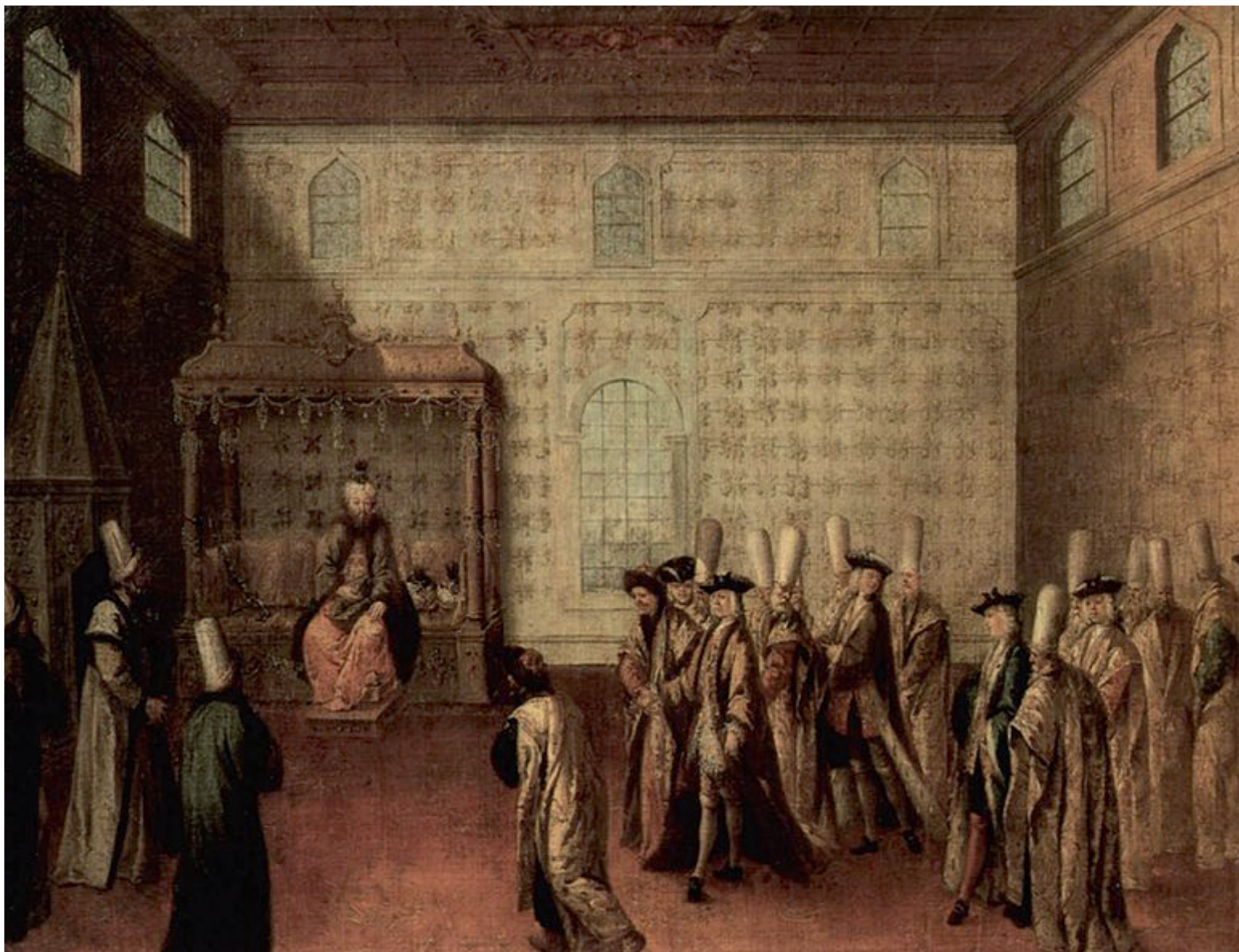




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2016 - Volume 2

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



2/2016

INDICE

DOTTRINA

Explicit – implicit legal pluralism	2
La sustitución fideicomisaria como medio de protección de los tutelados en Italia, y de los incapacitados en España	10
Arcipelago famiglia: alla 'famiglia di Elau' al diritto di famiglia.....	18
Adozione e affidamento familiare: nuove definizioni e nuove tensioni	44
The settlement between structural complexities and dogmatic perspectives.....	64

STUDI E RICERCHE

Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o...forse, troppo?	77
Hacia una concepción personalista de la Capacidad Jurídica	100
L'omessa informazione dei rischi del trattamento sanitario: spunti comparatistici	120
La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali: dalla riforma Vietti alla riforma Bank Recovery Directive	137

NOTE E RECENSIONI

Privacy e diritto all'oblio	145
-----------------------------------	-----

GIURISPRUDENZA

155

Tutela dei consumatori - Contratti di vendita *on line* stipulati con consumatori residenti in altri Stati membri - Clausole abusive - Condizioni generali -Rinvio pregiudiziale.

Corte di Giustizia, Terza Sezione, 28 luglio 2016 - C 191/15.28 LUGLIO 2016	155
---	-----

Marchio dell'Unione europea – Domanda di marchio dell'Unione europea denominativo *English pink*.

Corte di Giustizia, Quarta Sezione, 21 Luglio 2016 - C 226/15.....	173
--	-----

Lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco - Articolo 114 TFUE – Principio di proporzionalità – Principio di sussidiarietà.

Corte di giustizia, Quarta Sezione, 4 maggio 2016 - C 547/14.....	185
---	-----



2/2016

DOTTRINA

EXPLICIT – IMPLICIT LEGAL PLURALISM

ELINA N. MOUSTAIRA*

SOMMARIO: 1. Introductory remarks. – 2. Legal hegemonism and WLT. – 3. Cryptotypes and legal pluralism. – 4. The critical legal pluralistic view. – 5. Classics vs new forms of legal pluralism. – 6. A multiscalar legal system? – 7. Taking implicit law into account. – 8 Conclusion.

1. Law, it is stated, is a way through which facts can be represented and, consequently, gain meaning. It is a means of understanding the world, the other ways being science, art, religion, ethics, ideology, history¹, to mention only a few. Often, if not always, these other ways are mingled together, in an obvious or less obvious manner and they contribute to the forming of the legal expressions of each people. At the same time and in the opposite way, the law of each people, at each place, tries to regulate these other ways (e.g. science, art) or, at least, to explain and use them (e.g. history, religion), in order to change.

During this trajectory, law can be expressed formally, in a form easily recognizable by the people the coexistence of whom it aims to regulate (e.g. written laws, courts' judgments) or can take more subtle appearances, though not less authoritative, not having minor prestige for them². This formal or less formal appearance of the law might depend on the other ways of understanding the world; it might be their explicit or implicit "agent".

* Professor of Comparative Law, National and Kapodistrian University of Athens, School of Law.

¹ F. Pirie, *The Anthropology of Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 56-57.

² Law can live and develop without jurists, that is without having a critically elaborated apparatus of knowledge, according to R. Sacco, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, Dalloz, Paris 2009, p. 14.



2. Usually and almost traditionally, people whose laws have a formal imprint (obviously – and among others – the so-called Western people) tend to believe that they possess the absolute truth about the best articulated, the most efficient legal rules; that they should be the guides to all those “poor” people who cannot take care of themselves, not having reached such a high level of civilization or legal culture as they believe they have. This arrogance has been expressed in many ways, at many parts of the world, at various time periods. One notorious example of this arrogance is the “export”, the migration of legal rules, consequence of certain countries’ legal hegemonism. Versions of this attitude are those that promote a regime of global legal norms, adopting terms such as harmonization – the most lenient one – or transplantation or viral propagation¹.

This [also legal] mentality leads to the refusal of a real legal status to the laws of other peoples, especially when these laws are expressed implicitly.

The former [the Western people], almost as a rule, are not able or do not want to admit that underneath their comportment, seemingly following the legal rules of their countries, there are factors unseen, mostly established in their conscience, having been transformed into a [legal] mentality, factors that have a decisive role in the formation of these legal rules. The latter [the non-Western peoples and especially the indigenous peoples] have conscience of these latent factors, in fact they respect them and steadily try to adapt their behavior to these factors’ orders.

¹ R.A. Macdonald, *Three Metaphors of Norm Migration in International Context*, in 343 *Brooklyn Journal of International Law*, p. 603 (2009).



3. The cryptotypes that always existed and exist and that Sacco located and gave them a name¹, could very well make us doubt whether the Western people who insist on ignoring or rejecting them, behave rationally, as they believe.

Beyond that, the real question is why deny to the indigenous peoples the right to apply their chthonic laws in which the cryptotypes seem to be more apparent. Shaping the laws in parts of the world according to a model, often was a political decision influenced by several and various factors of each time. 18th and 19th codifications in Continental Europe brought in the first line the written law and shove deep underneath the factors leading to decisions about facts' legal solutions. They conscientiously rejected the view that "not all law, and not even all written law, is explicitly enacted"².

This stance was adopted as far as colonies were concerned. Cryptotypes, though, were and are always there.

During the colonization, especially of the 18th and the 19th century, legal pluralism was almost a self-evidence. Different rules were enforced upon different groups of people, multiple jurisdictions existed, often in conflict between them. That was a way to exert and maintain power³.

Sacco points out that the Europeans would never have accepted to be ruled by an indigenous non-European law; that they were so intolerant toward legal orders very different from their own, that even in Asian or African countries which were not colonies, they had demanded and obtained not to be ruled by local laws⁴.

That situation was probably the reason for which governors, theoreticians of law, politically oriented explorers, to mention only a few, had not considered as important to conceptualize what was happening. Legal pluralism was *a habitus*, then. Exactly as Bourdieu had claimed, the sense of the social practices was found beyond the explicit norms, the formal rules, it was found in the principles that generated these practices.

¹ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *American Journal of Comparative Law* (II) p. 343, pp. 384-385; E. Moustaira, *Milestones in the Course of Comparative Law. Thesis and Antithesis* (in Greek), Ant.N. Sakkoulas Publishers, Athens – Komotini 2003, pp. 81-83.

² R.A. Macdonald, *The Fridge-Door Statute*, in (2001) 47 *McGill Law Journal* 11, p. 13.

³ J. Burbank/F. Cooper, *Rules of Law, Politics of Empire*, in L. Benton/R.J. Ross (eds.) *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, New York University Press, New York and London 2013, p. 279.

⁴ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, il Mulino, Bologna 2007, p. 75.



4. Legal anthropologists, the one side of the coin, the other being the legal comparatists, insist on the fact that a society functions not only according to the explicit norms, the formal rules, but also according to the habitus. They do not consider as law only the formal rules, but they are aware that the law expresses itself in other ways too, not all of them an evident part of the juridical order¹.

Legal comparatists, not the ones who favor “orthodox” approaches to comparative law though, are very much interested in critical legal pluralism, in the theory that “rejects the premises of state legal positivism”. According to them, comparative law could not be intercepted without admitting the heterogeneity of persons and peoples, the flux of norms, the dissonance reigning in any “given spatial, temporal, social or affective fields”². As it is stated, “it is not at all clear, ..., that there is any *conceptual* reason to limit comparative law study to official municipal law”³.

Adopting a critical legal pluralistic view, legal comparatists become more able to understand the relationship between the explicit and the implicit legal rules as well as the infrastructure of each group of rules, of each normative system⁴. They can capture that people, as legal subjects, “are not wholly determined” by a law enacted by a certain elite of jurists; that even if this elite has been set up in order to decide, to legislate, the legal knowledge produced by the legal subjects participates implicitly in the structuring of the governing law⁵.

¹ O. Barrière, *De l'émergence d'un droit africain de l'environnement face au pluralisme juridique*, in C. Eberhard/G. Vernicos (éds.) *La quête anthropologique du droit. Autour de la démarche d'Etienne Le Roy*, Editions Karthala, Paris 2006, p. 147, pp. 152-153 : « Nous rejoignons également Pierre Bourdieu dans la notion de conduites sociales engendrées par l'habitus. En effet, les pratiques sociales ne naissent pas toutes de règles expresses et explicites mais dépendent aussi de logiques culturelles et endogènes aux individus et aux groupes. Là, les conduites d'ordre juridique n'ont pas forcément la régularité de celles qui sont issues du pouvoir législatif et réglementaire. Elles sortent partiellement d'un cartésianisme institutionnel pour obéir davantage à la logique pragmatique de la pratique « qui définit le rapport ordinaire au monde » susceptible de laisser une part de flou et de vague ».

² R.A. Macdonald/K. Glover, *Implicit Comparative Law*, (2013) 43 R.D.U.S. 123, 128, 153 & n. 24.

³ P.S. Berman, *A Brief Note on Legal Pluralism and Comparative Law*, (2013) 31 *Windsor Yearbook of Access to Justice*, p. 219.

⁴ R.A. Macdonald, *Custom Made – For a Non-chirographic Critical Legal Pluralism*, in 26 *Canadian Journal of Law and Society* 301, p. 326 (2011).

⁵ M.-M. Kleinhans/R.A. Macdonald, *What is a Critical Legal Pluralism?*, in 12 *Canadian Journal of Law & Society* 25, p. 38 (1997).



5. In our times, “weak”, or “classic” legal pluralism is often contrasted with the “strong”, “deep”, or “new” form of legal pluralism. The state-centered view of pluralism, where state law defines the prerequisites for a legal pluralism, is contrasted to the social-science approach to law, which argues for a behavior obeying in more than one legal order. According to the latter, law might be an open-ended concept, not necessarily depending on state-recognition for its validity¹.

Although it is not a matter of comparing them, I believe that it is a huge discrimination if we refer to the indigenous laws as parts of a bigger category of laws, such as the multinationals’ “legal orders” or certain professions’ “legal orders”, etc. Furthermore, these other “legal orders” might very well be considered as parts of the international imperial law, as forms of global domination², something that obviously could not even be suggested for the indigenous laws; rather on the contrary.

Do we need a defined boundary for what constitutes a legal system? Should we speak of “legal system” only when there is a centralized authority vested with the power of creating laws and enforcing them³? Could we not speak of “legal system” when – as, for example, in the case of Maoris – the infrastructure of their coexistence is built, constructed not on the basis of rules, but on the basis of values which govern the relationships between all persons and all things and between persons and things⁴?

As it is stated, the literature on legal pluralism generally accepts the idea that the laws of indigenous peoples are “law”; not the states, though⁵. For example, Australia, following the adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples stated that indigenous customary law “is not law in the sense that modern democracies used the term; it is based on culture and tradition”.

Shouldn’t “internal” recognition of indigenous legal traditions within indigenous peoples lead to “external” recognition and affirmation by a[the] wider society?

¹ A. Griffiths, *Anthropological Perspectives on Legal Pluralism and Governance in a Transnational World*, in M. Freeman F.B.A./D. Napier (eds.) *Law And Anthropology*, Current Legal Issues 2008, Oxford University Press, 2009, p. 164, p. 168.

² U. Mattei/L. Nader, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell Publishing, 2008, p. 144: “Just as in early colonial times the private venture capitalists (the East India Company, Hudson Bay Company, etc.) and European colonial sovereigns were connected in an alliance for plunder, legitimized by a powerful intellectual clique, today the global power elite is connected with transnational business in the global pursuit of plunder. In the age of colonialism such struggles for international hegemony were mostly carried on with an open use of force and political violence (in such a way that final extensive conflict between superpowers was unavoidable). Whereas, in the current age, political violence wrapped in the imperial rule of law has been centralized into a monopolistic power, the United States, dominating enemies, allies, and global institutions, but being itself dominated – as every Western-style democracy is – by transnational corporate actors”.

³ G. Christie, *Indigenous Legal Theory: Some Initial Considerations*, in B.J. Richardson/S. Imai/K. McNeil (eds.) *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2009, p. 195, p. 198.

⁴ J. Ruru, *The Maori Encounter with Aotearoa: New Zealand’s Legal System*, in B.J. Richardson/S. Imai/K. McNeil (eds.) *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2009, p. 111, p. 113.

⁵ S. Wheatley, *Indigenous Peoples and the Right of Political Autonomy in an Age of Global Legal Pluralism*, in M. Freeman F.B.A./D. Napier (eds.) *Law And Anthropology*, in *Current Legal Issues*, 2008, Oxford University Press, 2009, p. 351, p. 358.



6. It seems that things have not changed much from the colonial times, their legacy still exists. In different parts of the world there are various appearances of legal pluralism, none of which is absolutely similar to another. The fact that in some countries (as for example in African countries) this coexistence of a central legal governance and multiple indigenous laws is (commendably) officially recognized, while in other countries it is not, is a challenge worth facing and studying. “Law beyond the law” cannot really disappear, even when the implicit and informal is subordinated to the explicit and authorized.

In different parts of the world, we “discover” varied forms of legal pluralism, some of them giving equal status to all coexisting laws, while others discriminate versus some of them, recognizing a superior status to the central state laws – something that becomes obvious in case of a conflict of jurisdictions. In the latter cases, international law “intervenes”, demanding that indigenous sovereignty¹ obeys to the state sovereignty².

Evidently, this “interlocking web of jurisdictional assertions” really constitutes a “multiscalar legal system”³, of different scale in different parts of the world.

I argue that the different treatment of the indigenous laws, in the various countries, *ex colonies*, depends on a certain factor that would be obvious if its admittance were not a delicate (or perhaps “dangerous”) issue. African countries became independent and they are governed by their peoples, the indigenous peoples. They had the experience of the foreign laws of their colonizers and they thought that it would be wiser to adopt them (or something similar to them) in order to become equal players at the world checkers. At the same time, they respect (or are obliged to respect) the rules of their own peoples, and recognize them officially.

In the other countries, *ex colonies*, where indigenous peoples live, on the one hand the independence was achieved much earlier, during the 19th century, when the codification of laws had been considered as a great achievement and a necessary tool for the new countries’ governance; on the other hand, in these countries many of the defendants of the independence were either people originated from the colonizing countries (e.g. Australia) or mestizos, participating in both western and indigenous cultures, believing though that western cultures and principles were more “civilized” and that they should be used as tools for the onward trajectory of their own countries. In these cases, official recognition of the indigenous law and parallel validity of this and the central state law, would either be a risk not considered as worth taken, or, worse, would be considered as a preposterous claim.

¹ The right of the indigenous peoples to apply their own laws, is a crucial expression of the indigenous identity as well as of the indigenous sovereignty. It is an effort to preserve a certain autonomy in the frame of a monolithic state that tries to exercise its powers with typical laws, see R. Perry, *Balancing Rights or Building Rights? Reconciling the Right to Use Customary Systems of Law with Competing Human Rights in Pursuit of Indigenous Sovereignty*, 24 *Harvard Human Rights Journal* 71, p. 72 (2011).

² M. Åhrén, *Indigenous People’s Culture, Customs and Traditions and Customary Law – the Saami People’s Perspective*, in 21 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 63, pp. 100-101 (2004).

³ H.M. Osofsky, *Climate Change Litigation as Pluralist Legal Dialogue?*, in 43 *Stanford Journal of International Law* 181, p. 187 n. 19 (2007).



7. Law is not independent from society; it is a “social product”¹. Legal pluralism was and is everywhere. In the past, even in Europe, customary and religious rules were coexisting with written, emanated by the state rules. Now, even in Europe, but also in USA, especially in USA, customary and religious rules have been hidden behind “innocent”, seemingly neutral written laws or judicial judgments. History has always played its part, the same as various other factors and influences. Various historical phenomena “that people have recognized as law”, and that therefore should be recognized as such, probably function differently at different parts of the world and unavoidably have changed over time. The answer to “what is law” cannot be unitary, “law is not like that”².

“Law is different”, it is stated, noting that although saying that “is stating the obvious, sometimes the obvious needs stating”³.

Taking implicit law into account is absolutely necessary for any jurist who is interested in comparative law – theoretical or applied. As already mentioned, legal subjects can always fashion law’s structures. It happens everywhere, in countries where the reign of positive law may not be doubted – and then the fashioning is implicit – as well as in countries where peoples’ communities have their own rules, being or not officially recognized – and then the fashioning is explicit.

¹ J. Uimonen, *From Unitary State to Plural Asymmetric State. Indigenous Quest in France, New Zealand and Canada*, University of Lapland/Lapin Yliopisto, Rovaniemi 2014, p. 26.

² B.Z. Tamanaha, *What is Law?*, in *Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 15.01.01, January 2015.

³ F. Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 2015, 154. Speaking about claims of comprehensive jurisdiction, he points out (pp. 162-163) that the rule systems of – among others – “most religious organizations, most indigenous tribes, ..., claim a wide degree of control over the lives of their members”. He concludes: “And thus although it might be true that most of the governmental or quasi-governmental systems we typically call “law” have comprehensive jurisdictional pretension and most of the complex rule-based organizations from which we withhold the label “law” do not, it is a mistake to assume that law-ness and comprehensiveness are congruent. Accordingly, we may again learn more by observing just how much nonstate organizations betake of law, or simply *are* law, than assuming too quickly that they are not”.



8. Critical legal pluralism helps us see that in the cases of explicit law there is an implicit participation in its fashioning by the legal subjects, while in the cases of implicit law this participation of the legal subjects is explicit. One could argue that in the making of explicit law, the influence of cryptotypes is really *κρυφή* (secret), while in the making of the implicit law, the contribution of the cryptotypes is there, in the open!

Difficult for the positivists to accept such an idea, dangerous for the structure that was built during mainly the 2 previous centuries: the state. A relatively novel form, even in the West, as Donlan reasonably claims, it proved “particularly successful at colonizing and dominating its rivals”¹. But law preceded the state. One would not dare to suggest that before the state-nation of the 19th century there were not laws ruling people’s lives nor particular to each place legal institutions. The fact that things changed so torridly afterward does not give us the right to deny the status of law to all these regulations that existed before. And the suggestion that “any meaningful understanding of ‘law’ requires comparative and historical analysis” is there to confirm it.

The fact that state law has ever since dominated theory, is not an excuse to deny the status of law to the chthonic laws of the indigenous peoples. Approaches to law may change over time – and this time more than ever before² – but they may not nullify the ones that prevailed in the past and that are still followed in some parts of the world by some people, sadly considered as at best marginal.

¹ S.P. Donlan, *Things Being Various: Normativity, Legality, State Legality*, in M. Adams/D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law*. Essays in Honour of Mark Van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 161, p. 162.

² F. Ost, *Law as Translation*, in M. Adams/D. Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law*. Essays in Honour of Mark Van Hoecke, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2014, 69, 76: “This is the very situation that is changing radically today: the juridical orders are on the move, they are communicating with one another, they are copying each other, they are swapping solutions, they are hybridizing themselves in a thousand and one ways (though we must not ignore the phenomena of dominance which inevitably twist and slant such exchanges), with the result that comparative law has ceased to be the study of the platonic relationships between juridical systems viewing each other from the outside and is becoming, to use the expression of H Patrick Glenn, the study of an ‘integrated law’ – a law which introduces into the heart of the internal juridical mechanisms other, composite matter, hybrid concepts (some would call them bastard concepts), imported solutions that are only ‘more or less’ under control.



LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LOS TUTELADOS EN ITALIA, Y DE LOS INCAPACITADOS EN ESPAÑA

PEDRO BOTELLO HERMOSA

SOMMARIO: 1. Introducción – 2. Importancia de la sustitución fideicomisaria en Italia y en España. – 3. Mejor respuesta a las exigencias de la Sociedad actual por parte de la institución italiana, que por parte de la española. - 3.1. Finalidad asistencial en Italia, frente a la finalidad patrimonial en España. - 3.2. La sustitución fideicomisaria como medio de protección a favor de los tutelados en Italia, y no de los curatelados. - 3.3. La enfermedad mental como única causa para incapacitar a alguien en Italia, a diferencia de lo que ocurre en España. - 3.4. Fijación del fallecimiento del incapacitado en Italia como momento en el que opera la delación hereditaria a favor del fideicomisario. - 3.5. Diferencia existente en los sujetos que conforman ambas instituciones. - 3.6. Diferente alcance de la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima en uno u otro Ordenamiento.



1. El presente artículo tiene como finalidad realizar una breve comparación entre la sustitución fideicomisaria española y la italiana.

La sustitución fideicomisaria podría quedar definida como aquella disposición testamentaria en cuya virtud, el testador impone al heredero fiduciario, la obligación de conservar y restituir la herencia fideicomitida a los herederos fideicomisarios ya designados en testamento.

Al dirigirnos a esta institución hacemos referencia, bajo mi punto de vista, a una de las figuras jurídicas de mayor relevancia dentro del ámbito del Derecho Sucesorio Español e Italiano.

Debido a su condición bimilenaria, la sustitución fideicomisaria podría considerarse una institución anticuada y caduca, pero nada más lejos de la realidad.

El origen de la institución se encuentra en la época Romana, apareciendo concretamente en el siglo I de nuestra era, siendo su antecedente histórico el conocido como *fideicommissum familiae relictum* o fideicomiso familiar romano, institución a través de la cual el testador podía vincular sus bienes a su familia de generación en generación.

Por ello, la sustitución fideicomisaria representó a lo largo de la historia en ambos países, un instrumento muy eficaz para mantener íntegramente el patrimonio hereditario y transmitirlo de generación en generación, siendo sobre todo en el Derecho intermedio, en el Medievo en conexión con la economía feudal, cuando tuvo su mayor difusión, respondiendo, así, a la exigencia entonces dominante, de mantener íntegro el patrimonio familiar para conservar con todos los bienes protegidos, fuerza y prestigio político.

En Italia, el Codice Civile¹ de 1.865 abolió la sustitución fideicomisaria del Ordenamiento jurídico italiano.

En este sentido, imitando a lo prescrito en el artículo 896 del Código de Napoleón, el artículo 899² del CC de 1.865 recogía que: “*Cualquier disposición a través de la cual el heredero o legatario sea gravado mediante una expresión que le obligue a conservar y restituir a favor de una tercera persona, será considerada sustitución fideicomisaria. Dicha sustitución está prohibida*”.

Es decir, que a través de dicho artículo, el CC italiano de 1.865 prohibió toda disposición con la cual el heredero o legatario fuese gravado con cualquier expresión de conservar y restituir a una tercera persona, intentándose, con ello, evitar obstáculos a la libre circulación de los bienes, a la libertad de testar y al fomento de la diferencia entre los hijos.

Sin embargo, con la entrada en vigor del CC de 1.942 (CC actual), se reintrodujo la sustitución fideicomisaria a través de su artículo 692, admitiéndose la institución aunque con límites muy reducidos, previendo únicamente dos formas: el “fideicomiso familiar”, y el llamado “fideicomiso de beneficencia”.

Sobre estos extremos no existen dudas en la doctrina italiana, tal y como se acredita con las afirmaciones de GENGHINI y CARBONE³, MORETTI⁴, CAPOZZI⁵, PUTTI⁶, VANNI⁷, o, por último, TAMBURRINO⁸.

¹ En adelante, CC.

² Recogía el artículo 899 del CC de 1.865 que: “Qualunque disposizione colla quale l’erede o il legatario é gravato con qualsivoglia espressione, di conservare e restituire ad una terza persona é sostituzione fedecommissaria. Tale sostituzione é vietata”.

³ GENGHINI e CARBONE, *Le successioni per causa di morte*, Tomo II, Cedam, 2.012, pág. 1.264: “Totalmente abolita dal codice del 1.865, ispirato al massimo liberalismo, essa è stata reintrodotta nel codice del 1.942 come strumento per



Pero fue a raíz de una reforma introducida en el Derecho de Familia italiano por la Ley de 19 de mayo de 1.975, N° 151⁹, cuando la sustitución fideicomisaria asumió definitivamente en Italia un único fin, concretamente el asistencial, sufriendo, por ello, el artículo 692 del CC de 1.942 una profunda reforma que acabó con la sustitución fideicomisaria familiar y de beneficencia, e introdujo la figura existente hoy en día, conocida como “sustitución fideicomisaria asistencial”, la cual queda regulada entre los artículos 692 a 699 del CC, ambos incluidos.

De hecho, tras la reforma de 1.975, la sustitución fideicomisaria quedó modificada no sólo en su contenido, sino, incluso, en su *ratio*. Así lo entiende VANNI¹⁰, cuando indica que “*consintendosi la efficacia unicamente a favor de entes o personas que hayan cuidado del tutelado, hijo o descendiente o también cónyuge del testador, ha cambiado radicalmente la ratio de la institución, que ya no se dirige a la conservación del patrimonio en defensa de los intereses de la familia, sino que tiende exclusivamente a asegurar y a incentivar el cuidado y la asistencia del tutelado*”.

