *Codice civile e legislazione speciale*, ne *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, a cura di P. RESCIGNO, S. MAZZAMUTO, Torino, 2014, p. 203 ss.



re i diritti reali e personali ». La proposta si vuole così destreggiare, nell'intenzione dei suoi Autori⁴, fra il rischio di una definizione troppo stringente, che ne escluda le entità immateriali e i diritti, e il rischio di una nozione di estrema ampiezza, come è quella adottata dalla Cedu⁵, ma anche quelle talvolta riscontrabili nella dottrina più innovativa⁶. Delle cose incorporeali è poi specificato il carattere generale di mobili, ma sono inclusi fra gli immobili i lotti di comproprietà, oltre che i diritti reali sugli immobili e le azioni che vi si riferiscono.

Degna di nota è la distinta considerazione introdotta nella definizione dei beni fra le cose incorporeali e i diritti (reali o personali), riservando a questi ultimi un autonomo rilievo. Il tenore del testo, ulteriormente esplicitato in sede di relazione illustrativa⁷, dà luogo ad una prima presa di posizione sulla *vexata quaestio* – di cui si è dato conto sopra – relativa alla configurabilità di una proprietà sui diritti di credito, fornendovi una risposta positiva in controtendenza con quella che potrebbe suonare familiare al giurista italiano di oggi. La scelta si conferma nella definizione di proprietà⁸ rinvenibile più avanti nell'articolato, come diritto esclusivo e perpetuo di usare, godere e disporre delle cose – da intendersi come corporali e incorporeali – e, appunto, anche dei diritti, posizionati così su un piano di parità con le cose. Quest'ultima formulazione si pone in piena sintonia con la nozione accolta di bene, il quale come si è visto si definisce e qualifica proprio attraverso l'elemento dell'appropriazione e quindi copre lo stesso spettro: cose materiali, immateriali e diritti.

Il possesso, come emerge dall'enunciazione recepita, consiste nell'esercizio di fatto di un diritto, che può ben avere ad oggetto una cosa incorporale o a sua volta un altro diritto; ma poi il progetto, in sintonia con l'indirizzo anche recente della giurisprudenza francese⁹,

⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Le patrimoine et les biens qui le composent*, in *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, diretto da H. PERINET-MARQUET, Parigi, 2009, p. 15 ss.

⁵ La Corte, per includervi interessi patrimoniali piuttosto disparati, ha elaborato una nozione di bene autonoma ed estremamente larga, dandovi un senso « souvent obscur, résultant de décisions de la Cour presque toujours complexes et imprécises » : PH. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens* cit., p. 7; v. anche C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *L'acception européenne du « bien » en mal de définition (à propos des arrêts Depalle et Brosset-Triboulet)*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2024 ss. « La Corte EDU, ancora una volta, disponendo dei soli strumenti del diritto privato e dei diritti umani in base alla Convenzione europea dei diritti umani, interpreta la norma contenuta nell'art. 1 del Protocollo addizionale referendum riferendola strumentalmente non solo alla proprietà in senso stretto, sui beni mobili o immobili, materiali o immateriali, ma più latamente ad ogni diritto, utilità o interesse patrimonialmente apprezzabile » : M. MARINI, *Il caso Northern Rock* cit., p. 513. Naturalmente la nozione estensiva adottata dalla Cedu e da molte corti costituzionali europee per poter garantire una tutela di rango superlegislativo a una serie eterogenea di situazioni di titolarità di interessi è tema che esula dalla presente trattazione, rispetto a cui si pone su un piano in parte diverso; se ne è tuttavia fatta menzione per sottolineare l'intenzione dichiarata degli Autori della proposta di porsi a metà strada fra le concezioni più restrittive e quelle più ampie riscontrabili nei panorami francese ed europeo.

⁶ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens* cit., p. 13 s., p. 18 s.

⁷ « Il paraît donc rationnel de considérer que le droit réel et le droit personnel ou droit de créance sont, eux aussi, des biens, ce qui contribue à l'homogénéité de la notion de patrimoine. Dès lors, il est permis de parler de propriété à propos des droits, ce qui n'a d'ailleurs rien de révolutionnaire si l'on se reporte à l'actuel article 529 du Code civil » : F. POLLAUD-DULIAN, *Le patrimoine* cit., p. 26.

⁸ Sulla nozione di proprietà cfr. diffusamente M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, p. 20 ss.; G. L. GRETTON, *Ownership and its objects*, in *Rebels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, 2007, p. 802 ss.; F. MACARIO, *Assolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee*, in *Giustizia civile*, 2014, p. 227 ss.

⁹ In senso sfavorevole all'applicazione dell'art. 2276 del *Code* vigente ai mobili incorporeali, v. in ultimo Cass. com. 7-3-2006, cit.



rimette la disciplina del possesso dei mobili incorporali¹⁰ alla legislazione speciale in materia, rinunciando a una piena riconduzione di essa ai principi di diritto comune dell'istituto possessorio. Un simile inserimento sarebbe stato probabilmente reso difficoltoso dalla congerie di eterogenei regimi giuridici variamente regolati nelle branche di diritto speciale. Eppure proprio la lacunosità di queste discipline avrebbe potuto sollecitare un intervento volto a ricondurre le regole a un quadro più chiaro e definito: si tratta, secondo alcuni autori, di un'occasione mancata, in un progetto che fa proprio dell'apertura all'immateriale uno dei suoi cardini¹¹.

Di nuovo maggior intraprendenza, ma in ogni caso non in discontinuità con il diritto positivo¹², testimonia invece la proposta quando interviene sulla disciplina dell'usufrutto: essa include espressamente già nella definizione dell'istituto i beni (o insiemi di beni) incorporali tra i suoi possibili oggetti e dedica una specifica disciplina all'usufrutto di crediti¹³, di diritti sociali¹⁴ e di beni formanti un insieme¹⁵, raccogliendoli sotto la rubrica di « usufrutti speciali ».

Infine, una delle scelte peculiari del progetto consiste nel configurare *ex novo* un inedito diritto reale, detto di godimento speciale. Tale costruzione, meritevole di una trattazione assai più approfondita e specifica del presente accenno¹⁶, trova la sua origine nell'annoso dibattito se i diritti reali costituiscano o meno un *numerus clausus*, con la giurisprudenza francese che propende per il numero aperto già da tempi piuttosto remoti¹⁷. La proposta interviene sulla materia in modo originale, con la creazione di un innovativo diritto reale contenutisticamente aperto, che si sostanzia nel conferimento di una o più utilità particolari – sotto la forma del beneficio di un uso o godimento speciale – di uno o più beni, di cui

¹⁰ Cfr. in Italia la panoramica della questione in R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. GAMBARO, U. MORELLO, 1, Milano, 2008, p. 385 ss.; A. MASI, *Possesso e detenzione*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, 2, Milano, 2009, p. 115 s. In dottrina francese v. A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Parigi, 2001.

¹¹ G. LARDEUX, *Les meubles dans l'avant-projet de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens*, in *Droit et patrimoine*, 2009, p. 58 ss.

¹² H. PERINET-MARQUET, *La place de l'incorporel dans l'avant-projet de droit des biens*, in *L'appréhension par le droit de l'incorporalité, le droit commun est-il apte à saisir l'incorporel? Actes du colloque du 21 novembre 2008, Université de Rennes, RLDC*, 2009 (numero speciale), p. 19 ss.

¹³ Secondo il progetto, l'usufruttuario di un credito di somma di denaro fa propri gli interessi a titolo di frutti. Nel caso però di rimborso del capitale nel corso dell'usufrutto, egli esercita, salvo accordo contrario, i diritti sul capitale a titolo di quasi-usufrutto fino allo scadere del termine previsto per il suo diritto.

¹⁴ Si afferma che i dividendi distribuiti a titolo di profitti appartengono all'usufruttuario, che, salvo patto contrario, esercita il suo diritto sulle altre somme al diverso titolo di quasi-usufrutto.

¹⁵ Gli Autori del progetto si richiamano in proposito ai principi enunciati nella sentenza Baylet (Cass. civ. 1^{re} 12-11-1998, in *Recueil Dalloz*, 1999, J. 167), rielaborando la quale si dispone che – anche in questo caso fatto salvo il patto contrario – quando l'usufrutto si eserciti su un insieme di beni l'usufruttuario possa disporre di ciascuno dei suoi elementi, riservandosi di rimpiazzarli in modo conforme alla destinazione propria dell'insieme, dando luogo a un'ipotesi di surrogazione reale. Se poi il suo diritto è in pericolo, è data innovativamente all'usufruttuario la possibilità di domandare al giudice di modificare tale destinazione: può essere il caso dell'assegnazione a un obiettivo divenuto ormai obsoleto.

¹⁶ V. J.-L. BERGEL, *Servitudes et autres droits réels spéciaux*, in *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, diretto da H. PERINET-MARQUET, Parigi, 2009, p. 85 ss.; J.-L. BERGEL, *Droits réels de jouissance et valorisation des biens: les propositions de réforme du droit des biens*, in *Droit civil, civiltà dei diritti. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Mouralis*, Aix-en-Provence, 2011, p. 19 ss. V. in lingua italiana MEZZANOTTE, « Liberté contractuelle » e « droits réels » cit., p. 857 ss.

¹⁷ Cass. req. 13-2-1834, Caquelard, S. 1834.1.205.



permette nuove modalità di messa in valore¹⁸. Tale diritto, dai potenziali connotati piuttosto eterogenei, si può riempire dei contenuti più vari e atipici, nei limiti del rispetto della destinazione normale del bene, delle regole di ordine pubblico e di una durata massima non eccedente il trentennio; esso presenta tutti i vantaggi, la portata e la forza dei diritti reali, compresa la possibilità di essere gravato di garanzie reali. Per quanto più specificamente interessa questa sede, il progetto non chiude a che l'ipotizzato diritto di godimento speciale possa dispiegare le sue ampie e duttili potenzialità di autoregolamentazione delle parti anche nell'ambito dell'immateriale¹⁹, potendo bene esso riferirsi a una cosa incorporale o a sua volta a un altro diritto, rendendone possibili più sofisticate forme di valorizzazione economico-sociale.

¹⁸ Cfr. J.-L. BERGEL, *Servitudes* cit., p. 85 ss.

¹⁹ Per un inquadramento e una lettura della complessa relazione tra il principio del *numerus clausus* dei diritti reali e i diritti sull'immateriale, v. nella dottrina italiana A. IANNARELLI, « Proprietà », « immateriale », « atipicità »: *i nuovi scenari di tutela*, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G. RESTA, Torino, 2011, p. 73 ss.



5. Quasi contemporaneamente ai lavori della Commissione francese, fra il 2007 e il 2008 si riuniva anche in Italia un gruppo di studiosi, presieduto dal Prof. Rodotà, i cui lavori vertevano sulla disciplina codicistica nazionale del diritto dei beni. Pur giungendo, nei temi oggetto del presente lavoro, a notevoli similitudini con i risultati della Commissione transalpina, gli obiettivi complessivi e la tipologia di intervento sul codice della proposta italiana se ne differenziano piuttosto radicalmente. In Francia il progetto si iscrive in un più ampio movimento di matrice dottrinale che propugna – già con alcuni parziali successi nell’attirare l’attenzione del legislatore¹ – una graduale ricodificazione del diritto civile². Questo processo trova impulso in una necessità di adattamento alle mutate esigenze degli operatori economici e alle istanze di armonizzazione giuridica emergenti a livello europeo e globale. In tale contesto era stata posta in luce l’opportunità di una riscrittura più moderna del secondo libro del *Code*, oggetto dalla sua stesura originaria solo di interventi sporadici.

In Italia invece, dove il Codice civile è di redazione assai più recente, la disciplina dei beni non sembra sollecitare presso la comunità dei giuristi – probabilmente meno interessata di quella francese ad assumere un ruolo apertamente protagonista – una così marcata esigenza di riscrittura radicale e qui la Commissione si pone l’obiettivo ispiratore, decisamente più circoscritto³ in termini di intervento sul testo, di una riforma delle disposizioni codicistiche in materia di beni pubblici, per una loro migliore gestione e messa in valore: si vuole semplificarne la classificazione, armonizzarne maggiormente il regime ai sopravvenuti principi costituzionali, valorizzarne la destinazione alla soddisfazione di interessi e bisogni della collettività⁴. La non omogenea prospettiva dei due gruppi di lavoro deve essere tenuta in adeguata considerazione e correttamente contestualizzata nei diversi panorami che caratterizzano il dibattito e l’elaborazione della dottrina in Francia e in Italia. Purtuttavia, anche in questa differente ottica, gli studiosi italiani si sono dovuti misurare anch’essi con i problemi posti dal rapporto tra la disciplina comune e la normazione speciale nel diritto dei beni⁵, con particolare attenzione all’esigenza di una cornice di riferimento nel Codice dentro cui poter sussumere le regolamentazioni dell’immaterialità. In verità, l’attenzione del gruppo di lavoro verso il regime codicistico dell’incorporale discende primariamente dall’opportunità di una valorizzazione – sia finanziaria, sia in funzione della diretta realizzazione di interessi e bisogni collettivi – dei cespiti immateriali di cui sono titolari lo Stato e gli altri enti pubblici⁶, per la cui realizzazione risultano indispensabili un’armonizzazione del

¹ Si pensi specialmente alla riforma delle garanzie con l’*ordonnance* del 23-3-2006, n. 2006-346, e alla riforma della prescrizione in materia civile con la legge del 17-6-2008, n. 2008-561.

² Sulla prospettiva di una graduale ricodificazione per blocchi tematici, v. i rilievi critici di F. ZENATI-CASTAING, *La proposition de refonte* cit., p. 211 ss.; G. B. FERRI, *L’Avant-projet* cit., p. 537 ss.

³ Più circoscritto, ma niente affatto estraneo anche all’elaborazione del gruppo di studiosi francesi, che non si perita di volgere un occhio attento pure alle problematiche poste in diritto civile dalla proprietà pubblica: cfr. Y. GAUDEMET, *La prise en compte des propriétés publiques*, in *Propositions de l’association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, diretto da H. PERINET-MARQUET, Parigi, 2009, p. 49 ss.

⁴ A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma, 2012, p. 151 ss.

⁵ « Il Codice civile, infatti, sta perdendo qualsiasi ruolo di gestione dei beni rendendo del tutto contingente e imprevedibile lo scenario di qualsiasi nostro operatore economico »: U. MATTEI, *Le ragioni di una giornata di studio: riformare la proprietà pubblica*, ne *I beni pubblici. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del Codice civile*, a cura di U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, Roma, 2010, p. 32.

⁶ G. RESTA, D. SOLDA KUTZMANN, *I beni immateriali dello Stato e degli enti pubblici: un itinerario tra property e commons*, ne *I beni pubblici. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del Codice civile*, a cura di U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, Roma, 2010, p. 145 ss.



rapporto fra i diversi livelli di disciplina e la loro riconduzione ad un sistema intrinsecamente coerente di regole generali e speciali.

Da questi differenti presupposti scaturisce così una proposta notevolmente prossima alla formulazione che si è vista contenuta all'articolo 520 del progetto francese di riforma del diritto dei beni. Anzi i diversi punti di partenza attirano maggiormente l'attenzione sulle contiguità dei punti d'arrivo, che testimoniano le analogie nell'inquadramento del problema in Francia e in Italia, nel comune manifestarsi di una tendenza più generale e di una più ampia sfida al giurista contemporaneo ad adeguare gli strumenti normativi e gli sforzi di concettualizzazione sistematica al mondo del XXI secolo. Già l'intento dichiarato degli studiosi si avvicina a questo proposito a quanto traspare anche nel contesto transalpino. Come sul punto autorevolmente affermato, infatti, « [l']indagine della Commissione Rodotà [...] riprende più volte la constatazione e la denuncia del vuoto legislativo, pur se non aspira a ricondurre al Codice civile l'universo delle leggi speciali che comprendono diritto d'autore, privative industriali, proprietà intellettuale. Ciò che interessa alla sensibilità del giurista di oggi è di inserire i beni immateriali nella cornice di una ricognizione veramente esaustiva »⁷.

La diversa prospettiva dei lavori della Commissione italiana fa sì che nella sua proposta il tema dell'immateriale sia direttamente introdotto in una sola delle definizioni presenti nel nostro Codice, quella dei beni. Si sceglie così di intervenire sulla formulazione della nozione di portata più generale, pilastro concettuale dell'intera struttura, che all'articolo 810 apre il terzo libro. Si vuol modificare il testo qualificando come beni le cose, materiali o immateriali, le cui utilità possono essere oggetto di diritti, nell'intento di porre le premesse e aprire la strada ad una diversa e più moderna configurazione del sistema dei beni, che già ad un livello che trascende la mera prospettiva nazionale si apre e si muove « nella direzione di una *law of property* generale che copra sia il materiale che l'immateriale »⁸.

Le due formulazioni delle commissioni italiana e francese che propongono l'introduzione dell'immateriale nella definizione stessa di bene mostrano a una lettura in parallelo interessanti affinità ed elementi di divergenza nella scelta terminologica e nelle retrostanti impostazioni dottrinali. In entrambi i testi è utilizzata l'espressione « cose immateriali » ovvero – il gruppo francese mostrandosi più fedele alla terminologia dei giuristi romani – « cose incorporali », rompendo volutamente l'intuitiva associazione tra la nozione di « cosa » e l'attributo della materialità⁹. Tuttavia solo l'*Avant-projet*, e non la proposta della Commissione Rodotà, riserva nella definizione di bene un'autonoma considerazione ai diritti, reali e personali, distinta dalle cose incorporali, mentre nella riformulazione del nostro articolo 810 le cose immateriali sono probabilmente considerate nel senso più ampio possibile, tale da inglobarvi potenzialmente anche dei diritti. D'altronde sarebbe risultata una formulazione poco limpida un riferimento a « diritti le cui utilità possono essere oggetto di diritti », mentre il testo francese non incorre in un analogo circolo vizioso in quanto, invece di fare riferimento a un più generale esercizio di diritti sulle utilità, sceglie ed esplicita di fare delle cose, corporali e incorporali, dei beni solo ed esclusivamente in virtù di un'avvenuta

⁷ P. RESCIGNO, *Prefazione*, ne *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, a cura di U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, Roma, 2010, p. 16.