De ahí, precisamente, que la sustitución fideicomisaria sea una institución compleja, en cuanto que la delación no se producirá hasta que no se compruebe que el fideicomisario prestó los cuidados y asistencia necesaria al tutelado, bajo la supervisión del tutor, cosa que, por ejemplo, no sucede en la sustitución ordinaria.

Y es que, según el contenido del primer párrafo del artículo 692 del CC¹¹, fiduciario puede ser únicamente una persona tutelada, o un menor en condiciones que haga

garantire la continuità del patrimonio familiare (fedecommissario familiare), o per scopi benefici (fedecommissario di beneficenza), fermo restando che l'istituto doveva essere un figlio o un fratello”.

⁴ MORETTI, “La sostituzione fedecommissaria”, en *Trattato di Diritto delle successioni e donazioni, La successione testamentaria*, diretto da Giovanni Bonilini, II, Giuffrè Editore, Milano, 2.009, pág. 1.787.

⁵ CAPOZZI, Successioni e donazioni, Terza Edizione, Tomo II, Giuffrè Editore, Milano, 2.009, pág. 1.029: “*Il codice del 1.942, al fine di favorire la continuità e l'integrità del patrimonio domestico, ammise l'istituto in limite peraltro ben ristretti, prevedendone soltanto due forme: il <<fedecommissario familiare>> (istituiti potevano essere un figlio o un fratello del testatore, sostituiti tutti indistintamente i figli nati o natiuri dell'istituto) e il c.d. <<fedecommissario di beneficenza>> (istituiti, sempre e unicamente, il figlio o il fratello, sostituito un ente pubblico)*”.

⁶ PUTTI, “La sostituzione fedecommissaria prima e dopo la riforma del diritto di famiglia”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Anno VI, Parte Seconda, 1.990, pág. 424: “*Il codice del 1.865 lo aveva vietato senza eccezioni; il legislatore del 1.942 aveva ravvisato in tale istituto uno strumento idoneo da un lato ad impedire gli sperperi dei figli e dare così solidità al patrimonio familiare, dall'altro a dare nuova forza espansiva ai beni conservati per le generazioni future, il tutto nel nome della tutela dell'unità familiare come centro di interessi economici*”.

⁷ VANNI, “La sostituzione fedecommissaria. La trasformazione attuata dalla riforma del diritto di famiglia e l'indifferente disciplina del nuovo testo unico delle imposte sulle successioni”, en *Il fisco*, 19, giugno 1.995, pág. 6.283: “*L'istituto della sostituzione fedecommissaria era stato del tutto vietato dal codice del 1.865 ed invece ammesso dal codice del 1.942, si apure in limiti assai circoscritti, quale strumento reputato idoneo al impedire la dilapidazione del patrimonio da parte dei figli e ad assicurare la sussistenza dei beni alle future generazioni, a salvaguardia e tutela dell'unità della famiglia quale centro principale degli interessi economici*”.

⁸ TAMBURRINO, Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano, Seconda Edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1.978, pág. 418: “*Il legislatore del 1.942, in nome della continuità ed integrità del patrimonio domestico e soprattutto in nome della tutela dell'unità familiare come centro di interessi economici oltre che morali, reintrodusse il fedecommissario (chiamandola più propriamente <<sostituzione fedecommissaria>>)*”.

⁹ Ley 19 de mayo de 1.975, N. 151, de reforma del Derecho de Familia.

¹⁰ VANNI, *Op. cit.*, pág. 6.284: “*Consentendone l'efficacia soltanto in favore di enti o persone che abbiano avuto cura dell'interdetto, figlio o discendente ovvero coniuge del testatore, è radicalmente mutata la ratio stessa dell'istituto, non più diretto alla conservazione del patrimonio in difesa degli interessi della famiglia, ma esclusivamente, tendente ad assicurare ed incentivare la cura e l'assistenza dell'incapace*”.

¹¹ Expone el primer párrafo del artículo 692 del CC que: “*Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con*



presuponer que, al alcanzar la mayoría de edad, será tutelado, y fideicomisario las personas o los entes que hayan tenido cuidado del tutelado bajo la vigilancia del tutor, de ahí que podamos afirmar que la finalidad de la actual sustitución fideicomisaria italiana es única y exclusivamente asegurar, incluso, incentivar, el cuidado del tutelado.

En este sentido, expresa BENEDETTI¹² que “*asegurar de hecho, incentivándolo, el cuidado del incapacitado: ésta es la razón actual del fideicomiso*”

En España, en cambio, se puede afirmar que la sustitución fideicomisaria siempre ha formado parte de nuestro sistema, desde la época romana, pasando por el Código de las Partidas, hasta la Novísima Recopilación, así como por las Leyes Desvinculadoras y por diferentes Proyectos de Códigos Civiles, hasta nuestro definitivo Código Civil¹³ de 1.889, el cual desde su promulgación regula la sustitución fideicomisaria entre sus artículos 781 y 789.

Es decir, que a diferencia de lo que ocurrió en Italia, el legislador español de nuestro C.c. de 1.889 no apostó por la abolición de la institución, sino por su inclusión en nuestro Código desde su promulgación, lo cual acredita su importancia.

Pero fue en el año 2.003, a raíz de la promulgación de la Ley 41/2003¹⁴, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, LPPD), cuando la sustitución fideicomisaria pasó a convertirse no sólo en una de las figuras jurídicas más importantes del Derecho Sucesorio Español, sino también, en una institución de imprescindible conocimiento para todos los profesionales jurídicos españoles, ya que desde entonces, en España cualquier padre o ascendiente de una persona incapacitada judicialmente, con independencia de que beneficie al hijo incapacitado con el tercio de libre disposición y el de mejora, podrá establecer también sobre todo el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria, en la que fiduciario será el incapacitado, y fideicomisario el resto de herederos forzosos, los cuales, a través de esta institución, verán gravada su legítima estricta, lo cual atenta contra el principio sagrado del Derecho Sucesorio de su intangibilidad.

¿Qué quiere decir esto? Pues que el legislador de 2.003, tal y como expone VIVAS TESÓN¹⁵, ha introducido un supuesto de tangibilidad de la legítima al conceder al testador la facultad, si lo desea, de establecer una sustitución fideicomisaria a favor de un descendiente incapacitado judicialmente sobre el tercio de legítima estricta.

Pero si en España es importante el objeto de la institución, es decir, el tercio de legítima estricta, también lo es su alcance actual, porque debido a la redacción del legislador de la LPPD, la sustitución fideicomisaria especial podrá establecerse a favor de “los hijos o descendientes incapacitados judicialmente”, es decir, tanto a favor de los tutelados como de los curatelados, a diferencia de lo que sucede en Italia, donde el legislador de 1.975 (previsor del problema en el que nos encontramos hoy en día los españoles), decidió limitar

l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo”.

¹² BENEDETTI, “Note introduttive agli articoli 197-199 Nov.”, in *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, a cura di CARRARO, OPPO e TRABUCCHI, I, 2, Cedam, Padova, 1.977, págs. 877 y 888: “*Assicurare in fatto, incentivandola, la cura dell'incapace: questa la ragione attuale del fedecommesso*”.

¹³ En adelante, C.c., y que fue publicado en GACETA de 25 de Julio de 1889.

¹⁴ Publicada en el B.O.E. núm. 277, de 19 noviembre de 2003.

¹⁵ VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2.010, pág. 168.



como posibles beneficiarios de la sustitución fideicomisaria asistencial exclusivamente a los tutelados, y nunca a los curatelados.

La doctrina española coincide en denominar esta modalidad de la institución como “sustitución fideicomisaria especial”, no sólo por su ámbito de aplicación, el tercio de legítima estricta, sino también, por las personas a las que protege, como son las personas necesitadas de una protección especial, es decir, las personas incapacitadas.

Concluyendo con esta breve introducción entiendo oportuno remarcar que en Italia, la sustitución fideicomisaria como medio de protección de las personas tuteladas se introdujo en 1.975, mientras que en España no ha sido hasta el año 2.003 cuando a la institución se le ha otorgado el papel de medio de protección de las personas incapacitadas judicialmente, es decir, de las personas tuteladas como de las curateladas.

2. Debido a la apuesta decidida de los legisladores español e italiano por esta institución como instrumento jurídico de protección de las personas tuteladas en Italia, e incapacitadas (tuteladas y curateladas) en España, se puede afirmar que la sustitución fideicomisaria ha sido elegida en ambos países como el instrumento jurídico a través del cual se permite vulnerar por primera vez el principio sagrado e histórico del Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta, y, al mismo tiempo, como el instrumento jurídico que conlleva una diferente libertad de testar para los testadores italianos con hijos o descendientes tutelados respecto a los otros testadores que no tengan hijos o descendientes tutelados, así como la diferente libertad de testar que existe hoy en día en España entre los testadores con hijos o descendientes judicialmente incapacitados y los testadores sin hijos o descendientes incapacitados.

Dicho esto, he de resaltar que mientras que en Italia la legítima estricta que se vulnera es la del propio tutelado, en España, en cambio, la legítima estricta que queda gravada mediante la sustitución fideicomisaria es la del resto de herederos forzosos, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

3. Llegados a este punto, tras resaltar la finalidad asistencial de la institución italiana y su ratio de acción, me permito adelantar que, en mi opinión, de haber tomado como referente el legislador español de 2.003 la regulación dada por el legislador italiano de 1.975 a la sustitución fideicomisaria asistencial, seguramente gran parte de las dudas que surgen hoy en nuestro Ordenamiento respecto a la regulación de la institución especial no existirían.

En este sentido coincido con CLAVERÍA GOSÁLBEZ¹ cuando tras abogar por que la ley española 7/1998 de condiciones generales de la contratación se asemejase lo más posible a la ley alemana de condiciones generales de 1.976, acaba manifestando que *“Obviamente cabía también hacer una ley española original técnicamente aceptable, pero, si no se atrevían los redactores a tanto, quedaba la solución de la prudente imitación de una Ley extranjera, como la apuntada. (...)Hacer leyes es muy importante y muy difícil”*.

Los motivos que me llevan a entender que como medio de protección de las personas incapacitadas la sustitución fideicomisaria italiana de 1.975, aun existiendo 28

¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LI, 1.998, pág. 1.302.



años de diferencia entre ambas, responde mejor a las exigencias de la sociedad actual que la sustitución fideicomisaria española de 2.003, son los siguientes:

3.1. Como sabemos, la principal preocupación de las personas con hijos o descendientes incapacitados judicialmente es: ¿quién cuidará de él cuando yo no esté?

Aunque en ambos países la intención del legislador fue la de introducir una medida de protección a favor de las personas incapacitadas, en Italia primó más la protección desde un punto de vista asistencial del tutelado durante toda su vida², mientras que en España primó la protección patrimonial del incapacitado, al cual, a partir de 2.003 se le podía dejar incluso todo el patrimonio hereditario, estableciéndose sobre el tercio de legítima estricta una sustitución fideicomisaria.

Bajo mi punto de vista, la preocupación anteriormente expuesta de los testadores con hijos o descendientes incapacitados se resuelve de forma más eficaz con la finalidad asistencial de la institución italiana, que con la finalidad patrimonial de la institución española, porque podemos afirmar que en Italia, el testador que establezca una sustitución fideicomisaria asistencial dejará de preocuparse de quién y cómo cuidará de su hijo o descendiente tutelado, ya que sabe que el fideicomisario se encargará de éste si quiere heredarle³, y que los cuidados del fideicomisario serán supervisados por el tutor del tutelado; sin embargo en España, los testadores que establezcan una sustitución fideicomisaria especial lo único que saben es el patrimonio que le habrán dejado en testamento al incapacitado, si bien, le seguirá preocupando quién y cómo cuidarán del incapacitado hasta su muerte.

3.2. Otro de los motivos por los que consideramos la institución italiana más actual que la española, o al menos, mejor regulada, es el alcance otorgado a la sustitución fideicomisaria en Italia, donde únicamente podrá establecerse a favor de las personas que debido al grado de su enfermedad mental, necesitan ser tuteladas, lo cual excluye del ámbito de su protección a las personas curateladas.

En España, en cambio, tal y como expusimos anteriormente, podrán ser beneficiarios de la sustitución fideicomisaria especial tanto las personas tuteladas como las curateladas, ya que el requisito exigido en nuestro C.c. para poder ser fiduciario es el de ostentar la condición de incapacitado judicialmente, siendo indiferente que el grado de enfermedad haya hecho necesario la incapacitación total (tutela), o la incapacitación parcial (curatela), como medida de guarda y protección ideal a favor de la persona incapacitada.

En nuestra opinión, esta puede ser la diferencia de mayor alcance desde el punto de vista práctico-jurídico, ya que desde la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la curatela es la medida de protección preferida por los Tribunales en nuestro Ordenamiento jurídico, lo cual supone que en España los curatelados podrán ser fiduciarios de la sustitución fideicomisaria especial, quedando gravados con ello el resto de herederos forzosos en su cuota de legítima estricta.

² Ya que si el fideicomisario quería llegar a heredar al fiduciario tenía que cuidar de él hasta su muerte, y siempre bajo la vigilancia del tutor.

³ Imaginemos el descanso que tiene que ser para un testador con un hijo o descendiente tutelado, establecer una sustitución fideicomisaria asistencial en la que el fideicomisario será una clínica o un ente privado que se dedica al cuidado de personas tuteladas.



3.3. En Italia, únicamente se podrá ser incapacitado cuando se sufra una enfermedad mental, y nunca física, a diferencia de lo que ocurre en España, donde tal y como recoge nuestro artículo 200 del C.c., son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

3.4. En España, como sabemos, y a pesar de que nosotros abogamos por el fallecimiento del fiduciario incapacitado como único momento posible en la sustitución fideicomisaria especial para que opere la delación a favor del fideicomisario, lo cierto es que, al respecto, existen diversas corrientes doctrinales que se posicionan en diferentes líneas interpretativas.

En Italia, sin embargo, esta diversidad de interpretación no existe en tal sentido, ya que el CC recoge literalmente que no será hasta la muerte del incapacitado fiduciario cuando haya de operar la delación hereditaria, asegurándose el legislador con ello, que la persona incapacitada estará asistida-cuidada por el fideicomisario hasta sus últimos días.

3.5. Mientras en Italia pueden ser fiduciarios los hijos, descendientes y cónyuges tutelados del testador, en España, en cambio, sólo podrán ostentar tal condición los hijos o descendientes incapacitados, nunca los cónyuges, siendo ésta, a nuestro parecer, una gran ventaja a favor de las personas tuteladas italianas respecto a las españolas.

En cuanto a los fideicomisarios, hemos de resaltar que en España los testadores que establezcan una sustitución fideicomisaria especial no pueden decidir libremente quienes van a ser los fideicomisarios, sino que serán por fuerza el resto de herederos forzosos, mientras que en Italia el nombramiento de los fideicomisarios depende única y exclusivamente de la voluntad del testador, pudiendo este fijar como fideicomisario cualquier persona o ente, público o privado, con las ventajas que ello puede suponer para el fiduciario incapacitado (no es lo mismo que se encargue del incapacitado una persona física, que una institución cuyo fin social es precisamente ese, el cuidado de personas necesitadas de protección).

3.6. Tal y como venimos exponiendo a lo largo del presente trabajo, en Italia, mediante la sustitución fideicomisaria, el legislador permitió la violación del principio de intangibilidad de la legítima, a través del gravamen de la cuota de ésta correspondiente al propio incapacitado, la cual iría a parar a favor de los fideicomisarios siempre y cuando hubiesen cumplido con la asistencia y el cuidado del fiduciario.

Sin embargo, en España, la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima va mucho más allá, ya que no es la legítima estricta del propio incapacitado la que se ve afectada por la sustitución fideicomisaria especial, sino que es la legítima estricta del resto de herederos forzosos del testador, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

Por esto precisamente, tal y como expusimos anteriormente, en España el testador no puede elegir libremente a los fideicomisarios, sino que son por fuerza el resto de herederos forzosos, ya que es sobre la legítima estricta de éstos sobre la que se establece la sustitución fideicomisaria especial.

En resumen, entendemos que el testador italiano encontrará menos dificultades a la hora de establecer la sustitución fideicomisaria asistencial, ya que, a través de ésta, no estará gravando al resto de sus herederos forzosos en su legítima, sino que únicamente perjudicará



a los herederos del fiduciario incapacitado en el caso de que éstos existan, si bien hemos de tener en cuenta que el testador también los puede designar a ellos como fideicomisarios.

Nos gustaría finalizar la breve comparación realizada entre la sustitución fideicomisaria asistencial italiana y la sustitución fideicomisaria especial española, poniendo de manifiesto que si bien consideramos la regulación otorgada a la institución italiana más completa como medio de protección de las personas incapacitadas que la regulación de la institución especial española, hemos de aclarar que como figura jurídica es más completa la sustitución fideicomisaria española que la italiana, principalmente por dos motivos:

El primero, porque la asistencial es la única modalidad de sustitución fideicomisaria existente en Italia, donde cualquier otro tipo de modalidad de la institución es nula; mientras que en España, la modalidad especial es otra de las modalidades de sustitución fideicomisaria que existen en nuestro Ordenamiento jurídico, donde también pueden establecerse, por ejemplo, la sustitución fideicomisaria ordinaria, o la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, o la sustitución fideicomisaria de residuo.

Y el segundo motivo es el hecho de que en Italia únicamente puede establecerse la sustitución fideicomisaria a favor de personas tuteladas; mientras que en España no sólo puede darse a favor de personas incapacitadas, sino que también puede instituirse a favor de cualquier persona, incluso un tercero sobre el tercio de libre disposición.



ARCIPELAGO FAMIGLIA»: ALLA 'FAMIGLIA DI ELAU' AL DIRITTO DI FAMIGLIA.

ANNAMARIA GIULIA PARISI

SOMMARIO: 1. Dalle origini allo *jus civile*. - 2. La famiglia, dal medioevo all'età delle codificazioni.- 3. Il modello delineato dalla Costituzione italiana. L'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali nella sentenza n. 198/2012 della Consulta spagnola. - 4. La famiglia nel prisma delle riforme.

1. Pur non disponendo di prove dirette, Washburn e De Vore collocano nel Pleistocene medio, ossia in un periodo in cui la caccia ad animali di grosse dimensioni si impone come attività economica fondamentale, l'inizio delle prime strutture parentali¹.

È datata invece a 4600 anni fa la più antica testimonianza finora rinvenuta di una famiglia, la famiglia di Elau: anch'essa contribuisce a rafforzare l'opinione di quanti sostengono, in materia, che la monogamia, l'unione di un solo uomo con una sola donna, sia da considerarsi come lo stato naturale della famiglia umana.

La tomba, rinvenuta ad Elau nella Sassonia-Anhalt, in Germania, nel 2005, conteneva i resti di un uomo, di una donna (età stimata: circa trent'anni) e di due bambini di circa 5 e 9 anni. L'analisi del loro DNA ha confermato il legame di parentela familiare suggerito dalle peculiarità della sepoltura: i corpi erano abbracciati fra di loro. Attorno ai loro scheletri sono state deposte le asce e i gioielli che ad essi appartenevano in vita. I ricercatori inglesi e tedeschi delle università di Bristol e di Mainz guidati da Wolfgang Haak osservano che *la loro unione nella morte suggerisce un'unione anche nella vita*.

Dall'esame degli scheletri si è accertato che il decesso dei componenti della famiglia di Elau - e delle altre nove persone i cui corpi ricomposti sono stati rinvenuti nella medesima tomba - è stato causato da una morte violenta.

I lavori nel sito della tomba sono iniziati a partire nel 2005, ma solo nel 2008 la rivista Pnas (*Proceedings of the national academy of sciences*) ha pubblicato i risultati concernenti gli esami svolti sul Dna, la datazione al radiocarbonio e l'analisi delle molecole contenute nelle ossa e nei denti².

¹ Cfr. S. L. WASHBURN e I. DE VORE, *Il comportamento sociale dell'uomo preistorico*, in S. L. WASHBURN (ed.), *Vita sociale dell'uomo preistorico*, trad. it. di F. Saba Sardi, Milano, 1971, pp. 151 ss.

² Quella venuta alla luce a Eulau è la prima famiglia umana di cui si abbia una conoscenza certificata con il test del Dna. Il ritrovamento testimonia anche il forte senso di legame familiare e la *pietas* del seppellitore che ha collocato e ricomposto i cadaveri: ciascun genitore abbraccia frontalmente un figlio, quasi a volerlo proteggere anche nell'aldilà. «Stabilendo il collegamento genetico fra i due adulti e i due figli sepolti assieme - sostiene Wolfgang Haak dell'Università di Adelaide alla guida della ricerca - abbiamo certificato la presenza di un classico nucleo di famiglia nel contesto preistorico dell'Europa centrale. Per quanto ne sappiamo, si tratta della più antica prova genetica che lo dimostri e la loro unità nella morte suggerisce l'unità nella vita. Cfr., W. HAAK, G. BRANDT, H. N. DE JONG, CH. MEYER, R. GANSLMEIER, V. HEYD, CH. HAWKESWORTH, A. W. G. PIKE, H. MELLER, K. W. ALT, *Ancient DNA, strontium isotopes and osteological analyses shed new light on social and kinship organization of the later Stone Age. Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS; Washington)* 47, vol. 105 (25. November), 2008, p. 18226-18231. Adde, W. HAAK, G. BRANDT, H. N. DE JONG, CH. MEYER, R.



La famiglia monogamica e indissolubile, non uno stadio di promiscuità o di agamicità, rappresenta una caratteristica costante nelle fasi più remote della cultura umana, come è dimostrato anche dall'esistenza della monogamia presso gli attuali nuclei umani di cultura più primitiva.

Anche per molti animali superiori, tra i quali un maschio e una femmina si uniscono in una relazione riproduttiva più o meno esclusiva ed accedono a nuove unioni solo quando i figli sono divenuti adulti e del tutto autonomi, la monogamia è una costante: il fatto che nella famiglia umana, per lungo tempo i figli - e quelli che via via nascevano - avevano bisogno delle cure prima, e poi del supporto dei genitori, ha influito sulla durata e sullo stabilizzarsi, negli ominidi, della famiglia monogamica.

Dunque, questo modello originale di famiglia, pur attraverso le variazioni caratterizzanti culture meno primitive e intermedie, quali la poliginia, la poliandria, il concubinato, è divenuto infine un valore etico caratterizzante tutte le culture superiori, anche quelle odierne contrassegnate, peraltro, dall'instabilità dei rapporti matrimoniali³.

Con la nascita dello *jus civile*, nella tradizione romana non v'è traccia di una nozione unica di famiglia nella tipica distinzione tra le due diverse modalità di aggregazione sociale: l'*adgnatio* e la *cognatio*. Il primo dei due istituti, legava nel rapporto di parentela tutti gli individui, *per virilis sexus personas cognatione iuncti*, soggetti allo stesso *pater familias* per *iustum matrimonium*, per *adrogatio*, per *adoptio*, o per *conventio in manum*, prescindendo dunque dal vincolo di sangue, e cessava col venir meno della *patria potestas*. Al contrario la *cognatio* (*cognati appellati sunt quasi ex uno nati, aut quasi commune nascendi initium habuerint*)⁴ era fondata sul legame di sangue, traeva origine da *iustae nuptiae* ed era estesa alla linea femminile e a tutti coloro che non erano più soggetti al vincolo dell'*adgnatio*, vuoi per emancipazione, vuoi per esser usciti da una famiglia per entrare in un'altra⁵.

Una visione unitaria della famiglia si afferma solo in età postclassica, quando scompaiono le differenze tra i due istituti parentali e rileva unicamente lo *ius sanguinis*: Giustiniano, infatti, con la Novella 118, elimina ogni residuo di rilevanza giuridica all'*adgnatio* stabilendo che successione *ab intestato* e tutela fossero fondate esclusivamente sulla *cognatio*.

Nella lunga analisi diacronica, la famiglia complessa, composta dai coniugi e da più consanguinei che condividevano la medesima residenza (*famiglia estesa*), strutturata su più unioni monogamiche (anche quelle contratte da figli, parenti coresidenti, servi (*famiglia multipla*), si configura come la tipologia familiare più diffusa nelle culture antiche, principalmente di origine indoeuropea. Prevale in Grecia e a Roma, ove la legislazione romana conferisce all'uomo il ruolo giuridico ed economico di capofamiglia.

GANSLMEIER, V. HEYD, CH. HAWKESWORTH, A. W. G. PIKE, H. MELLER, K. W. ALT, *A Stone Age tragedy reveals social structure and organization of the late Neolithic*, *Bulletin de la Société Suisse d'Anthropologie* 14 (1-2), 2008, 11.

³ Per Antolisei, *l'ordinamento della società domestica [...] riposa per una tradizione ultramillenaria sull'attuazione del principio monogamico, che spiritualizza l'unione sessuale, facendo del matrimonio il consortium omnis vitae*,

⁴ Dig., XXXVIII, 8, *unde cognati*, 1, 1.

⁵ Cf.: Gai 1.156: «*Sunt autem adgnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patruus filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt adgnati, sed alias naturali iure cognati*». Ma Ulpiano specifica, quasi enfatizzando il ruolo del *pater familias*: «*...communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellantur*».(Ulp., I. 4 ad eId., D.50.16.195.2).



La famiglia complessa - estesa o multipla, composta da individui di generazioni diverse imparentati per via maschile e inserita in gruppi sociali più vasti che svolgevano compiti sociali, politici e militari (*sippen*) - prevalse anche presso le popolazioni germaniche che diedero origine alle principali civiltà romano-barbariche.

Con la crisi dell'Impero Romano, il dilagare della barbarie, soprattutto in Occidente, è gravido di effetti e di conseguenze sull'intero ambito dei rapporti umani e, ovviamente, anche su quelli normati dal diritto: gli arimanni, gli uomini dotati di piena capacità giuridica, erano gli uomini liberi, atti a difendere con le armi sé ed altri. Un abisso ora separa le conquiste del diritto e della cultura romana, in termini di valore della persona, dalla visione che valuta l'essere umano in base al prezzo in denaro ammesso e stabilito per legge⁶: quanto lontano è il guidrigildo dalla visione - di Gaio e di Ulpiano - sottesa alla proscrizione della *corporis aestimatio* dell'uomo libero: «*cum liberum corpus aestimationem non recipiat*»⁷, «*quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*»⁸. Peraltro la *compositio*, realizzata attraverso il guidrigildo, introdotta nell'ordinamento <penale> germanico, poneva fine alle faide originate tra le famiglie dal compimento di un'azione illecita, che si perpetravano in una sorta di catena di vendette tribali, e quindi sembrava già prospettare uno sviluppo comunque positivo della cultura giuridica barbarica⁹.

Il diritto della famiglia in epoca barbarica è strettamente connesso al diritto delle persone, come già nelle *Institutiones* di Gaio il primo libro, dedicato alle persone, conteneva le linee essenziali del diritto di famiglia romano. Tanto, secondo una distribuzione della materia che sarà conservata nel tempo, nelle Istituzioni di Giustiniano e via via nei successivi testi normativi e nelle opere della dottrina giuridica.

Dunque nella civiltà barbarica dell'alto medioevo la nozione di persona assume connotazioni giuridiche consone al comune senso della vita proprio di una cultura in cui è del tutto assente un concetto astratto dell'entità 'essere umano', che veniva considerato *sic et simpliciter* un elemento del branco e, in mancanza di principi razionali e concezioni dogmatiche, era valutato in base alla forza ed al suo essere *un bene economico che proviene da un dato sangue e lo tramanda*¹⁰.

⁶ «*Ille qui homicida est componat ipsum mortuum, sicut adpretiatus fuerit, id est vergild*»: così, al cap. 11, *Edictus Rothari*, in *Germanenrechte*, N. F. *Leges Langobardorum*, ed. Beyerle, Witzenhhausen, 1962.

⁷ Cfr. D. 9,1,3.

⁸ Cfr. D. 9,3,1,5.

⁹ Cfr. A. CAVANNA, *Diritto e società nei regni ostrogoto e longobardo*, in *Magistra barbaritas. I Barbari in Italia*, Milano, 1984, 368 s. *Adde*, ID., *La civiltà giuridica longobarda*, in *I Longobardi e la Lombardia*, Milano, 1978, pp. 18 ss.

¹⁰ Cfr., P. M. ARCARI, *Idee e sentimenti politici dell'Alto Medioevo*, Milano, 1968, p. 404.



2. Nella civiltà barbarica che, dopo il crollo della romanità, *con prepotente forza espansiva* dilaga in occidente, l'individuo, come figlio, padre, avo, è via via, per tutta la sua vita inserito in un gruppo, che può essere il nucleo chiuso costituito essenzialmente dai genitori e dai figli sotto l'autorità del padre e, alla sua morte, sotto il governo della madre eventualmente titolare dell'usufrutto, o del figlio maggiore.

Molti hanno inteso stabilire un parallelo tra la famiglia germanico-longobarda e la famiglia di origine romana che nell'alto medioevo conserva pur sempre le sue caratteristiche fondamentali; soprattutto vengono accostati il potere assoluto del *pater familias* e l'autorità del capo della famiglia di origine germanica. Taluno¹ discorre di poteri *in sostanza del tutto equivalenti*; si assimila la nozione di *manus* alla *Munt* germanica, alla quale parimenti si connette il *mundio* longobardo; si discorre della potestà universale del capo su persone e cose quale *forza unificatrice della famiglia e anima del gruppo domestico*². In realtà, anche dagli editti longobardi - che attestano l'applicazione del *mundio* limitatamente alle donne - rileva la "netta distinzione concettuale" tra il potere del pater, del marito, del patrono, poteri che possono far capo allo stesso soggetto, e si diversificano quanto a oggetto e destinatari³.

La comunità familiare era governata da un potere che tutelava la sua unità attraverso le vicende che coinvolgevano i suoi membri; i figli, divenuti atti alle armi, acquistavano piena capacità giuridica e la libertà di lasciare la famiglia paterna per costruire il proprio destino⁴.

La famiglia longobarda è dunque caratterizzata da grande coesione, talché, alla morte del genitore, i figli, come si è detto possono restare nella casa paterna condividendo patrimonio e beni, sotto l'autorità del figlio maggiore. In genere le donne erano escluse dall'amministrazione familiare, salvo che una disposizione del marito non attribuisse alla vedova - sotto la *conditio viduitas* - un diritto di usufrutto sui beni del defunto. In tal modo la madre, osservando l'obbligo di castità e conservandosi fedele al marito morto, spesso diveniva la vera *gubernatrix* della famiglia, che restava unita sotto la sua direzione.

A questo nucleo più ristretto, che costituiva in origine la fraterna⁵, tipico istituto della società feudale e della prima età comunale, che lasciava il patrimonio indiviso e da

¹ Cfr. J. GRIMM, *Deutsche Rechtsaltertümer*, I, Leipzig, 1922, 617; adde. E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, in *Riv. it. sc. giur.* III sr., 1955-56, IX-X, p. 326.

² Cfr. E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, cit., p. 328. Di diverso avviso invece, tra gli altri, KROESCHELL, *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht* (*Göttinger rechtswissenschaftliche Studien*, 70), Göttingen, 1968, 37.

³ Cfr. E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, cit., p. 335.

⁴ I figli, dopo aver abbandonato la casa paterna, potevano tuttavia essere chiamati a condividere le decisioni anche patrimoniali riguardanti la famiglia; inoltre, connessa anche al dovere di solidarietà che coinvolgeva tutti i membri del gruppo era la responsabilità collettiva in caso di offese e danni arrecati a un componente della famiglia, da cui sorgeva l'obbligo della vendetta, attenuato poi grazie alla *compositio* prevista dall'editto di Rotari.

⁵ La fraterna sorge in una società ancora primitiva come naturale portato del nucleo familiare, fondata sulla consuetudine, per i fratelli, di restare uniti dopo la morte del padre; costituiva il primo tipo della società presso i Greci e tra i Romani, da questi identificata nella *societas omnium bonorum*. La fraterna per analoghe circostanze storiche e sociali risorge nel Medioevo, durante l'epoca germanica e, successivamente, nell'epoca feudale e nella prima età comunale.

Un particolare tipo di fraterna è tipica della società feudale: essa non è volontaria, bensì dipende dall'unità legale del feudo, poiché i fratelli debbono costituire un consorzio per l'esercizio dei diritti feudali che spettano alla *domus*, al casato, ai discendenti del primo investito, quando non vi sia diritto di primogenitura.



amministrare in comune, si affiancavano gruppi parentali estesi, la *sippe*⁶ e la *fara*. La *fara* che comprendeva i discendenti da un capostipite comune, nella sua evoluzione si riduceva in nuclei ancora più ristretti, costituiti da famiglie patriarcali i cui membri erano sottoposti al padre. La famiglia si costituiva tramite il matrimonio.

Successivamente, grazie al progressivo e reciproco avvicinarsi di famiglie di origine longobarda e famiglie di discendenza romana e grazie ai matrimoni misti vengono a contaminarsi gli istituti dell'uno e dell'altro diritto, con una commistione di termini e di concetti. Per il glossatore Carlo di Tocco⁷ l'allontanamento volontario del figlio divenuto atto alle armi e con piena capacità giuridica veniva qualificato - erroneamente - come emancipazione, e analogamente i Romani assimilavano le consuetudini barbariche.

Dopo il Mille il costituirsi dei Comuni e l'evolversi della struttura politica ed economica della società coinvolge e modifica in parte ruolo e funzioni della famiglia. Si affermano le grandi casate che acquistano, gestiscono il potere politico ed economico e si adoperano per conservarlo e trasmetterlo alle successive generazioni. Similmente si trasforma la struttura della famiglia degli altri ceti: contadini e artigiani fondano sull'unità familiare l'organizzazione dell'attività da trasmettere a «figli d'arte» e parimenti ha significativo sviluppo la famiglia mercantile. Se nella famiglia artigiana il capofamiglia è anche il maestro, intorno al mercante è necessaria la presenza di un insieme di persone legate strettamente da vincoli di sangue: la contiguità tra persone e luoghi della vita familiare e dell'attività lavorativa è essenziale per l'organizzazione della rete di rapporti sociali ed economici che ne costituisce il supporto. Non a caso nel Medioevo, durante l'epoca germanica e successivamente nell'epoca feudale e nella prima età comunale, ricompare la fraterna, e ciò accade soprattutto tra i rustici e i mercanti. Infatti, proprio le opportunità della coltivazione agricola e dei patti fondiari conducono alla frequente formazione di *fraternitates*: sono numerosi i documenti relativi a *libelli* (il testo medievale più antico è del 681)⁸; *precaria*; enfiteusi; *et cet.*, nei quali il titolare originario assegna per tre

⁶ La Sippe (protogermanico: *Sibbja*; antico alto tedesco: *Sippia*; antico nordico: *Sifjar*: termini il cui significato è famiglia) costituisce la prima istituzione su cui si reggeva la società germanica antica. Non è quindi casuale la derivazione del nome dalla dea Sif, sposa del dio Thor e dea della casa. La Sippe più precisamente indicava un *nucleo sociale di individui che si riconoscevano nella discendenza da un antenato comune*, quindi una sorta di gruppo familiare allargato, l'appartenenza al quale vincolava fortemente, reciprocamente i suoi membri, talché ciascun individuo annientava le proprie esigenze, subordinandole al superiore interesse collettivo che si identificava nella crescita del benessere della Sippe stessa. Da qui l'obbligo giuridico che l'uomo germanico avvertiva intensamente, in caso dell'uccisione di un parente, di vendicare con il sangue la perdita del familiare: obbligo che si manifestava nella tipicità della faida, sostituita a partire dal 643, con l'Editto di Rotari, dal *wirgild*.

All'interno della Sippe obblighi e prerogative tra uomo e donna nel matrimonio si equilibravano sostanzialmente, tanto che anche in guerra le mogli condividevano il destino dei mariti: ne conseguiva una struttura sociale che non si connotava né in senso strettamente patriarcale né matriarcale.

⁷ Carlo di Tocco, gl. *In sinu* ad Lomb. II, 14, 19, ed. Venetiis 1537, rist. anast. Torino, 1964, 122. Carlo di Tocco, nel suo *Apparatus alla Lombardia* (1537), rivela lo sforzo tenace del civilista della scuola di Bologna di inserire nelle categorie romanistiche il diritto longobardo. L'opera fu considerata come la glossa ordinaria di quel testo legislativo e gli procurò rinomanza altissima, particolarmente nell'Italia meridionale.

⁸ *Libellus* o livello indicava in genere un documento o un atto scritto, senza riguardo alcuno al suo contenuto, giuridico oppur no. In senso più specifico fu l'appellativo dato nel Medioevo alla particolare figura di contratto agrario, diffusissimo in Italia, attraverso il quale un concedente dava una terra in godimento a un ricevente o livellario, per un certo periodo di tempo, a determinate condizioni e dietro un compenso concordato. Il contratto nella sua denominazione fa riferimento all'atto scritto (*i. e. libellus*) col quale chi desiderava ottenere la concessione della terra faceva la sua petizione. (Cfr., in tema, C. CALISSES, *Le condizioni della proprietà territoriale studiate nei documenti della provincia romana dei secoli VIII, IX e X*, in *Arch. della R. Soc. rom. di*



generazioni, spesso per 29 anni, un podere a un coltivatore e ai suoi discendenti, i quali, come ben si comprende, hanno tutto l'interesse di rimanere uniti.

Nel tempo stesso, nelle città dell'area italiana si risvegliavano i traffici e si costituivano imprese commerciali o industriali, che offrivano anch'esse ai figli dell'iniziatore l'opportunità di rimanere uniti per non perdere i vantaggi di un nome già noto, della rete di rapporti con la clientela, del credito accordato alla ditta. Ne deriva la comparsa, a Venezia, del particolare istituto della *fraterna compagnia*, nella quale i fratelli e i loro discendenti mantenevano in comunione beni e interessi. Il termine stesso che lo specifica è significativo della consuetudine familiare che lega i suoi componenti: *compagnia* è la *communio ad eundem panem et vinum*, fondamento del convivere domestico⁹.

Nel 1300 compare ancor più chiaramente la nozione di famiglia allargata a quel *complesso unitario di persone discendenti, attraverso le generazioni, da un comune capostipite*. Più specificamente, Alberico da Rosate identificava la famiglia nell'istituzione estesa a più generazioni e rami, laddove *proles masculina* e *divitiae* costituivano gli strumenti attraverso i quali salvaguardare i valori tipici della *familia*: la *dignitas* e la *memoria*¹⁰.

È significativa la trasformazione che, negli stessi secoli, la nozione di famiglia subisce in Francia: si passa da una concezione per così dire orizzontale, anteriore al X secolo, in cui erano sfumati e flessibili i limiti del gruppo parentale, ad un concetto di famiglia - con particolare riferimento alla quella aristocratica - a struttura verticale, in cui il patrimonio si trasmette dal padre al maggiore dei figli e di cui si può redigere la storia, tracciandola nello schema di un albero che ha nelle radici l'avo fondatore da cui si sono originati la potenza e l'onore della razza¹¹.

Il medesimo modello di famiglia potente è presente anche in Italia, come si evince dallo scritto di Leon Battista Alberti che - proveniente da una ricchissima casata mercantile poi disgregatasi - celebra nei suoi scritti il mito di una istituzione forte e unitaria che si propaga attraverso le generazioni¹².

Pertanto, la famiglia codificata a Bologna dagli Statuti del popolo del 1287 è un gruppo composto dai vari membri che si solito potevano convivere nella casa: *patres, fratres, filios legitimos et naturales, sorores, matres, uxores et nurus*¹³; il gruppo è solitamente più ristretto con riferimento alle famiglie di ceti modesti che risiedevano nei centri urbani.

In pieno Umanesimo coesistevano in Italia, due tipi di famiglia, quella formata dai consanguinei che vivevano sotto lo stesso tetto sottoposti all'autorità del *pater familias* e un

stor. patr., VII e VIII, 1884-85; *adde*, A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, I, 2^a ed., Torino 1896, 195; IV, 2^a ed., 1893, 297 ss.; S. PIVANO, *I contratti agrari in Italia nell'alto Medioevo: precaria e livello, enfiteusi, pastinato e parzionaria, masseria e colonia, usufrutto vitalizio*, ..., Torino 1904; F. SCHUPFER, *Precarie e livelli nell'alto Medioevo*, in *Riv. it. per le sc. giurid.*, XL, 1905.)

⁹ In Francia, ancor oggi, nelle consuetudini del Beauvoisis, si parla di coloro che rimangono uniti *au même pain et pot*.

¹⁰ ALBERICO da Rosate, *Comm. ad D.* 50, 16, 195, 2 *de verb. signif.* l. *pronunciatio* § *familiae*, Lugduni, 1545, 249v-250r; *adde*, ID, *Commentariorum de statutis libri IV*, II. 107, in *Tractatus Universi Iuris*, II, Venetiis, 1584, 41rb.

¹¹ Cfr. G. DUBY, *Medieval Marriage: two Models from twelfth Century France*, Baltimore-London, 1978; *adde*, G. DUBY, *Mâle Moyen Age: de l'amour et autres essais*, Paris, 1988, trad. it. *Medioevo maschio: amore e matrimonio*, Roma-Bari, 1988, p. 132.

¹² Cfr. L. B. ALBERTI, *I libri della famiglia*, Torino, 1969.

¹³ Cfr. A. GAUDENZ, *Statuti del popolo dell'anno 1287*, in *Statuti del popolo di Bologna del secolo XIII: gli ordinamenti sacrali e sacratissimi colle riformazioni da loro occasionate e dipendenti ed altri provvedimenti affini*, Bologna, 1888, p. 137.



gruppo parentale composto da più rami che, con riferimento a tutti i discendenti dal comune capostipite, usufruivano ancora del nome d'origine.

Il gruppo parentale sovente, per motivi economici, poteva allargarsi e costituire un vero e proprio consorzio familiare, che si dotava di statuti, organi e capi. Ciò poteva avvenire anche grazie all'annessione di famiglie non congiunte alle altre da uno stretto vincolo di parentela: tanto accadeva a Firenze ove si riscontrano vere e proprie consorterie familiari (i Donati, i Frescobaldi...), a Pistoia, a Genova, ove erano stanziati in contrade a sé riservate e dotate anche di fondaci, torri di difesa, chiese...¹⁴.

La famiglia era fondata sul matrimonio religioso, ma con una divaricazione emblematica, come si vedrà, con riguardo alla imprescindibilità del libero consenso degli sposi previsto dal diritto canonico.

Nel passaggio all'età moderna la composizione della famiglia si differenzia nelle sue due strutture, quella ristretta - formata da padre, madre e figli - e quella più ampia, comprendente più generazioni.

Mentre i giuristi si adoperavano per ovviare alla sostanziale indeterminatezza della composizione che si diversificava tra le varie famiglie - si discorre di famiglia contentiva prossima, più ristretta, e di famiglia remota o remotissima, più ampia - acquista importanza pregnante il patrimonio, ovviamente con riguardo alle famiglie agiate o aristocratiche.

Nel Rinascimento l'elemento patrimoniale acquista tale rilevanza da incidere in modo determinante sul destino dei suoi componenti¹⁵: il *pater familias* struttura il suo potere su quello di un sovrano e pretende dai figli rispetto e la più totale e incondizionata obbedienza.

Rileva come anche i matrimoni fossero combinati e più che mai finalizzati all'accrescimento del potere economico - e sovente politico - della casata, nella più totale noncuranza delle aspirazioni dei nubendi.

Come testimoniano anche le espressioni contenute negli accordi matrimoniali dell'epoca, le trattative potevano aver luogo e concludersi nell'ignoranza dei futuri coniugi, senza riguardo per i loro sentimenti: l'amore era citato, nei patti, ma era sempre e soltanto l'affetto e l'amicizia che univa le rispettive parentele. Così, in un atto conservato tra le fonti d'archivio salernitane risalenti al XVI secolo si legge testualmente che esso è concluso da *«tutti li parenti suoi voluntera, per star in bona amicitia fra loro e non per innamoramento de loro giovani, né per forza alcuna, ma per la bona amicitia che fra di loro sempre è stata»*; e altrove: *«il tutto, l'hanno trattato li padri d'ambe le parti amorevolmente fra loro»*, e *«tutto è passato d'accordo non tanto di loro (gli sposi), quanto delli loro prossimi»*¹⁶.

Più esplicitamente taluno - citando le medesime fonti d'archivio salernitane - esplicita: *«il matrimonio "d'amore" è il matrimonio concluso in una perfetta concordia tra le due famiglie o addirittura tra i due gruppi interessati, anche se gli sposi non si sono mai incontrati»*¹⁷.

¹⁴ Sul tema, cfr. J. HEERS, *Le clan familial au Moyen Âge. Etude sur les structures politiques et sociales des milieux urbains*, Paris, 1974; adde, D. OWEN HUGHES, *Ideali domestici e comportamento sociale: testimonianze della Genova medievale* in CH. E. ROSEMBERG (a cura di), *La famiglia nella storia*, Torino, 1979, pp. 151 ss.

¹⁵ Cfr., G. DI RENZO VILLATA, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto ipertestuale*, 1995.

¹⁶ Cfr., G. DELILLE, *Classi sociali e scambi commerciali nel salernitano: 1500-1650 circa*, in "Quaderni Storici", 33, 1976, pp. 983 ss.

¹⁷ Cfr. G. DI RENZO VILLATA, *o. loc. cit.*, che precisa: *L'amore passione che faceva lasciare casa e genitori per una donna era oggetto di scandalo e di vergogna e, perseguito dall'autorità civile e religiosa, era sottoposto a riprovazione sociale perché implicava la violazione delle regole tacite ed espresse di comportamento su cui si fondava l'ordine dell'epoca*.



Ma nei ceti in cui minore era il peso del lignaggio la scelta del coniuge era più libera, se si tien conto, invece, che in alcuni contratti matrimoniali stipulati a Genova tra artigiani è spesso addirittura assente il padre dei nubendi; mentre è documentato il caso di una donna - appartenente sempre alla categoria degli artigiani - che, consapevole del valore essenziale che aveva per la dottrina della chiesa il libero consenso dei coniugi e rivendicando il diritto di scegliersi lo sposo, ricorreva al sacerdote per ricusare il marito che la famiglia voleva imporle.

Per il diritto canonico infatti il matrimonio era valido a condizione che - in assenza di impedimenti - poggiasse sul mutuo consenso, anche nel caso di sposi minorenni e privi dell'assenso dei genitori e nelle ricorrenze di matrimoni clandestini in cui la sola condizione necessaria di validità era la presenza degli sposi, che nel matrimonio religioso fungevano anche da officianti.

Nel XVI secolo la Chiesa, nel fermento suscitato da luterani e calvinisti, che consideravano quest'ultima tipologia di 'nozze di fatto' apertamente contraria alla volontà e al potere paterno, dietro le pressioni di funzionari civili e delle famiglie potenti - soprattutto francesi e spagnole - che chiedevano l'esplicita dichiarazione di nullità di detti matrimoni e l'imposizione di regole che stabilissero l'obbligo del consenso dei genitori e dei limiti minimi d'età per gli sposi, intervenne nella materia e nel Concilio di Trento rese obbligatoria, per la validità del matrimonio, la presenza alla sua celebrazione del parroco e di almeno due testimoni. Contemporaneamente venivano stabilite le precise modalità delle pubblicazioni, anche se non era esplicitata una conseguenza della loro omissione.

Tra il XVII e il XVIII secolo l'affermarsi del pensiero giusnaturalistico, focalizzando l'attenzione sul suo momento costitutivo e sull'instaurarsi di rapporti parentali, poneva le basi per l'elaborazione di un nuovo modello di famiglia.

Grozio fondava l'origine della famiglia sul libero consenso dei coniugi, che quindi era determinante anche per la sua trasformazione o il suo scioglimento, ma con la procreazione si instauravano tra i componenti un insieme di diritti e doveri reciproci che appartenevano ed erano regolati esclusivamente dal diritto naturale. Il diritto naturale che scaturiva dalla filiazione era la fonte anche del potere di entrambi i genitori, non più del solo *pater familias*¹⁸.

Dunque fondato sul diritto naturale era anche il dovere del padre di provvedere alle necessità di figli legittimi e naturali: in contrasto con l'orientamento discriminatorio dominante nella società del tempo, con antesignana modernità Grozio sosteneva che il diritto naturale non distingueva affatto tra le due categorie di figli¹⁹.

¹⁸ E' il momento degli interventi di riforma realizzati nel campo del diritto di famiglia e delle successioni: presso ogni Comune sono creati e affidati a pubblici ufficiali i Registri dello stato civile, ove annotare le nascite, le morti, i matrimoni, i divorzi, e tutto ciò che concerne appunto lo *status* civile dei cittadini; se ne sottrae dunque la competenza ai parroci, che in precedenza avevano provveduto alla conservazione di tali dati nei registri parrocchiali. Il matrimonio non è più un vincolo di natura religiosa e indissolubile: esso è ora considerato a tutti gli effetti come un contratto di diritto civile, con la conseguenza che è celebrato da pubblici ufficiali; inoltre, il matrimonio religioso non ha effetti per lo Stato: perché produca effetti civili è necessario sposarsi in Comune. Come tutti i contratti il matrimonio può, poi, essere sciolto.

¹⁹ Cfr., GROZIO, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. V, ed. Lugduni Batavorum, 1919.



Diversamente Hobbes riconosceva nella famiglia il modello dello Stato: entrambi gli istituti, infatti, si basano sul principio di autorità; il potere dei genitori si fonda sul diritto del più forte²⁰.

Samuel von Pufendorf aderisce in parte al pensiero di Grozio, in quanto riconosce nel patto una fonte costitutiva del diritto privato. Per Pufendorf dunque anche i rapporti familiari hanno una natura contrattuale, in quanto la società coniugale si configura come un rapporto consensuale finalizzato all'incremento della specie. Anche i rapporti tra padre e figli hanno tale natura, e presuppongono il tacito consenso dei figli all'esercizio della *potestas* da parte del genitore²¹.

Anche per il suo allievo Thomasius la società coniugale trae fonte dal diritto naturale in quanto costituita in base al mutuo consenso, ma derivava altresì un regime di divieti dalle leggi divine e umane che imponevano, ad esempio, l'indissolubilità del matrimonio e la soggezione della moglie al marito. Tali obblighi erano in contrasto con i principi del diritto naturale che escludevano *in facto* la supremazia del marito e ammettevano non solo lo scioglimento del matrimonio, ma anche la poligamia e l'incesto.

Nel rapporto tra genitori e figli il Thomasius vedeva infatti concretizzarsi la *teoria del diritto come comando*²², in quanto tale specifico rapporto non si fondava sul consenso reciproco, bensì traeva origine da precetti vincolanti che costituivano obbligazioni, come l'obbligo di educare per il genitore e l'obbligo di obbedienza da parte dei figli, indipendentemente dal consenso dei destinatari degli obblighi stessi²³.

John Locke invece restaura l'*ordine naturale della famiglia*²⁴: se i giusnaturalisti precedenti avevano, in qualche modo, giustificato il potere dominante del padre, per Locke la famiglia naturale è anteriore e indipendente dallo Stato ed il potere spetta in ugual misura a ciascuno dei due genitori, perché parimenti responsabili della procreazione. Entrambi i genitori, dunque, hanno uguali diritti e doveri verso la prole, e non nel proprio interesse, ma nell'interesse esclusivo dei figli. Proprio in virtù di tale scopo, il potere genitoriale per Locke era per sua stessa natura temporaneo e destinato a cessare quando i figli avessero raggiunto l'età della ragione, fossero ormai capaci di provvedere a se stessi e di gestire la propria libertà. È ancor più notevole e più rispettosa dell'interesse dei figli la convinzione in base alla quale il matrimonio era da considerarsi indissolubile fino a quando non venissero realizzati gli scopi matrimoniali, tra i quali erano prevalenti i doveri verso i figli, talché il vincolo poteva essere sciolto solo dopo che i genitori avessero adempiuto completamente al loro compito verso la prole.

²⁰ HOBBS, *De cive*, IX, 7, 254, 258, in *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, a cura di Molesworth, London, 1839-1845; ID., *Leviathan*, II, XX, 185 ss., in *English Works*, a cura di Molesworth, London, 1839-1845.

²¹ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, VI, I, ed. Francofurti et Lipsiae, 1744. *Adde*: V. FIORILLO, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli, 1992.

²² La teoria che riduce il diritto a un complesso di comandi coattivi emanati dall'autorità sovrana fu fortemente contestata da Hart (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961), che poneva, invece, alla base del giusnaturalismo, dei principi di condotta universalmente riconosciuti - indispensabili per la stessa sopravvivenza dell'umanità -, da lui definiti *contenuto minimo del diritto naturale*. In argomento, per tutti, cfr. A. FALZEA, *Ricerche di Teoria Generale del Diritto e Dogmatica Giuridica*, Vol. II: *Dogmatica Giuridica*, Milano, 1997; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Roma-Bari, 1963; G. CARCATERRA, *Dal giurista al filosofo*, Torino, 2007.

²³ C. THOMASIIUS, *Institutiones jurisprudentiae divinae*, lib. III, c. II, §§ 1-3, 35, 49, 105, 115-122, 200-213, 168-172, 220-247, 21, 81, ed. Halae 1730, rist. anast. Aalen, 1963; ID., *De crimine bigamiae*, §§ XXII-XXV, in *Dissertationes Academicae*, I, pp. 291 ss.; ID., *De concubinato*, § IX, in *Dissertationes Academicae*, III, p. 710.

²⁴ Come afferma Solari: cfr. G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale*, cit., p. 29.



Ma le conquiste della visione anticipatrice di Locke non terminano qui: il rapporto tra i coniugi era improntato all'uguaglianza, e tra i fini dell'unione non vi era solo la procreazione, il mantenimento e l'educazione dei figli, bensì anche *la costruzione di una solidale comunione di affetti in base alla quale offrirsi assistenza e scambievole aiuto*.

Questa illuminata concezione influirà anche sul *droit intermédiaire*, quando il legislatore rivoluzionario procederà all'emanazione di una serie di norme di carattere settoriale, per dare attuazione alle riforme annunciate con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino e per rendere effettiva la tutela dei diritti in essa contenuti²⁵, ma avrà realizzazione, peraltro parziale, nel nostro ordinamento solo con la riforma del diritto di famiglia del 1975²⁶.

Tuttavia, nella penisola italiana, nel secolo dei lumi e fino alla codificazione, la famiglia naturale di Locke sarà più che mai un'utopia, mentre inutilmente si levavano le parole di Cesare Beccaria²⁷ o dell'abate Alfonso Longo²⁸ a contrastare, stigmatizzandole, le

²⁵ Le riforme che dopo il 1789 modificarono radicalmente, in Francia, il diritto di famiglia - rilevante, in particolare quella del 20-25 settembre 1792 - attuavano, la "dichiarazione dei diritti degli sposi, dei padri, dei figli, dei genitori" auspicata in seno alla Costituente, nella seduta del 5 agosto 1790, da M. Gossin: *...Après avoir rendu l'homme libre et heureux dans la vie publique, il vous restait à assurer sa liberté et son bonheur dans la vie privée. Vous le savez, sous l'ancien régime, la tyrannie des parents était souvent aussi terrible que le despotisme des ministres; souvent les prisons de l'Etat devenaient des prisons de famille. Il convenait donc, après la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de faire, pour ainsi dire, la déclaration des droits des époux, des pères, des fils, des parents....*cfr. *Archives parlementaires*, 1^{re} série (Paris 1867 ss.), XVII, pp. 617 s.

²⁶ Sulla riforma del diritto di famiglia del 1975 cfr., diffusamente e autorevolmente, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, 2^a ed., Torino, 2003. Adde, ID., *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione*, in G. AUTORINO, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico di diritto di famiglia*, V, Torino, 2007.

²⁷ Così Cesare Beccaria criticava l'organizzazione familiare del suo tempo: «Queste funeste ed autorizzate ingiustizie furono approvate dagli uomini anche più illuminati ed esercitate dalle repubbliche più libere, per avere considerato piuttosto la società come un'unione di famiglie, che come un'unione di uomini. Vi siano centomila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta di cinque persone, compresovi il capo che la rappresenta: se l'associazione è fatta per le famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottantamila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno centomila cittadini e nessuno schiavo. Nel primo caso vi sarà una repubblica, e ventimila piccole monarchie che la compongono; nel secondo lo spirito repubblicano non solo spirerà nelle piazze e nelle adunanze della nazione, ma anche nelle domestiche mura, dove sta gran parte della felicità o della miseria degli uomini». Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 26, Milano, 1984, p. 80.