⁸ A. GAMBARO, *I beni immateriali nelle riflessioni della Commissione Rodotà*, ne *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, a cura di U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, Roma, 2010, p. 67; dello stesso Autore, v. anche *amplius I beni*, in *Tratt. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2012.

⁹ H. PERINET-MARQUET, *La place de l'incorporel* cit., p. 19 ss. Una diversa lettura, che tiene invece fermo il carattere corporale delle cose, in ZENO-ZENCOVICH, *Cosa* cit., p. 438 ss.; nonché in G. CORNU, *Chose*, in *Vocabulaire juridique*⁹, Parigi, 2011, p. 171.



appropriazione, e parimenti afferma risolutamente la controversa appropriabilità dei diritti. Si conferma in questa scelta l'inclinazione emersa nella dottrina francese contemporanea¹⁰ – nel solco di una riscoperta del diritto romano senza passare per il filtro dei romanisti, ma anche in continuità con la filosofia ispiratrice dell'opera di codificazione napoleonica – a riservare alla proprietà un posto affatto particolare, strutturalmente incommensurabile e qualitativamente distinta dagli altri diritti reali, chiave ricostruttiva ed esegetica dell'intero sistema del diritto dei beni.

In senso contrario, il progetto elaborato in Italia tende proprio all'affievolimento di una concezione unitaria e assoluta della proprietà, sicché il riferimento testuale alle utilità ben si ricollega alla ricostruzione dell'istituto proprietario fatta propria dalla Commissione Rodotà: « La proprietà va pensata come un fascio di poteri, facoltà, immunità, privilegi che sono diversamente assortiti di volta in volta in funzione degli scopi di policy che si vogliono perseguire e quindi in funzione di scopi politici e sociali [...]. Si tratta in sostanza di sviluppare il discorso pugliattiano della proprietà conformata [...] »¹¹. L'elaborazione del gruppo di lavoro pone quindi in evidenza i limiti della tradizionale logica individualistico-proprietaria nel fornire risposte alle questioni poste dalle esigenze di presa in considerazione dei mutati rapporti economici e sociali¹²; da ciò discende un impulso ad allargare la prospettiva a diverse e più sofisticate tecniche di tutela e bilanciamento degli interessi in gioco.

¹⁰ Cfr. in particolare F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens* cit.; F. ZENATI-CASTAING, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 445 ss.; con specifico riferimento ai lavori della Commissione francese, H. PERINET-MARQUET, *La place de l'incorporel* cit., p. 19 ss. Tale tendenza si esplica però in un'ampia varietà di sfaccettature: si pensi in proposito all'adesione nella sistematica dello stesso *Avant-projet* alla tradizionale teoria degli smembramenti della proprietà.

¹¹ A. GAMBARO, *I beni immateriali* cit., p. 67 ss.

¹² Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto* cit., p. 72.



6. L'interesse che saprà dimostrare il legislatore, tanto in Francia quanto in Italia, ai suggerimenti della dottrina sarà l'elemento decisivo per realizzare una sistematizzazione dei rapporti fra diritto comune e diritto speciale dei beni, con particolare riguardo all'immateriale, superando il fisicismo che un approccio più tradizionale riservava ai codici e che il principio di inerzia vi ha mantenuto ben saldo fino ai giorni nostri a discapito degli interpreti e degli operatori del diritto. Uno sviluppo ulteriore della disciplina giuridica dell'immateriale, la sua faticosa ascesa al nocciolo duro delle regole in campo privatistico costituito dalle grandi codificazioni civili, l'opportunità e i limiti di un rimaneggiamento di questi testi fondamentali¹ volto a esplicitare il ruolo dell'incorporale nel sistema costituiscono tutti dei nodi che la mutata configurazione dei rapporti di produzione e di scambio nel mondo contemporaneo fanno venire al pettine in maniera impellente.

Probabilmente in siffatti campi di studio i molti tentativi di risposta a una domanda generano assai più interrogativi e ogni corridoio imboccato si biforca più e più volte: « plus loquitur inquisitio quam inventio et longior est petitio quam impetratio et operosior est manus pulsans quam sumens »². Un approccio comparatistico alle proposte più innovative che le dottrine francese e italiana avanzano ai rispettivi legislatori può in ogni caso aiutare a individuare e meglio circoscrivere alcuni temi chiave con cui il giurista è tenuto a misurarsi per offrire soluzioni all'altezza dei bisogni espressi dalla società in cui vive, sapendo che pure quelle proposte, qui in parte analizzate, già fra loro niente affatto sovrapponibili, non sono che nuovi punti di partenza, anche per altre e nuove direzioni.

¹ « Il *modello* 'codice', pur nelle rigide architetture in cui lo Stato lo ha disegnato, deve avere una sua potenziale idoneità a cogliere, o almeno in parte percepire, ordinandoli, taluni qualificanti aspetti di tale mobilità sociale e, in qualche modo, ad ordinarne gli aspetti meno futili o passeggeri » : G. B. FERRI, *L'Avant-projet* cit., p. 542.

² AGOSTINO d'Ipbona, *Confessionum libri XIII*, XII, 1.1.



BREVI NOTE SU ORIGINI E FINI DEL DIRITTO IN ESTREMO ORIENTE

VERONICA CARRIERO

L'entità geografica che gli occidentali chiamano "estremo oriente" comprende vari Paesi, ciascuno dei quali ha sviluppato proprie culture e regole con reciproche influenze tuttavia incomparabili con l'unità culturale maturata (sulla base della tradizione di pensiero greco romana, poi cristiana), nell'Europa occidentale. Per tale ragione, non è semplice descrivere un'unica concezione della legge che possa essere ritenuta comune a tutte le forme di civiltà manifestatesi nella parte più orientale del continente asiatico. L'analisi sarebbe esaustiva solo se, sul piano diacronico, si tratteggiasse tutte (o, almeno, le principali) concezioni proprie dei vari Paesi dell'area geografica in esame.¹ In tale consapevolezza, questo contributo anticipa la disamina delle principali esperienze giuridiche di Cina e Giappone sia per la forte assonanza di molteplici componenti storico- evolutive, sia perché entrambe includono elementi caratteristici tipici di tutte le concezioni giuridiche del *Far East*.

La lunga storia della Cina, che si dipana per più di tre millenni, ha prodotto numerose dottrine filosofiche. Così come accadde nell'antica Grecia (nella quale le originarie idee filosofiche furono formulate nel IV e V secolo a.C.), in Cina la filosofia fondamentale fece la sua prima apparizione tra il VI e il III secolo a.C., in un'era compresa tra due periodi chiamati "della primavera e dell'autunno" (722-481) e "dei regni combattenti" (481-221). Le principali correnti del pensiero cinese possono essere considerate tre: il Taoismo, il Confucianesimo e il Legalismo.

La filosofia taoista ritiene che l'universo sia dominato da un principio fondamentale: il *dào* (la via). Lǎo Zǐ, filosofo del IV secolo a.C., scrive: "Esiste un principio composto da se stesso. È nato prima del cielo e della terra. È calmo e completo, indipendente e invariabile. Si estende universalmente e progredisce inesorabilmente. È la genesi del mondo ma non conosco il suo nome. Per questo motivo viene chiamato "*dǎo*" e indica la migliore via per l'uomo".² Se l'uomo segue questa grande via, senza l'interferenza di atti arbitrari della volontà, tutto va per il meglio. Il principio immutabile del *dǎo* è di non agire. Il taoismo proclama l'inazione. "Facendo meno, faremo di più" dice Lǎo Zǐ. Se un re e un principe seguiranno questo principio, tutto accadrà spontaneamente. Il taoismo considera tutte le azioni umane come perturbazioni dell'ordine naturale. Il modello taoista è caratterizzato da assenza di emozioni e apatia. L'imperturbabilità taoista ha fortemente influenzato il modo di essere della popolazione cinese nel corso della storia. Si può affermare che questa serenità atarassica costituisce l'essenza dell'individuo cinese, una corrente sotterranea che è stata presente nello sviluppo spirituale e sociale dei cinesi a partire da tempi remoti.

La scuola filosofica confuciana è diametralmente opposta a quella taoista, quanto meno nella negazione del principio dell'inazione. La *Weltanschauung* confuciana si fonda su principî di etica individuale e sociale basata sul senso di rettitudine e giustizia,

¹ Sul diritto dell'Asia orientale, ci si limita a rinviare alla fondamentale opera trattatistica di G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da R. SACCO), Torino, 2007.

² Y. NODA, *The far eastern conception of law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, II, 1, p. 121.



sull'importanza dell'armonia nelle relazioni sociali, codificate secondo precise norme etiche e rituali, mutuata dalla tradizione culturale dell'antichità. L'osservanza di tali norme consente di disciplinare le relazioni umane e garantisce l'ordine sociale mediante il rispetto delle gerarchie familiari e sociali. Grande importanza viene data ai sentimenti di lealtà ed empatia verso il prossimo, all'apprendimento inteso come intreccio di studio, pratica e riflessione, alla traduzione in pratica delle conoscenze apprese, per il miglioramento di sé e degli altri. Secondo Confucio, il mondo degli uomini differisce radicalmente da quello della natura. Quest'ultimo è dominato da una gerarchia eterna sul cui esempio il mondo degli uomini deve essere costruito. Le leggi naturali che governano il mondo fisico, chiamate da Confucio *tian dǎo* (via del cielo), non governano direttamente il mondo degli uomini, per questo motivo è necessario elaborare regole rituali (*lǐ*) ad imitazione delle leggi della natura. I due mondi procedono su linee parallele, non identificandosi mai l'uno con l'altro, pur interagendo. Il tipo di individuo confuciano è razionale e pragmatico ma allo stesso tempo sanguigno e collerico.

La terza corrente del pensiero cinese è quella legalista. I legalisti asseriscono che la vita in società dell'uomo deve essere rigorosamente governata da leggi positive. Il confucianesimo vuole un'umanità, che vede essenzialmente in termini gerarchici, governata dalla regola del rito; all'opposto, le regole previste dai legalisti sono regole sociali applicabili ugualmente a tutto il popolo. Il legalisti non vogliono lasciare che il mondo si governi spontaneamente, hanno la preoccupazione di costruire una realtà ben ordinata. Anche l'individuo legalista è razionale e pragmatico, ma non idealista e tradizionalista come quello confuciano.

Le tre correnti filosofiche esaminate corroborano il seguente assunto: il modello tipologico cinese racchiude in sé forti componenti apatiche e sanguigne, allo stesso tempo. Tali attitudini sono radicalmente opposte a quelle occidentali, come osservato nella concezione romanistica dell'universo, che ne costituisce la radice essenziale.³ Jhering, giurista tedesco del XIX secolo, scrive in merito: "Tutto ciò che è Roma, tutto ciò che ha realizzato e ottenuto, è dovuto ai suoi propri sforzi; tutto è stato creato e organizzato. Dietro a tutto c'è pianificazione, intento, calcolo. Nulla accade a caso: né il potere delle *gentes*, generato dallo sviluppo delle famiglie più forti; né la legge, derivata dalla recezione dei costumi sociali. Stato, legge, religione: Roma ha prodotto da sola tutto ciò. Roma non ha preso in prestito nulla dall'esterno, tutto ciò che è accaduto a Roma, è dovuto alla consapevolezza e all'intenzione di Roma stessa. La teoria della manifestazione spontanea del fenomeno legislativo, sulla base della quale la legge costituisce prodotto inconscio della popolazione, non è stata mai accettata dagli attivissimi romani".⁴

In base allo studio dei fondamenti e della evoluzione delle dottrine taoista e confuciana (considerata la minore diffusione della filosofia legalista nella storia cinese) si può affermare che in Cina il diritto si è sviluppato in posizione di netta subordinazione rispetto al pensiero filosofico, il quale ha rivolto un'attenzione molto viva ai problemi sociali. Il popolo cinese ha, generalmente, scarsa considerazione del diritto, e in particolare di quello che regola i rapporti tra privati cittadini. Coerentemente, la nozione di diritto soggettivo è stata a lungo sconosciuta. Nel pensiero cinese, la pace sociale non si raggiunge armonizzando i diritti soggettivi di ciascun membro della società: la collettività organizzata non si crea con

³ Y. NODA, *ivi*, p. 123.

⁴ O. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig, 1924, p. 97, in NODA, *op. cit.*, p. 122.



lo sforzo degli individui, ognuno impegnato a proteggere il proprio interesse (contratto sociale hobbesiano); la collettività gerarchicamente ordinata esiste da sempre, senza che l'intervento degli uomini abbia contribuito a formarla, ed è sempre, ontologicamente, in pace, a meno che gli uomini, con le loro azioni, non la disturbino. Sulla base di tale visione, è evidente come il diritto soggettivo, in quanto fonte dei conflitti di interesse, non sia benvenuto. La fisiologica attitudine della popolazione cinese è di prevenire le situazioni di crisi, piuttosto che curarle. La composizione dei contrasti, quando necessaria, non consiste nell'attribuire il torto e la ragione ai litiganti; ciò che conta, è far loro capire come è opportuno comportarsi in base al *dào*, al fine di realizzare il risultato migliore sulla base delle circostanze. L'importante non è che ogni parte provi di aver ragione, ma che ciascuna metta in pratica ciò che il *dào* impone in quel caso specifico. La questione non si risolve nel decidere quale istanza sia maggiormente fondata, ma nel far comprendere ad entrambe le parti quali sono i loro reciproci doveri al fine di restaurare la pace che loro, con a loro lite, hanno perturbato.

Nella prima metà del XX secolo la Cina si è aperta ai modelli europei, e, dal punto di vista politico, l'impero ha fatto posto alla repubblica.⁵ Nel 1911, l'ultimo imperatore della dinastia dei *Qing* abdicava, aprendo la porta ad una repubblica manifestamente sensibile ai modelli occidentali. Fu così programmata la redazione di undici corpi normativi: la costituzione, i codici civile, dei commercianti, penale, di procedura civile e di procedura penale, le leggi agrarie, delle società, dei titoli di credito, del commercio marittimo, delle assicurazioni. Questi testi, estranei alla tradizione del paese, non sono mai penetrati in profondità nella vita dei cinesi.

Il 1949 è l'anno in cui il partito comunista cinese assume il controllo del Paese. La Conferenza politica consultiva del popolo cinese si costituisce in assemblea nazionale popolare e adotta un programma comune fondativo della Repubblica popolare cinese. Vengono proclamate la dittatura del proletariato e la funzione guida della classe lavoratrice. Si teorizza la centralità dell'impresa statale e cooperativa nella produzione e la soggezione di tutta l'economia all'interesse generale. La Conferenza politica decreta l'abrogazione di tutta la legislazione emanata nel corso dei primi decenni del XX secolo, promettendo la promulgazione di un ordinamento giuridico popolare. Per regolare la vita pubblica cinese era sufficiente la volontà politica del partito, la cui esecuzione era affidata alle gerarchie interne di esse. La dottrina politica occupava il rango di ordine sociale che la volontà dell'uomo non deve mutare e che prevale su ogni altro diritto. La volontà del partito occupava il rango di un diritto scritto, positivo, ideologico, applicato con grande latitudine e discrezionalità dai funzionari dello stesso partito.⁶

L'inizio di una controtendenza è segnato, nel 1976, dall'arresto dei quattro maggiori esponenti della rivoluzione comunista. Dal 1979 il potere passa nelle mani di Deng Xiaoping, statista equilibrato. Egli conferma la scelta del socialismo, il ruolo del partito comunista, la centralizzazione del potere e la collettivizzazione dell'economia. Lascia però cadere le idee rivoluzionarie e la lotta di classe. Sperimentato il fallimento dell'economia, dovuto alla politica del periodo precedente, il potere intende ora puntare sulla modernizzazione

⁵ Sul diritto cinese dagli inizi del XX secolo a quello attuale, T. TCHE-HAO, *Le droit chinois*, collana *Que sais-je?*, Parigi, 1982; H. VON SENGER, *Einführung in das chinesische Recht*, Monaco di Baviera, 1994; L. XIAOPING, *L'esprit du droit chinois: perspectives comparatives*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1997, p. 7; R. R. CAVALLIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999; G. AJANI, A. SERAFINO, M. TIMOTEO, *op. cit.*, pp. 299 ss.

⁶ R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da SACCO), Torino, ult. ed., pp. 394 ss.



dell'economia, della difesa, della scienza. La comunicazione concettuale fra Cina e occidente è in rapida e decisa crescita. I cinesi sono, a partire dall'epoca del governo di Xiaoping, attivi nella recezione di modelli giuridici occidentali e nella produzione di regole giuridiche uniformi.⁷

La mentalità del popolo cinese, determinata da fattori tipologici e storici, ha inevitabilmente influenzato la concezione del diritto in Cina. Non ci sono dubbi che la rivoluzione culturale comunista, attuata a partire dalla metà del XX secolo, abbia radicalmente trasformato l'organizzazione politica, economica, sociale della Cina. Cionondimeno, come ha scritto un illustre giurista giapponese contemporaneo⁸, la Cina rimane la Cina, nonostante tutti i rivolgimenti storici che può attraversare. Il Grande Fiume Giallo scorre da tempo immemore e continuerà a scorrere nei secoli a venire, nonostante le sue acque mutino incessantemente, e, allo stesso modo, la concezione del diritto, tipica del sistema cinese, rimarrà sempre la stessa, anche quando la sua epifania sarà difficilmente riconoscibile.