²⁸ Membro dell'Accademia dei Pugni, *crogiolo delle idee tra le più ardite dell'illuminismo lombardo* (così G. Di Renzo Villata, *Persone e famiglia...*, cit., 45), l'abate Alfonso Longo sulle colonne del *Caffè*, nelle sue *Osservazioni su i fedecommissi*, condannava la consuetudine dei ceti più alti della società di concentrare le ricchezze del gruppo familiare nelle mani di uno solo, con gravi lesioni degli interessi dei figli esclusi dalla successione sui beni fedecommissari: «Ma qual mai si è lo scopo de' fedecommissi, delle primogeniture, de' maiorascati? Quello, dirammi, di conservar ricca ed illustre una famiglia. Che così si ragioni da un vecchio imbevuto di pregiudizi, che crede di rivivere nella sua discendenza e pascesi nell'idea di veder perpetuata la sua linea, non deve far istupore; ma poco importa alla pubblica felicità che tal famiglia conservi eternamente ricca, anzi molto importa che le ricchezze accumulate passino di mano in mano, circolino nello Stato e siano il premio dell'industria d'un negoziante, più utile alla società che mille nobili sfaccendati». E mentre quasi preconizzava un tempo a venire in cui la famiglia sarebbe riorganizzata secondo principi di uguaglianza nell'interesse di tutti, non solo dei suoi componenti, ribadiva: «Abbandonarsi da ridicole leggi alla miseria i cadetti in una casa dove siavi primogenitura e rendonsi vittima alla felicità del primogenito. E questo dirassi mantener la casa in lustro? Pel nome di casa credo doversi intendere non solo il primogenito, ma i membri tutti d'una famiglia. E per lustro d'una casa io intendo gli agi e le ricchezze distribuite nei componenti della casa. ... Allora solo dovressi chiamare una famiglia ricca ed illustre quando una facoltosa sostanza sia, più egualmente che si può, distribuita ne' membri della famiglia; quando tutt'i fratelli siano messi in istato di vivere comodamente, di



inveterate consuetudini che rendevano di fatto schiavi le donne e i figli e sacrificavano ogni altro interesse alla conservazione del patrimonio familiare: talché, se negli stessi anni, e precisamente nel 1784, in Lombardia Giuseppe II introduceva il matrimonio civile (peraltro ancora celebrato davanti al parroco che svolgeva quasi un ruolo di pubblico ufficiale)²⁹, e Leopoldo II di Toscana attribuiva alla *competenza privativa dei Tribunali secolari* tutte le cause concernenti gli effetti civili del matrimonio, altri Stati italiani ribadivano vecchi privilegi e vecchie strutture³⁰. Così le *Costituzioni estensi* sanzionavano severamente le nozze tra persone di diversa estrazione e condizione (il c.d. matrimonio di *disparaggio*) e punivano anche “i padri, e le madri, o gli altri parenti”, che “coll’opera, col consiglio, od anche con la semplice connivenza” a tali unioni consentivano³¹.

In Francia precorrevano l’intervento del Legislatore della Rivoluzione - tra gli altri - Rousseau³², Diderot³³, Voltaire, che pur considerando il matrimonio un’istituzione necessaria ed anzi salutare, in quanto *il miglior antidoto contro i cattivi costumi*, ritenevano tutti indispensabile una riforma della famiglia che andava sottratta al potere patriarcale e religioso. Per lo stesso Voltaire era indispensabile separare le due sfere di rilevanza concernenti l’istituto, quella civile e quella religiosa, in quanto, data la diversità di culti

scegliersi ciascuno una sposa e di dare alla patria de' cittadini». (A. LONGO, *Osservazioni su i fedecommessi*, in *«Il Caffè»*, 1764-1766, Milano, 1993, pp. 119 s.)

²⁹ Cfr. Editto di Giuseppe II del 30-7-1784, con ordine di esecuzione 17-9-1784, in *Gridario Stato di Milano, dal 1727 al 1794*, VI, n. 171, §§§ 1, 37, 45-50. L’istituzione del matrimonio civile, *rectius*, del *matrimonio considerato in se stesso e come contratto civile*, lo sottoponeva alla cognizione di giudici laici, i quali avevano la competenza di decidere *privativamente* sulle controversie relative ai casi di nullità, al mancato consenso paterno per i minori di vent’anni (poi, dal 1793 per i minori di 24 anni), alla mancanza del consenso dei superiori per i militari...Peraltro, con singolare disinvoltura, si confermava l’indissolubilità anche del matrimonio-contratto, che quindi non poteva sciogliersi finché erano in vita *ambidue li coniugi*. Si stabiliva il regime del divorzio consentito solo ai non cattolici. Quanto alla separazione «della tavola e del letto», poteva essere pronunciata dal giudice laico solo in presenza di colpa grave o per volontà concorde dei coniugi e previa l’acquisizione del parere del parroco, che aveva l’obbligo di sentire i coniugi e di tentare la riconciliazione ponendo in atto *tutti li mezzi possibili della persuasione*.

³⁰ Cfr. Legge toscana 30-10-1784, in *Codice della toscana legislazione*, XVII, Siena, 1785, p. 127.

³¹ In caso di *disparaggio*, per *il medesimo importante oggetto del decoro delle famiglie e del pubblico e privato interesse* il Duca di Modena così stabiliva: «Qualunque nobile si accaserà con persona, il cui matrimonio, per la di lei vile e bassa condizione apporti disonore e vitupero a se ed alla sua famiglia, non solamente tale nobile incontrerà la Nostra disapprovazione, ma inoltre ci riserviamo a dare contro di lui quei provvedimenti che secondo le circostanze de' casi crederemo opportuni e convenienti». E similmente: «L'uomo poi, o la donna, di disuguale, infima e vile condizione, che avranno l'ardire di contrarre tali matrimoni o prestarvi l'assenso incorreranno in una pena afflittiva ad arbitrio Nostro, ed alla medesima pena soggiaceranno pure i padri e le madri o gli altri parenti che vi concorreranno coll'opera, col consiglio, od anche con la semplice connivenza». Cfr., *Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Reale*, l. II, tit. XIII, Modena, 1771, 278-285. Adde, sul tema, L. SPINELLI, *La regolamentazione del matrimonio nel Ducato di Modena nei secoli XVIII e XIX*, in *Arch. giur.* «F. Serafini», CLXXV, VI s., XLIV, fasc. 1-2, 1968, p. 565.

³² Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Emile*, liv. I, in *Oeuvres complètes*, t. IV, Paris, 1965, p. 258.

³³ Diderot pone a fondamento della famiglia il matrimonio (*Le père de famille*, in *Oeuvres complètes*, Paris, 1980, pp. 191 ss.). Nel suo *Dictionnaire* definisce il matrimonio quale unione coniugale volontaria di uomo e donna liberi finalizzata alla generazione dei figli (cfr. *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, article «Mariage», t. X, Neufchâtel, 1765, 103). Peraltro aggiungeva che il matrimonio poteva conseguire pienamente i suoi effetti naturali e civili indipendentemente dalla cerimonia religiosa. Egli ammetteva il divorzio, ma, in presenza di figli, lo subordinava al compimento della loro educazione ed alla previsione del loro mantenimento. Ben diversamente, Rousseau proprio sulla presenza dei figli fondava l’indissolubilità del matrimonio (cfr. *Emile et Sophie ou les solitaires*, lettre I, in *Oeuvres complètes*, t. IV, Paris, 1969, 881-911).



praticata dai Francesi, era contrario alla libertà di coscienza riservare alla chiesa cattolica la disciplina del matrimonio³⁴.

Quanto ai rapporti tra i coniugi, si persisteva nel considerare necessaria - pure condannandone gli abusi - l'autorità del marito, capo della famiglia, basandola sulla pretesa *naturale superiorità* dell'uomo sulla donna. Il padre dunque conservava i suoi poteri nei confronti della moglie e dei figli, ma questi ultimi dovevano restare soggetti al padre solo per il tempo in cui avevano bisogno di lui: è il pensiero di Rousseau, che vede nella famiglia la più antica di tutte le società e la sola naturale³⁵. Fuori dal coro, Condorcet definiva, un abuso - *tout court* - l'autorità maritale.

Se in Francia il vecchio sistema del diritto di famiglia veniva riformato fin dal 1789, in Italia le Repubbliche giacobine rifiutano gli ordinamenti civili degli Stati precedenti e redigono nuove Costituzioni: in esse, nell'ambito del diritto di famiglia, vengono limitati i diritti personali dei membri delle casate già regnanti e in genere le distinzioni di nascita; viene strutturato lo stato civile e sistemata la disciplina della successione, mentre alla famiglia si affida il compito dell'educazione patriottica e democratica della prole, essenziale per lo Stato-nazione. In qualche caso, come nell'ordinamento repubblicano del Piemonte del 1796, compare la prima - ed isolata - attestazione in favore del divorzio della storia italiana.

Nel 1804 il *Code Napoléon* diviene legge in tutta la penisola ed in gran parte d'Europa. Una vera rivoluzione - foriera di effetti di lungo periodo - investe il diritto familiare. Sull'idea cara a Napoleone di una famiglia solida in un solido Stato e col sacrificio, di fatto, dei principi di libertà e uguaglianza proclamati dalla Rivoluzione, si rafforza considerevolmente la potestà paterna e maritale, e seppure il modello di riferimento è sostanzialmente individualistico ed è basato sulla libera scelta del coniuge, in quanto con la maggiore età o in seguito a divorzio ognuno è libero di seguire il proprio destino, la figura del marito e del padre domina su tutte. Talché la moglie senza il di lui consenso non può fare donazioni né alienare, ipotecare o acquistare; è soggetta al dovere di obbedienza ed all'obbligo di coabitare e seguire il marito ovunque fissi la sua residenza³⁶. Il potere del padre incide pesantemente anche sulla vita dei figli che non possono lasciare la casa paterna o viaggiare senza la sua autorizzazione. Tale potestà è rafforzata da ulteriori poteri correttivo-repressivi: il padre, in ipotesi di cattiva condotta, può punire fisicamente e chiedere l'arresto e la detenzione dei propri figli.

³⁴ Cfr., VOLTAIRE, voce *Lois civiles et ecclesiastiques*, in *Dictionnaire philosophique*, ed. Garnier-Flammarion, Paris, 1964, p. 269.

³⁵ Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social ou Principes du Droit Politique*, I, 2, a cura di Derathé, in *Oeuvres complètes*, III, éd. Gallimard, Paris, 1964, p. 52.

³⁶ Cfr., *Code civil des Françaises, Livre premier, Titre V - Du mariage -*, art. 214: *La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre par-tout où il juge à propos de résider: le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état*; art. 215: *La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de bien*; art. 217: *La femme, même non commune, ou séparée de bien, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit*. La fonte è il sito dell'Assemblée nationale, *Code civil des Françaises, édition originale et seule officielle*, Paris, de l'Imprimerie de la République, An XII 1804.



La famiglia legittima è rafforzata dal *Code*, che pone in posizione di subordine la famiglia naturale, mentre assegna diritti assai limitati ai figli che lo stesso Napoleone definiva *bastardi*, verso il cui riconoscimento *la società non nutre alcun interesse*³⁷.

Nondimeno il *Code* offre diverse tutele in ambito di rapporti patrimoniali: decreta la fine del sistema dell'erede unico migliorando la condizione successoria dei figli cadetti, indipendentemente dal loro essere maschi o femmine e legittimi o naturali, purché riconosciuti e già titolari di un diritto agli alimenti prima della morte dei genitori³⁸.

Il *Code Napoléon*, pur rappresentando un forte punto di rottura nella nostra esperienza giuridica, costituiva tuttavia un modello per i giuristi italiani intenti ad elaborare un ordinamento per il nuovo Stato unitario: essi ne assimileranno i fondamenti e la struttura generale, integrandola con modifiche ispirate ai principi liberali.

Con il Codice Pisanelli del 1865³⁹, simbolo dell'unificazione italiana anche legislativa, anche nell'ambito del diritto di famiglia viene superata la frammentazione delle legislazioni in vigore negli Stati preunitari, seppure a prezzo di taluni compromessi. Il Codice del 1865 introduce nel territorio del Regno il matrimonio civile che, di struttura laica e liberale, si fonda tuttavia sull'indissolubilità del vincolo; si conferma la competenza dello Stato riguardo ai rapporti familiari, ma, al costo di grandi rinunce da parte delle donne lombarde⁴⁰, viene stabilita nella famiglia l'autorità e l'indubbia supremazia del marito su moglie e figli.

Talché, pur confermando i reciproci doveri di fedeltà, coabitazione e assistenza, non esiste tra i coniugi parità di diritti e di obblighi, in quanto, ad esempio, l'adulterio della donna viene giudicato e punito in modo diverso da quello del marito ed è necessaria l'autorizzazione maritale nelle questioni economiche che interessano la moglie, anche se limitatamente agli atti di straordinaria amministrazione⁴¹.

In effetti, al marito compete l'intera gestione del patrimonio, comprensivo della dote e dei beni personali della moglie nonché di quelli derivanti dalla comunione dei beni, e ciò al fine di salvaguardare le sostanze e la sicurezza economica dell'intera famiglia.

³⁷ Già nel *Code Napoléon*, era contemplata l'esclusione *des enfants nés hors mariage, d'un commerce incestueux ou adultérin*. Cfr., quanto alla filiazione, le *Livre premier, Titre VII - De la paternité et de la filiation*.

³⁸ Ex artt. 756 -758.

³⁹ Approvato e pubblicato con il r.d. 2358/1865.

⁴⁰ Nel Lombardo -Veneto dal 1816 era applicato il Codice austriaco, che riconosceva alla donna la capacità di agire e la potestà negoziale non sottoposta all'autorizzazione maritale, pur con qualche limite (§§ 192, 198). Anche il figlio, con la maggiore età - a ventiquattro anni - era libero dalla patria potestà (§ 172), salvo ricorso, motivato, del padre ai giudici. Tra l'altro, l'ABGB, al § 16, riconosceva all'uomo dei diritti innati (*angeboren Rechte*), e al § 59 sanciva, anche se in via generale, la libertà religiosa, pur con talune limitazioni (come il divieto di contrarre matrimonio tra cristiani e non; il divorzio concesso ai non cattolici e agli ebrei ma precluso ai cattolici...): la diversità religiosa non incideva sui diritti privati.

⁴¹ Nel progetto originario del Codice in realtà non era prevista alcuna autorizzazione per la moglie da parte del marito: lo stesso Pisanelli anzi così ne sottolineava l'effetto negativo, nella sua Relazione: «Se la concordia regna tra i coniugi, tutti gli atti saranno regolati per consiglio comune; ma se vien meno la pace domestica, l'autorizzazione diventa un'arma di violenza nelle mani del marito; la moglie cercherà rifugio nei tribunali, e l'ultima scena di questa disposizione della legge sarà la separazione dei coniugi» (cfr. *Codice civile del Regno d'Italia: col confronto coi codici francese, austriaco, napoletano, parmense, estense, col regolamento pontificio, leggi per la Toscana e col dritto romano: corredato delle relazioni fatte alla Camera elettiva ed al Senato e di un sunto completo e preciso di tutte le discussioni parlamentari e delle diverse commissioni legislative: arricchito di osservazioni note e supplementi* / per cura [di] D. GALDI, Napoli, 161 ss.). Malgrado le obiezioni di Pisanelli, il testo fu definitivamente approvato nella stesura da lui contestata.



Con maggiore liberalità rispetto al Code, la potestà sui figli spetta ad entrambi i genitori, ma in caso di disaccordo è indiscutibile la preminenza della volontà del padre su quella della madre⁴².

Peraltro la patria potestà, ex artt. 220, 310 e 311 cod. civ. 1865, in contrasto con la stessa tradizione piemontese che la voleva perpetua, cessava con la maggiore età, con l'emancipazione o con il matrimonio del figlio.

Notevole la conclusione del Guardasigilli, nella Relazione al Codice: *Noi abbiamo... imitato il senno dei padri nostri, i quali pensarono sempre di fortificare nei Governi liberi la famiglia come contrappeso e correttivo all'esercizio delle libertà politiche*⁴³.

Il Codice Pisanelli, pur realizzando il rafforzamento della famiglia borghese - per la cultura liberale fondamento dello Stato unitario - tien conto, dunque, dei principi introdotti dalla Rivoluzione concretizzando, per i giuristi del tempo, un accettabile compromesso tra concezione tradizionale della famiglia e laicità. Esso in effetti fu così apprezzato da esser integrato e sostituito solo dal Codice Civile del 1942⁴⁴: si parlò di “mezzo secolo senza riforme”, proprio per la conseguente resistenza del legislatore avverso sue eventuali innovazioni e aggiornamenti.

In tema di diritto di famiglia, il d. l. lgt. 16 novembre 1916, n. 1688 peraltro limitava al sesto grado la successione tra i parenti⁴⁵, dal Codice Pisanelli ammessa fino al decimo grado (art. 742)⁴⁶. Alle successioni vacanti era chiamato lo Stato.

Era intervenuta *pour cause* la modifica in senso restrittivo dei gradi di parentela ammessi alla successione, in quanto, fin dalla promulgazione del codice Pisanelli, all'interno delle famiglie composte da più nuclei familiari era iniziato un processo di scissione che, accentuandosi progressivamente, aveva portato al declino delle grandi famiglie patriarcali, talché la norma prendeva atto del graduale prevalere della famiglia nucleare⁴⁷.

⁴² Il Guardasigilli ricordava come il Relatore del *Code*, quanto ai motivi del voto sulla patria potestà, spiegava che ogni famiglia era una piccola repubblica di cui padre e madre sono i capi naturali, e a sua volta asseriva: «Noi amiamo meglio raffigurarci nella famiglia il vero tipo di una piccola monarchia, di cui il padre è sovrano» (cfr. *Codice civile... per cura di D. GALDI*, cit., p. 305).

⁴³ Cfr. *Codice civile... per cura di D. GALDI*, cit., p. 315.

⁴⁴ Il Codice del 1865 venne riformato con r.d. del 16 marzo 1942 n. 262 ed entrò in vigore il 21 aprile dello stesso anno, sostituendo da questa data i libri separati del Codice stesso che erano stati singolarmente approvati con vari regi decreti (a cominciare dal n. 1852/1938, per il libro I). Il nuovo Codice civile è più complesso dell'antico, perché vi è ricompresa la materia propria dei precedenti Codice civile e di commercio. Nel Codice, in cui molti principi che si applicavano in materia di commercio sono stati estesi a tutto il diritto privato, è prevalsa la concezione unitaria, per cui il Codice civile, assorbendo il Codice di commercio, regola tutti i settori dell'attività dei privati. Con il d.lgs. n. 287/1944 sono state eliminate dal Codice alcune norme che erano espressione di concezioni politico-sociali superate, come la Carta del lavoro premessa al Codice del 1942. Il sistema del Codice civile è stato integrato da alcune leggi e decreti legislativi che negli ultimi decenni sono particolarmente aumentati di numero, inserendosi in alcuni casi, con la tecnica della novellazione, nell'impianto del Codice stesso - così è avvenuto, ad es., con la l. 151/1975 sulla riforma del diritto di famiglia; con la l. 6/2004 sull'amministrazione di sostegno; con la l. 55/2006 sul patto di famiglia, *et cet.* -, in altri casi affiancandosi invece al Codice civile, come si è verificato con la l. 898/1970 sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio.

⁴⁵ Venivano esclusi i cc.dd. *die lachenden Erben*, gli eredi che sono parenti così lontani del defunto da poter ridere della sua morte (!).

⁴⁶ Il *Code Napoléon*, in realtà, aveva ammesso la successione fino al dodicesimo grado: cfr. *Livre III, Titre I – Des successions*, Sect. IV, art. 755, 1: *Les parents au-delà du douzième degré ne succèdent pas*.

⁴⁷ Cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, pp. 181 ss.



In realtà l'esigenza di una riforma del Codice del 1865 si era prospettata già all'indomani della prima guerra mondiale, con l'esigenza di una regolamentazione dei rapporti privati che tenesse conto dei nuovi assetti tra le classi sociali: nel 1923 fu approvata una legge di delega al Governo, finalizzata alla stesura di nuovi codici - civile, di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile -. La Commissione reale all'uopo istituita lavorò fino al 1937 a un progetto per la compilazione dei primi tre libri del codice civile (persone e famiglia; cose e diritti reali; successioni e donazioni), oltre che ad un nuovo codice di commercio⁴⁸.

Il libro sulle persone e sulla famiglia entrò in vigore il 1° luglio 1939, quello sulle successioni il 21 aprile del 1940. Seppure l'impianto della disciplina nel settore del diritto di famiglia rimaneva in prevalenza invariato, ne era infranta l'unitarietà formale in quanto, tra l'altro, il matrimonio veniva ad essere regolato, oltre che dalle norme del nuovo Codice civile, anche dalle leggi del 1929 successive al Concordato con la Santa Sede che, in evidente contrasto con l'ispirazione laica e liberale del legislatore del 1865⁴⁹, disciplinavano anche gli effetti civili del matrimonio religioso.

Il diritto di famiglia, tra l'altro, veniva talora ad intersecare il complesso della legislazione assistenziale: al momento della sua introduzione, l'istituto dell'affiliazione veniva collocato nel libro I, Titolo XI, ove - in maniera organica ed omogenea - veniva regolamentata la materia dell'infanzia abbandonata.

Nella normativa riformata e integrata si consolidava tuttavia l'unità della struttura familiare sotto l'egida dell'autorità del padre; nel contempo era potenziata la vigilanza della pubblica autorità sulla vita familiare con la facoltà di intervento in tema di tutela e di esercizio della patria potestà.

La giustificazione dell'intromissione più incisiva da parte dello Stato in ambito familiare era da taluno già ravvisata nell'esigenza di salvaguardare efficacemente la famiglia come gruppo di interesse superiore e trascendente rispetto all'interesse individuale dei suoi singoli componenti⁵⁰. Di conseguenza, l'autorità del capofamiglia consentiva assai breve spazio alla libertà o all'autonomia di moglie e figli.

Dopo la caduta del regime, dal 1944 decadono le norme connesse alla sua concezione: nell'ambito del diritto di famiglia, dall'art. 147 c. c. che sancisce il dovere dei due coniugi di mantenere, educare ed istruire la prole, viene cancellata l'espressione «e al sentimento nazionale fascista».

⁴⁸ I membri delle commissioni che si occuparono della redazione del nuovo Codice Civile appartenevano, per la maggior parte, alla tradizione giuridica liberale: pertanto esso, benché redatto in epoca fascista, non risultò intriso profondamente dell'ideologia del regime, talché alla caduta del fascismo non fu sostituito, come da più parti si reclamava. Le ragioni di questa capacità di riutilizzo sono anche da ricercarsi nelle matrici ideologiche del Codice stesso, che possono definirsi sostanzialmente «borghesi», per cui dimostrò la capacità di essere utilizzato anche all'interno di un regime democratico.

⁴⁹ Per Cattaneo, si era smarrita tanto l'unità formale del testo normativo quanto l'ispirazione unitaria che in precedenza ne stava alla base: cfr. G. CATTANEO, *Il diritto della famiglia*, in *I cinquant'anni del codice civile - Atti del Convegno di Milano 4-6-giugno 1992*, Milano, 1993, I, pp. 140 s.

⁵⁰ Così A. CICU, *Lo spirito del Diritto familiare nel nuovo Codice civile (1939)*, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, Milano, 1965, pp. 147 s.



Una svolta rivoluzionaria, benché non immediatamente compresa, è segnata dalla Costituzione⁵¹: gli articoli più significativi ancor oggi, a quasi settant'anni dalla sua entrata in vigore, sono oggetto dell'interpretazione della Consulta e del dibattito dottrinale.

Negli stessi decenni, peraltro, nel settore giungono ad emersione esigenze profonde di rinnovamento che troveranno sbocco dapprima nella legge sull'adozione speciale (1967); successivamente nella legge sullo scioglimento del matrimonio (1970); nella prima grande Riforma del diritto di famiglia - che nel 1975 ha novellato gran parte del primo e parte del secondo libro del codice civile -; negli ulteriori provvedimenti normativi che nei successivi lustri hanno modificato la disciplina delle adozioni e del divorzio, nella seconda grande Riforma in materia di filiazione degli anni 2012/2013.

Da questa intensa attività legislativa indubbiamente scaturisce un regime che rivaluta le persone all'interno della comunità familiare e che, attraverso un'inversione di tendenza che, come detto, tutela più incisivamente l'interesse individuale, adombra l'inverarsi delle affermazioni dei saggi e di quei giuristi che nel cuore o con la ragione, come Locke, avevano già delineato le strutture ragionevoli e naturali della famiglia giusta.

⁵¹ In materia, cfr. C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da Calamandrei e Levi, Firenze 1950, I, pp. 285 ss.



3. Si affermano dunque nuovi modelli istituzionali, ed in particolare quello della famiglia quale “società di uguali, cui ciascun componente (marito/moglie, genitori/figli) conferisce il suo contributo autonomo e responsabile”¹.

Se la Corte Costituzionale ha a suo tempo ribadito che “nel terzo comma dell'art. 30 della Costituzione per «famiglia legittima» si intende quella costituitasi col matrimonio del padre naturale e composta dal coniuge e dai figli legittimi”², una decisione della Cassazione meno risalente, ma orientata ad una possibile apertura, ha di contro ribadito che *la tutela delle famiglie si estende al di là del rapporto di coniugio e filiazione*³.

Tuttavia, la Consulta, di là da qualche anno, discorrendo di dignità e non di tutela, ribadiva che “L'art. 29 Cost., pur non negando dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri che nascono solo dal matrimonio” [C. Cost., 26 maggio 1989, n. 310 (pd. 12035)].

Ma un anno dopo la Corte, nella pluricommentata decisione del 12 aprile 1990, n. 184, specifica, altresì, che il 3° comma dell'art. 30 Cost. integra un duplice significato, il primo dei quali esprime “una regola di equiparazione dello *status* di figlio naturale (riconosciuto o dichiarato) allo *status* di figlio legittimo, nei limiti di compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima costituita dal matrimonio del genitore con persona diversa dall'altro. In questo senso «l'art. 30 si riferisce ai rapporti tra genitori e figli, e non a quelli dei figli tra loro (sent. n. 76 del 1977)». Quanto al secondo significato, concernente i rapporti tra il figlio naturale e i parenti del genitore che ha effettuato il riconoscimento, la norma costituzionale non impartisce un comando immediato di parificazione, *ma si pone come «norma ispiratrice di un orientamento legislativo a favore dei figli naturali (sent. n. 55 del 1979), la quale esclude che al limite di efficacia del riconoscimento indicato dall'art. 258 c. c. possa attribuirsi valore assoluto»*.

Infine, e con maggiore chiarezza, la Consulta ha sottolineato come l'art. 29 Cost., che individua il fondamento della famiglia nel matrimonio e che certamente esprime la volontà dell'Assemblea costituente di evidenziare come la «famiglia» ivi contemplata possedesse «dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere», non si pone in contrasto con l'affermazione secondo cui *i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati*

¹ Cfr. M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 19, 31. Adde, M. DOGLIOTTI, *Principi della Costituzione e ruolo sociale della famiglia*, in *Dir. famiglia*, 1977, 1488 ss.

² Cfr. C. Cost., 14-4-1969, n. 79, in *FI*, 1969, I, 1033: *Nel terzo comma dell'art. 30 della Costituzione per “famiglia legittima” si intende quella costituitasi col matrimonio del padre naturale e composta dal coniuge e dai figli legittimi. È, quindi, costituzionalmente illegittimo l'art. 467 c.c., limitatamente alla parte in cui esclude dalla rappresentazione il figlio naturale di chi, figlio o fratello del “de cuius”, non potendo o non volendo accettare l'eredità o il legato, non lasci o non abbia discendenti legittimi, in riferimento all'art. 30, terzo comma, della Costituzione. Nella Costituzione, invero, non è riposto un astratto “favore” per i figli naturali (riconosciuti o dichiarati) da tradursi soltanto ad opera della legge ordinaria in tutela concreta nel contenuto e nei limiti: la garanzia dei diritti del figlio naturale è, invece, tutta spiegata nel terzo comma, prima parte, dell'art. 30 Cost. per il caso in cui non urti con gli interessi dei “membri della famiglia legittima”: vale a dire che l'intervento del legislatore occorrerà solo per conciliare la protezione del figlio naturale coi diritti di costoro. Ne deriva che per l'ipotesi in cui non sussista una famiglia legittima, una legiferazione speciale non è necessaria: infatti il figlio naturale gode già, in virtù dell'art. 30 Cost., di un'ampia protezione alla quale il legislatore ordinario è vincolato, diversamente da quanto accade per altre materie. E tale diritto di rappresentazione del figlio naturale non viene meno anche quando sussista il coniuge del cosiddetto rappresentato: infatti tra il figlio naturale e tale coniuge non v'è contrasto d'interessi da conciliare (ex art. 30 della Costituzione), dato che questi, a differenza del figlio naturale o dai discendenti legittimi, non può subentrare per rappresentazione al proprio coniuge.*

³ Cass., 24 febbraio 1981, n. 1115, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 745.



della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. (C. Cost. 15 aprile 2010, n. 138).

Rileva, in comparazione, la sentenza con la quale il *Tribunal Constitucional* nel 2012 ha confermato la legittimità della scelta del legislatore ritenendo che rientrasse nella di lui competenza e discrezionalità legiferare in materia, e quindi respingendo le censure concernenti la violazione degli artt. 32 e 34 Cost., che sanciscono, rispettivamente, il diritto dell'uomo e della donna di contrarre matrimonio (*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*) ed il dovere dello Stato di tutelare la famiglia in generale ed in particolare i figli⁴. Nell'occasione, il *Tribunal* si esprime in favore di una interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali.

Il *recurso de inconstitucionalidad* era in relazione con la *Ley 13/2005* che, composta di un articolo unico, aveva inciso profondamente sul diritto di famiglia e, per alcuni, sul dettato costituzionale, aggiungendo all'art. 44 del *Código Civil* un secondo comma: “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”, che di fatto rendeva il matrimonio accessibile indistintamente e con i medesimi effetti alle coppie *same sex* ed a quelle eterosessuali.

Per gli estensori del ricorso, la *ley 13/2005*, così intervenendo, aveva di fatto ‘snaturato la nozione di matrimonio’, trasformando una *institución con unos contornos tan definidos y universales* in una *institución polisémica, borrosa y disponible*.

Per la Consulta spagnola il contenuto delle garanzie costituzionali non va interpretato alla luce del criterio storico, bensì va ridefinito in armonia con la coscienza sociale: diversamente, se così non fosse, tutte le Costituzioni sarebbero destinate a dissolversi in un processo di allontanamento proprio da quella realtà che esse dovrebbero disciplinare. Dunque, dette garanzie non tutelano un contenuto predeterminato una volta per tutte, bensì la conservazione di un’istituzione in termini riconoscibili secondo l’immagine che di essa si riflette nella consapevolezza sociale in ogni tempo e luogo.

Lo stesso concetto di “*garantía institucional*” concede un margine di discrezionalità al legislatore ordinario nel modularne, in concreto, il contenuto, salva la preservazione del suo “nucleo essenziale valoriale” valido attraverso il trasmutare dei tempi. Il ‘nucleo essenziale’ - che permane immutabile attraverso il mutare dei tempi e delle circostanze - della nozione matrimonio costituzionalmente garantita è da individuarsi, per la Corte, nel concetto per così dire ‘neutro’ di *comunidad de afecto que genera un vínculo*, o *sociedad de ayuda mutua entre dos personas con idéntica posición que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar*, e tale nucleo non risulta intaccato né alterato dalla legge 13/2005. Talché, l’apertura operata tramite legge ordinaria al matrimonio tra persone dello stesso sesso viene a configurarsi come un’opzione ammissibile che non altera, bensì integra ed amplia la *garantía institucional*.

L’interpretazione della Costituzione in una prospettiva evolutiva, ribadisce la sentenza, è strettamente connessa al concetto di *cultura jurídica*, intesa questa non in senso letterale come l’insieme delle nozioni che formano il giurista, ma piuttosto come l’opportunità di arricchire l’interpretazione letterale, sistematica, originalista dei testi

⁴ *Tribunal constitucional*, sentenza n. 198/2012 del 6 novembre 2012, in *Boletín Oficial del Estado* [BOE], 28 de noviembre de 2012, pp.168 ss.



giuridici attraverso l'*observación de la realidad jurídicamente relevante*. Da tale realtà emerge che le democrazie occidentali hanno elaborato strumenti normativi che attribuiscono diritti alle coppie *same sex*, il che evidenzia la tendenza crescente a riconoscere che il matrimonio tra persone dello stesso sesso si integra nella istituzione matrimoniale ed è una realtà suscettibile di essere assunta nella cultura giuridica spagnola.

Per la Corte, il diritto fondamentale al matrimonio è un diritto a *titolarità* individuale, non ad *esercizio* individuale, data la necessità del mutuo consenso e la serie di ulteriori diritti *ope legis* ad esso collegati: la *Ley* 13/2005, aprendo l'accesso all'istituto del matrimonio anche alle coppie omosessuali, ha inciso non sul contenuto del diritto a contrarre matrimonio, ma solo sul regime di esercizio, senza pregiudicare l'analogo diritto già precedentemente riconosciuto alle coppie eterosessuali.

Talché il legislatore ordinario, nella piena equiparazione della coppie eterosessuali e omosessuali di fronte alla possibilità di contrarre matrimonio, ha individuato un'opzione costituzionalmente compatibile, rispettosa del contenuto essenziale del diritto e coerente con la promozione della persona umana, considerata singolarmente o all'interno *de los grupos en que se integra*, che è l'obiettivo dell'art. 9.2 *Const. Esp.*

Tuttavia rileva come, in precedenza, lo stesso *Tribunal Constitucional* aveva definito il matrimonio *entre un hombre y una mujer* come un *derecho constitucional que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes*, laddove ribadiva che *el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes*⁵.

⁵ *Tribunal constitucional*, sentenza n. 184/1990. Nello stesso senso, anche *Tribunal constitucional*, sentenza n. 47/1993.



4. Con l'entrata in vigore, il 7 febbraio 2014, del d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*¹, si completa la nuova disciplina sulla filiazione introdotta dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*.

La legge 219/2012 aveva già operato, con l'art. 1 che ha novellato il codice civile², una triplice innovazione: la costituzione del rapporto di parentela basato su qualsiasi forma di filiazione³ anche fuori dal matrimonio - artt. 74 e 258 c. c. nuova formulazione-; l'unicità dello *status* di figlio - specialmente, artt. 315 e 315 *bis* c. c. -; la nuova disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio - artt. 251 e 276 c. c. Più specificamente, l'innovato art. 74 c. c. precisa ora che il vincolo di parentela con la famiglia dei genitori è il medesimo al di là delle modalità dell'acquisizione della filiazione, dentro o fuori del matrimonio⁴.

In realtà, la legge n. 219/2012 e il decreto attuativo 28 dicembre 2013, n. 154, pur essendo focalizzati sull'introduzione dello stato unico di figlio - di cui all'art. 315 c. c. -, realizzano una Riforma di portata ben più ampia che incide profondamente sull'intera materia familiare⁵.

Autorevolmente⁶ si è ribadito come il legislatore abbia ben delineato le due dimensioni fondamentali degli istituti trattati, intervenendo sia sul piano della valenza socioculturale, sia su quello della tecnica giuridica, definendone meticolosamente limiti, tutele, modalità ed effetti, nella sistematicità delle scelte normative: nei sei articoli della legge 219/2012 sono infatti individuati alcuni chiari principi essenziali.

Tramite i due provvedimenti citati si è attuato un processo che, traendo origine dal dettato costituzionale - lo stesso art. 2 della legge n. 219/2012 afferma l'intento di voler "eliminare ogni discriminazione tra i figli, anche adottivi, nel rispetto dell'art. 30 Cost." - affida all'esecutivo il compito di modificare stabilmente, senza lasciare *rechtsfreier Raum* e conseguente libertà d'intervento ad ulteriori, successivi provvedimenti, tutta la normativa in vigore per renderla coerente con il principio affermato. D'altro canto, il decreto legislativo n. 154/2013, composto di 108 articoli, come si è detto completa e attua la riforma della filiazione basata sull'unicità dello stato giuridico di tutti i figli *senza aggettivi*⁷ con riguardo alla loro nascita, e senza attribuire alcuna qualificazione al rapporto naturale tra genitori e figlio, con attenzione unicamente al rapporto biologico di filiazione.

¹ In G. U. 8 gennaio 2014, n. 5.

² L'art. 1, comma 10, con norma immediatamente precettiva, dispone: «È abrogata la sezione II del capo II del titolo VII del libro primo del codice civile». Tra i principi e criteri direttivi della delega relativa alle modifiche del Titolo VII del codice civile è sancito anche quello relativo all'abrogazione delle «disposizioni che fanno riferimento alla legittimazione». L'immediata abrogazione dell'istituto indica che l'unicità dello stato, ad ogni effetto, anche successorio, si determina immediatamente all'entrata in vigore della legge, senza alcuna necessità di attendere i decreti delegati.

³ Ma già Checchini ribadisce, nel 1992, che la parentela è una qualifica giuridica connessa con l'attribuzione di uno stato di filiazione. Cfr. A. CHECCHINI, *Della parentela e dell'affinità*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi, Sub artt. 74-78*, I, Padova, 1992, p. 395.

⁴ Si afferma il legame di parentela tra le persone che discendono da uno stesso stipite in ogni ipotesi di filiazione, nata nel e fuori del matrimonio: G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. Giur.*, 4, 2013, p. 525.

⁵ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2014, p. 1.

⁶ P. SCHLESINGER, *Il D. Lgs. N. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, 443 ss.

⁷ L'espressione è di V. CARBONE, *Il d. lgs. n. 154/2013 sulla revisione delle disposizioni vigenti in tema di filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, p. 448.



La riforma del diritto di famiglia del 1975 che aveva attuato la parificazione tra i figli non aveva inciso sulla struttura della normativa concernente la filiazione, che restava diversificata con riguardo al rapporto esistente tra i genitori, secondo che fossero, oppure no, uniti nel vincolo matrimoniale: talché rispettivamente si disciplinava la filiazione legittima e quella ‘naturale’ (precedentemente ‘illegittima’)⁸. Quest’ultima a sua volta era ripartita in filiazione naturale riconosciuta o giudizialmente dichiarata, e filiazione non riconosciuta e irriconoscibile. La stessa distinzione perdurante tra i modelli di filiazione legittima e filiazione naturale di fatto giustapponeva tra loro con maggior distacco ed evidenza il modello di famiglia fondata sul matrimonio e le forme di convivenza familiare o *more uxorio* diffusissime nella società attuale.

La preesistente prospettiva in tema di filiazione viene superata in toto dalla nuova Riforma, generata dalla acquisita consapevolezza dottrinale della necessità di superare tali divaricazioni, e il *core* ed emblema della nuova disciplina e della teorica ad essa sottesa è l’art. 315 c. c. rubricato «Stato giuridico della filiazione», che stabilisce - non senza solennità - che «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico».

L’art. 2, l. n. 219/2012 definisce l’enunciato dell’art. 315 c. c. un principio, *tout court*, come ad auspicarne l’integrazione con il portato degli artt. 29 e 30 Cost. - e a modificarne i complessi ed articolati equilibri -, quasi che il legislatore ordinario ne proponga una rilettura⁹.

Non è senza rilevanza che il legislatore della nuova Riforma nell’enunciato dell’art. 315 inglobi la nozione di *status*, da più parti e in più occasioni al centro di riflessioni dottrinali e già efficacemente definito come *rapporto che lega giuridicamente la persona ad una comunità*, e *strumento tecnico che traduce la situazione di un soggetto in relazione all’ambiente ed alla comunità in una condizione stabilmente rilevante per il diritto*. Talché, al conseguimento dello *status* di figlio, l’individuo - in virtù delle previsioni degli artt. 315, 74, 258 c. c. - *diventa parente delle persone che partecipano allo stipite da cui discendono i suoi genitori ed entra a far parte della loro famiglia*, indipendentemente dal fatto che sia stato concepito, oppure no, nel matrimonio¹⁰.

Dunque, nel flusso dello sconvolgimento apportato dal legislatore della Riforma - con audacia pari alla fermezza - nella struttura consolidata della disciplina dei rapporti familiari, peraltro sottoposta alle molteplici sollecitazioni provenienti dalla dottrina, dall’interprete e dal contesto, viene di fatto riconosciuta e sancita la completa identità tra famiglia matrimoniale e famiglia non matrimoniale¹¹.

⁸Cfr., sul tema, ben esaurientemente, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit.; *adde*, ID., *La filiazione*, in G. AUTORINO, *Trattato teorico-pratico di diritto di famiglia*, V, cit.

⁹ M. SESTA, *Stato unico di filiazione...*, cit. p. 2.

¹⁰ Così, testualmente, M. SESTA, *op. loc. ul. cit.*

¹¹ «...il figlio si trova inserito in due famiglie, quella paterna e quella materna, tra loro non comunicanti, grazie al vincolo di affinità. Poiché l’affermazione dell’unicità dello stato - salva sempre la formazione del corrispondente titolo dello stato di filiazione - è incondizionata, così come lo è quella che fa scaturire il vincolo di parentela dalla mera discendenza biologica, nei casi di filiazione adulterina ed incestuosa si producono conseguenze assai peculiari. Nella filiazione adulterina, il figlio diventa fratello (unilaterale) del figlio matrimoniale di ciascuno dei genitori, zio dei figli dei fratelli e così via, con le conseguenze alimentari e successorie. Inoltre, in base a quanto disposto dall’art. 316 c. c., egli è soggetto alla responsabilità dei genitori, che l’esercitano congiuntamente, in parallelo con quella che ciascuno di loro si trovi, eventualmente, ad esercitare col proprio coniuge nei riguardi del figlio matrimoniale. È vero che ciò poteva già accadere in forza delle disposizioni in tema di affidamento condiviso, ma - quantomeno secondo l’interpretazione che era parsa preferibile - l’esercizio congiunto della potestà era previsto solo a seguito di un provvedimento giudiziale emesso in sede di separazione, divorzio o di rottura della convivenza. In base alle nuove disposizioni, il



D'altro canto la procreazione, come rapporto naturale che la biologia non qualifica in alcun modo, trova nuovo accoglimento nel mondo del diritto, che la fa propria senza attributi o distinzioni: le risorse della scienza nel campo del DNA consentono di garantire (o di escludere) il rapporto biologico genitoriale senza ulteriori prove o ammissioni e senza dover ricorrere a presunzioni, come tali già radicate nel diritto romano¹² o nel diritto canonico¹³.

Per di più, la nozione giuridica di parentela non coincide, *tout court*, col rapporto di procreazione, in quanto la relazione di parentela può costituirsi anche in assenza di consanguineità - laddove si discorre di parentela civile¹⁴ -, mentre ha un ambito più ristretto di quello della consanguineità biologica, nelle ipotesi di filiazione non riconosciuta, non riconoscibile o non giudizialmente dichiarata¹⁵.

Talché il legislatore ha inteso adeguare la regolamentazione dei rapporti di filiazione alle mutate sensibilità sociali dominanti, avvalorate peraltro dal contributo della legislazione sovranazionale aperta all'ascolto del minore¹⁶. Le Convenzioni di New York e di Strasburgo, la Carta di Nizza citata nella *Relazione illustrativa* della Commissione Bianca unita allo schema di decreto delegato, privilegiano certamente l'interesse del figlio *che ha diritto ad una famiglia*¹⁷: la riforma attuata realizza l'obiettivo della piena equiparazione degli effetti della filiazione dentro e fuori del matrimonio¹⁸, col conseguente instaurarsi di rapporti di parentela col gruppo familiare genitoriale, come si è detto, produttivi di effetti anche in ambito patrimoniale e successorio¹⁹.

La rinnovata disciplina ha dunque riformato radicalmente la struttura dei rapporti familiari, allontanando l'istituto della genitorialità e della parentela dal matrimonio, infrangendo una tradizione più che millenaria che vedeva nel matrimonio stesso di quella *l'ineludibile presupposto*²⁰. L'aver posto la procreazione biologica a presupposto esclusivo e

genitore coniugato, se non vuole incorrere in responsabilità, dovrà quindi relazionarsi col figlio concepito fuori dal matrimonio ed inevitabilmente anche con l'altro genitore «naturale» col quale condivide, di norma ed indipendentemente dalla convivenza, la responsabilità genitoriale ex art. 316 c.c. In queste ipotesi, tenuto anche conto di quanto disposto dal novellato art. 252 c. c., si crea una sorta di triangolazione di rapporti, considerato che un genitore può trovarsi tenuto a condividere la funzione genitoriale con il coniuge ed anche con uno o più soggetti con i quali abbia generato figli, e ciò indipendentemente dalla sussistenza di convivenza». Cfr. M. SESTA, *Stato unico di filiazione...*, cit., pp. 4 ss.

¹² *Mater semper certa est, pater numquam.*

¹³ Cfr. can. 1115, Codex Iuris Canonici 1917: §1. *Pater is est quem iustae nuptiae demonstrant, nisi evidentibus argumentis contrarium probetur.* §2. *Legitimi praesumuntur filii qui nati sunt saltem post sex menses a die celebrati matrimonii, vel intra decem menses a die dissolutae vitae coniugal.*

¹⁴ D. BARILLARO, *Della parentela e dell'affinità*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 74-78*, Bologna-Roma, 1974, p. 442; M. ESU, *La parentela e l'affinità*, in *Tratt. Rescigno*, 2, I, 2^a ed., Torino, 1999, p. 749.

¹⁵ Cfr., in materia, non senza note di acuta originalità, M. G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e dir.*, 2, 2012. *Adde*, Id., *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010.

¹⁶ Cfr. V. CARBONE, op. cit., 451. Quanto alle norme di diritto sovranazionale basti ricordare le Convenzioni di New York e di Strasburgo e la Carta di Nizza citata nella *Relazione illustrativa* della Commissione Bianca unita allo schema di decreto delegato.

¹⁷ Già la l. 149/2001 sanciva, nel nostro ordinamento, il diritto del minore alla propria famiglia.

¹⁸ Permangono differenze riguardo all'accertamento della filiazione e alla costituzione dello *status* di figlio, peraltro *unico*.

¹⁹ Nell'ambito della successione intestata, la Consulta, per sua parte, più volte chiamata a pronunciarsi, ha rimesso al legislatore la regolamentazione della successione *mortis causa*.

²⁰ Cfr. P. SCHLESINGER, op. cit., p. 444.



sufficiente della parentela *tout court* infrange l'essenzialità del ruolo del matrimonio quale base della famiglia intesa come struttura giuridica: e ciò ben in contrasto con le affermazioni di chi, negli anni Cinquanta, escludeva che lo stato di figlio naturale potesse essere connesso ad uno stato di famiglia, poiché mancava il matrimonio, «unica fonte, nel nostro diritto», di quella²¹. Oggi con rivoluzione copernicana è sullo *status* unitario di figlio e sulle relazioni familiari tra il figlio e i gruppi parentali di ciascuno dei genitori che si fonda una nuova, 'liquida' e versatile istituzione, che più che famiglia sembra, sovente, farsi 'arcipelago'²². Talché il matrimonio, architrave del modello tracciato dagli artt. 29 e 30 Cost. ancor più la disgrega, nel momento che si subordina all'interesse della persona-figlio il rapporto coniugale, privilegiare il quale sarebbe talora svantaggioso e contrasterebbe proprio con l'interesse del minore.

Tuttavia, *a contrario*, occorre interrogarsi anche del danno può derivare al figlio, dall'indebolimento di un sistema di relazioni giuridiche quale è stato finora la più salda e consolidata delle formazioni sociali ove deve svolgersi, liberamente e compiutamente, la sua personalità²³ nonché dalla 'morte' della famiglia coniugale che appare nei fatti ineludibile²⁴.

Affinché il giovane (in termini di diritto) 'figlio senza aggettivi' possa restare indenne dalle conseguenze - non tutte prevedibili - della disintegrazione del modello unico familiare, *rectius*, dalla pluralizzazione dei modelli di famiglia ormai in atto, è logico e ragionevole attendersi, come dopo ogni decostruzione e senza indulgere in una ulteriore, deleteria inerzia progettuale, un intervento altrettanto deciso che ristrutturi quella opportunamente, anche adeguandola alle trasformazioni - già in atto - del sentire sociale che incidono sulla prassi e sulla consuetudine, perché come osserva taluno acutamente, solo una dinamica familiare forte, ricostruita legalmente *con sollecitudine e intelligenza*, può garantire il necessario equilibrio sociale sottraendolo alla dannosa precarietà²⁵.

Allo stato attuale, peraltro, all'unicità della condizione di figlio si contrappone l'eterogeneità delle modalità di costituzione e di accertamento dello stesso rapporto di filiazione, e l'unitarietà del regime giuridico su cui è ora impostato il rapporto genitore-figlio sottende, tuttavia - in un capovolgimento di prospettiva - le diverse condizioni e particolarità che connotano, di volta in volta, la struttura concreta della famiglia, *vel potius delle famiglie*, dei rapporti parentali che intersecano più fulcri o più fuochi in cui si collocano, nella fissità dominante del nuovo *status*, i figli.

Tra l'altro, gli artt. 74 e 258 c. c., appartenendo al gruppo delle disposizioni già entrate in vigore dal 1.1.2013, hanno inciso con effetto immediato sul contenuto e sull'applicazione di tutte le norme che presuppongono la nozione di parentela nella sua nuova accezione, anche di quelle la cui formulazione non è stata direttamente modificata dal legislatore della Riforma 2012/2013²⁶.

Assumono in tal modo rilevanza, per taluno *tacitamente*, le relazioni familiari ristrutturate nelle famiglie allargate o ricomposte, nelle quali convivono figli di precedenti

²¹ A. CICU, *La filiazione*, in *Trattato Vassalli*, rist., III ed., Milano, 1969, p. 9.

²² Cfr. F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pp. 509 ss.

²³ Art. 2 Cost.: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

²⁴ Art. 2 Cost.: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

²⁵ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Famiglia, è il tempo per tornare a costruire*, editoriale, in *Iustitia*, 1, 2014, p. 3.

²⁶ Cfr., M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione: aspetti personali, successori e processuali*: l. 10 dicembre 2012, n. 219, Bologna, 2013, pp. 117 ss.



unioni e della nuova unione o i figli eventualmente adottati: all'atipicità del modello familiare che si prospetta fa comunque da contraltare la conquista valoriale della centralità della filiazione, cui approda il lungo processo culturale iniziato come si è detto ben prima della riforma del 1975, teso alla tutela dei diritti e dell'interesse del singolo ben più che all'interesse collettivo del gruppo²⁷. Processo che con una circolarità inattesa sembra ricongiungersi al tradizionale fondamento del *matrimonium sacramentum*, laddove il *core* è la procreazione, sia come *intentio*, sia come capacità, sia come condizione della stessa esistenza del vincolo coniugale.

Se dunque oggi non si può più discorrere di famiglia, bensì di *famiglie*, l'unico termine che resta pressoché univoco appare proprio il matrimonio, che pure non può ridursi a mero *vestimentum*, a *forma statica e astratta*²⁸: anche in tale prospettiva il legislatore italiano ha affrontato l'annosa problematica del riconoscimento del rapporto che unisce le coppie omosessuali, giungendo solo ora e attraverso contrasti comunque irrisolti, per il tramite della legge 20 maggio 2016, n. 76, alla *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, affrontando nello stesso provvedimento anche la *disciplina delle convivenze*.

Il legislatore, dimidiato tra l'opinione *nutrita ma risalente* che considera l'art. 29 Cost. un ostacolo insormontabile per il riconoscimento di modelli familiari diversi da quello unico e legittimo e una contraddizione in termini anche l'espressione 'famiglia di fatto' (che *confonde il fatto con il diritto*) e l'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale, disponibile ad accogliere i mutamenti sociali che hanno coinvolto, nel tempo, la vita affettiva di coppia, è giunto al riconoscimento delle unioni civili e delle convivenze di fatto peraltro adombrando il tentativo - a parere di chi scrive, per lo più infruttuoso - di confinarne la disciplina in una sorta di apparente ghetto giuridico-relazionale. Infatti ha disegnato tra i partner un rapporto esclusivamente bilaterale, negandone ogni capacità espansiva per il tramite dell'instaurarsi di rapporti familiari di parentela anche adottiva, intervenendo persino nel *core* dell'*affectio* e del rapporto solidale, sottacendo dell'obbligo di fedeltà tra i conviventi e disponendo che la stessa 'comunione di vita' possa dissolversi anche unilateralmente e *ad nutum*, al di fuori di ogni valutazione giudiziale mirante a salvaguardare un vincolo meritevole di tutela o la parte economicamente più debole.

Tanto, nell'impegno teso a negare il carattere familiare soprattutto alle unioni *same sex*, che solo per via giudiziaria - leggasi condanna della Corte EDU e decisioni della Consulta che il 15 aprile 2010 includeva anche l'unione omosessuale fra le formazioni sociali tutelate, ex art. 2 Cost., dall'ordinamento²⁹ - erano formalmente inserite nell'alveo delle comunità sociali funzionali allo sviluppo libero e armonico della persona umana.

Non può non ipotizzarsi, almeno per qualche momento, che talune concessioni - inutili, persino, quanto contraddittorie - costruite nella determinazione di distinguere al massimo le unioni civili dall'istituto familiare siano state finalizzate, in realtà, semplicemente a *non épater le bourgeois*, negando l'indubbia connotazione dell'istituto regolato. Tanto può essere evidente già nel pleonastico riferimento, nel solenne enunciato del comma 1, all'art. 2 Cost. che diversifica la 'formazione sociale' di cui all'art. 2 dalla famiglia legittima fondata

²⁷ Cfr. P. SCHLESINGER, *Il D. Lgs. N. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2014, p. 445.

²⁸ L'espressione è tratta da V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 5, 1043.

²⁹ Nella già citata sentenza n. 138/2010, la Corte costituzionale ribadiva che



sull'art. 29 Cost., e ciò senza porre mente al rapporto di contenente e contenuto che collega comunque i due articoli della Carta fondamentale. La famiglia, per il medesimo assunto dell'art. 29, è una *naturalis societas*, riconducibile come ogni altra formazione sociale di tipo familiare all'enunciato dell'art. 2 Cost. in quanto luogo del *Sein* connesso a quella peculiare esperienza esistenziale fondata – in senso costitutivo ed esclusivo – sul *consortium totius vitae*, sulla comunione materiale e spirituale che lega, in un rapporto partecipativo e solidale, i suoi componenti. Seppure, indubitabilmente, la famiglia disegnata dall'art. 29 Cost è anche il luogo del *Sollen*, del *dover essere* in cui si originano le norme che disciplinano le relazioni che sorgono all'interno di essa quasi alla stregua di ordinamento non scevro di originarietà, mobile e concreto, indissolubilmente connesso al *continuum* dello storico variare dell'esperienza della vita associata.

All'ampio dibattito sull'art. 29 Cost. che nel corso dell'assemblea costituente portò alla dizione che accomuna in sé famiglia, società naturale e matrimonio, sulla base del riconoscimento della preesistenza dell'istituzione familiare rispetto allo Stato e non della subordinazione di questo ad un ordine giuridico di diritto naturale, corrisponde specularmente il variegato dibattito dottrinale che oggi può sintetizzarsi essenzialmente nella duplice visione di chi legge il testo come società *di diritto* naturale, talché la famiglia è il portato di un ordine naturale pregiuridico, immutabile, astorico e non derogabile dal diritto, e quella più condivisibile incardinata nella connessione con il duplice disposto degli artt. 2 e 29 Cost., nella quale società naturale diviene sinonimo di formazione sociale che riceve tutela dall'ordinamento in quanto *idonea a svolgere le funzioni ad essa assegnate, legate all'esistenza e allo svolgimento della personalità dell'individuo*³⁰.

Dalla prima prospettiva sono scaturite la struttura gerarchica della famiglia, la compressione delle libertà fondamentali dei singoli componenti, le discriminazioni nei confronti della filiazione naturale, assunte dal legislatore quali espressioni *dell'ordine naturale* della famiglia, nell'arbitraria e fallace astrazione di questa dall'evoluzione storica delle relazioni endofamiliari e dei modelli di famiglia che nella società via via si registrano.

L'interpretazione sistematica dell'istituto familiare quale fenomeno sociale e quale fenomeno giuridico ha indotto invece a riconoscerne i mutamenti di strutture e funzioni e a renderlo immune da condizionamenti datati di ordine istituzionalistico, nella prospettiva costituzionale e solidaristica di formazione sociale funzionalizzata all'esclusivo, libero esplicarsi della persona umana, valore apicale dell'intero ordinamento.

La legge regolatrice delle unioni civili e delle convivenze è certo uno dei più importanti e rivoluzionari eventi della storia del Diritto di famiglia italiano³¹, e fa da *pendent* alla Riforma del 2012/2013 che ha istituito lo stato unico di filiazione: se quest'ultima disciplina epocale ha allargato a dismisura i confini in cui si esplicano i rapporti socio-giuridici incentrati sul soggetto 'figlio senza aggettivi', la legge 76/2016 detta una disciplina il più possibile semplice e positiva sulla dimensione del rapporto di coppia, ma certamente meno chiara o del tutto silente in relazione ai connessi, includibili e pregnanti rapporti parentali.

Rileva, peraltro, *ictu oculi*, che l'intersezione che di fatto si verifica tra le due riforme è produttiva di ulteriori discrasie e problematiche, afferenti altresì, sostanzialmente, ancora al rapporto di filiazione.