Gli studiosi non dubitano che si sia verificata nei secoli una potente e millenaria influenza delle idee filosofiche sviluppatesi in Cina, sulla cultura giapponese. Ciò ha inevitabilmente condizionato la concezione del diritto in Giappone. In ogni caso, non può affermarsi che il modello culturale nipponico costituisca una copia fedele di quello cinese. I fattori ecologici, storici, e tipologici dello sviluppo delle due culture non sono affatto gli stessi. La civiltà in Cina si è diffusa ed evoluta su un territorio a estensione vastissima che abbraccia varie aree climatiche: il nord è freddo e arido, il sud umido e afoso. All'opposto, il Giappone è situato nella cosiddetta zona monsonica, tipicamente calda e umida, e il suo territorio è di dimensioni ridotte. Geograficamente, l'arcipelago nipponico non è troppo prossimo, ma nemmeno eccessivamente distante dal continente asiatico e tale circostanza gli ha consentito di accettare le influenze favorevoli della terraferma, senza dover temere l'invasione e la dominazione. Le contingenze geografiche, unitamente a fattori endemici, hanno conferito al Giappone caratteristiche uniche.

Cina e Giappone possono essere accomunati dal punto di vista della concezione del diritto in quanto, in entrambi gli Stati, l'idea di diritto è stata fortemente influenzata dal pensiero filosofico e dalla spiritualità collettiva. Anche in Giappone, così come in Cina, la struttura sociale si basa, sin dal 600 d.C. sulla presenza di un imperatore, sacralizzato e sottomesso ad una legge naturale immutabile e ineluttabile; un apparato statale che svolge molti compiti e assume su di sé la direzione dell'economia; una divisione della società in caste, di cui ognuna si dedica ad un compito ben definito. Alle caste tradizionali si aggiunge, a partire dal XVI secolo d.C., la casta dei guerrieri (*samurai*); essa è fedele ad una regola consuetudinaria cavalleresca, garantita dalla spontanea adesione dei membri. La regola castale del *samurai* è basata sulla fedeltà assoluta del singolo vassallo al signore. Per ogni gradino castale sono fissati abito, vitto e casa. La filosofia confuciana è assunta come dottrina ufficiale del Paese. Sul sostrato confuciano si innestano le peculiarità della filosofia nipponica. Alla norma autoritativa, i giapponesi preferiscono l'applicazione del "*giri*". *Giri* è una parola giapponese e non esiste un vocabolo esattamente corrispondente nelle lingue occidentali, ma i dizionari traducono il termine con espressioni come "dovere sociale", "obbligo morale", "debito di gratitudine". *Giri* è un principio che esercita il suo influsso in diversi contesti e rapporti, senza mai identificarsi con le regole tratte da tale principio. Il termine *giri* affon-

⁷ *Ivi*, pp. 399 ss. e, sull'evoluzione del diritto in Cina nella seconda metà del secolo XX v. *amplius* G. CRESPI REGHIZZI, *Il diritto cinese all'alba della codificazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1979, I, p. 121.

⁸ Y. NODA, *op. cit.*, II, 1, p. 243,



da le sue radici in Cina. Le prime testimonianze pertinenti risalgono agli studi confuciani del VI secolo a.C. Il concetto di *giri* perviene in Giappone nell'undicesimo secolo dopo Cristo. In seguito ai mutamenti sociali dovuti agli assetti di potere a partire dal 1600 d.C., periodo nel quale si crea un ordine sociale basato sulla presenza di feudatari, vassalli e *samurai*, e all'influenza degli studi neoconfuciani che ne erano l'ideologia fondante, si assiste ad una importante evoluzione semantica che attribuì a *giri* una serie di accezioni legate al dovere di integrità morale e rettitudine proprio dell'etica del gruppo dominante: i *samurai*. In particolare, per i *samurai*, agire secondo il *giri* consisteva nel tenere un comportamento consono al proprio *status* e servire il proprio signore per ripagarlo del favore ricevuto sotto forma di terre o di rendite. Tale accezione di *giri* si diffuse in seguito in tutti gli strati della società, acquisendo contorni più ampi e sfumati, a causa delle commistioni reciproche tra pensiero confuciano e buddhista, e dell'influenza esercitata sui ceti popolari attraverso la letteratura e la drammaturgia.

Diversi studiosi hanno affrontato il problema di individuare le caratteristiche del *giri* fornendo risposte molto variegata sul punto. Esso è stato identificato con l'onore o con la forza di carattere richiesta per portare a termine i propri doveri, altre volte con il sentimento di premura e considerazione verso il prossimo o con il dovere di ricambiare la benevolenza ricevuta. La prima opera non giapponese che affronta il tema è il saggio di Ruth Benedict, antropologa statunitense, del 1944 dal titolo "*The Chrysanthemum and the Sword*". Nel capitolo intitolato "*Repayment hardest to bear*", l'autrice definisce il *giri* come un concetto tipicamente giapponese, che i giapponesi stessi, nonostante l'osservanza, non riescono a definire facilmente. Secondo la Benedict, gli obblighi *giri* si dividono in due gruppi: quello che si può indicare come il "*giri* verso la società", cioè l'obbligo che ogni individuo ha di ripagare la benevolenza dei propri simili, e quello che si può chiamare "*giri* verso il proprio buon nome", cioè il dovere di mantenere alto il proprio onore contro ogni forma di accusa o ingiuria, in un modo che richiama il concetto tedesco di *Ehre*. Il *giri* nei confronti della società può venir indicato, a grandi linee, come l'adempimento delle relazioni a carattere contrattualistico. Il rapporto di *giri* tradizionalmente più importante, tanto da avere, per la maggior parte dei Giapponesi, la precedenza perfino su quello verso i parenti, è il rapporto che lega una persona al proprio signore e ai propri compagni d'arme, il cui contenuto è la lealtà che ogni uomo d'onore deve al suo superiore e al suo pari grado. Esiste una ricca tradizione letteraria celebrativa di questa forma di rispetto del *giri*, che si identifica sostanzialmente con le virtù proprie del *samurai*.

Nell'ambito dei rapporti giuridici, il *giri* si atteggia in modo diverso. Ad esempio, un creditore che chiede al suo debitore l'adempimento dell'obbligazione senza particolare tatto, viene, in base al *giri*, giudicato come senza umanità; viceversa, un creditore che, con delicatezza, sonda la posizione economica del debitore al fine di soddisfare al meglio i propri interessi, viene rispettato. La conclusione di un contratto non stabilisce tra le parti un vero e proprio *vinculum iuris*: si viene a creare una speciale relazione tra le parti, ma si tratta di una relazione dai contorni vaghi: è molto raro, infatti, che i contraenti indichino con precisione il contenuto e gli effetti delle clausole. Se una controversia contrattuale dovesse sorgere, le parti non farebbero che riportarsi alla fase iniziale delle contrattazioni al fine di trovare insieme una soluzione condivisa, "smussata" (*round solution*). L'esperimento di rimedi giudiziali, nel caso in cui un obbligo contrattuale non venga adempiuto, offende il sentimento comune che preferisce l'armonia nelle relazioni sociali. Uomini d'affari e grandi compagnie

⁹ R. BENEDICT, *Il crisantemo e la spada*, Bari, 1946, pp. 48 ss.



commerciali si comportano nella maniera descritta. A conclusione dei contratti stipulati, spesso viene inserita una clausola di buona fede del seguente tenore: “in caso di insorgenza di una disputa tra le parti, concernente i diritti e gli obblighi fondati sul presente contratto, le parti si impegnano a discutere insieme in buona fede i punti in contestazione” (*round solution clause*). In ambito extracontrattuale, infine, la vittima raramente chiede ristoro del danno subito di fronte a una Corte. La soddisfazione morale del danneggiato è considerata molto più importante della compensazione materiale e spesso egli si sentirà talmente appagato dalle scuse sincere dell'autore dell'illecito, che rinuncerà a domandare il risarcimento pecuniario.

Il *giri* domina il costume sociale nipponico e può essere quindi configurato come una delle forze che si affianca o sostituisce *tout court* il diritto. Come si è potuto constatare, soffermando brevemente l'attenzione sulla filosofia confuciana applicata in Giappone e analizzando il *giri*, il diritto, inteso alla maniera occidentale come *rule of law*, non trova un suo omologo nella cultura giapponese. “Non amiamo il diritto in Giappone” scrive Noda, l'illustre autore giapponese precedentemente citato¹⁰, e un altro importante intellettuale giapponese del XX secolo, Kōtoku Shusui formula un pensiero analogo e scrive: “Noi giapponesi non abbiamo amore nei confronti della legge. Noi speriamo di vedere un giorno tutte le leggi diventare non necessarie”. Queste dichiarazioni possono essere considerate come la esplicitazione del comune sentire di tutto il Giappone.

Dalla ricostruzione innanzi svolta discende che in quei contesti l'idea di diritto è un'idea intuitiva, innata, immutabile, vicina alla natura più che protesa verso l'efficienza. Gli orientali, come atteggiamento mentale, si concentrano sul “dato” più che sul “costruito”. Noda scrive¹¹ che l'antitesi tra modello giuridico occidentale e modello orientale può essere espressa con il contrasto, teorizzato dal filosofo francese Blaise Pascal, esistente tra pensiero geometrico e pensiero sottile. Noda prosegue affermando che il tempo in cui viviamo è il tempo della supremazia dell'*esprit de géométrie*, tanto che i popoli dell'estremo Oriente non sono riusciti a resistere alla dominazione totale del pensiero geometrico e prova ne è il fatto che si sono dotati di codici e leggi alla maniera occidentale. L'autore conclude con un auspicio ricco di suggestioni e simbolismi. Si augura che venga ristabilito un bilanciamento tra questi due mondi così distanti: quello del diritto come mezzo/regola di soluzione di conflitti tra uomini e quello basato su un ordine naturale “dato” che, se rispettato fino in fondo, non contempla nemmeno la possibilità che tra uomini possano sorgere contrasti.

¹⁰ Y. NODA, *Introduction au droit japonais*, Paris, 1966, pp. 175 ss.

¹¹ Y. NODA, *The far eastern*, cit., p. 135.



NOTE E RECENSIONI

AUTODETERMINAZIONE E CURE MEDICHE IL TESTAMENTO BIOLOGICO di Gelsomina Salito

ERSILIA TROTTA

La monografia “*Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*” curato da Gelsomina Salito, arricchisce la collana “Comparazione e Diritto Civile” diretta da Gabriella Autorino e da Pasquale Stanzone, di un accurato lavoro sulle tematiche etiche.

L'autrice mostra grande sensibilità e tecnicismo giuridico nell'affrontare le problematiche connesse alle scelte esistenziali della persona e che coinvolgono le fasi della sua esistenza umana. L'opera, attraverso il richiamo al concetto – elaborato da Savigny - di “diritto originario” del soggetto sulla propria vita, si proietta verso la idealizzazione di un consequenziale “diritto alla morte” connotato di dignità e rispetto per la persona umana.

La materia rende palese un evidente contrasto fra bisogno di diritto e rispetto della libertà individuale, talché la contrapposizione fra regola ed autonomia tormenta la giurista, combattuta tra il bisogno di disciplinare e regolamentare la materia ed il rispetto della libertà umana nelle scelte di vita che coinvolgono la stessa dignità, anche nella morte.

Sapientemente l'autrice ci conduce lungo le impervie strade della *querelle* giuridica affrontando gli aspetti controversi dell'apparente contraddittorietà fra le istanze laiche di libertà che esaltano la preminenza dell'essere nelle singole manifestazioni dell'io, e quelle etico-morali di indisponibilità del bene “vita”.

La vita – quale “diritto presupposto” ed immanente della persona – si scontra, però, col concetto di autodeterminazione individuale nelle scelte esistenziale di fine vita, laddove le moderne tecniche di rianimazione, mettendo in crisi la signoria della persona sulla vita, inducono ad ipotizzare una “non vita” prima della morte. Tale evoluzione concettuale trova sostegno nella constatazione eraclitea che la morte, quale attimo in cui il soggetto smette di esistere, va tenuta distinta dalla nozione di “fine vita” che non scandisce un unico istante dell'esistenza umana – quello, cioè, coincidente con l'irreversibile cessazione di tutte le funzioni vitali – ma, all'opposto, si identifica con tutta la fase terminale della vita colmando il varco temporale connotato dal lento degrado che segna il passaggio dalla vita alla morte.

L'autrice, quindi, pur nel silenzio assoluto del costituente, ci proietta verso una convinta asserzione dell'immanenza del diritto alla vita, quale bene indisponibile costituente l'essenza stessa della persona umana, “valore da affermare e proteggere, *prius* logico e cronologico rispetto a ciascun'altra regola e principio, vertice dell'ordinamento costituzionale di cui rimodella e condiziona l'interpretazione in senso esistenzialistico” (p.21). Tale impostazione consente di ravvisare nel diritto alla vita, uno strumento di tutela della dignità umana idoneo a legittimare giuridicamente il potere di autodeterminazione del singolo rispetto alle scelte di fine vita. Tale ricostruzione dogmatica rinviene il proprio fondamento nel combinato disposto dell'art. 32 con gli artt. 2 e 13 cost. che, pur non



assolutizzandone il potere, consentono l'esercizio del diritto all'autodeterminazione sanitaria attraverso la manifestazione cosciente e consapevole di volontà, "il c.d. consenso informato".

Il lavoro fornisce una ricostruzione attenta e puntuale delle problematiche connesse alla manifestazione del consenso informato quale strumento di autodeterminazione del paziente, premettendo un'accurata indagine sull'eutanasia contrapposta all'accanimento terapeutico, discorrendo di liceità della condotta medica tra rispetto del codice deontologico che impone al sanitario l'attuazione di un'assistenza atta a lenire la sofferenza fisica e psichica del malato, ed il dovere di rispettare la volontà consapevole del paziente, anche di fronte alle scelte di interruzione delle cure.

Affinché possa discorrersi di consenso consapevole, il paziente deve essere adeguatamente informato dal proprio medico secondo "criteri soggettivi ponderati" idonei a fornirgli una reale conoscenza del suo stato di salute. Ne discende una visione evolutiva della figura del "paziente" che, abbandonando le proprie origini etimologiche, si proietta attivamente nelle scelte sanitarie, con-dividendo e cooperando col proprio medico in funzione partecipativa, realizzando, così, un'alleanza terapeutica.

Risente di tale impostazione anche l'indagine sulla figura del *living will*, testamento biologico, ossia le cc.dd. dichiarazioni anticipate di trattamenti sanitari *pro futuro*, destinate ad essere ricevute ed eseguite solo laddove l'autore, affetto da malattia allo stadio terminale o da *deficit* cerebrale irreversibile ed invalidante, non fosse in grado di esprimere un valido consenso o rifiuto al trattamento sanitario.

Con grande acutezza e sensibilità l'autrice pone in evidenza le criticità dell'istituto che, pur rappresentando uno strumento di garanzia del diritto di autodeterminazione della persona "ora per allora", rischia – fra i grovigli dell'ipoteticità e soggettività dell'interpretazione *ex post* – di non assicurare la volontà dell'autore e, nel contempo, di ledere il legittimo diritto (impropriamente detto) di "obiezione di coscienza" garantito dal Codice deontologico al singolo professionista.



GIURISPRUDENZA

ASSICURAZIONE (CONTRATTO DI) – Intervento in causa e litisconsorzio

CASS. CIV. SEZ. UNITE, SENT., 4 DICEMBRE 2015, N. 24707

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -

Dott. ODDO Massimo - Presidente di Sez. -

Dott. RORDORF Renato - Presidente di Sez. -

Dott. DI AMATO Sergio - Consigliere -

Dott. CAPPABIANCA Aurelio - Consigliere -

Dott. NOBILE Vittorio - Consigliere -

Dott. AMBROSIO Annamaria - Consigliere -

Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -

Dott. FRASCA Raffaele - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 26585-2008 proposto da:

Coop. La Generale Servizi S.c. a r.l., in persona del suo Presidente e legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA F. CONFALONIERI 5, presso lo studio dell'avvocato GISMONDI GHERARDO MARIA, rappresentata e difesa dall'avvocato PALUMBI ANDREA, giusta mandato a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

B.S. e F.M.P., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA SILVIO PELLICO 44, presso lo studio dell'avvocato DE SIMONE ANTONIO FERDINANDO, che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati LUCENTE ROSA e CIROCCO LILIANA, giusta procura

in calce al controricorso;

- controricorrenti -

e contro

Società Cattolica di Assicurazione Coop. a r.l.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 2221/2007 del TRIBUNALE di BOLOGNA, depositata il 24/09/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/06/2015 dal Consigliere

Dott. RAFFAELE FRASCA;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. APICE Umberto, che ha chiesto il rigetto del ricorso.



Svolgimento del processo

1. B.S. e F.P. nel marzo del 2003 convenivano in giudizio dinanzi al Giudice di Pace di Bologna la Coop. La Generale Servizi a r.l. chiedendo la sua condanna al risarcimento del danno sofferto in occasione dell'esecuzione da parte della stessa di un trasloco di mobilio avvenuto nel gennaio del 2002.

Gli attori quantificavano il danno in Euro 2.094,80 rappresentanti la maggior somma rispetto a quella di Euro 2.600,00 che era stata loro risarcita stragiudizialmente dall'assicuratrice della convenuta, Società Cattolica di Assicurazione Coop. a r.l., e che reputavano non soddisfacente, in ragione delle spese legali e di perizia di parte che avevano sostenuto.

1.1. La convenuta si costituiva e chiedeva che il giudice adito disponesse la chiamata in causa della sua assicuratrice per sentirla dichiarare tenuta, in forza della polizza assicurativa con essa stipulata, al pagamento di quanto fosse stata tenuta a corrispondere agli attori. Sull'assunto che gli attori non avevano pagato alcun corrispettivo per la prestazione eseguita, in via riconvenzionale la convenuta chiedeva, altresì, la loro condanna al pagamento della somma risultante all'esito dell'istruzione.

Il Giudice di Pace autorizzava la convenuta a chiamare in causa la sua assicuratrice ed a seguito della chiamata essa si costituiva e chiedeva respingersi la domanda per la somma eccedente quella a suo tempo pagata stragiudizialmente, che riconosceva di avere corrisposto.

1.2. All'esito dell'istruzione il Giudice di Pace, riconosciuta l'esistenza dell'inadempimento della sua prestazione da parte della convenuta, quantificava il danno residuo in Euro 1.424,80 e condannava la convenuta "e per essa" la società assicuratrice "in forza del contratto di assicurazioni" al pagamento di detta somma. La domanda riconvenzionale della convenuta veniva, invece, rigettata.

2. La sentenza veniva appellata dalla società assicuratrice, sia perchè aveva riconosciuto talune voci di danno che a suo dire esulavano dalla copertura prevista dalla polizza, sia perchè comunque i danni riconosciuti non erano stati provati dall'istruttoria. Nell'atto di appello, notificato sia agli attori che alla convenuta, si chiedeva che in riforma della sentenza di primo grado fosse dichiarato che nulla era dovuto in eccedenza rispetto alla somma riconosciuta stragiudizialmente.

2.1. Si costituiva la cooperativa assicurata contestando la fondatezza dell'appello, salvo quanto al profilo inerente la prova del danno, e svolgendo appello incidentale riguardo al rigetto della domanda riconvenzionale di condanna al pagamento del corrispettivo.

In subordine chiedeva che fosse riconosciuta l'operatività della garanzia e che l'appellante principale venisse condannata al risarcimento del danno nella misura ritenuta adeguata dal giudice.

Gli attori B. - F. si costituivano e chiedevano la conferma della sentenza di primo grado.

3. Il Tribunale di Bologna, decidendo gli appelli, con sentenza del 24 settembre 2007, esaminava preliminarmente l'appello incidentale e lo rigettava reputando che l'inadempimento della società cooperativa fosse stata di tale importanza da escludere qualsiasi utilità della sua prestazione e dunque il diritto al corrispettivo.

Esaminava, quindi, l'appello principale della società assicuratrice e lo accoglieva quanto al motivo sul difetto di prova del quantum del preteso danno e, in riforma della sentenza di primo grado, "revocava" la condanna nei confronti della medesima, mentre osservava che "poichè l'appello incidentale della cooperativa riguarda soltanto la domanda riconvenzionale e non la propria condanna, questa rimane".

4. Avverso tale sentenza proponeva ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, la Coop.



La Generale Servizi contro il B. e la F. e contro la Cattolica Assicurazioni.

Resistevano congiuntamente al ricorso con controricorso il B. e la F..

5. La trattazione del ricorso veniva fissata dinanzi alla Terza Sezione Civile della Corte ed il Collegio, all'esito della camera di consiglio del 15 maggio 2014, con ordinanza interlocutoria n. 16780 del 23 luglio 2014, rimetteva il fascicolo al Primo Presidente ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 3 per l'eventuale assegnazione della sua trattazione alle Sezioni Unite, ravvisando per la decisione del ricorso quanto al terzo motivo la necessità della soluzione di una questione di particolare importanza.

6. Il Primo Presidente ha assegnato la trattazione alle Sezioni Unite.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5 "insufficiente motivazione" e si censura la sentenza impugnata là dove, dopo avere disposto la riforma della sentenza di primo grado "revocando la condanna dell'assicurazione" "per difetto di prova del quantum" ha soggiunto che "poichè l'appello incidentale della cooperativa riguarda soltanto la domanda riconvenzionale e non la propria condanna, questa rimane".

La censura è svolta assumendosi che la formula usata sarebbe stata "sibillina e laconica" e non consentirebbe di comprendere il processo logico-giuridico che ha portato il Tribunale alla statuizione ed in particolare se la mancata revoca della condanna della ricorrente sia stata dovuta all'applicazione dell'art. 329 c.p.c., comma 2, o ad altro motivo. D'altro canto - si sostiene - nessun riferimento viene fatto all'atto di appello ed alla precisazione delle conclusioni ed alla conclusionale, di modo che non sarebbe dato comprendere perchè non sia stato considerato come specifico motivo di appello quanto riportato a pagina 3 della comparsa di costituzione in cui si era detto che "per quanto attiene il punto 4^o dell'appello" principale della società assicuratrice, che trattava proprio la questione della mancanza di prova oltre che dell'are, del quantum, "ci si associa alle richieste ed agli assunti di parte appellante".

Nessuna motivazione la sentenza impugnata avrebbe inoltre enunciato - nel discostarsi, a dire dei ricorrenti, dall'orientamento prevalente di questa Corte "secondo il quale, nel caso di un giudizio di risarcimento del danno dove vi sia stata chiamata in garanzia ex art. 1917 c.c. e vi sia stata una condanna solidale di garante e garantito, l'appello proposto dalla Compagnia coinvolge anche la posizione del garantito, non essendo possibile scindere le due posizioni".

2. Con il secondo motivo si prospetta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4 "nullità della sentenza ex art. 161 c.p.c. per errore di fatto".

Vi si sostiene che erroneamente il Tribunale avrebbe ritenuto che la ricorrente non aveva proposto appello contro la sentenza di primo grado quanto alla propria condanna. L'appello si sarebbe dovuto scorgere, invece, nel passo della comparsa di costituzione già evocato nel motivo precedente, in cui essa si era associata alle richieste dell'appellante principale di cui al punto 4 del suo atto di appello, intitolato "carenza di prova" e relativo alla constatazione della sua sussistenza anche sul quantum. D'altro canto, si argomenta, del tutto irrilevante sarebbe il fatto che nelle conclusioni della comparsa non vi fosse stato il richiamo a detta associazione.

3. Con il terzo motivo si fa valere, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3 "errata applicazione degli artt. 102 e 336 c.p.c. e art. 1917 c.c.".

Sulla premessa che la Cattolica Assicurazioni sia stata chiamata in causa ai sensi dell'art. 1917 c.c. e che tale tipo di chiamata integri un'ipotesi di cd. garanzia propria (all'uopo viene evocata Cass. sez. un. n. 13968 del 2004), vi si prospetta che, per effetto della chiamata sa-



rebbe insorto un rapporto di cd. litisconsorzio necessario processuale, in quanto unico sarebbe il fatto generatore della responsabilità di cui si discorre in causa e, anche se i titoli di responsabilità sarebbero distinti riguardo all'azione principale ed a quella di chiamata in garanzia, per quella ragione fra l'azione principale e la chiamata in garanzia vi sarebbe un vincolo di inscindibilità e di interdipendenza. Ne seguirebbe che, una volta accertato che gli attori non avevano provato il danno e che, dunque, non esisteva una responsabilità per mancanza del fatto generatore, tale mancata prova riguardava in primis essa assicurata, conseguendone che a torto il Tribunale non aveva revocato la condanna nei suoi confronti, siccome imponevano gli artt. 102 e 336 c.p.c. e l'art. 1917 c.c..

4. Nel rimettere al Primo Presidente il fascicolo, la Terza Sezione Civile ha motivato l'esistenza di una questione di particolare importanza, osservando quanto segue:

"ritenuto che con l'ultima doglianza, articolata sotto il profilo della errata applicazione degli artt. 102 e 336 c.p.c. e art. 1917 c.c., la ricorrente, premesso che tra l'azione principale e quella di chiamata in garanzia vi fosse un vincolo di inscindibilità ed interdipendenza, ha dedotto che il giudice di appello, revocata la condanna nei confronti della compagnia assicuratrice, avrebbe dovuto revocare anche la condanna della garantita, pur in mancanza di una sua specifica impugnazione; ritenuto che la censura esposta si richiama all'orientamento giurisprudenziale secondo cui, "con riferimento alla posizione dell'assicuratore della responsabilità civile (fuori dell'ambito dell'assicurazione obbligatoria), quale è configurata dall'art. 1917 c.c., ricorre una ipotesi di garanzia propria, atteso che il nesso tra la domanda principale del danneggiato e la domanda di garanzia dell'assicurato verso l'assicuratore è riconosciuto sia dalla previsione espressa della possibilità di chiamare in causa l'assicuratore sia dallo stesso regime dei rapporti tra i tre soggetti contenuto nell'art. 1917 c.c., comma 2. Infatti, nelle ipotesi in cui sia unico il fatto generatore della responsabilità come prospettata tanto con l'azione principale che con la domanda di garanzia, anche se le ipotizzate responsabilità traggono origine da rapporti o situazioni giuridiche diverse, si versa in un caso di garanzia propria che ricorre solo ove il collegamento tra la posizione sostanziale vantata dall'attore e quella del terzo chiamato in garanzia sia previsto dalla legge disciplinatrice del rapporto". (Sez. Un. n. 13968/04, conforme Cass. n. 25581/2011); ritenuto che siffatto principio incontra, nella giurisprudenza di legittimità, numerose eccezioni, essendosi statuito, in senso contrario, che la chiamata in causa dell'assicuratore della responsabilità civile, da parte dell'assicurato convenuto dal terzo danneggiato, ai sensi dell'art. 1917 c.c., comma 4, costituisca invece l'ipotesi archetipica di chiamata in garanzia impropria, con la conseguenza, ai fini dell'estensione soggettiva del giudicato - questione che rileva nella vicenda processuale in esame - che se nel giudizio di appello l'assicuratore impugna la responsabilità del proprio assicurato, ma altrettanto non fa quest'ultimo, l'accoglimento dell'appello del primo non si estende all'altro (ex multis Cass. n. 10919/2011; n. 6896/2008, n. 14813/2006; n. 5671/2005, n. 9136/1997). Infatti, mancando da parte del convenuto rimasto soccombente l'impugnazione della pronuncia sulla causa principale, il giudicato che si forma sulla stessa non estende i suoi effetti al chiamato in garanzia impropria in ordine al rapporto con il chiamante, ed il chiamato può impugnare la statuizione sul rapporto principale solo nell'ambito del rapporto di garanzia e per i riflessi che la decisione può avere su di esso, senza che si verifichi alcuna estensione soggettiva a beneficio dell'assicurato (Cass. n. 1680/2012, n. 2757/2010, n. 13684/06, n. 1077/2003); ritenuto peraltro che, se anche si volesse aderire al principio di diritto statuito dalle Sezioni Unite n. 13968/04, resta da chiedersi se a tal fine, in relazione alla fattispecie normativa prevista dall'art. 1917 c.c., possano ritenersi sufficienti la possibile chiamata in causa dell'assicuratore, da parte dell'assicurato



(u.c.), ed il fatto che l'assicuratore abbia la facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta ovvero l'obbligo di pagamento su richiesta dell'assicurato, per ritenere sussistente un collegamento sostanziale tra la posizione dell'attore e dell'assicuratore, così da ritenere configurabile un'ipotesi di garanzia propria, laddove il legislatore dell'art. 1917 c.c., non prevede invece un collegamento diretto ed immediato tra assicuratore e terzo danneggiato, che non passi necessariamente attraverso l'indispensabile intermediazione e la volontà favorevole dell'assicurato, al quale soltanto, secondo la previsione legislativa, sembra rimessa la facoltà di stabilire un rapporto tra assicuratore e terzo, così da giustificare l'inscindibilità delle cause; ritenuto peraltro che, con recente decisione, le stesse Sezioni Unite hanno statuito che "ai fini dell'applicazione dell'art. 6, comma 2 della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968, ratificata e resa esecutiva con L. 21 giugno 1971, n. 804 - il quale prevede che, qualora sia proposta un'azione di garanzia o una chiamata di un terzo nel processo, il convenuto può essere citato davanti al giudice presso il quale è stata proposta la domanda principale, semprechè questa ultima non sia stata proposta per distogliere il convenuto dal giudice naturale del medesimo - è irrilevante la distinzione tra garanzia propria e impropria". (Sez. Un. n. 8404/2012); ritenuto che la decisione appena richiamata sembra indicare uno specifico indirizzo, ancorchè riferito alla soluzione della sola questione di giurisdizione, che tuttavia svaluta la distinzione tra garanzia propria e garanzia impropria, con possibili ricadute sulla struttura del processo e sui diritti processuali dei partecipanti al rapporto sostanziale; ...".

Sulla base di tali motivazioni, la Terza Sezione ha "ritenuto che non possa spettare alla sezione ordinaria di stabilire se siffatta distinzione possa tuttavia rilevare anche ove si tratti di rapporto sorto e concluso all'interno del territorio nazionale, e dunque spettante alla giurisdizione nazionale, giacchè un eventuale revirement sul punto, pur limitato ai rapporti soggetti, nel senso indicato, alla giurisdizione domestica, non potrebbe che essere operato dalle Sezioni Unite".

5. La questione posta dal primo motivo di ricorso, cioè che il Tribunale non abbia motivato l'assunto di cui la ricorrente si duole, risulta posta in modo non adeguato rispetto al paradigma dell'art. 360 c.p.c..

Infatti, quella che è stata definita insufficienza di motivazione concerne la soluzione di un problema relativo al modo di essere della disciplina del procedimento e particolarmente sull'applicazione della normativa processuale rilevante per stabilire se, nella situazione con cui il giudizio era stato devoluto al giudice d'appello, il Tribunale abbia errato nel ritenere che la qui ricorrente, non avendo svolto un appello incidentale, non potesse giovare dell'accoglimento dell'appello a favore della società assicuratrice da essa chiamata in garanzia per una ragione inerente il rapporto determinativo della responsabilità civile della stessa ricorrente riguardo al quale la garanzia assicurativa risultava invocata: tale, infatti, era la mancata dimostrazione del quantum del danno sofferto.

Ne segue che, non inerendo la pretesa insufficienza motivazionale alla risoluzione di una quaestio facti rilevante direttamente od indirettamente come oggetto della controversia, bensì ad una quaestio iuris concernente l'applicazione della normativa processuale regolatrice delle modalità della devoluzione in appello del cumulo di controversie verificatosi in primo grado, essa si correla, anche là dove concernesse l'esatta ricognizione del fatto processuale rilevante, cioè delle condotte processuali idonee rilevanti per la devoluzione al giudice d'appello, sempre ed esclusivamente al paradigma dell'art. 360 c.p.c., n. 4.

Infatti, tale paradigma, quando prevede come motivo di ricorso per cassazione la nullità



della sentenza o del procedimento allude ad un vizio della sentenza: a) che può essere derivato in primo luogo dalla violazione di una norma processuale regolatrice della sentenza come atto del processo o di una norma regolatrice del procedimento, che sia rivelata dal ragionamento con cui il giudice di merito ha interpretato quelle norme in via astratta; b) che invece può essere stato provocato dalla falsa applicazione di dette norme, sebbene correttamente in astratto interpretate, in relazione alla situazione fattuale in cui versava il processo, come tale emergente dalla stessa motivazione resa dal giudice di merito, cioè dai ragionamenti che esso ha svolto al riguardo; c) che sia rivelato in entrambe le ipotesi sub a) e sub b) da una motivazione che, piuttosto che erronea, risulti insufficiente o contraddittoria; d) che emerga dalla motivazione enunciata dal giudice perchè essa si rivela insufficiente o illogica non nel ragionamento in iure, bensì sul preliminare ragionamento in facto relativo alla ricostruzione del modo di essere del fatto processuale riguardo al quale la questione della nullità o della violazione di norma del procedimento rilevavano.

Anche in quest'ultimo caso l'errore motivazionale concernente la ricostruzione del detto fatto processuale si colloca sempre nel paradigma dell'art. 360 c.p.c., n. 4 (o, per le questioni processuali di cui all'art. 360 c.p.c., nn. 1 e 2 all'interno di tali paradigmi).

6. Tanto premesso, la questione posta con il primo motivo va ricondotta all'art. 360 c.p.c., n. 4 e può esserlo alla stregua di Cass. sez. un. n. 17931 del 2013, giacchè la denuncia di insufficienza della motivazione con cui il Tribunale ha detto che la condanna disposta in primo grado a favore degli attori e nei confronti della cooperativa qui ricorrente doveva restare ferma perchè non attinta da un appello incidentale si risolve nella denuncia di un vizio motivazionale della sentenza nel ragionamento giuridico enunciativo della necessità di un appello incidentale nella specie e, dunque, della motivazione in iure postulante quella necessità.

Come tale la questione dell'insufficienza motivazionale si presta ad essere esaminata congiuntamente all'esame del terzo motivo, che postula appunto che un appello incidentale non fosse necessario.

7. Anche la questione prospettata con il secondo motivo, cioè che il Tribunale, una volta postosi nella logica della necessità dell'appello incidentale, non abbia attribuito il valore di un appello incidentale all'essersi l'appellata qui ricorrente associata alle richieste ed agli assunti dell'appellante società assicuratrice in ordine alla mancanza di dimostrazione del quantum debeat, si presta alla stessa valutazione di riconducibilità della censura all'art. 360, n. 4 atteso che si addebita alla sentenza impugnata di non avere apprezzato il fatto processuale di quell'associazione, pur disgiunto dalla proposizione di un appello incidentale *expressis verbis* (proposto invece con riferimento al rigetto della domanda riconvenzionale), comunque come un appello incidentale, cioè di avere essersi rifiutata di sussumere sotto la norma regolatrice della forma dell'appello incidentale (art. 343 c.p.c.) un fatto processuale che avrebbe potuto intendersi come appello incidentale o di non averlo esattamente percepito come tale ai fini del procedimento di sussunzione da seguirsi nella verifica della ritenuta necessità che un appello del genere fosse necessario.