³⁰ Per l'attenta analisi cfr. M. G. STANZIONE, *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, soprattutto pp. 30 ss.

³¹ Cfr. B. DE FILIPPIS, in *Quot. Giurid.*, 13 maggio 2016.



Il legislatore della legge n. 76/2016 ha colmato una lacuna normativa offrendo doverosa risposta alle sollecitazioni - da più parti e con varia intensità - da tempo sorte nel variegato contesto socio-giuridico attinente alla dimensione famiglia, ma *minus dixit quam oportuit*, a fronte del magma dei nuovi diritti e delle nuove istanze tuttora in attesa di una improcrastinabile regolazione, di riconoscimento e di ordine.



ADOZIONE E AFFIDAMENTO FAMILIARE: NUOVE DEFINIZIONI E NUOVE TENSIONI*

GABRIELLA AUTORINO *

«*A chacun sa famille, à chacun son droits*»¹

Il diritto di famiglia, in un tempo storicamente brevissimo – un battito di ciglia, di fronte alla precedente lentissima evoluzione – ha subito una rivoluzione “epocale”. Le mutazioni abbracciano la quasi totalità delle esperienze europee, tanto da trasformarsi in un *plafond* comune di principi e norme in tema di famiglia, ponendo sullo stesso piano i coniugi e funzionalizzando le regole di dettaglio allo sviluppo libero ed armonioso della persona², senza tuttavia mettere in discussione le basi tradizionali della famiglia, le fonti di costituzione, la procreazione all’interno della medesima, la parentela fondata sulla filiazione realizzatasi dentro o fuori del matrimonio. Le regole e il dibattito contemporaneo, di contro, sembrano abbandonare un’eredità millenaria, per percorrere vie lungo le quali gli istituti tradizionali non sono soltanto modificati nella loro funzione o nel loro regime, ma sono ridiscussi nella loro stessa essenza, talvolta nella loro stessa esistenza.

La diffusione sempre maggiore del divorzio trasversale a tutte le categorie sociali, l’aumento delle convivenze non fondate sul matrimonio, la perdita delle funzioni

* Il lavoro, con l’aggiunta delle note, riproduce la relazione svolta al 64° Congresso nazionale dell’Unione Giuristi Cattolici, tenutosi a Roma nei giorni 5, 6 e 7 dicembre 2014.

* Ordinario di Sistemi giuridici comparati presso la Facoltà di Giurisprudenza-Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Salerno..

¹ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, in *Rép. Not. Defrénois*, 1995, 185.

² È vastissima la letteratura sulla rifondazione del sistema familiare, improntata ai principi costituzionali che esaltano le situazioni reciproche dei singoli componenti il gruppo familiare precedentemente sacrificate a un variamente individuato interesse superiore. Per la bibliografia essenziale si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile*. 2.1. *La famiglia*, Milano, 2014, spec. 9 ss.; è d’obbligo il riferimento a P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, *passim*; P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull’unità della famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1970, 7 ss.; sia consentito il riferimento al mio manuale sul *Diritto di famiglia*, Torino, II ed., 2003, spec. 4 ss.; A. G. PARISI, *Il matrimonio. Profili generali*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, II ed., 2011, I, 71 ss.; P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, III ed., Torino, 2013, 324. Per una visione estesa ai sistemi di *common law*, M. A. GLENDON, *The Transformation of Family Law - State, Law and Family in the United States and Western Countries*, Chicago, 1989, *passim*. In prospettiva storica, cfr. P. UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni “giacobine” al Codice civile del 1942*, Bologna, 1970, 211 ss.; G. DELILLE, *Famiglia e proprietà nel Regno di Napoli. XV-XIX secolo*, Torino, 1988, 111 ss., 213 ss.; G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, V, *La famiglia*, Milano, 1988, 34 ss.; G. AUTORINO STANZIONE e P. STANZIONE, *Sulla concezione della famiglia nell’Italia del XVIII secolo*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 316 ss.



tradizionalmente svolte dalla famiglia come funzioni esterne alla medesima e proiettate nella collettività e la conseguente rivendicazione della stessa come luogo degli affetti e dello sviluppo della “persona-individuo”³, pongono in discussione l’unicità del modello familiare incentrato sul matrimonio. La famiglia diventa “incerta”⁴ e si declina in una molteplicità di modelli possibili⁵, trapassando dall’“isola”⁶ all’“arcipelago”⁷. Famiglia di fatto⁸. Famiglia arcobaleno⁹. Famiglia ricostruita¹⁰. Famiglia sociale.

Evolve l’idea stessa della struttura e della finalità del consorzio familiare; e con essa muta l’istituto della filiazione¹¹. Il progresso scientifico, la scissione della sessualità dalla

³ In generale sulla questione si rinvia ai contributi contenuti in M.-T. Meulders-Klein (cur.), *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Bruxelles, 1978, e spec. 11ss.; R. NERSON, H. A. SCHWARZ-LIEBERMAN VOM WAHLEDORF (curr.), *Mariage et famille en question*, Paris, 1978-1982. Si rinvia altresì alle considerazioni di J. CARBONNIER, *L’hypothèse du non-droit*, in *Flexible droit*, Paris, VIII éd., 1995, spec. 231 ss. nonché a GLENDON, *State, Law and Family. Family Law in transition in the United States and Western Europe*, New York, 1977; J. L. RENCHON, *La prégnance de l’idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille*, in H. Fulchiron (cur.), *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, Paris, 2009, 209 ss.

⁴ L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, 1989, 12 ss.

⁵ Cfr. V. SCALISI, *La “famiglia” e le “famiglie” (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, 431 ss.; ID., “Famiglia” e “famiglie” in Europa, relazione svolta al convegno *Persona e comunità familiare, 1982-2012*, in www.comparazionedirittocivile.it; V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, relazione svolta al convegno *Persona e comunità familiare, 1982-2012*, *ibidem*; C. MAZZÙ, *Nuovi modelli di status nel diritto di famiglia*, *ibidem*; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.

⁶ Notissima espressione di A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, Napoli, 1949.

⁷ F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., I, 514.

⁸ “Famiglia di fatto” o famiglia naturale, già convivenza *more uxorio* - termine ormai in disuso, ma all’insaputa del legislatore che lo utilizza nel comma 1 dell’art. 155-*quater*, introdotto dalla l. n.54 del 2006. Sul punto M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. Priv., sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, 188 ss.

⁸ Grazie ad un radicale mutamento di valori si estende la nozione di “formazione sociale” anche alla convivenza omosessuale sulla quale si sono pronunciate, di recente, tre Corti supreme: la Corte EDU, il 24 giugno 2010, la nostra Corte costituzionale con la decisione n.138 del 2010) e la Corte di Cassazione con la sentenza n. 4184 del 2012. In particolare, sulla nozione di formazione sociale, la Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 1604, con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Foro it.*, 2010, I, 1361, con nota di F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Iustitia*, 2010, 311, con nota di M. COSTANZA, *La Corte costituzionale e le unioni omosessuali*, in *Resp. civ.*, 2010, 1491; con nota di L. MORLOTTI, *Il no della consulta al matrimonio gay*, in *Giur. it.*, 2011, 537; con nota di P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*. Cfr. altresì: N. COLAIANNI, *Matrimonio omosessuale e costituzione*, in *Corr. giur.*, 2010, 845; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, II, 527; P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, 861; Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalke and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, 137, con nota di L. PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte cost. n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalke and Kopf v. Austria*. Anche la Corte Suprema brasiliana il 4 maggio 2011 ha riconosciuto all’unanimità l’unione stabile di coppie dello stesso sesso.

⁹ C.M. BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Famiglia*, 2001, I, 10.

¹⁰ S. MAZZONI, *Le famiglie ricomposte: dall’arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. famiglia*, 1999, 369; M. G. STANZIONE, *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, *passim*.

¹¹ Cfr. G. AUTORINO, *La filiazione*, in *Manuale di diritto privato*, cit., 405-422.



procreazione, il proliferare conseguente di tecniche di procreazione artificiale¹² spostano il fulcro del sistema dal vincolo di sangue all'assunzione di responsabilità compiuta dal genitore ed alla relazione che ne deriva, indipendentemente dalla fonte di costituzione del rapporto di coppia e della qualificazione giuridica.

Nel nome del principio di eguaglianza, del fondamentale principio di dignità e di quello del superiore interesse del minore¹³ il legislatore italiano – colmando il grave ritardo

¹² E' d'obbligo il riferimento a: L. LOMBARDI VALLAURO, *Bioetica, potere, diritto*, in *Justitia*, 1984, I, 1 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Ricerca scientifica, consenso e tutela della persona*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (curr.), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Atti del XVI Colloquio dell'Associazione italiana di diritto comparato, Torino, 2004, 41 ss. Cfr. altresì, con ampia bibliografia e giurisprudenza, G. SCIANCALEPORE - P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001, *passim* e, specialmente, 51-87. Tra le prime ricostruzioni della materia, A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, VIII, 1962, 732 ss.; ID., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Libri dell'Istituto Giuridico Italiano* (Atti del Convegno di Verona, 2-4 ottobre 1986), V, Padova, 1987, 3 ss.; V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 751 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984, e A. GORASSINI, *Procreazione*, in *Enc. Dir.*, sez. civ., XXXVI, Milano, 1987, 944 ss. Più di recente, F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sul diritto alla procreazione*, in *Dir. e Società*, 1994, 115 ss.; P. PERLINGIERI, *Note sul tema della procreazione assistita*, in *Il Foro Napoletano*, 1995, 233 ss.; P. VERCELLONE, *Procreazione artificiale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1997, 309 ss.; A. PALAZZO, *Procreazione assistita e bioetica*, in AA. VV., *Le biotecnologie: certezze ed interrogativi*, Milano, 2001, 135 ss.; D. CILIBERTI, *Il diritto tra sviluppo della tecnologia biologica e problematiche etiche. Il caso della fecondazione assistita*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2001, 463 ss. Per le osservazioni critiche al d.d.l. n. 1514 - Senato della Repubblica -, rubricato *Norme in materia di procreazione assistita*, si rinvia a P. RESCIGNO, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in *Corriere giur.*, 2002, 8, 981-983. In Italia, dopo lunghi anni di assenza da parte del legislatore, si è approdati a una normativa che ha ricevuto critiche da più parti per la incoerenza e il rigore di talune previsioni e che vede un revirement della giurisprudenza, precedentemente assai restrittiva, che ora contesta fortemente la legittimità di una normativa che impone l'impianto contemporaneo di tutti gli embrioni fecondati e non tiene conto delle condizioni patologiche presenti nella coppia quando esclude a priori l'inseminazione eterologa, fino ai molteplici interventi della Corte costituzionale che modificano completamente l'assetto della normativa. Da ultimo, con una pronuncia dell'aprile del 2014, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di inseminazione eterologa nei confronti delle coppie per le quali sia stata medicalmente accertata l'infertilità, ritenuto contrastante con gli artt. 2, 3, 31 e 32 cost.: Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162.

¹³ Principio questo affermato in numerose fonti di diritto internazionale. V. in particolare, l'art. 3, 1 della Convenzione dei diritti del fanciullo approvata del 1989, che sancisce la "*primary consideration*" da riservare agli interessi del minore e l'art. 21 della stessa Convenzione, specificamente in tema di adozione, nonché la Convenzione europea sull'adozione dei minori, entrata in vigore nel 2011. In argomento, cfr. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, 205. «(...) l'espressione "diritto all'amore" è significativa di un percorso culturale e giuridico che, con specifico riferimento ai figli, ha consentito l'ingresso dei sentimenti nel mondo del diritto, elevandoli a valori dell'ordinamento e accogliendo il monito che attenta dottrina predica da tempo, ovvero "l'idea che occorre aver riguardo al bisogno del minore di ricevere quella carica affettiva di cui l'essere umano non può fare a meno nel tempo della sua formazione"» (così testualmente BIANCA, *Commentario alla l. 4 maggio 1983, n. 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1984, sub. art. 1,1). Già la riforma della legge sull'adozione ha previsto che «i minori debbano conservare rapporti significativi con i parenti». Cfr. altresì P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, *passim* e ID., *La tutela dei soggetti "deboli"*, Milano, 2004, p. 19 ss.



rispetto a tutti gli altri paesi dell'Unione Europea¹⁴ – con la legge 10 dicembre 2012 n. 219¹⁵, ha finalmente compiuto il gran passo verso lo stato unico¹⁶ di figlio¹⁷. L'unicità dello *status filiationis*, enunciato dal novellato art. 315, secondo cui «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico» - cioè tutti i figli sono uguali, cioè, ancora, i “figli sono figli e basta!”¹⁸ - impone dunque lo smantellamento di tutte le costruzioni erette sui requisiti formali, come

¹⁴ L'introduzione dello status unico di figlio avviene, per esempio, in Belgio con la riforma del 1987, in Germania nel 1997 e in Francia con l'Ordonnance del 4 luglio 2005 (Ordonnance n. 2005-759 per la quale cfr. J. MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, in *Rép. Defrenois*, 2006, 6 ss., 91 ss., 209 ss.; T. GARÈ, *L'ordonnance portant réforme de la filiation*, in *JCP*, G 2006, I, 144; L. MAUGER-VIELPEAU, *La volonté et la filiation au regard du droit nouveau. (A propos de l'Ordonnance n. 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation)*, in *Pet. Aff.*, 27 juin 2007, 128, 3 ss.; V. I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Rapport à la Ministre de l'emploi et de la solidarité et au Garde de Sceaux*, in *La documentation française*, 1998, 34 ss.; H. FULCHIRON, *Égalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation*, in *Droit et Patrimoine*, 2006, 146, 44 ss.

¹⁵ V. D'ANTONIO, *La potestà dei genitori ed i diritti e i doveri del figlio dopo l'unificazione dello status filiationis*, in *Comparazione e diritto civile* (www.comparazonedirittocivile.it/), a cura di P. Stanzione, giugno 2013; G. LISELLA, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice, ivi*, giugno 2013; V. BARELA, *L'adozione all'indomani della legge n. 219/201*, in *Comparazione e diritto civ.*, giugno 2013; Id., *L'adozione internazionale*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, Trattato torico - pratico, diretto da Gabriella Autorino Stanzione, 2° ed., 2011, p. 468 ss.; M. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari in Comparazione e diritto civ.*, maggio 2013. Cfr., altresì, A. DEL GIUDICE, *La filiazione prima e dopo la riforma*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1, II, 337-363; RESCIGNO, *La filiazione "riformata": l'unicità dello status*, in *Giur. it.*, 2014, 1261-1262; A. SASSI, *Indegnità a succedere e rapporto filiale nella riforma della filiazione*, in *Vita notarile*, 2014, 585-610; G. RECINTO, *La legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1475; BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1 ss.

¹⁶ Il tema della completa parificazione tra filiazione naturale e legittima è stato al centro delle proposte di riforma del d.d.l. n. 2514, presentato il 12 aprile 2007, recante “Delega al Governo per la revisione della normativa in materia di filiazione”, travolte dalla fine di quella legislatura e non più ritenute degne di attenzione dal legislatore succeduto. Il progetto è confluito in parte nel successivo d.d.l. n. 2805, recante “Disposizioni in materia di filiazione”, finalmente approvato nel novembre 2012.

¹⁷ Nell'ambito di una dottrina ormai vastissima, si vedano i lavori di E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (curr.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2005, 622 ss.; BIANCA, *Diritto civile. II. La famiglia – Le successioni*, IV ed., Milano, 2005, 313 ss.; F. GROSSI, *Problemi attuali della nozione di parentela e di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 661 ss.; A. RENDA, *L'inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima: l'art. 252 c.c. tra molteplici percorsi interpretativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 463 ss.; ID., *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*, in *Fam. dir.*, 2004, 96 ss.; G. FERRANDO, *La condizione dei figli incestuosi: la Corte costituzionale compie il primo passo*, in *Fam. dir.*, 2003, 848 ss.; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002, 264 ss.; C.M. BIANCA, *La Corte costituzionale ha rimosso il divieto di indagini sulla maternità e paternità di cui all'art. 278, 1° comma, c.c. (ma i figli irrecognoscibili rimangono)*, in *Giur. cost.*, 2002, 4068-4074; G. FERRANDO, *La successione tra parenti naturali: un problema aperto*, in *Fam. dir.*, 2002, 313 ss.; P. UBALDI, *La posizione del figlio naturale*, in G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (curr.), *Filiazione*, vol. 2, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti, Milano, 2002, 262 ss.; E. VARANO, *La revoca della donazione per sopravvenienza di figli e la parità tra figli legittimi e naturali*, in *Fam. dir.*, 2002, 69 ss.; C.M. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*, in *Giust. civ.*, 2001, 594 ss.; G. FERRANDO, *Principio di eguaglianza, parentela naturale e successione (nota a Corte cost., sentenza n. 532 del 2000)*, in *Fam. dir.*, 2001, 361 ss.; B. LENA, *I diritti successori dei figli naturali tra discriminazione e tutela della famiglia legittima*, in *Fam. dir.*, 2001, 1075 ss.; M. SESTA, *Filiazione*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 582 ss.; M. COSTANZA, *Filiazione. III) Filiazione naturale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989.

¹⁸ BIANCA, *Dove va il diritto*, cit., 10.



quello del vincolo matrimoniale, e l'accentuazione del significato dei rapporti affettivi e dei contributi materiali offerti dal nucleo familiare, anche se di "nuova appartenenza", ossia aventi origine da un rapporto adottivo. Il ruolo della famiglia, non intesa nel suo nucleo ristretto, e pertanto il ruolo dei parenti "acquisiti" (post adozione) e quello dei membri della famiglia allargata è a più riprese evidenziato, talvolta direttamente, talaltra indirettamente da tutta la riforma del 2012. Si ponga mente, ad esempio, al nuovo dettato dell'art. 315 c.c., il quale espressamente dichiara che "il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti". Così, nel novellare l'art. 74, rubricato "parentela", da subito la legge n. 219 chiarisce che "la parentela è il vincolo che unisce persone che discendono dallo stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo" (fatta eccezione per le ipotesi di adozione di maggiore età, di cui agli art. 291ss. c. c.).

L'archetipo dell'adozione¹⁹ quale strumento idoneo a consentire la possibilità, a chi non ha o non può avere un figlio, di averne uno, nonché la concezione strettamente patrimoniale intenta a dare un discendente sono da considerare, ora ancor di più, del tutto superate. L'evoluzione degli orientamenti legislativi, unita ad una diversa concezione sociale e giuridica della famiglia, inserisce l'istituto dell'adozione rispetto alla concezione tradizionale-patrimoniale, in una prospettiva radicalmente diversa²⁰. Non più "rimedio benigno"²¹ a beneficio degli adottanti, ma "strumento di politica sociale", volto a garantire

¹⁹ Per un inquadramento generale, anche in prospettiva storico-evolutiva, cfr. L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Tratt. di dir. di fam.*, diretto da P. Zatti, Milano, 2012, II, 767 ss. *Adde.* AUTORINO, *Le adozioni*, in *Manuale di diritto privato*, cit. pp. 423-429; M. DOGLIOTTI, *Adozione e affidamento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IV, 4, *Filiazione, adozione, alimenti* (a cura di T. Auletta), Torino, 2011, 397 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Le adozioni: dalle regole ai principi*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano, 2007, 341 ss.; R. THOMAS, *L'adozione*, Milano, 2006, *passim*; F. Ruscello (cur.), *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, Padova, 2005; V. SCIARRINO, *Tutela del minore e comunità familiare nel sistema delle adozioni*, Napoli, 2003, 39 ss.; R. PANE, *Le adozioni fra innovazioni e dogmi*, Napoli, 2003; M. BERNARDINI, *Adozione, sostegno e protezione familiare nella recente evoluzione legislativa*, in *Riv. not.*, 2001, 111 ss.

²⁰ Sulla nuova normativa, v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari dopo la riforma della filiazione*, in *Lo Stato civile italiano*, 2014, 13-16; F. FAMA, *L'adozione in casi particolari del figlio della convivente: la dignità giuridica del legame affettivo a tutela del minore* (Nota a sentenza: App. Firenze, sez. minori, 26 settembre 2012), in *Minori giustizia*, 2013, 360-366; S. ARENA, *Adozione di minori e problematiche in evoluzione*, in *Lo Stato civile italiano*, 2013, 13-15; F. R. FANTETTI, *La convenzione di Strasburgo e l'adozione di minori in Italia da parte di persone singole*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, 29 ss.; G. MAGNO, *Sulla delibazione di provvedimento straniero recante adozione di minorenni a favore di persona non coniugata*, in *Dir. fam.*, 2012, 131 ss.; S. TARRICONE, *Il riconoscimento di provvedimenti stranieri di adozione da parte di persona singola. Questioni di status e superiore interesse del minore*, *ivi*, 2012, 1095 ss.; M. A. ASTONE, *La delibazione del provvedimento di adozione Internazionale di minore a favore di persona singola*, in *Fam. dir.*, 2011, 699 ss.

²¹ Notevole è l'insieme di definizioni dell'istituto. Si riportano di seguito le più significative. Cfr. in particolare R. LOMBARDI - G. VALVO, *Il percorso istituzionale dell'adozione: realtà e prospettive*, Roma, 1999, p. 7: "L'adozione è una pratica molto antica e comune a molte culture, che ha come obiettivo la conservazione-prosecuzione di una famiglia con il suo patrimonio di valori, tradizioni e miti, e racchiude in sé dimensioni individuali, familiari e socio-culturali"; F. DEGNI, *Adozione*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1937, p. 172: "L'adozione ha lo scopo di permettere a coloro che non hanno avuto figli o li hanno perduti di crearsi una filiazione che si dice civile, in quanto sorge non per un vincolo di sangue, ma per rapporto giuridico fondato sulla volontà espressa dell'adottante e dall'adottato, che si costituisce con l'assenso dello Stato, manifestato per mezzo dell'Autorità giudiziaria"; C. RUPERTO, *Adozione, diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, p. 584: "L'adozione è un atto giuridico diretto a creare un vincolo di filiazione artificiale, cioè indipendente dal fatto naturale della procreazione. Nel diritto moderno sono due le finalità dell'istituto: a) porgere a chi non ha una prole un benigno rimedio per collocare i propri affetti familiari e assicurare la continuità del casato; b) garantire ai



ai minori che ne siano privi una famiglia, intesa come formazione sociale primaria, “luogo” privilegiato di sviluppo delle istanze individualistiche, seppur in chiave solidaristica.

L’istituto viene considerato, così, come un “welfare institution”, nel cui ambito è essenziale l’intervento della pubblica autorità, che non effettua un mero controllo di legalità ma una valutazione sull’opportunità dell’adozione, nell’interesse preminente del minore, nuovo centro di gravità. E’ rinnovata, così, nel suo carattere prevalentemente assistenziale, la riformata concezione della relazione genitori-figli, l’idea per cui la genitorialità non si estrinseca nella mera trasmissione del proprio patrimonio genetico (verità biologica), ma in un complesso di atteggiamenti e comportamenti affettivi che consentano una serena crescita del minore (verità affettiva)²². Al centro della normativa v’è, dunque, il figlio, finalmente reso protagonista della vicenda familiare accanto ai genitori (artt. 2, 3, 29 e 30 cost.)²³.

minori di età un’idonea assistenza”; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, p. 910: “Il codice del 1942 prevedeva una sola figura di adozione, quella di antica tradizione, diretta a consentire ad una persona che avesse compiuto i 50 anni, priva di figli - per non averli mai avuti o per averli perduti - di assumere come figlio una persona, inferiore di età di almeno 18 anni, cui trasmettere il proprio nome ed i propri beni. (...) Si è successivamente diffuso in modo sempre più ampio il concetto di utilizzare l’adozione non già per procurare una discendenza a chi ne sia privo, bensì per procurare una famiglia ai minori privi di genitori o che, comunque, non godano di un’adeguata situazione familiare”; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 413: “L’adozione dei maggiorenni ha sostituito l’antica adozione ordinaria e aveva lo scopo di tramandare nel tempo il nome di chi non avesse discendenti legittimi o legittimati”. In passato si vide il grande successo dell’adozione intesa come trasmissione del patrimonio di valori storici ed identità della famiglia dell’adottante nel caso di Jean-Baptiste Jules Bernadotte, che divenne il continuatore della monarchia svedese; o nel caso che fra il 1895-1897 permise in un certo senso la continuazione di un cognome principesco; o nel caso di una famiglia di cementieri di Casale Monferrato che con un’adozione continuò il cognome di un pioniere del cemento.

²² Il movimento rinnovatore del diritto della filiazione in Europa, ma anche in altri paesi della tradizione giuridica occidentale, si connota, da un lato, per la perdita di rilievo della verità di sangue, e, dall’altro, per l’emersione del rapporto affettivo, della “filiazione vissuta”, quale elemento fondamentale per il riconoscimento dei legami tra genitori e figli sul piano del diritto. In Francia, come anche in Belgio, dopo le più recenti riforme, tale percorso avviene seguendo la via della rifunzionalizzazione del possesso di stato. Cfr. M. REMOND-GOUILLOD, *La possession d’état d’enfant (A propos de la loi du 3 janvier 1972)*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1975, p. 459 ss.; C. MECARY, *Réflexions sur le destinées de la possession d’état d’enfant*, in AA. VV., *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller. Droit des personnes et famille*, Strasbourg, 1994, p. 319 ss. e N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, 2009, *passim* e spec. p. 55 ss., con ampie indicazioni di dottrina e giurisprudenza. Si potrebbe ripetere, con Portalis e Demolombe, sebbene in diversa funzione, che “La possession d’état constitue le plus puissant des titres”: generalmente verità biologica e verità affettiva coincidono, ma quando coincidono occorre chiedersi se salvare l’una o l’altra, la filiazione tecnicamente accertata o quella che attraverso il quotidiano riconoscimento instaura una “parenté d’engagement”; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. V, *Traité de la paternité et de la filiation*, III ed., Paris, 1886, pp. 205 e 480. La citazione di Portalis si rinviene in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. X, 1836, p. 78. Sul punto si rinvia per un’ampia e approfondita trattazione a M. G. STANZIONE, *Filiazione e “genitorialità”*, cit, *passim*.

²³ T. MONTECCHIARI, *Adozione “mite”, una diversa forma di adozione dei minori od un affido senza termine?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 1581. «La formulazione dell’art. 315-bis c.c. evoca il dettato dell’art. 30 della Costituzione, comma 3, e dell’art. 147 c.c., evidenziandone il cambio di prospettiva: i diritti del figlio non si desumono in via indiretta dai corrispondenti doveri dei genitori, ma sono enunciati positivamente ed in modo esplicito e, per quanto riguarda la tematica affrontata nella presente ricerca, è da evidenziare l’affermazione del diritto del minore di crescere ed essere educato nella propria famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, che rafforza il significato della tutela della persona minore di età nell’esigenza naturale di evitare quanto possibile il ricorso all’ado-zione, ove ne ricorressero, comunque, le condizioni». Di contro, sul carattere non



Il diritto avverte, innanzi alla caduta delle categorie tradizionali e alla frantumazione del modello unico di famiglia, il bisogno di nuove certezze, di nuovi termini, nuove categorie cui riferirsi nell'emergere di una realtà sociale densa di sussulti²⁴. In una società "aperta"²⁵ e "liquida"²⁶, ci si interroga, dunque, sulla possibilità di estensione dell'istituto dell'adozione a fenomeni sempre più discussi: si pensi a quelli della c.d. omogenitorialità²⁷ e delle famiglie ricomposte²⁸.

Controverta e delicata si profila la questione dell'adozione da parte di una coppia omosessuale²⁹. Com'è noto, in relazione al riconoscimento delle coppie omosessuali e alla

assolutistico del principio che sancisce il diritto del minore a vivere nell'ambito della propria famiglia biologica, e quindi sulla valenza preferibilmente relativa, per cui in caso di incapacità educativa dei genitori, va ribadito che il minore ha diritto di essere educato in un'adeguata famiglia sostitutiva, si v. G. MANERA, *Le adozioni nazionali e internazionali nel quadro della nuova normativa*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, pp. 559- 560.

²⁴ V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 3 ss., 9, ove si precisa che «Famiglia, dunque, ormai senza più frontiere, aperta e in libera concorrenza, quasi come il mercato. Urge allora reinterrogarsi sul principio "famiglia", ovvero sulla sua essenza di ciò che, pur nella pluralità, consente ancora di fissare l'identità e il sicuro criterio di riconoscibilità della istituzione familiare, onde recuperare quell'indispensabile tratto unitario, comune ai diversi modelli, senza il quale la pluralità è destinata a divenire solo atomizzazione dispersiva e varietà dissolutrice. Questo compito, prima che al piano della positività o alla competenza delle Corti, appartiene principalmente alla cultura giuridica, in quanto scienza del dover essere, perché la famiglia appunto questo è: nesso di necessaria coappartenenza tra *Sein* e *Sollen*, tra realtà e regola».