Anche tale questione si presta ad essere esaminata in seno, o meglio dopo quella posta dal terzo motivo, atteso che, se la necessità di un appello incidentale fosse esclusa, secondo la sollecitazione espressa da tale motivo, essa verrebbe meno, mentre resterebbe rilevante in caso contrario.

8. La questione che le Sezioni Unite sono chiamate a risolvere concerne una vicenda processuale che si inserisce all'interno delle questioni generali che riguardano il processo cumulativo che si realizza a seguito del fenomeno che il codice di rito disciplina sub specie di



modalità di insorgenza nella norma dell'art. 106 c.p.c., rubricata "intervento ad istanza di parte" individuandola all'interno di essa, accanto all'ipotesi di comunanza di causa, come "chiamata in garanzia" (siccome rivelano le parole secondo cui "ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo ... dal quale pretende di essere garantita"). Una possibile evoluzione del cumulo è, poi, regolata dall'art. 108 c.p.c., norma rubricata "estromissione del garantito".

Com'è noto il Codice si occupa, peraltro, della figura particolare della chiamata in garanzia anche in un'altra norma, cioè nell'art. 32 c.p.c., che è inserita nella sezione quinta del capo primo del titolo primo del libro primo, dedicata alle modificazioni della competenza per ragioni di connessione.

E' noto pure che la dottrina, anche sulla scorta dei lavori preparatori del codice (si veda, per esempio, la relazione preliminare al cd. Progetto Solmi) e nel solco di indagini che si erano avute già nel vigore nella disciplina della cd. "garanzia" contenuta negli artt. 193 e ss. c.p.c. 1865, nello sforzo di individuare le fattispecie riconducibili alla figura della chiamata in causa in garanzia, ha da sempre distinto ipotesi dette di cd.

garanzia propria ed ipotesi di cd. garanzia impropria, individuando il discrimine fra le une e le altre sostanzialmente con riferimento all'atteggiarsi della relazione (e, quindi, nella connessione) fra i due rapporti giuridici che sono necessariamente presenti nella figura, quello garantito e quello di garanzia.

8.1. Le prime sono state ravvisate in quei casi nei quali la struttura tipica dell'azione di garanzia sotto il profilo funzionale - che è sempre la pretesa a che taluno si faccia carico verso un soggetto, sulla base di un rapporto che dicesi di garanzia, delle conseguenze sfavorevoli patite da quel soggetto sulla base di altro rapporto giuridico verso altro soggetto e, quindi, se esse si sono verificate all'esito del giudizio su di esso, della sua soccombenza verso quest'altro soggetto - trova una giustificazione già nella previsione di una norma che stabilisce essa stessa un collegamento fra il rapporto giuridico garantito ed il rapporto giuridico di garanzia.

Le seconde sono state invece ravvisate in quelle ipotesi nelle quali l'operare del meccanismo strutturale della garanzia non ha un referente per così dire preliminare ed astratto in una norma che prevede il collegamento fra il rapporto garantito e quello di garanzia, ma emerge perchè un fatto storico, insorto nell'ambito di un rapporto giuridico fra due soggetti e sfavorevole ad uno di essi, integra, come accadimento della vita, e, quindi, in via del tutto occasionale, il presupposto per cui in un diverso rapporto, che lega quel soggetto ad un altro, è previsto (per lo più, si dice, in via negoziale) che una certa tipologia di fatti, cui quel fatto risulta ex post riconducibile, dia luogo all'insorgenza a favore del soggetto dell'altro rapporto ad un dovere di prestazione di garanzia, cioè di farsi carico delle conseguenze negative del fatto sfavorevole.

8.2. E' altrettanto noto che nell'ambito delle figure della garanzia cd. propria la dottrina, sia essa poi favorevole o no alla distinzione, ha individuato essenzialmente due figure, quella della cd. garanzia formale, che ha radice o in una relazione fra rapporti per cui, essendo uno derivato - in senso lato - dall'altro, è la stessa normativa a regolare la derivazione in modo che la bontà di essa sia appunto "garantita" dal dante causa all'avente causa (come negli acquisti a titolo derivativo che comportino il trasferimento di ma diritto: esempi artt. 1483 e 1266 c.c.; e come nell'acquisto di un diritto personale di godimento su un bene, che comporta la garanzia del diritto a tale godimento: art. 1586 c.c.), e quella della cd.

garanzia semplice, nella quale la prestazione di garanzia si ricollega all'esistenza a livello normativo, fra garante e garantito, di un rapporto giuridico per cui, in relazione all'esecu-



zione da parte del secondo di una prestazione verso un terzo, il primo sia a sua volta tenuto a farsene carico verso il secondo (esempi: azione di regresso del condebitore nelle obbligazioni solidali: art. 1298 c.c.;

azione di regresso del fideiussore verso il debitore principale: art. 1950 c.c.).

Come esempio di cd. garanzia impropria è, poi, altrettanto noto che si evoca tradizionalmente la fattispecie della responsabilità per vendite cd. a catena.

Anche la giurisprudenza ha da sempre accettato la distinzione fra le ipotesi di garanzia propria e quelle di garanzia impropria.

Sulla scorta di opinioni dottrinali che lo avevano così individuato nel vigore del codice del 1865 e nello sforzo di individuare un criterio discretivo fra la prima e la seconda, lo ha ravvisato ravvisandolo nella circostanza che nella prima ipotesi ricorrerebbero sempre indici normativi di un collegamento fra il rapporto principale garantito ed il rapporto di garanzia. Sarebbero allora direttamente tali indici ad evidenziare una ragione di connessione, già presente a livello normativo, fra la fattispecie costitutiva del rapporto principale e quella del rapporto di garanzia sotto il profilo della presenza di un fatto comune, che nel primo genererebbe la responsabilità di un soggetto, il garantito, e nel secondo assumerebbe il valore di fatto costitutivo o di uno dei fatti costitutivi della debenza della garanzia.

Siffatti indici normativi, invece, non sarebbero rinvenibili nelle fattispecie di garanzia impropria.

Il discrimine, però, come bene è stato sottolineato, risulta così più apparente che reale, perchè, sebbene solo ex posi - cioè solo quando la fattispecie concreta oggetto sia del rapporto che assume la consistenza di rapporto garantito e quella oggetto del rapporto che assume la funzione di rapporto di garanzia si verificano - anche nella garanzia impropria la comunanza di un fatto è necessaria per l'operare della garanzia. Essa è solo rivelata non dalle fattispecie normativa regolatrici dei due rapporti, sebbene sempre all'esito della realizzazione di tali fattispecie in concreto, bensì esclusivamente dalla loro, per così dire, effettiva concretizzazione, la quale essa sola, potrebbe dirsi casualmente, determina la relazione di garanzia.

In pratica nelle ipotesi di garanzia propria la relazione di garanzia fra due rapporti è descritta già a livello normativo, ma ciò non toglie che le due fattispecie si debbano realizzare in concreto perchè il fenomeno della garanzia operi. Nelle ipotesi di garanzia impropria quella relazione non è percepibile già a livello normativo, ma si rivela quando le fattispecie concrete dei due rapporti si verificano. Nella vendita a catena sia la prima che la seconda e la terza vendita, se considerate a livello normativo, non rivelano la relazione di garanzia per cui se il terzo venditore sia tenuto ai danni per i vizi della cosa venduta verso il compratore finale, può rivalersi verso il secondo venditore ed a sua volta questi verso il primo, che risulti anche produttore del bene. Nello schema normativo di ciascuna vendita è contemplata invece la garanzia di bontà della res come tale, ma non risulta descritta la possibilità che essa sia ceduta dall'acquirente che a sua volta assuma la posizione di venditore ad un terzo e così via. Queste sono eventualità che se si verificano determinano solo in via fattuale, per le azioni risarcitorie esercitate dai successivi acquirenti, l'insorgenza della pretesa di ciascun acquirente verso l'altro fino a quello originario che da alcuno ha ricevuto. Se il primo acquirente non ceda a sua volta la res ad altri e non abbiano luogo vendite successive a catena, la pretesa risarcitoria derivante dalla fornitura di un bene inadeguato sarà comunque dovuta in base alle norme regolatrici della vendita.

8.3. La figura di garanzia in cui si inserisce la controversia di cui è processo, quella - disciplinata dall'art. 1917 c.c. - del danneggiarne che, evocato dal danneggiato per il risarcimento del danno, avendo stipulato un contratto di assicurazione per la propria responsabilità civi-



le, chiami in giudizio l'assicuratore perchè gli assicuri la prestazione di garanzia consistente nel tenerlo indenne dalle conseguenze di tale responsabilità e, quindi, se il danneggiato abbia agito in giudizio, della soccombenza verso di lui e, perciò, dalla condanna al risarcimento del danno in suo favore, è stata per lungo tempo il banco di prova della distinzione fra l'una e l'altra tipologia di garanzia ed è stata, com'è noto, a lungo ricondotta all'ambito della garanzia impropria.

E ciò anche dalla giurisprudenza di questa Corte.

Peraltro, Cass. sez. un. n. 13968 del 2004 ne ha prospettato al contrario la qualificazione in termini di garanzia propria con una motivazione che ha, peraltro, dato luogo a reazioni opposte della dottrina. Detta qualificazione non è stata, peraltro, sempre condivisa nemmeno dalla successiva giurisprudenza delle Sezioni Semplici, come ha evidenziato anche l'ordinanza della Terza Sezione Civile.

8.4. E' pure noto che le conseguenze applicative della distinzione fra garanzia propria e garanzia impropria si sono concretate tanto nella dottrina che nella giurisprudenza di questa Corte ad essa favorevoli nell'escludere nel caso della garanzia impropria innanzitutto l'applicabilità dell'art. 32 c.p.c. e dell'art. 108 (si veda quanto a quest'ultima norma Cass. n. 5478 del 1998 e, quindi, la citata sentenza delle Sezioni Unite), e sebbene in modo non sempre assoluto, dell'art. 331 c.p.c. (si vedano, per esempio, da ultimo, per l'esclusione: Cass. n. 18044 del 2013 e 24132 del 2013; a favore dell'applicazione, sebbene nel caso in cui il terzo chiamato abbia svolto contestazioni riguardo al rapporto principale e sempre da ultimo: Cass. n. 20552 del 2014).

8.5. V'è da registrare in fine che Cass. sez. un. 5965 del 2009 e successivamente Cass. sez. un. n. 8404 del 2012, sulla scorta di fonti di rilievo comunitario e della giurisprudenza UE, hanno rilevato che in quella cornice la distinzione non può essere foriera di alcuna rilevanza: tali arresti, peraltro, hanno riguardato l'esclusione di una sua incidenza ai fini della individuazione della giurisdizione.

9. Ritengono ora queste Sezioni Unite, condividendo le critiche alla distinzione rivolte da dottrine che, già minoritarie, sembrano ora avere acquisito maggiore consistenza, che la distinzione debba essere mantenuta soltanto a livello descrittivo delle varie fattispecie di garanzia ma possa e debba essere abbandonata - sia agli effetti dell'art. 32, sia agli effetti dell'art. 108 c.p.c., sia agli effetti dell'art. 331 c.p.c. - a livello di conseguenze applicative e ciò perchè non esistono ragioni normative che giustificano differenze sotto tale aspetto.

9.1. Per iniziare a dar conto di tale affermazione è necessario prendere le mosse dagli artt. 32 e 106 c.p.c..

Si deve in primo luogo notare che il cumulo fra causa principale e causa di garanzia cui allude l'art. 32 c.p.c., sia per l'ambiente in cui è collocato, il quale si occupa del problema della individuazione della competenza, sia e soprattutto per come è descritto con le parole secondo cui "la domanda di garanzia può essere proposta al giudice competente per la causa principale", potrebbe sembrare riferibile al solo caso - ipotizzato come possibile anche dalla dottrina - in cui lo stesso soggetto, cioè l'attore, proponga una domanda principale contro un certo convenuto ed una domanda di garanzia in funzione di essa rispetto ad un terzo.

L'art. 106 c.p.c. suppone invece certamente che la chiamata in garanzia avvenga in un processo già pendente e riferisce il potere di chiamata sia all'attore che al convenuto, posto che fa riferimento all'uopo a "ciascuna parte". Allude, quindi, sia all'ipotesi in cui la chiamata del terzo in garanzia sia fatta dalla parte convenuta in un giudizio, sia all'ipotesi in cui essa sia fatta dall'attore, evidentemente per un'esigenza originata dalla difesa della parte convenuta concretatasi in una domanda riconvenzionale.



Peraltro, l'art. 32, letto nella sua interezza, non consente la lettura limitativa sopra ipotizzata, perchè nel secondo inciso la norma, prevedendo che se la causa di garanzia ecceda la competenza del giudice adito questi rimette entrambe le cause al giudice superiore, palesa che essa intende riferirsi chiaramente anche all'ipotesi in cui la chiamata in garanzia si verifichi in un processo già insorto. E' chiaro, cioè, che il legislatore, nel dire che la domanda di garanzia può essere proposta al giudice della causa principale, se avesse voluto riferirsi solo al caso in cui sia chi introduce il giudizio a proporre entrambe le domande, così prevedendo una competenza per connessione correlata alla sola introduzione del giudizio, non avrebbe potuto subito dopo dire che la competenza del giudice adito per connessione non può in concreto operare e, quindi, determinare il simultaneus processus davanti a lui, se la domanda di garanzia eccede la competenza del giudice adito (ed implicitamente se essa appartiene alla competenza per materia di altro giudice, che non sia il giudice di pace, rispetto al quale va considerata la cedevolezza della competenza rispetto al giudice togato superiore).

Ne segue la conclusione che anche il cumulo di cui all'art. 106 c.p.c. è soggetto alla regola di cui all'art. 32 c.p.c., per cui anche quando la chiamata in garanzia ha luogo in un processo già introdotto su una domanda principale o per chiamata del convenuto o per chiamata dell'attore, lo svolgimento cumulativo del processo può avere luogo se la causa di garanzia rientra nella competenza per valore del giudice adito, mentre, se la causa di garanzia eccede quella competenza l'intero processo si deve spostare davanti al giudice superiore: ipotesi questa che, essendo ormai distribuita la competenza per valore tra giudice di pace e tribunale ed essendo la competenza del primo cedevole risulterebbe peraltro ora già scritta nelle norme dell'art. 40 c.p.c., commi 6 e 7.

L'ambito dell'art. 32, dunque, comprende certamente anche quello dell'art. 106 c.p.c..

9.2. Il punto è, però, che l'oggetto di disciplina della norma dell'art. 106 c.p.c. e quello dell'art. 32 c.p.c., nonostante questa seconda norma comprenda l'ambito di disciplina dell'altra, sono, in realtà, solo parzialmente sovrapponibili, nel senso che l'art. 106 può in realtà trovare applicazione senza che necessariamente si debba fare applicazione dell'art. 32. Occorre considerare che l'art. 106 c.p.c. con l'espressione "chiamare nel processo un terzo ... dal quale pretende di essere garantita", fermo che la chiamata è esercizio di un'azione (come suggerisce la rubrica del titolo in cui è inserita), si presta a comprendere due distinti profili.

Un primo profilo è necessario, in quanto sotteso allo stesso significato della chiamata, l'altro è solo eventuale, anche se di certo ricorre molto di più nella pratica.

Il primo profilo si coglie nel significato stesso dell'espressione "essere garantita". Poichè l'oggetto della garanzia inerisce in tutte le varie fattispecie ad una prestazione, quella di garanzia, che si deve tenere se il modo di essere del rapporto principale risulti accertato con un contenuto sfavorevole al soggetto, il garantito, che ne è parte, la chiamata del terzo ha, come del resto, non si dubita, come contenuto e, quindi, come petitum dell'azione con essa esercitata la richiesta di accertamento di quel modo di essere nel contraddittorio del terzo chiamato preteso garante. Essendo tale accertamento già oggetto del giudizio principale, la richiesta si concreta dunque nell'estensione al terzo preteso garante dell'efficacia e, quindi, della soggezione all'accertamento del rapporto oggetto del giudizio principale, che, rispetto a quello di garanzia, costituisce un elemento - o per previsione normativa discendente dalla struttura delle fattispecie (in quelle che tradizionalmente vengono dette ipotesi di garanzia proprie) o perchè, al di là di una previsione normativa, il fatto dell'accertamento del rapporto principale integra uno degli elementi del rapporto di garanzia - della sua fattispecie costitutiva e, dunque, un elemento "pregiudicante" quest'ultima.



E' questo il contenuto minimale, ma necessario ed indefettibile, della chiamata del terzo garante cui allude l'art. 106 c.p.c.. La chiamata in questo contenuto minimale ma necessario ha come oggetto, premessa la deduzione dell'esistenza del rapporto di garanzia soltanto come rapporto legittimante la chiamata stessa (cioè l'ingresso del terzo nel processo senza una richiesta di accertamento dell'effettiva esistenza di detto rapporto e del suo modo di essere e del riconoscimento di diritti basati su di esso), la mera estensione al terzo garante dell'efficacia della decisione sul rapporto principale.

Sotto tale profilo - che qualcuno individua come denuncia della lite, ma con formulazione che non deve essere intesa letteralmente data l'implicazione che la chiamata comunque ha - la chiamata determina l'effetto di estendere sotto il solo aspetto soggettivo l'accertamento relativo al rapporto oggetto della domanda principale al di là delle parti che vi sarebbero legittimate per il modo in cui la situazione giuridica che ne è oggetto è stata prospettata.

Quindi, si risolve nell'attribuzione al terzo preteso garante di una legittimazione processuale a contraddire riguardo ad un rapporto cui egli è estraneo. Per effetto della chiamata le parti fra le quali avrà luogo l'accertamento e, quindi, la decisione, riguardo al rapporto principale, saranno non solo quelle originarie riguardo alle quali sussisterebbe la legittimazione processuale sul piano attivo e passivo, bensì anche il terzo garante e ciò sulla base dell'allegazione nella chiamata in causa del rapporto di garanzia.

Allegazione che, però, è fatta al solo fine di giustificare tale estensione della legittimazione.

Allorquando la chiamata del terzo garante sia esercitata solo sotto il descritto profilo, il che dipende da una scelta limitativa del soggetto garantito, che non chiede anche accertarsi il rapporto di garanzia e non chiede il riconoscimento delle sue implicazioni condizionatamente all'eventuale verificarsi di un accertamento del rapporto principale giustificativo della garanzia, lo scopo che persegue il garantito è soltanto quello - come non ha mancato di rilevare la dottrina - di ottenere che il garante sia assoggettato all'efficacia dell'accertamento sul rapporto riguardo al quale ad avviso del chiamante preteso garantito deve prestare la garanzia, in modo che l'esistenza di tale rapporto non possa più essere ridiscussa in un futuro giudizio nel quale lo stesso garantito farà valere la pretesa di garanzia (fra i cui fatti costitutivi necessariamente si pone il modo di essere del rapporto oggetto della prestazione di garanzia, cioè riguardo al quale essa è dovuta secondo la disciplina del rapporto di garanzia). Nel successivo giudizio con cui il garantito chiederà la prestazione di garanzia (che ha scelto di non far valere), cioè la prestazione cui il garante è tenuto in relazione a quel modo di essere, si potrà discutere fra garantito e garante soltanto della sussistenza stessa del rapporto di garanzia, della debenza della garanzia in base ad esso e di tutte le questioni ad essa relative.

La differenza rispetto all'ipotesi in cui il garantito conviene il garante solo dopo che il giudizio sul rapporto rispetto al quale la garanzia è dovuta sia stato accertato in modo tale da giustificare la prestazione della garanzia e lo sia stato nel solo contraddittorio delle parti di esso, è evidente, come non manca di sottolineare la dottrina: in questo secondo caso, essendo quel modo di essere elemento costitutivo della garanzia, nella lite con il solo garantito il garante potrà (oltre che discutere di tutti i profili sopra indicati) anche contestare l'accertamento relativo al rapporto principale, in quanto esso ha avuto corso senza il suo contraddittorio ed in tal caso occorrerà che esso venga ripetuto senza alcun vincolo di quello seguito fra il garantito e la parte del rapporto principale.

Il giudicato sfavorevole per il garantito intervenuto senza il contraddittorio del garante sarà trattato in guisa non diversa da come, nel giudizio di garanzia, sarebbe da trattare un riconoscimento stragiudiziale del diritto del pretendente del rapporto principale o un negozio



di accertamento di tale diritto intervenuto fra garantito e pretendente. Così come questi sono atti dispositivi compiuti inter alios cui il garante resta insensibile, altrettanto accade quando della sua situazione il garantito risponde nel processo intentatogli dal pretendente senza evocarvi il garante.

9.3. Nell'ipotesi di chiamata del terzo ora descritta si dice che l'oggetto del giudizio non risulterebbe allargato, ma, in realtà, l'affermazione ha un valore relativo. L'oggetto del giudizio resta certamente quello relativo al modo di essere del rapporto principale, ma, accanto ad esso, se ne aggiunge un altro, che è l'estensione dell'efficacia dell'accertamento su di esso al garante, che è un profilo se si vuole oggettivo quanto meno sul piano del petitum. Non sembra possa negarsi, cioè, che un allargamento dello stesso oggetto del giudizio si verifica in tal caso sotto il profilo soggettivo, perchè l'ingresso del garante nel processo determina che l'accertamento, sotto il profilo dei limiti soggettivi del giudicato, si estenderà al terzo, cui invece, in difetto della chiamata, non si sarebbe in alcun modo esteso.

Dovendo il terzo garante soggiacere in forza della chiamata al giudicato sul rapporto originariamente dedotto in giudizio ed essendo divenuto destinatario di una domanda di estensione a lui dell'efficacia dell'accertamento del rapporto inter alios egli deve necessariamente poter contraddire riguardo a tale accertamento e tanto giustifica la conseguenza che i poteri processuali funzionali alla gestione della lite diventano riferibili anche al terzo garante, come non manca di sottolineare la dottrina. Il litisconsorzio successivo che si determina per il fatto dell'allargamento della legittimazione operato dalla chiamata al garante esige che i poteri processuali che prima erano attribuiti alle parti originarie siano attribuiti con il filtro del criterio dell'interesse anche al terzo chiamato, salvo che si tratti di poteri di disporre dell'oggetto del processo originario, come ad esempio la confessione riguardo al rapporto che ne è oggetto.

Poichè i detti poteri processuali sono attribuiti al terzo a tutela di un interesse proprio (quello a che venga negato il rapporto principale, che potrebbe divenire elemento costitutivo della pretesa di garanzia nei suoi confronti) occorre notare che non si può ritenere che egli assuma una posizione simile a quella di un terzo interventore adesivo dipendente, ancorchè egli sia interessato a sostenere le ragioni del garantito.

La sua posizione è simile in realtà a quella di un interventore adesivo autonomo. Egli, venendo chiamato nel processo relativo all'accertamento del rapporto principale riguardo al quale opera la garanzia deve avere la stessa posizione che avrebbe avuto qualora fosse stato convenuto dal garantito dopo il verificarsi di quell'accertamento positivo senza il suo contraddittorio. Così come egli avrebbe avuto riguardo all'accertamento del rapporto oggetto della pretesa garanzia tutti i poteri e le facoltà processuali, allo stesso modo deve poter esercitare questi ultimi quando viene chiamato nel processo inter alios relativo a quell'accertamento.

D'altro canto il nesso di dipendenza fra l'accertamento del rapporto principale in modo sfavorevole al garantito e la prestazione di garanzia non realizza un fenomeno di dipendenza permanente fra i due diversi rapporti discendente dal diritto sostanziale, cioè non dipende dal fatto che secondo il diritto sostanziale il rapporto di garanzia abbia come elemento costitutivo il rapporto garantito.

L'esistenza di quest'ultimo rappresenta solo un fatto concreto in presenza del quale si realizza il presupposto per il funzionamento di quel rapporto, che non lo contempla come tale, ma contempla solo un oggetto di garanzia astratto, cui esso, quando si verifica, può, per previsione interna al rapporto di garanzia stesso, essere ricondotto, di modo che si giustifica la prestazione dovuta in forza della garanzia. Il rapporto di pregiudizialità non riguarda a



ben vedere il rapporto principale e quello di garanzia, bensì il primo, o meglio l'accertamento di un suo modo di essere, e la prestazione oggetto del secondo. E' il diritto a questa e non il rapporto di garanzia ad essere pregiudicato dall'esito sfavorevole per il garantito del giudizio principale.

9.4. Importa a questo punto notare che, allorquando la chiamata del terzo garante assuma solo il contenuto di domanda di estensione dell'efficacia soggettiva quanto all'accertamento del rapporto principale, non si può negare che gli effetti descritti sono identici sia per le ipotesi di garanzia cd. proprie che per quelle cd. improprie.

Importa in primo luogo notare che l'estensione soltanto soggettiva dell'accertamento non ha e non può avere alcun rilievo ai fini della competenza, dato che, se anche si volesse prospettare un problema di individuazione della competenza sulla "domanda di garanzia" diretta al solo fine di estendere la decisione al terzo, la competenza non potrebbe che essere la stessa esistente sul rapporto principale, perchè l'estensione riguarda sempre e solo quest'ultimo.

Ne segue che l'art. 32 c.p.c. non viene in rilievo e ciò vale sia per la garanzia propria che per quella impropria, sicchè si perviene ad acquisire un primo risultato nel senso che la relativa distinzione in tal caso è priva di effetti pratici.

10. Accanto al profilo che si è descritto la chiamata in causa, com'è noto, può presentarne un altro che è solo eventuale anche se certamente molto più ricorrente per evidenti ragioni di economia processuale.

Esso si coglie quando il garantito chiami il garante in giudizio non solo chiedendo che si estenda nei suoi confronti l'accertamento del rapporto principale, ma anche formulando una richiesta di accertamento dell'esistenza del rapporto di garanzia (che, dunque, non viene più solo prospettato come situazione legittimante la chiamata) e, nel presupposto che tale esistenza risulti accertata, eventualmente una richiesta (avente natura di domanda subordinata all'accertamento del rapporto principale in modo sfavorevole e, quindi, tale da giustificare la prestazione della garanzia) di attribuzione della prestazione di garanzia, naturalmente se ed in quanto a sua volta il modo di essere del rapporto di garanzia giustifichi quell'attribuzione. In tal caso l'allargamento dell'oggetto del giudizio non è solo soggettivo, ma è, come non si dubita, anche oggettivo, nel senso che l'accertamento non riguarda più solo il rapporto principale sebbene con l'estensione soggettiva al garante della legittimazione, ma concerne anche il rapporto di garanzia, il suo modo di essere ed il diritto alla prestazione (condizionato).

Tale allargamento in senso oggettivo può, peraltro, avvenire anche per iniziativa dello stesso garante, il quale chieda l'accertamento con efficacia di giudicato, nei confronti del garantito che l'ha chiamato al solo fine di estendergli l'accertamento del rapporto principale, del modo di essere del rapporto di garanzia ed eventualmente di un suo modo di essere che, quand'anche dovesse aversi esito sfavorevole per il garante quanto al rapporto principale, comunque escluda la prestazione di garanzia.

Ad avviso di queste Sezioni Unite la possibilità che la chiamata del garante da parte del garantito implichi la descritta estensione sul piano oggettivo è già compresa nella previsione della stessa norma dell'art. 106 c.p.c., giacchè l'espressione "pretende di essere garantita" ivi contenuta è tale da comprendere sia questa pretesa, intesa come richiesta di mera estensione soggettiva al garante dell'efficacia dell'accertamento sul rapporto principale, sia anche come richiesta di ampliamento oggettivo in funzione della consecuzione dell'accertamento del rapporto di garanzia ed eventualmente della (subordinata) consecuzione della garanzia.

La soppressione dell'inciso "e tenerla indenne", che figurava nel testo originario dell'art. 106



e che il Guardasigilli S. aveva spiegato con l'intenzione di espungere dall'ambito della norma le ipotesi di garanzia impropria, in disparte che non è dato comprendere come e perchè solo ad esse potesse riferirsi, è da considerare del tutto inidonea ad escludere che la chiamata in garanzia, per come supposta nell'art. 106 vigente, possa assumere oltre all'estensione minima soggettiva anche, per scelta del chiamante, quella ulteriore oggettiva.

10.1. Quando la chiamata in garanzia assume il più complesso contenuto derivante dall'estensione oggettiva, il cumulo soggettivo di accertamenti che si verifica comporta che, rispetto all'accertamento del rapporto principale, quello del rapporto di garanzia non ha carattere dipendente per quanto attiene ai fatti costitutivi diversi dal verificarsi del presupposto per la prestazione della garanzia rappresentato dall'esito sfavorevole del rapporto principale. Ciò che è pregiudicato è solo il diritto alla prestazione di garanzia. Solo in via eventuale, in relazione alla struttura del rapporto di garanzia ed ai suoi contenuti tale diritto potrebbe essere l'unico nascente da detto rapporto, ma potrebbe benissimo accadere che si tratti soltanto di uno dei diritti potenzialmente nascenti dal medesimo rapporto.

Riguardo all'accertamento del rapporto principale è comunque importante notare che la posizione del garante resta sempre identica a quella che egli riveste nell'ipotesi di mera chiamata estensiva dell'accertamento su di esso.

11. Si deve a questo punto rilevare che le considerazioni sul duplice possibile profilo della chiamata in garanzia secondo il paradigma dell'art. 106 c.p.c. sono comuni sia alle fattispecie tradizionalmente qualificate come di garanzia propria sia a quelle qualificate come garanzia impropria, nel senso che le due eventualità che si sono descritte possono verificarsi sia nelle une che nelle altre.

Ne discende che la distinzione fra esse, se posta in relazione all'art. 106 c.p.c., si giustifica solo in termini di pura descrizione della diversità dei fenomeni riconducibili alla norma.

Si deve, cioè, sottolineare che le peculiarità che si colgono nelle norme che disciplinano specificamente determinate forme di garanzia qualificate come proprie sono peculiarità che non incidono sulle due eventualità supposte dall'art. 106 c.p.c..

Così, per esemplificare, la fattispecie dell'art. 1485 c.c. presenta come tratto peculiare solo apparente l'obbligatorietà della chiamata. Ma, in realtà, si tratta di una onerosità della chiamata del venditore: se non la si fa il giudicato sfavorevole per il compratore evitto, non diversamente da quanto accade nelle altre ipotesi di garanzia è un fatto che come tale è opponibile al garante venditore, ma solo come fatto storico e non già nella sua implicazione giuridica agli effetti del rapporto di garanzia.

Infatti, il venditore convenuto può dare dimostrazione che esistevano ragioni per respingere la domanda del terzo contro il compratore, cioè l'ingiustizia del detto giudicato. Quando il compratore chiama in garanzia il venditore la chiamata si può estrinsecare certamente nella mera richiesta di estensione soggettiva dell'accertamento sul rapporto principale oppure può estendersi all'accertamento del rapporto di garanzia nascente dalla pregressa vendita ed alla pretesa condizionata ad essere tenuto indenne.

La stessa cosa dicasi per l'ipotesi in cui la garanzia deriva da fenomeni di regresso ricollegati alle obbligazioni solidali: chi chiama in garanzia il terzo riguardo al quale ha regresso lo può fare al solo fine di estendergli l'accertamento sul rapporto principale, di modo che il terzo successivamente, una volta esercitata l'azione di regresso non possa sollevare contestazioni su di esso, ma può anche farlo chiedendo altresì l'accertamento del rapporto giustificativo del regresso e l'attribuzione della prestazione di regresso subordinatamente all'esito sfavorevole del giudizio sul rapporto principale.

12. I due profili che può assumere la chiamata in garanzia nei sensi indicati, in realtà, pos-



sono assumere una diversa rilevanza, ad avviso di queste Sezioni Unite, ai fini dell'applicazione dell'art. 32 c.p.c., ma ciò senza alcuna correlazione rispetto al carattere proprio o improprio della garanzia.

L'art. 32, quando allude alla domanda di garanzia ed attribuisce alla sua proposizione, o per cumulo originario o per cumulo nascente ai sensi dell'art. 106 c.p.c., il possibile effetto - implicito - di determinare una modificazione della competenza per ragioni di territorio derogabile davanti al giudice adito ed una modificazione della competenza per valore, con rimessione dell'intero giudizio, anche per la causa principale, al giudice superiore, intende riferirsi non già al caso in cui la chiamata del garante sia stata fatta al solo fine di provocare l'estensione soggettiva dell'accertamento sulla domanda principale, bensì al caso in cui abbia avuto luogo con il cumulo rispetto a tale richiesta della domanda di accertamento del rapporto di garanzia ed eventualmente di riconoscimento della prestazione di garanzia subordinatamente all'esito sfavorevole del giudizio sul rapporto principale.

La disciplina dell'art. 32 c.p.c. viene in rilievo allora solo nei casi in cui la chiamata in garanzia abbia avuto efficacia estensiva oggettiva e, dunque quando accanto alla domanda di estensione soggettiva al garante dell'accertamento del rapporto principale, sottesa necessariamente a qualsiasi chiamata in garanzia, si sia accompagnata la domanda di garanzia nei sensi su indicati. E' solo in questo caso che vengono in rilievo le regole poste dalla norma sui limiti in cui può avere luogo il simultaneus processus ed eventualmente la modificazione della competenza.

E' questa un'implicazione che si deve desumere innanzitutto dal fatto che l'art. 32 c.p.c. allude alla "domanda di garanzia" e con tale espressione (che non è presente nell'art. 106, il quale, conforme alla rubrica del titolo in cui è inserita, disciplina una modalità di esercizio dell'azione e di un'azione già in atto, tale essendo la posizione riferibile al garantito) intende riferirsi alla proposizione della domanda intesa ad ottenere l'accertamento del rapporto di garanzia, che corre fra il chiamante preteso garantito e il garante, ed eventualmente alla domanda consequenziale di attribuzione della prestazione di garanzia condizionatamente all'esito sfavorevole dell'accertamento del rapporto principale.

Fermo questo dato e constatato che nel confronto fra art. 32 e art. 106 c.p.c. una non coincidenza degli oggetti di disciplina riguarda solo il dato che la chiamata in garanzia con effetto meramente estensivo (soggettivo) della legittimazione non rileva agli effetti dell'art. 32 c.p.c., superando le considerazioni che erano state ribadite a giustificazione della sottrazione ad essa delle fattispecie di garanzia impropria (da Cass. sez. un. n. 13368 del 2004), si deve ritenere che la giustificazione di un diverso trattamento fra i due casi non aveva e non ha base normativa: invero, l'essere una fattispecie di garanzia "impropria" perchè non desumibile per così dire in astratto dalla disciplina legislativa del rapporto principale e di quello di garanzia, non trova nell'art. 32 alcun indice che giustifichi la sua applicazione solo ad essa. Il tenore dell'art. 32, messo in relazione con l'assoluta genericità della previsione dell'art. 106 c.p.c., giustifica, come s'è detto, solo la conseguenza che essa si riferisce alla chiamata con effetti estensivi oggettivi e non a quella con effetti estensivi solo soggettivi. Inoltre, non è dato comprendere come alla circostanza della previsione nella disciplina di diritto sostanziale delle ipotesi di garanzia propria si possa attribuire rilievo a fini dell'applicazione di una norma processuale come l'art. 32. Se il legislatore avesse voluto attribuire rilievo al problema della competenza riservando la norma dell'art. 32 c.p.c. solo alle ipotesi di cd. garanzia propria avrebbe, in realtà, dovuto dirlo, mentre nella detta norma assume rilievo la "domanda di garanzia", la quale, nei sensi descritti, può essere proposta tanto in caso di chiamata in garanzia propria che impropria.