²⁵ K. R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1974, vol. I, 179.

²⁶ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma Bari, 2000, 72.

²⁷ L. MORRA, B. PASA (curr.), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittoterapii*, Torino, 2015; C. RIMINI, *L'affidamento familiare ad una coppia omosessuale: il diritto del minore ad una famiglia e la molteplicità di modelli familiari*, in *Corr. Giur.*, 2014, 155 ss.; A. SCHUSTER, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. SCHUSTER (cur.), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011, p. 35 ss.; G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 802 ss., 809 ss.; A. CADORET, *Genitori come gli altri. Omosessualità e genitorialità*, Milano, 2008; J. LONG, *I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali. Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 gennaio 2008*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 675; L. FRUGGERI - C. CHIARI, in P. RIGLIANO - M. GRAGLIA (cur.), *Dalla "questione omosessuale" al pluralismo familiare. Il punto di vista degli studiosi della famiglia*, Milano, 2006, 106. Si legga, tra le recenti pronunce giurisprudenziali, Trib. Grosseto, ordinanza 9 aprile 2014, in *www.altalex.com*, 14 aprile 2014, con nota di G. VASSALLO, *Matrimonio gay: Tribunale di Grosseto ordina al Comune di trascrivere*, ove si afferma che «Il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero può essere trascritto nei Registri dello stato civile, poiché non è contrario all'ordine pubblico, è valido e produce effetti giuridici nel luogo in cui è stato pubblicato e infine non sussiste né a livello di legislazione interna né nelle norme di diritto internazionale privato, un riferimento alla diversità di sesso quale condizione necessaria per contrarre matrimonio. La trascrizione avrà natura certificativa e di pubblicità di una situazione già avvenuta e non costitutiva secondo le regole generali in materia».

²⁸ S. MINERVINI, *Profili privatistici nella famiglia ricomposta*, Ariccia, 2014; G. O. CESARO - P. LOVATI - G. MASTRANGELO, *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia tra ordine pubblico ed interesse del minore*, Milano, 2014, 73 ss.; M. M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*, in *Giur. it.*, 2013, 1038-1041; A. M. BACHERINI, *I figli nelle famiglie ricomposte*, in *Minori giustizia*, 2010, 129-139.

²⁹ P. LUDOVICA, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 2013, f. 8/9, 1764-1768; P. DOLCIMELE, *Adozione di minori e coppie omosessuali: o tempora o mores. Breve excursus sul tema*, in *Lo Stato civile italiano*, 2013, vol. 109, f. 11, 16-21; A. ZANFEI - G. C. TURRI, *E' tempo per 'aprire' all'adozione da parte di coppie omosessuali?*, in *Minori giustizia*, 2013, f. 3, 267-269; L. FRANCO, *Il «gesto di*



tutela dei loro diritti sussiste un'ampia varietà di soluzioni legislative adottate dagli Stati parte della CEDU³⁰, che oscillano dal diniego di ogni forma di tutela della loro vita familiare³¹ al riconoscimento di forme di partenariato registrato o di tutela "paramatrimoniale", fino all'accesso all'istituto matrimoniale³². Parimenti, con riferimento all'adozione in generale e all'adozione coparentale, nello specifico, da parte di coppie *same-sex*, non è riscontrabile un'uniformità nelle scelte dei legislatori dei singoli Paesi nel senso del riconoscimento a queste ultime della possibilità – non del diritto – di adottare un bambino. Invero, le più recenti normative, più o meno con analoghe cadenze temporali, hanno consentito l'adozione congiunta del minore da parte di persone dello stesso sesso. Il legislatore danese, che in un primo momento si era limitato a omologare convivenza registrata e matrimonio sotto il profilo fiscale e successorio, nel volgere di tre anni,

Ettore: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali fra affidamento e adozione, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2013, vol. 29, f. 10, 506-522; E. CRIVELLI, *Gas e Dubois c. Francia: la Corte di Strasburgo frena sull'adozione da parte di coppie omosessuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, f. 3, 672-676.

³⁰ La Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione di alcune disposizioni CEDU (artt. 12-14) mostra di aver maturato un convincimento e fissa un principio: è legittimo il matrimonio tra persone dello stesso sesso. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è attestata sulle medesime posizioni della stessa Corte EDU. Sul punto, si rinvia a M. G. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte Costituzionale, Corte di Cassazione) sui profili esistenziali della famiglia*, in *www.comparazionediritto.it*, ottobre 2012, 1 ss., 9, la quale fa notare che «Un'analoga tendenza ad includere nel concetto di vita familiare il rapporto di convivenza tra persone omosessuali è rilevabile nella giurisprudenza della Corte EU del Lussemburgo, che con sentenza del 7 gennaio 2004 (C-117/01), decidendo sulla esclusione di un convivente transessuale dal diritto alla pensione di reversibilità spettante al coniuge superstite, ha affermato che l'art. 141 CE (...) osta, in linea di principio, ad una legislazione – come quella del Regno Unito – che, in violazione della CEDU, impedisca ad una coppia, uno dei cui componenti sia transessuale, di soddisfare la condizione del matrimonio necessaria affinché uno dei suoi componenti possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro».

³¹ In Italia, per quanto esistano norme che riconoscono i diritti delle coppie conviventi, il legislatore esita di fronte ad alcuni temi, tanto da rendere essenziale sul punto il ruolo sostitutivo della giurisprudenza, volto a colmare le ormai inaccettabili lacune del convivente in genere e di quello *more uxorio* in particolare. Cfr. in punto, Cass. civ., 15 settembre 2014, n. 19423, in *www.neldiritto.it*; Cass. civ., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, I, 2455. Di recente, l'espressione convivenze *more uxorio*, nata in un primo momento con riferimento alle convivenze tra coppie eterosessuali, è stata estesa dalla giurisprudenza anche alle coppie omosessuali; in tal senso Trib. Milano, 15 dicembre 2009, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2010, 1, 152, ove il giudice afferma che «L'interpretazione della locuzione "more uxorio" deve essere condotta secondo i principi dettati dall'art. 1369 c.c. e alla luce dei principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario che impongono di attribuire alla stessa un significato non discriminatorio, con la conseguenza che tale locuzione deve ritenersi compatibile anche con la convivenza omosessuale»; e, ancora, Corte App. di Milano, 31 agosto 2012, n. 407, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2012, 4, 1044.

³² Nella maggior parte degli Stati europei le coppie omosessuali, in vario modo, vedono comunque riconosciuti i propri diritti. La prima legge in assoluto, a livello comunitario, ad occuparsi del fenomeno è stata quella danese nel 1989, istituendo la c.d. "registered partnership", in base alla quale la registrazione dell'unione produce gli stessi effetti giuridici del matrimonio, salvo quanto previsto in materia di adozione e di potestà dei genitori. Hanno optato per una tendenziale equiparazione tra matrimoni eterosessuali ed omosessuali anche Norvegia (1993), Svezia (1994), Islanda (1996), Olanda (1998) e Germania (2001). Sulla stessa lunghezza d'onda anche il Parlamento europeo che, con le risoluzioni dell'8 febbraio 1994 e del 16 marzo 2000, sottolinea la necessità di rimuovere ogni sorta di discriminazione nei confronti delle coppie gay. Recentemente Olanda, Belgio (2003) e Spagna (2005), Norvegia, Svezia (2009), Portogallo, Islanda (2010), Danimarca (2012), Francia (2013), Gran Bretagna (2014), Finlandia (2014) Lussemburgo (2015) hanno radicalmente stravolto la disciplina in materia di matrimonio civile, ammettendo anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Da ultima, la Slovenia, che, il 4 marzo 2015 vede passare al Parlamento di Lubiana un emendamento funzionale alla equiparazione dei matrimoni omosessuali a quelli eterosessuali ed autorizza l'adozione di bambini.



autorizza e il matrimonio e l'adozione ("step parent adoption")³³; così in Belgio³⁴ la cautela pregressa scompare nel 2003, con la possibilità di contrarre matrimonio e nel 2006, con l'apertura all'adozione congiunta del minore; nel 2005 la Spagna, con la Ley 30 giugno 2005/13³⁵, stravolge la precedente esperienza consentendo matrimonio ed adozione, tutt'insieme; l'Inghilterra addirittura apre le porte all'adozione prima ancora di regolamentare in via generale il fenomeno delle convivenze omosessuali³⁶. Dipoi, si allinea la Francia, con la c.d. loi Taubira del 23 aprile 2013-404³⁷ (c.d. "Mariage pour tous") che riscrive l'art. 143 cod. civ. stabilendo che il matrimonio si contrae tra due persone di sesso opposto o dello stesso sesso.

La vicenda francese è particolarmente significativa per seguire l'evoluzione che simili tematiche subiscono nel percorso normativo.

Nell'ordinamento francese, che pur prevede gli strumenti del *pacte civil de solidarité*³⁸ e del *concubinage*, consentiti anche a persone del medesimo sesso, la disciplina in materia di

³³ La Danimarca, che riconosceva dal 1989 le convivenze di fatto registrate delle coppie omosessuali, nel giugno 2013 ha esteso il matrimonio civile anche alle coppie omosessuali. Tale apertura è rinvenibile sin dal 2009 anche in Norvegia e Svezia (quest'ultima ha sancito che le coppie omosessuali possono coniugarsi anche con rito religioso previsto dalla Chiesa Luterana). La Finlandia, infine, nel 2012 ha promulgato una legge che consente alle coppie omosessuali di sposarsi e di adottare a far data dal settembre 2013.

³⁴ La legge del 24 aprile 2003 ha modificato l'art. 343 del Codice civile, eliminando dalla norma che disciplina il matrimonio il riferimento alla differenza di genere tra i nubendi, quale requisito di accesso all'istituto. Cfr. L., 13 février 2003 – *Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*, in *Moniteur Belge*, 28-2-2003, ed. 3. Inoltre, l'adozione per le coppie omosessuali è stata introdotta dalla legge 18 maggio 2006, che ha modificato le disposizioni del codice civile belga in tale materia, permettendo anche alle persone dello stesso sesso di adottare.

³⁵ In Spagna il matrimonio omosessuale è stato introdotto con la legge 1 luglio 2005 n. 13, che modificando il codice civile ha esteso il matrimonio alle coppie omosessuali. Infatti, la novella legislativa ha aggiunto un secondo paragrafo all'art. 44 del codice civile, in base al quale «il matrimonio avrà gli stessi requisiti e effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso o di diverso sesso». Inoltre le coppie *same-sex* sposate possono anche accedere all'istituto dell'adozione.

³⁶ Nel Regno Unito a fine gennaio 2013 è stato approvato alla Camera dei Comuni il "Marriage (Same Sex Couples) Bill", un provvedimento che prevede la legalizzazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso a far data dal 2014, con libertà, peraltro, alle singole confessioni religiose, di autorizzare o meno la celebrazione nei luoghi di culto (la Chiesa Cattolica e la Chiesa anglicana hanno già espresso ferma contrarietà). Si tratta di una legge dal valore politico-simbolico in quanto nel Regno Unito sin dal 2005 sono ammesse le unioni tra coppie dello stesso sesso e la possibilità di adottare a coppie dello stesso sesso, così come del resto è anche legale la pratica del c.d. «utero in affitto», purché non sia remunerata. Essa è stata promulgata il 19 luglio 2013 dopo aver ricevuto il "Royal Assent" della Regina.

³⁷ "Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe". Il 23 aprile 2013 l'Assemblea nazionale francese ha espresso il sì definitivo alla legge "Taubira", detta così dal nome del Ministro della giustizia francese Christiane Taubira che l'ha proposta nell'autunno del 2012. Tale legge autorizza inoltre l'adozione per le coppie omosessuali. Ne è seguito immediato ricorso al *Conseil constitutionnel*, che il 17 maggio 2013 ha dichiarato la conformità alla Costituzione della legge (*Décision* n. 2013-669 DC du 17 mai 2013). Tra i vari motivi di ricorso, i parlamentari dell'opposizione sostenevano che la nozione eterosessuale di matrimonio rappresenterebbe un principio fondamentale, di rango costituzionale, riconosciuto dalle leggi della Repubblica francese. I giudici costituzionali, nelle articolate motivazioni della sentenza, evidenziano, in senso diverso, come l'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali esprima una scelta di politica legislativa, che non può essere giudicata dal *Conseil*, non esistendo una nozione di matrimonio imposta dalla Costituzione.

³⁸ N. RODEAN, *Pacs e matrimonio: istituti analoghi nella riscossione dei benefici matrimoniali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, f. 2, p. 735-740; AUTORINO STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, 203-287; C. S. PASTORE, *Le unioni registrate e i Pacs in Europa*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 202-



adozione assume la scelta di aprire alla “coppia”, ma non alla famiglia, allorché si riserva l'adozione congiunta esclusivamente ai coniugi non separati sposati da almeno due anni o che abbiano compiuto il ventottesimo anno d'età (artt. 343 e 346 l. 5 luglio 1996), escludendo in tal modo sia i conviventi di fatto sia i “pacsés”. Quest'ultima previsione suscita in Francia critiche severe, soprattutto quando si rileva la contraddizione con la disciplina della “adoption simple”³⁹, permessa al singolo non coniugato e con la normativa che accorda la procreazione assistita anche a coloro i quali non siano coniugati né abbiano stipulato un patto di solidarietà, ma la vieta alle coppie omosessuali.

La Francia, in effetti, dopo una lunga vicenda a fasi alterne, si è trovata soccombente nei giudizi dinnanzi alla Corte EDU, per la discriminazione derivante dall'opzione di concedere l'“adoption simple” al “single”, da un lato, e di rifiutare alla persona omosessuale l'accesso alla procedura di adozione, dall'altro (CEDU, 22 gennaio 2008, E.B. v France)⁴⁰. Epperò, la giurisprudenza non ha mutato affatto orientamento nella sostanza, come dimostrano l'interpretazione restrittiva costante da parte della Cour de Cassation dell'art. 365 code civ. in tema di “adoption simple” e del lemma ivi adoperato “les conjoints” (Cass., 20 febbraio 2007, n. 06-15.647; Cass., 20 febbraio 2007, n. 04-15.676) e la vocazione “garantista” dell'interesse del minore, superiore e primario tanto da legittimare la disparità di trattamento quanto alla creazione di un vincolo di filiazione adottiva (Cass., 24 febbraio 2006, n. 04-17.90; Cons. const., 28 gennaio 2011).

E tuttavia, l'attacco alla cittadella è condotto su altri fronti: in primo luogo su quello della riconoscibilità dei provvedimenti di adozione pronunciati validamente all'estero e in particolare in un paese membro dell'Unione, quando o entrambi gli adottanti o uno soltanto di essi non possiedono la cittadinanza francese. Significativa in tal senso è la decisione del luglio 2010, nella quale la Suprema corte cassa senza rinvio, per “fausse

255; M. GUILLAUME, *La Constitution de 1958 et l'Europe: de l'union libre au Pacs*, in *Pouvoirs*, 2008, 71-86; A. SOLIMENE, *In tema di pacs*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, 877-879; A. AMBANELLI, *La disciplina del pacte civil de solidarité e del concubinage*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2001, 75-82.

³⁹ In Italia, sul tema, tra i tanti, v. G. ZINCONE, *Adozione ai single, nogo da sciogliere*, in *Dir. e giust.*, 2006, 16, 12; A. BUSACCA, *L'adozione internazionale dei singles. Alcune riflessioni intorno all'ordinanza della Corte costituzionale n. 85 del 2003*, in *Dir. fam. e pers.*, 2004, p. 603; M. GUGLIEMI, *Sull'adozione da parte del singolo*, in *Giur. merito*, 1997, 1, p. 190; L. GRASSO, *Il caso Di Lazzaro: l'adozione da parte del single. Riflessioni dello psicologo e del giudice sui rischi di innovazioni a misura di adulto*, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, p. 207; M. ASTONE, *L'adozione del minore da parte del singolo*, in *Dir. fam. e pers.*, 1995, p. 516.

⁴⁰ Corte EDU, E.B. c. Francia, ricorso n. 43546, 22 gennaio 2008. Sul caso, si vedano i commenti di: M. G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e “terzo genitore”: le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e dir.*, Vol. 2., 2012, p. 201-211; E. FALLETTI, *La Corte Europea dei Diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Fam. Dir.*, 2008, 224 ss.; A. VIVIANI, *Ancora sul principio di non discriminazione nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 653 ss. Sull'argomento, cfr. L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra “pregiudizio” e interesse del minore*, in *Corr. Giur.*, 2013, 7, 895; D. AMRAM, *Diritti del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale: spunti di comparazione*, in *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, a cura di D. Abram e A. D'Angelo, Padova, 2011. Successivamente un'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia del 13 febbraio 2012 ha accolto il ricorso di un cittadino uruguayano contro il provvedimento dell'amministrazione italiana con cui gli si nega il riconoscimento del diritto di soggiorno ai sensi del d.lgs. n. 30/2007 per aver contratto matrimonio in Spagna con un cittadino italiano: la corte, ai soli fini del diritto di libera circolazione di cui alla Direttiva 2004/38/CE, gli attribuisce lo status di coniuge (si discorre, perciò, di “una rivoluzione emiliana” in E. CALÒ - M. VELLETTI, *Il ruolo del notaio nel divorzio europeo*, Milano, 2012, p. 124 ss.



application” della norma di cui all’art. 365 code civ., una sentenza della Cour d’appel di Parigi che rifiuta l’*exequatur* a un provvedimento di adozione emesso all’estero. Sebbene la Haute Juridiction sia stata assai misurata nelle motivazioni, le corti di merito ne hanno seguito l’impostazione, come negli arrêts della Corte di Appello di Parigi del 27 gennaio e del 24 febbraio 2011-404. Nella prima decisione, la corte concede l’*exequatur* nei confronti del provvedimento che suddivide l’autorité parentale tra le due conviventi, sul presupposto che esso non urta “alcun principio essenziale del diritto francese”, né viola “l’ordine pubblico internazionale”. La motivazione viene ripetuta nella seconda decisione che riconosce il provvedimento straniero di adozione e stabilisce il “partage” della “autorité parentale” tra due uomini, di nazionalità britannica, conviventi da sedici anni.

Dopo la loi Taubira in Francia si accende il dibattito se la possibilità di contrarre matrimonio comporta per i coniugi dello stesso sesso anche l’adito all’adozione legittimante, che tuttavia è negata alle coppie conviventi di fatto, ai “pacsés” e, come ulteriore complicazione, pone la questione della possibilità di accesso alla procreazione assistita eterologa alle coppie dello stesso sesso. Con in aggiunta una evidente discriminazione, per il fatto che due donne coniugate potrebbero servirsi della eterologa mentre due uomini urterebbero contro il divieto di affitto d’utero, considerato in Francia come in Italia contrario al valore fondamentale della dignità – a parte la questione tecnica del principio secondo cui madre è colei che partorisce il figlio. In entrambi i casi per il matrimonio omosessuale si pone il problema della possibilità di adottare il figlio del coniuge, mentre l’adozione rimane esclusa per il figlio del convivente o del “pacsé”.

Sul punto di recente si è avuta una pronunzia della Cassazione francese (Cass., 23 settembre 2014) anche questa accolta dal coro delle critiche o degli altrettanto vivaci elogi: la corte ha dato parere favorevole all’adozione da parte della compagna della madre di un bambino nato da inseminazione artificiale praticata all’estero e riconosciuta in Francia, prima della contrazione del matrimonio. La questione posta alla corte consiste nell’interrogativo se vi sia oppur no nella vicenda un illecito raggirò al divieto di ricorrere alla procreazione assistita per le coppie omosessuali. La corte tuttavia ha ritenuto che, visto il susseguente matrimonio intervenuto tra le conviventi, non vi fossero ostacoli all’adozione del coniuge del genitore, poiché la loi Taubira ha parificato le posizioni dei coniugati dello stesso sesso o di sesso diverso “a tutti gli effetti” e “senza alcuna restrizione relativa alla modalità del concepimento del bambino”⁴¹.

Tra i Paesi che resistono all’apertura di tali istituti alle coppie omosessuali, in particolare in Europa, Italia e Austria, quest’ultima è presa di mira dalla Corte di Strasburgo. La recente pronunzia resa il 13 febbraio 2013 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’Uomo nel caso *X. and Others v. Austria*⁴² conferma le progressive

⁴¹ Per la lettura delle motivazioni espresse dalla Cassazione francese nelle motivazioni, v. <http://www.courdecassation.fr/>.

⁴² Corte EDU, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *Case of X and Others vs. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, § 145: «Nelle coppie omosessuali, il partner ha il diritto di adottare i figli del proprio compagno, pena la violazione degli artt. 14 e 8 della Convenzione europea dei diritti umani, che sanciscono la non discriminazione e il diritto alla rispetto della vita familiare». La pronunzia si fonda sulla considerazione che «il governo austriaco non è riuscito a dimostrare che la differenza di trattamento tra coppie gay ed eterosessuali è necessaria per proteggere la famiglia e gli interessi dei minori». Per quanto concerne l’incidenza della giurisprudenza CEDU sul nostro ordinamento, P. PROVENZANO, *La retroattività in mitus delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. di dir. pubb. com.*, 2012, 859 ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2007.



aperture della Corte di Strasburgo *in primis* in ordine alla qualificazione (per prima avvenuta nella nota sentenza *Schalk and Kolf*⁴³) della relazione stabile e duratura tra persone omosessuali (e tra esse e un bambino) quale “vita familiare” *ex art. 8 CEDU* e non già quale mera “vita privata”. Inoltre essa segna il definitivo superamento della concezione, talora più o meno palesemente presente in alcune precedenti pronunzie, del possibile danno per il bambino derivante dall’aver due madri o due padri; da esso scaturisce una differente valutazione del “best interest of the children”⁴⁴, quale elemento utilizzato a favore dell’accertamento della violazione degli artt. 8 e 14 CEDU da parte del governo austriaco, la cui disciplina normativa, pur regolando la convivenza omosessuale, esclude le persone omosessuali dall’adozione “coparentale”, in maniera discriminatoria rispetto alle persone non coniugate eterosessuali.

In Italia, in assenza di un adeguato dato normativo si contrappone una tendenza “riformista”, culminata nella recente pronunzia del 29 agosto 2014 n. 299 del Tribunale per i Minorenni di Roma⁴⁵, il quale ha riconosciuto l’adozione di una bambina di cinque anni da parte della compagna della madre naturale⁴⁶: questa in Spagna aveva preso parte a un

⁴³ Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, in *Affam (Actualité juridique famille)*, 2010, 333. Di recente la Corte EDU, sez. Grande Chambre, 7 novembre 2013, n. 29381, in *Guida dir.*, 2013, 47, 103, ha puntualizzato che «Gli Stati non hanno un obbligo di adottare misure positive volte a riconoscere unioni civili per coppie dello stesso sesso ma, nel momento in cui emanano una legge sulle unioni civili per coppie eterosessuali, non possono prevedere un’esclusione per coppie dello stesso sesso. Costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita familiare e del divieto di ogni discriminazione l’assoluta impossibilità per coppie dello stesso sesso di accedere alle unioni civili anche considerando che si trovano in una situazione analoga alle coppie eterosessuali». Sui profili principali e le implicazioni della pronunzia, si vedano R. CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Corr. giur.*, 2011, 573 ss.; E. CRIVELLI, D. KRETZMER, *Il caso Schalk e Kopf c. Austria in tema di unioni omosessuali*, in M. CARTABIA, *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 67 ss.; L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, n. 1, 152-169; L. MAGI, *La Corte Europea dei diritti dell’uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, n. 2, 396-421; C. RAGNI, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Schalk and Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 643 ss.

⁴⁴ Una “lettura comparata” del tema, sullo sfondo delle convenzioni internazionali, è offerta da M. E. QUADRATO, *Il minore tra interessi e diritti*, Bari 1995, Cap. I e II. Per una valutazione critica, cfr. M. FREEMAN, *The Best Interests of the Child? Is The Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 11, 1997, 360 ss.

⁴⁵ Cfr. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Redazione Giuffrè* 2014. Prima di tale sentenza, si discorreva più semplicemente di “possibile affidamento temporaneo” in vista di un reinserimento nella famiglia d’origine; in tal senso cfr. L. BALESTRA, *Affidamento dei minori e convivenza omosessuale*, in *www.giustiziacivile.com*, 16 marzo 2014, 1 ss., il quale osserva che «Il mosaico che viene dunque componendosi è forgiato da tasselli che depongono per una ricomprensione della convivenza *more uxorio*, sia etero che omosessuale, nell’ambito di quelle formazioni a chiara matrice affettiva al cui interno la personalità del minore può sicuramente trovare temporaneamente protezione e sviluppo in vista – è bene ribadirlo – di un reinserimento della famiglia di origine».

⁴⁶ Il Tribunale per i minorenni di Roma evidenzia che «(...) una volta valutato in concreto il superiore interesse del minore ad essere adottato e l’adeguatezza degli adottanti a prendersene cura, una interpretazione dell’art. 44, co. 1, lett. d) L. 184/83 che escludesse l’adozione per le coppie omosessuali solo in ragione della predetta omosessualità, al tempo stesso riconoscendo la possibilità di ricorrere a tale istituto alle coppie di fatto eterosessuali, sarebbe un’interpretazione non conforme al dettato costituzionale in quanto lesiva del principio di uguaglianza (art. 3 cost.) e della tutela dei diritti fondamentali (art. 2 cost.), fra cui la Corte costituzionale annovera quello delle unioni omosessuali a vivere liberamente la propria condizione di coppia.



programma di fecondazione eterologa per realizzare un progetto di genitorialità condivisa. È il primo caso in Italia di adozione di un figlio da parte di una coppia omosessuale, ottenuta attraverso la *c.d. "stepchild adoption"*⁴⁷: una pratica per la quale il partner del genitore naturale o adottivo diventa legalmente responsabile del bambino nel caso l'altro genitore rinunci alle sue prerogative. La decisione del Tribunale per i Minorenni di Roma ha una stretta assonanza con quanto stabilito, con sentenza definitiva "storica", dalla Cassazione, che l'11 gennaio 2013 (sent. n. 601)⁴⁸ ha dato il via libera alla possibilità che i figli siano cresciuti da coppie omosessuali, quando non sia a rischio l'armonioso sviluppo del minore. La corte, in effetti, capovolge la presunzione del pregiudizio derivante al minore dall'identità di sesso delle figure genitoriali, ritenendo che esso debba essere di volta in volta verificato secondo

[...] una lettura dell'art. 44, co. 1, lett. d) che escludesse dalla possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione in casi particolari coppie di fatto omosessuali a motivo di tale orientamento sessuale si porrebbe in contrasto con gli artt. 14 e 8 della CEDU. Ed infatti, come chiarito dai giudici costituzionali (in particolare con le sentenze 348 e 349/2007 e 317/2009), l'art. 117, primo comma, della Costituzione opera come "rinvio mobile" alle disposizioni della CEDU – nell'interpretazione che ne dà la Corte europea dei Diritti dell'Uomo – che acquistano così titolo di fonti interposte e vanno ad integrare il parametro costituzionale di riferimento. Nel rispetto dei principi costituzionali, spetta quindi al giudice ordinario il compito di operare una "interpretazione convenzionalmente orientata" dalle norme nazionali».

⁴⁷ A titolo esemplificativo, *Cox v. Florida Dep't of Health & Rehabilitative Serv.*, 656 So. 2D 902, 903 (Fla, 1995); *M.M.D. v. B.H.M.*, 662, A.2d 838, 857-861 (D.C. 1995).