13. Va rilevato che nemmeno in relazione all'art. 108 c.p.c., che disciplina il fenomeno dell'estromissione del garantito merita distinguere le ipotesi di garanzia propria da quelle improprie, limitando l'applicazione della norma solo alle prime ed escludendola per le seconde.

Va detto innanzitutto che la norma può trovare applicazione sia nel caso di chiamata in causa del garante ad effetto soltanto estensivo della legittimazione, sia nel caso di chiamata in garanzia ad effetto estensivo dell'oggetto del giudizio, cioè con richiesta di accertamento del rapporto di garanzia. Non sembra condivisibile l'assunto di quella dottrina che restringe l'applicazione della norma solo alla prima ipotesi, adducendo che se la si applicasse al secondo si verificherebbe che il garante che assume la lite in vece del garantito nei confronti del pretendente dovrebbe rivestire, oltre che la legittimazione in sostituzione del garantito rispetto al rapporto principale anche, quanto alla domanda di garanzia, contemporaneamente la posizione di attore e convenuto. L'assunto non pare condivisibile, perché l'estromissione del garantito in questa ipotesi, cioè di chiamata oggettivamente estensiva, suppone che costui ed il garante si accordino disciplinando la sorte del rapporto di garanzia in via provvisoria e tale che risenta poi della sorte della decisione su quello principale, oppure lascino in sospeso quella sorte impegnandosi a regolarla in base alla detta decisione. L'assunzione della lite da parte del garante riguarda, dunque, solo la lite sul rapporto principale, non diversamente da quanto accade nella chiamata estensiva solo in senso soggettivo.

Venendo alla distinzione fra chiamata propria ed impropria la tesi limitativa alla prima ipotesi assume come fondamento solo e sempre la circostanza che il legislatore avrebbe inteso limitare l'applicazione della norma alle fattispecie di garanzia previste dalla legge. Ma l'assunto non ha alcun indice giustificativo nell'art. 108 e nè può dirsi che estendendo l'applicazione della norma alle ipotesi di garanzia impropria si finirebbe (come adombrò Cass. sez. un. n. 13968 del 2004) per ammettere un caso di sostituzione processuale ai sensi dell'art. 81 al di fuori dalle previsioni della legge: è sufficiente osservare che la previsione della sostituzione, sebbene condizionata al consenso del pretendente, sta nell'art. 108 che, riferendosi alla chiamata in garanzia si riferisce a tutte le ipotesi che realizzino il fenomeno.

14. A questo punto, poste queste premesse, che apparivano necessarie per il fatto che la fattispecie dell'art. 1917 c.c. ha avuto ed ha l'una e l'altra collocazione nel quadro della distinzione fra garanzia propria e garanzia impropria, si può passare finalmente all'esame della questione proposta dall'ordinanza di rimessione, che è parte di quella generale riguardante l'atteggiarsi in sede di gravame del litisconsorzio insorto per effetto di una chiamata in causa del terzo garante: essa, infatti, concerne specificamente l'ipotesi in cui il rapporto principale oggetto della garanzia sia stato accertato in senso sfavorevole al garantito nel contraddittorio del garante da lui chiamato in causa. La questione dev'essere esaminata, peraltro, tenendo conto delle soluzioni da dare alle altre ipotesi che si possono verificare e, dunque, considerando la questione generale nella sua interezza.

Si deve, inoltre, aggiungere che il problema va considerato tanto con riguardo al caso in cui la chiamata sia stata limitata al solo aspetto dell'estensione soggettiva dell'accertamento sul rapporto principale quanto per il caso in cui con essa si sia cumulata l'azione relativa al rapporto di garanzia ed essa sia stata a sua volta accolta in conseguenza dell'accoglimento dell'azione principale.

Va ancora avvertito che anche la questione in esame si pone e deve essere risolta negli stessi termini con riguardo a qualsiasi figura di garanzia, sia essa propria sia essa impropria: il rilievo della distinzione fra le due tipologie di garanzia scompare anche riguardo al problema ora in esame (al contrario di quanto in passato si era ritenuto: si veda Cass. sez. un. n. 4779



del 1981).

La ragione è che nell'uno come nell'altro caso la soluzione della questione della regola di litisconsorzio applicabile in sede di gravame si correla e dipende, come emergerà dalle considerazioni che si verranno svolgendo, dal dato, comune e sempre ricorrente in ogni fattispecie di chiamata del terzo garante, dell'efficacia estensiva della legittimazione del garante rispetto all'accertamento del rapporto principale. E' questo, come si vedrà, il dato che rileva ai fini della regola del litisconsorzio e degli effetti dell'impugnazione e, poichè esso connota tanto le ipotesi di garanzia propria che quelle di garanzia impropria, è questa la ragione per cui la distinzione è priva di effetti ai fini della individuazione di quella regola.

14.1. Ciò premesso, si abbia ora riguardo all'atteggiarsi dell'interesse del garante rispetto all'esito dell'accertamento relativo al rapporto principale e ad un futuro giudizio instaurato dal garantito per far valere l'azione diretta ad ottenere soddisfazione nell'ambito del rapporto di garanzia.

Iniziando dall'ipotesi della chiamata con effetti estensivi solo soggettivi, si osserva che il passaggio in cosa giudicata dell'accertamento del rapporto principale non si presenta pregiudizievole per il garante allorquando si è concluso con l'esclusione della responsabilità del garantito.

In questo caso, infatti, tale esclusione impedirà al garantito di far valere il rapporto di garanzia e la pretesa alla prestazione di garanzia relativamente a detta responsabilità, che è stata negata.

Il garante non risulta in alcun modo soccombente o, se si preferisce, provvisto di interesse a impugnare, in ragione della posizione di soggetto che non era parte del rapporto principale, ma che si è visto per effetto della chiamata estendere l'efficacia del relativo accertamento.

Non sarà semmai impedito al garantito di postulare un accertamento del rapporto di garanzia se esso non si presenti funzionale a far valere la garanzia rispetto alla responsabilità esclusa e, quindi, a prospettare come fatto giustificativo la vicenda che del relativo giudizio è stata oggetto, ma serva invece ad accertare il modo di essere del rapporto in vista della riconduzione al suo ambito di diverse e successive possibili vicende coperte dalla garanzia.

D'altro canto lo stesso garantito, risultando vittorioso riguardo al rapporto principale, non sarà legittimato ad impugnare.

La legittimazione ad impugnare sarà, dunque, soltanto dell'attore originario e l'impugnazione, in ragione del litisconsorzio determinato dall'estensione soggettiva dell'accertamento determinata dalla chiamata in causa e dalla necessità di procedere all'accertamento anche nel contraddittorio del garante, dovrà attingere sia il garantito sia il garante, vertendosi, dunque, in ipotesi di applicazione dell'art. 331 c.p.c..

Non sembra, del resto, ipotizzabile che l'impugnazione venga rivolta soltanto contro il garantito e che costui, come si opina da parte della dottrina, possa limitarsi a riproporre la domanda di estensione dell'accertamento al garante ai sensi dell'art. 346 c.p.c.. L'assunto non è sostenibile, in quanto non è dato comprendere come potrebbe giocare l'istituto di cui a quella norma nei confronti di una parte, il garantito, che non è stato chiamato nel giudizio di impugnazione.

Non è nemmeno pensabile che, una volta ricevuta l'impugnazione, il garantito possa e debba ribadire la domanda di estensione dell'efficacia soggettiva al suo garante proponendo un'impugnazione incidentale tardiva ai sensi dell'art. 331 c.p.c.: una simile impugnazione, infatti, dovrebbe supporre una soccombenza del garantito nei confronti del garante che, però, non c'è stata.



In realtà, la natura litisconsortile necessaria del giudizio insorta sul piano processuale per effetto della chiamata meramente estensiva della legittimazione al garante, impone all'unico soccombente riguardo al modo di essere del rapporto principale, cioè all'attore originario (pretendente), di impugnare anche nei confronti del garante, perchè costui era divenuto parte legittimata a contraddire su quel rapporto per effetto della chiamata e l'estensione della legittimazione non può essere sciolta. Il rapporto nel processo era divenuto trilatero. Se si vuole si può aggiungere che, essendo stata la chiamata del terzo garante in definitiva espressione di una modalità dell'esercizio del diritto di difesa del garantito, non sarebbe comprensibile che a costui non si assicurino, in sede di impugnazione, le medesime condizioni della difesa articolata nel precedente grado.

14.2. Venendo all'ipotesi opposta a quella che si è considerata, cioè il caso in cui l'esito del giudizio esteso soltanto soggettivamente al garante sia stato invece sfavorevole al garantito, è palese che in questa ipotesi soccombente è certamente lo stesso garantito che è stato riconosciuto responsabile nei confronti dell'attore.

Non è men vero, però, che "soccombente", o meglio interessato a porre in discussione l'esito del giudizio nella sua qualità di parte non del rapporto oggetto del giudizio principale, ma di parte alla quale si è esteso il suo accertamento ed è stata conferita legittimazione a contraddire, è anche il garante e ciò per la ragione che egli risente di un pregiudizio dall'esito del giudizio, pregiudizio rappresentato dall'essere vincolato all'accertamento positivo della responsabilità del garantito: sempre si intende salva l'ipotesi in cui il garante, costituendosi, avesse riconosciuto la responsabilità del garantito e tenuto un atteggiamento di non contestazione della stessa.

Poichè si tratta di un effetto sfavorevole che potrebbe rilevare in un successivo giudizio che, forte del comune accertamento intervento sul rapporto principale riguardo al quale sostiene dovuta la garanzia, il garantito, intenti contro il garante per far valere la pretesa di garanzia, è palese che legittimato ad impugnare non può che essere anche il garante, che sotto tale aspetto può dirsi lato sensu "soccombente" anch'egli, perchè nello svolgimento della legittimazione a contraddire sul rapporto altrui ha visto negata la sua prospettazione che in ordine ad esso la domanda del pretendente dovesse rigettarsi e negarsi la responsabilità del garantito.

Ne segue che nella situazione qui considerata tanto il garantito quanto il garante hanno legittimazione all'impugnazione e, sempre in ragione del carattere litisconsortile necessario del giudizio sebbene sul piano processuale l'esercizio del diritto di impugnazione da parte di ognuno dei due non può che avvenire se non anche nei confronti dell'altro.

La ragione ultima è che la chiamata ha esteso la legittimazione al garante.

14.2.1. Se impugna il garantito egli deve pertanto rivolgere l'impugnazione sia contro l'attore nei cui confronti è stata riconosciuta la sua responsabilità sia nei riguardi del garante.

Se impugna il garante egli deve rivolgere l'impugnazione sia contro l'attore sia nei confronti del garantito.

La fattispecie è interamente riconducibile all'art. 331 c.p.c. e lo è con riferimento alla figura della inscindibilità, che esiste perchè l'accertamento del rapporto principale era stato allargato sul piano della legittimazione al garante. Il rapporto oggetto dell'impugnazione è unico e riguardo ad esso se si vuole parlare di "cause", si deve considerare che la "causa" originaria proposta dall'attore contro il solo garantito e la "causa" introdotta riguardo ad esso contro il garante per ottenere la sola estensione a costui dell'accertamento sulla prima, sono in nesso di inscindibilità nel senso che l'accertamento del rapporto principale che era limitato alle parti originarie, per effetto della chiamata, l'accertamento dell'oggetto della prima causa è



divenuto un accertamento da svolgere con l'assicurazione della legittimazione a contraddire del terzo. Parlare di due cause distinte è, dunque, privo di fondamento:

la causa originaria è evoluta sul piano soggettivo nel senso che la chiamata ha determinato l'estensione al garante della legittimazione a contraddire su di essa.

Nella situazione in esame non è possibile, d'altro canto, ipotizzare che l'impugnazione del solo garantito o del solo garante, ancorchè debbano rivolgersi la prima sia contro l'attore vittorioso che contro il garante, e la seconda contro l'attore vittorioso ed il garantito perchè sussiste la detta inscindibilità, siano tuttavia dirette rispettivamente nel primo caso a rimuovere l'accertamento della responsabilità del garantito solo nei suoi confronti e non anche del garante, e nel secondo l'accertamento della responsabilità del garantito solo nei confronti e, quindi, nell'interesse del garante e non anche del garantito.

Nel primo caso non è possibile sostenere che la sentenza emessa in sede di impugnazione che accolga l'impugnazione del garantito e ne neghi la responsabilità, così mandandolo assolto dalla domanda dell'attore (pretendente), determini la caducazione dell'accertamento in senso opposto che aveva fatto il giudice della sentenza impugnata soltanto nei confronti del garantito e non anche nei confronti del garante, di modo che costui resti vincolato all'accertamento contrario fatto dalla sentenza impugnata e, dunque, in un futuro giudizio intentatogli assurdamente dal garantito sulla base del preteso accertamento della propria responsabilità fatto dalla prima sentenza per far valere la garanzia non possa eccepire che tale accertamento è venuto meno anche nei suoi confronti.

14.2.2. Ma anche nel secondo caso ritengono queste Sezioni Unite che predicare che l'accertamento della responsabilità del garantito fatto dalla prima sentenza venga meno per effetto dell'impugnazione del garante e del suo esito favorevole solo nei riguardi di costui e non anche nei riguardi del garantito, di modo che la prima sentenza resti ferma nei suoi riguardi, è in modo manifesto in contraddizione con la indiscutibile inscindibilità dell'accertamento del rapporto insorta sul piano soggettivo per effetto della chiamata del terzo garante.

Per giustificare l'opposta soluzione occorrerebbe pensare che, per effetto della chiamata del garante fatta allo scopo di estendergli l'accertamento del rapporto principale, si determini un cumulo di cause sul piano oggettivo, nel senso che alla causa originaria introdotta dall'attore contro il garante si sommi una causa ulteriore.

La costruzione, come s'è già detto, non è accettabile, perchè la causa sul piano oggettivo, cioè l'oggetto del contendere, rimane identica a seguito della chiamata meramente estensiva e l'ingresso del garante ha solo l'effetto di attribuire al garante la qualità di parte processuale rispetto ad essa.

Se la causa è una non è allora nemmeno possibile immaginare che, qualora impugni il garante, sebbene, com'è necessario, contro l'attore vittorioso ed il garantito, spetti a quest'ultimo, se vuole sottrarsi anch'egli all'incidenza della soccombenza rispetto all'attore e non solo rispetto al garante, impugnare la propria soccombenza verso l'attore, altrimenti destinata a rimanere ferma, quasi che essa fosse una soccombenza diversa rispetto a quella sempre verso l'attore accertata - nel senso che sopra si è ipotizzato - in confronto del garante.

La soccombenza è sempre la stessa ed è stata messa in discussione dall'impugnazione del garante senza alcuna limitazione soggettiva, com'è normale quando sussiste un litisconsorzio necessario processuale e si deve individuare la legittimazione all'impugnazione secondo il concetto di causa inscindibile. L'impugnazione da esercitarsi necessariamente nei confronti di tutte le parti per la ricorrenza di una situazione di inscindibilità mette in discussione la decisione riguardo a tutte le parti destinatarie dell'impugnazione.



15. Si tratta di verificare se le soluzioni indicate debbano essere riproposte anche per l'ipotesi nella quale con la chiamata in garanzia il garantito non si sia limitato a chiedere l'estensione soggettiva al garante dell'accertamento sul rapporto principale, ma abbia anche chiesto l'accertamento del rapporto di garanzia e se del caso che il giudice gli riconosca la prestazione di garanzia condizionatamente alla soccombenza sul rapporto principale.

Caso al quale è da apparentare l'ipotesi in cui sia stato il garante, costituendosi, a chiedere un accertamento negativo del rapporto di garanzia o di un modo di essere di esso non giustificativo della pretesa di garanzia.

Anche in queste ipotesi le considerazioni sopra svolte restano immutate con riferimento all'estensione soggettiva dell'impugnazione riguardo al modo di essere del rapporto principale.

Se Fazione relativa a tale rapporto sia stata rigettata, riguardo a tale rigetto sarà soccombente l'attore originario.

15.1. Se era stato chiesto da una delle parti del rapporto di garanzia l'accertamento di tale rapporto solo per il caso di soccombenza del garantito, la relativa domanda risulterà assorbita e, dunque, non oggetto di decisione. L'unico soccombente sarà l'attore originario e se egli impugna deve rivolgere l'impugnazione, non diversamente dal caso in cui la chiamata sia stata solo per ottenere l'estensione soggettiva, sia contro il garantito che contro il garante.

Chi aveva proposto la domanda inerente il modo di essere del rapporto di garanzia, non essendovi stata decisione su di essa, la potrà riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c.. Quindi se l'aveva proposta il garantito sarà lui a riproporla, se l'aveva proposta il garante sarà lui a riproporla.

Non sarà necessaria impugnazione incidentale perchè manca l'oggetto dell'impugnazione, atteso che una decisione sulla domanda non vi era stata.

Nè può pensarsi che la necessità della impugnazione si giustifichi perchè, sebbene condizionatamente all'accoglimento dell'impugnazione dell'attore riguardo al rapporto principale, la decisione sulla domanda inerente il rapporto di garanzia che a questo punto debba darsi dal giudice dell'impugnazione in qualche modo verrebbe a risolversi in una "riforma" della decisione di primo grado e dunque esiga la postulazione di tale riforma con l'impugnazione. Non sarebbe dato comprendere come potrebbe parlarsi di riforma di una decisione che non vi era stata in ragione dell'assorbimento.

15.2. Se invece l'accertamento sul rapporto di garanzia era stato chiesto senza condizionamento ed abbia avuto luogo, aggiungendosi alla decisione di rigetto della domanda contro il garantito, una decisione riguardo al rapporto di garanzia (chiesta da lui o dal garante, come si è detto possibile), fermo sempre che l'attore deve impugnare la statuizione che gli ha rigettato tanto contro il garante che contro il garantito, occorrerà invece che chi nel rapporto di garanzia è rimasto soccombente, se vuole porlo in discussione, impugni in via incidentale, non bastando la sola riproposizione della domanda, dato che c'è una soccombenza da rimuovere ed essa, che non è stata posta in discussione dall'attore impugnante in via principale, che non era parte del rapporto di garanzia, può esserlo solo dalla parte di esso che è soccombente.

15.3. Se l'azione principale è stata accolta ed è stata riconosciuta la responsabilità del garantito, può essere accaduto o che l'azione che era stata proposta riguardo al rapporto di garanzia sia stata accolta o che essa sia stata rigettata.

Con riferimento a questa seconda situazione, il soccombente, tanto riguardo al modo di essere del rapporto principale quanto riguardo al modo di essere del rapporto di garanzia, è



sempre e soltanto il garantito. Costui può scegliere di impugnare la sua soccombenza contemporaneamente tanto riguardo all'uno che all'altro rapporto se intende mettere la decisione in discussione riguardo ad entrambi.

Può però scegliere di impugnare solo riguardo ad uno dei rapporti.

In primo luogo può impugnare esclusivamente riguardo al rapporto principale ed in tal caso non deve coinvolgere il garante perchè l'estensione soggettiva al garante dell'accertamento riguardo al rapporto processuale che era stata determinata dalla chiamata è da mantenere solo se giustificata dall'interesse del garante. Se il garantito esercita l'impugnazione solo nei confronti dell'attore vittorioso e non intende mettere in discussione la propria soccombenza rispetto al garante in tal modo egli dimostra di prestare acquiescenza alla soccombenza riguardo al rapporto di garanzia e tale acquiescenza elide l'estensione della legittimazione del garante rispetto al rapporto principale, perchè essa potrebbe permanere solo per iniziativa del garantito che impugni anche la statuizione che lo vede soccombente sul rapporto di garanzia.

Il garantito, peraltro, potrebbe acquietarsi della soccombenza sul rapporto principale ed avere invece interesse a ridiscutere del rapporto di garanzia, perchè l'accertamento del suo modo di essere non ha riguardato solo l'esclusione della prestazione di garanzia riguardo alla vicenda oggetto del rapporto principale, ma per profili che vanno oltre, come per esempio nel caso in cui il rapporto sia stato riconosciuto esistente in un certo modo tale non solo da non giustificare la prestazione di garanzia rispetto all'oggetto della domanda principale, ma anche potenzialmente rispetto ad altri diversi.

15.4. Si deve passare ad esaminare l'ipotesi in cui sia stata accolta l'azione principale e sia stata accolta l'azione di garanzia, che è poi quella che si è verificata nella fattispecie.

In tal caso è palese che il garantito è soccombente riguardo all'azione principale e vittorioso riguardo all'azione di garanzia.

15.4.1. In tale situazione si potrebbe pensare che egli non abbia interesse ad impugnare riguardo al rapporto principale perchè ha visto riversare le conseguenze negative della sua soccombenza sul garante.

Tuttavia tale conclusione non può essere automatica: il garantito, convinto della bontà della tesi che aveva sostenuto per ottenere il rigetto della domanda principale, potrebbe avere interesse a perseguire l'accoglimento di questa tesi, perchè, per il modo di essere del rapporto di garanzia, la fruizione della garanzia potrebbe avere, riguardo allo svolgimento di tale rapporto, un qualche effetto negativo (per esempio un aumento del corrispettivo oppure indurre un recesso della controparte). Si deve, dunque, ipotizzare che il garantito possa impugnare nei confronti dell'attore ed in tal caso egli deve necessariamente notificare anche al garante, ma non tanto perchè la statuizione sul rapporto di garanzia sia dipendente da quella sul rapporto principale, in quanto è pregiudicata dall'accertamento della responsabilità del garantito avutasi in esso, bensì a monte e preliminarmente perchè il garante è parte necessaria della stessa statuizione resa riguardo al rapporto principale. L'art. 331 c.p.c. è, dunque, applicabile in prima battuta perchè è inscindibile la causa sul rapporto principale, in quanto la chiamata aveva, come s'è veduto, esteso soggettivamente il giudizio su quel rapporto.

Fermo che l'impugnazione riguardo al rapporto principale è necessaria per la ragione ora detta, si deve, inoltre, pensare che, essendo la statuizione relativa al rapporto di garanzia una statuizione necessariamente condizionata a quella sul rapporto principale, essa, come non ha mancato di osservare una dottrina, sarebbe caducabile, nel caso di accoglimento dell'impugnazione, ai sensi dell'art. 336 c.p.c., comma 1. E ciò tenuto conto che la relativa parte di sentenza sarebbe dipendente da quella caducata riguardo al rapporto principale nel



contraddittorio del garante.

L'alternativa è, comunque, il ritenere che il garantito che impugna rispetto al rapporto principale in ogni caso deve notificare al garante pure per la statuizione relativa al rapporto di garanzia in quanto essa è dipendente da quella sul rapporto principale. Importa comunque notare che la situazione si iscrive nell'ambito dell'art. 331 c.p.c. sia quanto al coinvolgimento del garante sia ai fini della discussione sul rapporto principale, sia sul rapporto di garanzia.

15.4.2. Nell'ipotesi in cui sia stata accolta l'azione principale e sia stata accolta l'azione di garanzia, con riferimento alla statuizione di accoglimento della domanda principale, l'interesse ad impugnare sussiste naturalmente anche in capo al garante, in quanto il riconoscimento della responsabilità del garantito, essendo avvenuto nel suo contraddittorio, gli è opponibile. Pertanto, se egli non ha da far valere soltanto ragioni di impugnazione relative al modo di essere del rapporto di garanzia, che sono state disconosciute dal giudice agli effetti dell'accoglimento dell'azione di garanzia e che prescindono dall'esistenza del rapporto principale come fatto costitutivo della garanzia, essendo relative solo al detto rapporto, è certamente legittimato, in forza della estensione della legittimazione processuale che nei suoi confronti vi era stata, a proporre impugnazione riguardo al rapporto principale.

Tale impugnazione, stante il carattere necessario sul piano processuale del litisconsorzio così determinatosi, necessariamente dovrà svolgersi sia nei confronti dell'attore del rapporto principale sia nei confronti del garantito e sarà sufficiente essa a rimettere in discussione la decisione su quel rapporto anche a vantaggio del garantito e ciò senza necessità di una impugnazione incidentale da parte sua. E ciò per ragioni analoghe a quelle enunciate sopra a proposito dell'ipotesi di svolgimento della chiamata in garanzia solo con effetto estensivo e senza esercizio dell'azione di garanzia. Ragioni che sono integralmente riproponibili.

Naturalmente l'impugnazione del garante potrà attingere anche i profili relativi all'azione di garanzia, se egli denunci ragioni di ingiustizia dell'accoglimento di tale azione diverse da quella relativa alla contestazione del rapporto principale. Altrimenti, se tali ragioni non vi siano, è palese che il capo di decisione di accoglimento dell'azione di garanzia, ancorché non impugnato direttamente, in quanto capo dipendente dall'accoglimento dell'azione relativa al rapporto principale, resterà caducato ai sensi dell'art. 336 c.p.c., comma 1, in quanto dipendente, dall'accoglimento dell'impugnazione svolta sul rapporto principale. Mentre se quelle ragioni siano state fatte valere, l'accoglimento dell'impugnazione del garante quanto al rapporto principale determinerà il loro assorbimento, atteso l'effetto caducatorio nei termini ora detti.

16. Una volta concluso che l'impugnazione del garante riguardo al rapporto principale, tanto nel caso in cui la chiamata si fosse esaurita nella sola richiesta di estensione soggettiva dell'accertamento sul rapporto principale al garante, quanto nel caso in cui ad essa fosse stata cumulata la domanda di garanzia, è idonea ad investire il giudice dell'impugnazione anche a favore del garantito, attesa la struttura necessaria del litisconsorzio sul piano processuale e considerato che è stato lo stesso garantito a realizzare l'estensione soggettiva della legittimazione sul rapporto principale, ci si deve domandare (nell'uno come nell'altro caso) quali possano essere le modalità di svolgimento della difesa del garantito in sede di impugnazione.

16.1. In tanto, egli, potrebbe avere da far valere delle ragioni di censura della decisione sul rapporto principale e, quindi, motivi di impugnazione ulteriori rispetto a quelli prospettati dal garante ed in tal caso è possibile ed anzi è necessario che egli svolga un'impugnazione incidentale, la quale, provenendo da chi è parte di un giudizio inscindibile ai sensi dell'art.



331 c.p.c. ben potrà essere svolta anche quale impugnazione incidentale tardiva.

L'impugnazione incidentale è necessaria in questo caso per estendere l'impugnazione ai motivi che il garante non ha dedotto, perchè altrimenti si verificherebbe acquiescenza sui punti della decisione impugnata cui essi si correlano. Dei nuovi motivi beneficerà anche il garante.

16.2. Ove, invece, il garantito non abbia queste ragioni di contestazione ulteriori che sole potrebbero giustificare un'impugnazione al di là di quanto ha prospettato già il garante, egli ben potrà, costituendosi in giudizio, limitarsi invece a far proprie le ragioni dell'impugnazione del garante, atteso che, come si è visto l'impugnazione gli giova.

16.3. Egli, peraltro, potrebbe reputare che l'impugnazione quanto al rapporto principale del garante non è giustificata ed in tal caso la potrà contestare, adducendo che la decisione impugnata resa quanto a detto rapporto è corretta: in tal caso, ove tale atteggiamento, in quanto tenuto nel processo, possa essere apprezzato come riconoscimento di fondatezza della domanda dell'attore del rapporto principale, il giudice dell'impugnazione ne potrà prendere atto e potrà dare atto di tale riconoscimento limitando gli effetti del suo accertamento al solo rapporto fra garantito e attore del rapporto principale.

Decidendo sull'impugnazione del garante, invece, potrà, se ne sussista il fondamento, caducare la decisione impugnata nel suo effetto di accertamento della fondatezza della domanda relativa al rapporto principale esclusivamente in confronto del garante, giacchè nei riguardi di costui gli atti dispositivi del rapporto principale ad efficacia sfavorevole, compiuti dal garantito non sono a lui opponibili.

Tale soluzione non deve sorprendere.

Se è vero che il litisconsorzio è necessario, tuttavia lo è, come si è detto, sul piano processuale, ma non sul piano del tenore della decisione: essa dev'essere unitaria solo se le posizioni assunte dai litisconsorti e le emergenze istruttorie giustificano la stessa decisione.

Essendovi stato riconoscimento della fondatezza della domanda da parte del garantito nel corso del giudizio sul rapporto principale che egli stesso aveva esteso al garante, tale riconoscimento non può riguardare nei suoi effetti il rapporto processuale così esteso, bensì soltanto il rapporto fra lui e il pretendente.

Si deve considerare, d'altro canto, e la considerazione vale anche per il primo grado di giudizio e per atti dispositivi del rapporto compiuti dal garantito nel corso di esso, che il regime di un atto dispositivo compiuto nel processo qual è la confessione del garantito, vertendosi in tema di litisconsorzio necessario processuale e non di litisconsorzio necessario iniziale (in cui la legge impone che la stessa decisione sia resa unitariamente, senza distinguere riguardo al suo contenuto le posizioni dei litisconsorti) sfugge alla norma dell'art. 2733 c.c., nel senso che la confessione, che è tipico atto dispositivo, dispiega i suoi effetti solo nel rapporto fra garantito e pretendente, ma non nei confronti del garante.

D'altro canto, se si immagina che un atto dispositivo del rapporto principale venga compiuto stragiudizialmente dal garantito nella pendenza del termine per impugnare la decisione a lui sfavorevole su quel rapporto con un atto di accettazione della stessa espresso o tacito, poichè tale atto è produttivo di effetti solo nel rapporto fra garantito e pretendente, nel caso di impugnazione della decisione sul rapporto principale da parte del garante, ferma la legittimazione di entrambi detti soggetti, la conseguenza sarà che detta acquiescenza vincolerà l'atteggiamento processuale del garantito nel processo di impugnazione introdotto dal garante in cui comunque dev'essere coinvolto per la discussione sul rapporto principale. In tal caso il garantito, naturalmente, non potrà pentirsi e non potrà giovare dell'eventuale decisione favorevole sul rapporto principale che il garante potrà ottenere.



Resta in fine da dire che, qualora, a seguito dell'impugnazione del garante, che abbia riguardato il rapporto principale riguardo al quale era stato dichiarato soccombente il garantito, costui rimanga contumace, l'atteggiamento di contumacia non potrà certamente intendersi come una sua tacita acquiescenza, atteso che l'ordinamento attribuisce alla contumacia solo effetti tipizzati e fra essi non si rinviene un effetto di tal genere. L'accoglimento dell'impugnazione del garante gioverà, dunque, anche in tal caso al garantito contumace.

17. Può passarsi ora ad applicare i risultati delle considerazioni che si sono venute svolgendo ed i principi di diritto che si sono venuti enunciando alla questione rimessa alle Sezioni Unite ed al presente ricorso.

L'applicazione di tali principi, una volta ritenuta priva di effetti la distinzione fra garanzia propria e garanzia impropria, può e deve avvenire con riferimento alla fattispecie oggetto di lite, che si iscrive nella norma dell'art. 1917 c.c., a prescindere dalla qualificazione nell'uno o nell'altro senso dell'ipotesi di garanzia da essa prevista. Qualificazione che assume mero carattere classificatorio e su cui non merita indugiare.

Il primo e terzo motivo sono fondati per quanto di ragione ed il secondo resta assorbito.

Si deve, infatti, rilevare che la cooperativa qui ricorrente non aveva necessità di proporre appello incidentale per rimettere in discussione, sulla base delle stesse ragioni fatte valere dalla società garante, la sentenza del primo giudice quanto all'accoglimento della domanda principale riguardo al quantum debeatur, sotto il profilo della mancanza di prova.

L'appello proposto dalla società assicuratrice estendeva i suoi effetti anche alla cooperativa, che si era costituita ed aveva condiviso le ragioni dell'appello sul rapporto oggetto della domanda principale e, pertanto, il Tribunale, una volta ritenuto tale appello fondato avrebbe dovuto riformare la sentenza di primo grado anche quanto all'affermazione della fondatezza della domanda rivolta contro la cooperativa e rigettare la domanda stessa anche nei suoi riguardi.

Erroneamente il Tribunale ha invece ritenuto di non poterlo fare perchè la cooperativa non aveva svolto un appello incidentale.

Un simile appello sarebbe stato, però, necessario solo per far valere ragioni di ingiustizia della decisione di riconoscimento della fondatezza della domanda principale ulteriori rispetto al motivo di impugnazione svolto dalla società assicuratrice a proposito della mancata dimostrazione del quantum del danno come ragione sufficiente per rigettare la domanda degli attori contro la convenuta qui ricorrente.

Bene quest'ultima, non avendo evidentemente altre ragioni di impugnazioni da svolgere, si era, invece, limitata ad aderire all'impugnazione della società assicuratrice, giusta i principi che si sono sopra esposti. L'adesione risulta espressa nella comparsa di costituzione in appello presente nel fascicolo d'ufficio del Tribunale), là dove si scrisse che "per quanto attiene il punto 4 dell'appello, ci si associa alle richieste ed agli assunti di parte appellante" (pag. 3, righe 11 e 12): il punto 4 dell'appello riguardava la carenza di prova della domanda ed al suo interno (sub A) la carenza relativa al quantum (poi ritenuta decisiva dal Tribunale), come emerge dall'atto presente nel fascicolo stesso.

Nel caso di specie il Tribunale avrebbe dovuto applicare il principio per cui l'impugnazione della società assicuratrice garante riguardo al rapporto principale inerente la responsabilità della cooperativa assicurata estendeva i suoi effetti anche a favore di quest'ultima, in quanto essa, costituendosi, aveva condiviso le ragioni di detta impugnazione e non se ne era dissociata riconoscendo la fondatezza della decisione sul rapporto principale resa dal primo giudice.

La soluzione non avrebbe potuto essere diversa se la cooperativa fosse rimasta contumace.



E' poi appesa il caso di rilevare che la cooperativa non aveva fatto nè acquiescenza espressa nè acquiescenza tacita.

L'assorbimento del secondo motivo deriva dal fatto che, una volta esclusa la necessità dell'appello incidentale sul punto già oggetto dell'appello principale della società garante, non occorre domandarsi se comunque, in presenza di un suo appello incidentale svolto quanto ad altra questione (la riconvenzionale) la difesa della società garantita su quel punto potesse intendersi come un sostanziale appello incidentale.

18. La sentenza impugnata va cassata quanto alla conferma della decisione di primo grado nei confronti della qui ricorrente e, non occorrendo accertamenti di fatto per provvedere sul punto dell'estensione degli effetti dell'accoglimento dell'appello della società assicuratrice anche a vantaggio della ricorrente, la cassazione può disporsi senza rinvio e farsi luogo ad una decisione di merito, che rigetti la domanda degli attori anche nei confronti della qui ricorrente.

Le spese dell'intero giudizio vanno compensate anche nel rapporto processuale fra la ricorrente e gli attori.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo e terzo motivo di ricorso. Dichiara assorbito il secondo. Cassa la sentenza impugnata riguardo al capo che ha confermato la decisione di primo grado nel rapporto fra i resistenti e la ricorrente. Pronunciando nel merito sul punto rigetta la domanda degli attori resistenti anche nei confronti della Cooperativa La generale Servizi s.c.a.r.l. Compensa le spese di tutti i gradi nel relativo rapporto processuale.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 9 giugno 2015.

Depositato in Cancelleria il 4 dicembre 2015.