⁴⁸ Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, con nota di M. M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*; in *Foro it.*, 2013, I, 1193, con nota e richiami di G. CASABURI. Tale sentenza ha riconosciuto che la convinzione per cui sarebbe dannoso per un bambino vivere in una «famiglia incentrata su una coppia dello stesso sesso» è il prodotto di un puro pregiudizio, sprovvisto di prove scientifiche o statistiche». In senso analogo, v. Cass. civ., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. e dir.*, 2012, 7, 665 con nota di M. GATTUSO; in *Giur. it.*, 2012, 1767; in *Notariato*, 2012504, con nota di E. CALÒ e in *Giust. civ.*, 2013, I, 2183, con nota di C. SGOBBO, secondo cui seppure le coppie omosessuali in base all'attuale legislazione, non possono far valere il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio celebrato all'estero, tuttavia hanno diritto alla vita familiare e a vivere una condizione di coppia, con la possibilità, in specifiche situazioni, di beneficiare di un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alle coppie coniugate. Su questa sentenza, cfr. R. TORINO (cur.), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, 2013. Si veda altresì Corte cost., 15 marzo 2010, n. 138, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1294., secondo cui: «E' inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 108, 108, 143, 143-bis e 156-bis cod. civ., impugnati, in relazione agli artt. 2 e 117, primo comma, cost., nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. I rimettenti hanno, infatti, richiesto una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata, poiché l'art. 2 cost. non impone di pervenire ad una declaratoria d'illegittimità della normativa censurata, estendendo alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio civile per colmare il vuoto conseguente al fatto che il legislatore non si è posto il problema del matrimonio omosessuale. Sebbene nella nozione di formazione sociale di cui al menzionato parametro sia da annoverare anche l'unione omosessuale, spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali, restando riservata alla corte, attraverso il controllo di ragionevolezza, la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni, per le quali può riscontrarsi la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale. Quanto alla dedotta violazione dell'art. 117, primo comma, cost., vengono in rilievo, quali norme interposte, per il principio di specialità, gli artt. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i quali non impongono la piena equiparazione delle unioni omosessuali e delle unioni matrimoniali tra uomo e donna, poiché il rinvio alle leggi nazionali conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento».



le circostanze del caso concreto, meglio secondo le specifiche modalità nelle quali si svolge il rapporto familiare che coinvolge il minore⁴⁹.

L'attenzione si sposta, allora, - in considerazione anche del noto processo di atomizzazione delle relazioni familiari in cui hanno assunto precipua importanza le posizioni individuali -, dal piano dello statuto, predeterminato nei suoi contenuti, a quello del rapporto. L'astrattezza del modello è stata repentinamente travolta dal concreto e multiforme atteggiarsi dei rapporti affettivi, destinati all'irrilevanza giuridica laddove si opti per lo sbarramento delle categorie tradizionali⁵⁰. Ma nel mondo del diritto non esiste l'irrilevanza, se è vero come è vero che ogni singola situazione umana nella realtà senza aggettivi trova necessariamente riscontro, quando emergono esigenze di tutela, nella corrispondente realtà qualificata dal diritto. Ed allora occorre ricercare per un doveroso accomodamento tra "diritto" e "costume", strumenti alternativi, soluzioni altre, la cui validità magari sia stata accertata con riferimento ad ordinamenti differenti dal nostro.

Soccorre ancora una volta l'ordinamento francese, ma con riferimento ora alla situazione precedente alla "loi Taubira", in assenza di coniugio. Nel sistema d'oltralpe, il concetto di potestà è stato rinnovato dalla legge n. 305 del 2002⁵¹, prevedendosene un

⁴⁹ In tale circostanza, la corte ha respinto il ricorso di un immigrato mussulmano: quest'ultimo aveva contestato la decisione con cui la Corte d'Appello di Brescia, nel 2011, aveva affidato in via esclusiva il figlio minore, che lui aveva avuto dalla sua ex compagna, alla donna, la quale nel frattempo aveva iniziato una relazione omosessuale con stabile convivenza. Secondo l'uomo era dannoso che il minore fosse educato in un contesto omosessuale. Ma la Cassazione gli ha dato torto stabilendo che contestare tale decisione senza «certezze scientifiche o dati di esperienza», ma solo avanzando «il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale» dà «per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare». Cfr. C. MAZZÙ, *L'identità come stella polare nella traversata del deserto dal non essere all'essere*, in *L'arco di Giano*, 2007, 33 ss., e spec. 34, ove si sottolinea che «[...] l'identità è divenuta oggetto della tutela, cioè un valore protetto di cui il soggetto giuridico è portatore». L'A. parla (35) di «passaggio dal piano dell'Essere a quello dell'«essere nella situazione», dell'«esserci», nella dimensione esistenziale ed irripetibile della persona che si pone in relazione con gli altri [...]» ed evidenzia (36) che «Il sistema dei rapporti contemporanei si dibatte in una contraddizione stridente: da una parte, il dinamismo delle relazioni economiche, figlie dell'apertura dei mercati e delle forme conseguenti di globalizzazione; dall'altra, la ricerca di lidi sicuri per l'approdo dell'esistenza, utilizzando lo steccato invisibile ma insuperabile delle «appartenenze», per resistere alle invasioni dei «diversi»».

⁵⁰ Se l'attenzione viene rivolta al "diritto vivente", col quale ogni riflessione volta all'esatta identificazione della rilevanza giuridica dei fenomeni deve in epoca odierna necessariamente confrontarsi, si evidenzia una progressiva insofferenza nei confronti della formula tradizionale-costituzionale, al punto tale che in una recente pronuncia la Cassazione penale si è retoricamente domandata: «Chi mai porrebbe in dubbio che la famiglia sia soltanto quella che si fonda sul matrimonio e non quella che si fonda su una convivenza eventualmente durata decenni, che ha spesso condotto alla procreazione di figli, caratterizzata dall'assistenza reciproca, dalla convivenza fondata su comuni ideali e stili di vita? Chi riuscirebbe a distinguere la situazione personale di uno dei protagonisti di questa vicenda umana, che spesso ha termine solo con la morte di uno dei partecipi, da quella di chi ha contratto formalmente il matrimonio?». Così testualmente Cass. pen., sez. IV, 7 agosto 2009, n. 31290, ove ulteriormente si aggiunge: «Il diritto non può non tener conto dell'evoluzione della società e della necessità di adattare le sue regole ai mutamenti della realtà sociale: oggi famiglia e matrimonio hanno un significato diverso e più ampio rispetto a quello che veniva loro attribuito all'epoca dell'entrata in vigore del codice penale ancora vigente e la stabilità del rapporto, con il venir meno dell'indissolubilità del matrimonio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio».

⁵¹ A tal proposito, meritano menzione due recenti pronunzie: L'Arrêt del 20 febbraio 2007, n. 06-14.643 della Cour de Cassation francese (*Cour de Cassation*, 20 février 2007, n. 06-14.643, in *Actualité Jur. Fam.*, 2007, 189).



esercizio che prescinda dalla titolarità e dallo *status* genitoriale, nonché dalla domiciliazione della prole minore. Nell'accogliere in pieno il concetto di bigenitorialità, come esercizio di un corredo di diritti e di doveri spettanti alla madre e al padre, comprensivo della protezione, della promozione e dell'educazione dei figli e di tutti i profili patrimoniali a questi connessi (di cui agli artt. 371-1 e 371-2, 372 ss. code civ.), e che altresì prescinda dallo stato di separazione (art. 373-2), la disciplina francese prevede espressamente il diritto della prole a mantenere relazioni personali con i propri ascendenti nonché con i terzi significativi, anche non parenti (art. 371-4); gli stessi terzi possono anche essere affidatari della prole, acquisendo conseguentemente l'autorità a compiere tutti gli atti "ordinari" relativi alla sorveglianza e all'educazione, senza necessità dell'apertura della procedura di tutela e, ancor più rilevante, senza incidere sulla responsabilità parentale dei genitori (art. 373-4).

Di là da tali annotazioni, rilevanti per lo più in termini di "eccezionalità" delle situazioni, si devono segnalare almeno due fattispecie peculiari del sistema francese, riformato con legge 9 luglio 2010, n. 769 e, in precedenza, con legge 4 marzo 2002, n. 305, le quali prevedono una struttura giuridica di condivisione della responsabilità genitoriale. Con la norma di cui all'art. 377 del codice, l'ordinamento francese prevede l'istituto della "délégation de l'autorité parentale"⁵², totale o parziale, delle funzioni parentali, che possono essere volontariamente demandate a un terzo, membro della famiglia o comunque degno di

In dottrina si veda M. THIZON, *Pour améliorer encore la coparentalité*, in *Actualité Jur. Fam.*, 2003, 302) e la sentenza italiana Cass. n. 16593/2008 (Cass. civ., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Fam. e dir.*, 2008, 1106-1108 con nota di AMRAM). Entrambe hanno attribuito al principio di bigenitorialità un ruolo prioritario per la disposizione dell'affidamento della prole in caso di disgregazione del nucleo familiare, specificando che soltanto la presenza di comprovate cause ostative, rispettivamente alla coparentalità e all'affidamento condiviso, potranno indurre il giudice ad optare per l'affidamento unilaterale/esclusivo della prole.

⁵² Diversi ordinamenti stranieri consentono al partner del genitore naturale di assumere diritti e doveri nei confronti dei minori con i quali convive abitualmente. L'istituto della responsabilità o autorità parentale tende ad attribuire un ruolo significativo alla persona diversa dal genitore naturale che, quotidianamente, insieme a lui, si prende cura del minore, non senza salvaguardare i diritti dell'altro genitore naturale, laddove esistente. Esperienze di questo tipo sono presenti, pur nelle differenze di approccio del legislatore un Francia, Germania, Svizzera, Gran Bretagna, Olanda, Canada: sul punto, M. G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, cit., *passim*, ID., *Rapporti di filiazione e "terzo genitore": le esperienze francese e italiana*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 204 ss., la quale richiama la giurisprudenza francese in materia, sottolineando la novità del caso affrontato in Cour d'Appel di Parigi del 16 giugno 2011, dove inusitadamente la corte discorre della necessità di un coinvolgimento del terzo convivente con la madre, attraverso un "progetto parentale comune" che assicuri (giuridicamente) al minore la necessaria stabilità affettiva, presente di fatto nella situazione concreta; D'ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 31 s.; SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 2003, p. 158, che si sofferma sulle possibilità aperte in ambito di adozione dalla previsione dell'art. 44, comma 1, lett. b), l. n. 184/1982; A. CORDIANO, *Funzioni e ruoli genitoriali nelle famiglie allargate e ricomposte: una comparazione fra modelli normativi e alcune riflessioni evolutive*, in *www.comparazionediritto.it*,. Analogamente, G. BILO', *I problemi della famiglia ricostruita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, in *Famiglia*, 2004, p. 831, la quale spiega che il termine si inserisce nel concetto di famiglia ricostituita che: "è il nucleo familiare composto da coniugi o conviventi e figli di uno solo dei due partners che condividono la stessa abitazione. Poiché mancano nella lingua italiana termini idonei a individuare i protagonisti di tali modelli familiari (...) frequente è anche da noi il ricorso alla terminologia inglese che qualifica il fenomeno con il termine di stepfamily, definisce stepparent il compagno del genitore affidatario e stepchild il bambino in questione"



fiducia, alla presenza di determinate circostanze, che esigano un siffatto intervento e previo superamento del vaglio di meritevolezza operato dal giudice della famiglia. In quest'ipotesi, al terzo delegatario sono imputati poteri ordinari di esercizio della potestà, mentre per gli atti di particolare importanza resta ferma la necessità di ottenere il consenso dei genitori deleganti, così come indicato dalla norma di cui all'art. 372-2. Ispirato al *Rapport Dekeunver-Défossez*, il legislatore, con un istituto del tutto sconosciuto al diritto italiano - ché in alcun modo è paragonabile all'affido familiare sia fuori che in vista dell'adozione - configura "un mode d'organisation souple et efficace de prise en charge de l'enfant par un tiers".

A partire dalla legge 4 marzo 2002 n. 305, accanto alla "délégation" tradizionale, fattispecie in parte a vocazione "sostitutiva"⁵³ giacché destinata ad operare in caso di carenze dei genitori nello svolgimento delle funzioni derivanti dalla potestà nei confronti dei figli, si affianca la così detta delega con condivisione o "délégation partage", prescritta all'art. 377-1 e introdotta nel 2002 come "procedura semplificata" della delega classica, destinata a regolare le relazioni tra il minore e il "terzo genitore".

Il giudice della famiglia, in virtù di comprovati bisogni educativi del fanciullo, può accordare che i genitori o uno solo di questi condividano con un terzo l'esercizio dell'autorità parentale, mediante apposito e necessario accordo. Dev'essere, *ovviamente*, accertato che la figura del "beau-parent" o "terzo significativo" svolga un ruolo effettivo e positivo nei confronti del fanciullo e dunque appaia necessario ed opportuno fornire una cornice giuridica ai poteri di esercizio della potestà e rappresentanza del minore che già *de facto* svolge, talché ne siano chiari i contorni e le derivanti responsabilità.

La "délégation-partage", non implica (da ciò la distinzione dalla fattispecie tipica) limitazioni delle facoltà né dei doveri del genitore delegante, bensì una distribuzione delle prerogative della potestà tra questi e il delegatario, legittimato in tal modo ad esercitare la potestà sul "figlio sociale", con effetti all'interno della famiglia e nei confronti dei terzi esterni ad essa. Siffatto mandato volontario dell'autorità parentale, in altri termini, non priva i deleganti delle prerogative parentali sul minore, sostituendo od escludendo uno o entrambi i genitori dalla titolarità o dall'esercizio, né vuol attribuire *sic et simpliciter* una o più funzioni genitoriali al delegatario, bensì mira ad una condivisione e ripartizione, con un esercizio paritetico e disgiunto, delle competenze di cura e assistenza e, presuntivamente, attraverso una riorganizzazione dei vincoli familiari che passi attraverso una formalizzazione da parte del giudice di un modello inclusivo di figure ("beau parent", conviventi *more uxorio* eterosessuali e omosessuali, partner di un Pacs) che diversamente rivestono ruoli parentali.

Invero, si è ben consapevoli in Francia di come non vi sia alcun modo di limitare l'applicazione della normativa alle unioni eterosessuali, fondate oppur no sul matrimonio, data l'incontrovertita frattura operatasi tra matrimonio e "coparentalité", nonché tra questa e la discendenza di sangue. In un "arrêt" del 24 febbraio 2006 (Cass. civ., 24 febbraio 2006, 04-17090)⁵⁴, la Suprema Corte offre un catalogo di modalità e precauzioni sulla possibilità

⁵³ A. D'ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 31.

⁵⁴ Cour de Cassation, 24 février 2006, pourvoi n. 04-17090, Bull. 2006, I, n. 101: "Nos arrêts en portent témoignage, confrontés, bien avant que ne s'en saisisse la loi, aux demandes de reconnaissance d'une union entre personnes de même sexe ou d'organisation d'une homoparentalité de fait. L'intérêt supérieur de l'enfant guide nombre de solutions". Cfr. altresì Cour de Cassation, 24 octobre 2000, pourvoi n. 98-14.386, Bull. 2000, I, n. 262; 18 mai 2005, pourvoi n. 02-16.336, Bull. 2005, I, n. 211 e pourvoi n. 02-20.613, Bull. 2005, I, n. 212; 24 octobre 2012, pourvoi n. 11-18.849, Bull. 2012, I, n. 212.



che essa operi in una coppia omosessuale, “pacsé” o non “pacsé”. Nel contesto dell’“homoparentalité” la corte esige che circostanze particolari rendano necessario il “partage” e lega la decisione non già alle sole circostanze concrete, piuttosto (ed anche) ai comuni criteri di valutazione dell’interesse del minore. Nella specie, rileva che i bambini appaiano “épanouis et équilibrés” e che la relazione della madre con la delegataria, stabile e armoniosa, contribuisca al loro equilibrio. Sottolinea, d’altro canto che, non essendo accertata la filiazione paterna, e dunque data l’assenza di un altro genitore, che possa assicurare al minore un valido rapporto affettivo, appare necessaria la presa in carico del minore da parte della delegataria (così anche App. Paris, 5 maggio 2006).

Difficile riportare la questione alla situazione italiana in cui non sembra ancora emersa con piena e diffusa coscienza la tematica del “terzo genitore”, se non per sporadici accenni. Sono stati presentati due disegni di legge (il d.d.l. “Delega all’esercizio della responsabilità genitoriale”, a firma del senatore Manconi e il d.d.l. “Assunzione della responsabilità genitoriale”, a firma del senatore Lo Giudice)⁵⁵, con l’obiettivo di regolamentare, apportando modifiche al codice civile in materia di assunzione della responsabilità genitoriale (inserimento nel Libro I del Titolo VII-*bis*, artt. 290 *bis* -290 *quater*), in conformità con quanto previsto in altri Stati, il legame genitori-figli nelle nuove famiglie (da quelle allargate a quelle ricomposte a quelle omogenitoriali), prive di una benché minima disciplina normativa. I progetti giacciono in Senato.

D’altro canto, di fronte alla latitanza del legislatore, è inevitabile la supplenza della magistratura chiamata a rispondere a precise esigenze di tutela⁵⁶: ne è prova la pronunzia del Trib. min. Bologna, decr. 21 marzo 2013⁵⁷, che, appellandosi all’interesse del minore, riconosce ad ogni effetto l’adozione legittimante di un minore da parte di una cittadina italiana single avvenuta negli Stati Uniti d’America. E, parimenti, (ne è prova) la recentissima ordinanza del Trib. min. Bologna 10 novembre 2014 n. 4701, che – in

⁵⁵ Vi si legge nelle motivazioni che “I principali problemi di queste famiglie sono riconducibili al mancato riconoscimento giuridico del genitore non biologico. In caso di eventuali ricoveri in ospedale dei figli il genitore non legale non può decidere da solo, neppure in caso di necessità, in merito alla loro salute. In caso di morte del genitore legale i figli nati all’interno di un progetto omogenitoriale o che vivono all’interno di una famiglia ricomposta rischiano di essere privati della continuità affettiva con l’altro genitore che di fronte alla legge è un perfetto estraneo, così come è considerato un estraneo relativamente alla successione ereditaria. In caso di separazione il minore non ha alcun diritto ad avere contatti con il genitore non legale che, dal canto suo, non ha alcun dovere circa il mantenimento dei figli. Il fatto che la società non riconosca il ruolo di uno dei suoi genitori (che, per addurre solo qualche esempio, non può andarlo a prendere a scuola senza delega scritta né può votare in consiglio di classe) ha effetti psicologici negativi sul bambino e rischia di esporlo a situazioni di disagio e a potenziali discriminazioni. A tal fine è necessario un intervento normativo che consenta al genitore non legale di assumere rispetto al bambino i medesimi diritti e doveri del genitore biologico”.

⁵⁶ Trib. Napoli, 28 giugno 2006; Trib. Bologna, 7 luglio 2008; Trib. Firenze 30 aprile 2009; Trib. Nicosia, 14 dicembre 2010; Trib. Genova 30 ottobre 2013; Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013; Trib. Min. Palermo, 4 dicembre 2013.

⁵⁷ Il Trib. Bologna, con ordinanza del 10 novembre 2014, n. 4701 (in www.ilcaso.it – *Giurisprudenza*), ha sollevato d’ufficio l’eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 36 l. 4.5.1983, n. 184 nella parte in cui non consentirebbero il riconoscimento di una sentenza straniera che abbia pronunziato l’adozione di una minore in favore del coniuge omosessuale del genitore. Quanto ai precedenti, cfr. Corte cost. 11.6.2014, n. 170; Corte cost., 23.2.2012, n. 31; Corte cost. 15.4.2010, n. 138; Corte EDU 19.2.2013, X e altri c/Austria c. 19010/07; Corte EDU 28.9.2007, Wagner c/Lussemburgo c. 67240/01; Cass. Civ. n. 4184 del 15.3.2012; Cass. civ., 14.2.2011, n. 3572; Trib. min. Roma, 30.6.2014, n. 209; Trib. min. Bologna, decr. 21.3.2013, n. 1948.



relazione al caso di due genitori omosessuali, con ventennale convivenza confluita in un matrimonio regolarmente celebrato all'estero, uno dei quali, avendo adottato all'estero il figlio dell'altro, richiedeva il riconoscimento in Italia del provvedimento straniero di adozione del minore – ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 35, 36 della legge n. 184/1983, per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 117 della Carta costituzionale (quanto all'art. 117, *sub specie* di violazione dell'art. 8 della CEDU come norma interposta, in particolare perché il rifiuto di concedere il riconoscimento della sentenza straniera di adozione, senza aver previamente potuto valutare in concreta la sussistenza del superiore interesse del minore, è una palese violazione delle disposizioni contenute nella stessa CEDU)⁵⁸.

Comunque, in attesa di un intervento chiarificatore del legislatore, un'osservazione sembra indiscutibile: la soluzione francese della “*delegation-partage*”, in qualche modo introdotta anche soltanto per via interpretativa nel nostro ordinamento, probabilmente non potrebbe trovare accoglimento nell'ambito di un'unione omosessuale, giacché contraria alla nozione comunemente accettata d'interesse del minore, che pretende la presenza nel rapporto educativo di entrambe le figure genitoriali di sesso differente, per assicurare l'armonioso svolgimento della personalità del fanciullo. Che in fatto possa accadere che la vita di questi si svolga in un contesto che vede esercitare nei suoi confronti le funzioni genitoriali da parte di persone dello stesso sesso, come ben può succedere al di fuori di una convivenza omosessuale per le vicende alterne e varie di vita, non potrebbe per ciò stesso siffatta situazione assumere ufficialità di “cogenitorialità”, neppure attraverso un accordo intervenuto tra il genitore o i genitori, tra di loro e il genitore sociale omosessuale. L'accordo non potrebbe essere considerato meritevole di tutela né avere alcuna efficacia, qualsivoglia “*veste*” assuma, di rappresentanza generale, di mandato, di accordo relativo al governo della famiglia.

Se, invece, si tratta di famiglia monogenitoriale, cui alla coppia genitore-figlio si aggiunge la figura del nuovo compagno, che assume le funzioni di terzo genitore, alla luce delle riforme in tema di potestà dei genitori e della normativa sull'affido condiviso, non sembrano esservi ostacoli insormontabili al giudizio di meritevolezza di tutela di siffatti accordi, che potrebbero esplicarsi probabilmente soltanto sul terreno della rappresentanza volontaria per avere efficacia nei confronti dei terzi.

Allorché, di contro, esista un possibile conflitto tra terzo genitore e genitore legale, nella situazione in cui alla coppia disgregata si sostituisca un'unione ricostruita con la quale il figlio convive, poiché la separazione non incide in via di principio, considerata la nuova disciplina sulla potestà dei genitori, non sembra possibile ipotizzare una delega di funzioni su base volontaria senza l'accordo di entrambi i genitori, salvo non si ricorra al giudice che arbitri la controversia e decida nel nome dell'interesse del minore, secondo i poteri a lui riconosciuti dalle disposizioni in tema di affidamento del minore ed esercizio della potestà successivamente alla crisi familiare. Qualora invece i genitori concordino le modalità di

⁵⁸ «Posto che nell'ordinamento internazionale è principio oramai acquisito quello secondo cui in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse, considerato preminente, sono da escludere gli automatismi che eliminano la potestà genitoriale senza consentire al giudice di verificare in che modo debba essere presidiato l'interesse del fanciullo (Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31), giungendo, in tal modo, ad un risultato contrario al principio di ragionevolezza (art. 3 cost.) e al diritto fondamentale del fanciullo ad una famiglia (artt. 2, 30, 31 cost.)»: così S. MARANI, *Famiglia omogenitoriale: l'adozione è riconoscibile in Italia? La parola alla Consulta*, in *www.altalex.it*, 18 novembre 2014.



svolgimento di tali funzioni da parte del terzo, questi potrà agire con rilievo anche nei confronti dei terzi se il contenuto di tale accordo sia assorbito da un provvedimento giudiziario.

L'emersione di nuove esigenze di tutela da situazioni di fatto che urtano contro la normalità intesa in senso quantitativo, quale scelta della maggioranza, o in senso qualitativo, quale ambito del normato, una volta superato un giudizio di meritevolezza di tutela condotto sulla base dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, non può condurre allo stravolgimento delle categorie tradizionali. D'altra parte essa non può condurre neppure al diniego di giustizia.

Il compito del legislatore è allora assai arduo, e deve evitare, per quanto possibile, di accomunare situazioni *lato sensu* familiari che necessitano tuttavia di essere affrontate separatamente perché ciascuna proclama una diversa esigenza di garanzia degna di ricevere risposta. Infatti, non vi sarebbe niente di più pregiudizievole e sostanzialmente "ingiusto", specialmente in considerazione del comando proveniente dal combinarsi degli artt. 2 e 3, comma 2, della nostra Costituzione, che l'intervento del legislatore sia ridotto al "tutto o niente". Lo stesso monito probabilmente va rivolto al legislatore comunitario quando, nella ricerca di un modello omogeneo di famiglia europea, incorre nel medesimo rischio di costruire ancora una volta una gabbia in cui la magmatica e ribollente materia familiare in ogni tempo si rifiuta di essere richiusa. Del resto, la recente sentenza della Cassazione, 11 novembre 2014, n. 24001⁵⁹, in materia di maternità surrogata⁶⁰, chiarisce come nel concetto di ordine pubblico non rientrino soltanto i «valori condivisi della comunità internazionale» ma esso comprenda anche «principi e valori esclusivamente propri» purché «fondamentali e perciò irrinunciabili». E tale non può non ritenersi, nel caso di specie, il divieto della surrogazione della maternità. L'ordinamento italiano – per il quale madre è colei che partorisce (art. 269, terzo comma, c.c.) – contiene, all'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, un espresso divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità, ossia della pratica secondo cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per un'altra donna; divieto non travolto dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale parziale

⁵⁹ Cass. civ., sez. I, 26 settembre - 11 novembre 2014 n. 24001, in www.personaedanno.it

⁶⁰ Cfr., sul tema, A. MATTEI - M. TOMASI, *Corte di Giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, in *Dir. pubb. comp. ed europeo*, 214, f. 3, 1409-1420; S. TONOLO, *La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, 81 ss.; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo*, II, Milano, 2011; M. DELL'UTRI, *Maternità surrogata, dignità della persona e filiazione*, in *Giur di merito*, 2010, 2, 358 ss.; C. DE TOMMASI, *Riconoscibilità dei c.d. parental order ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della L. n. 40/2004* (Nota a Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009), in *Fam. e dir.*, 2010, f. 3, pagg. 251-279; M. C. BARUFFI, *Maternità surrogata e questioni di status nella giurisprudenza italiana ed europea*, in *Int'l Ls*, 2009, 20-25; A. M. PRINCIGALLI, *Maternità surrogata nella esperienza francese: frode alla legge e interesse dei figli*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, f. 3, pagg. 519-531; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 2, 387 ss.; A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002; R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*, in *Giur. it.*, 2001, 1417; G. CIANI, *Procreazione artificiale e gravidanza surrogata per spirito di liberalità: il bilanciamento tra libertà di autodeterminazione della donna e "best interest" del nascituro*, in *Foro it.*, 2000, I, 1699; G. SCIANCALEPORE, *L'interesse del minore fra esercizio di formalismo e legalità costituzionale*, in *Fam. e dir.*, 199, p. 405 ss. V. Trib. Milano, 15 ottobre 2013, con riferimento ad un caso di maternità surrogata in Ucraina; Trib. Napoli, 1 luglio 2011, relativamente ad un caso di maternità surrogata negli Stati Uniti.



dell'analogo divieto di fecondazione eterologa, di cui all'art. 4, comma 3, della medesima legge, pronunciata dalla Corte costituzionale con la recente sentenza n. 162 del 2014⁶¹ (nella quale viene espressamente chiarito come la prima delle due disposizioni sopra indicate non sia “in nessun modo e in nessun punto incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia”). Il divieto *de quo* è certamente di ordine pubblico, e come tale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato.

⁶¹ Corte cost., 10 giugno 2014 n. 162, in G.U. 18 giugno 2014. La sentenza è accolta con entusiasmo da G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale: l'il-legittima del divieto di fecondazione “eterologa”*, in *Corr. giur.*, 2014, 1068 ss.



THE SETTLEMENT BETWEEN STRUCTURAL COMPLEXITIES AND DOGMATIC PERSPECTIVES

GIOVANNI SCIANCALEPORE*

SOMMARIO: 1. Introduction – 2. Uncertainty of the constitutive elements – 3. The debate on its nature – 4. The so-called ‘mixed settlement’: functional deviations or enlargement of the object of contract? – 5. The thin borderline between conservative and novation settlement.

1. A precursor of *ADR*, the settlement agreement¹ (*contratto di transazione* in Italian) is a self-regulation instrument of private interests teleologically oriented to the out-of-court resolution of legal disputes. It is characterized by a certain problematic nature, enhanced by its remarkable structural flexibility².

As evidenced in the articles of the Italian Civil Code which define its features, the settlement agreement is a wide framework where all sorts of interests meet, and whereby already existing or newly created legal conditions can be regulated.

In actuality, it harmoniously combines the substantial perspective of the regulation of legal relations with the more strictly procedural regulation of the *ad litem* interest³.

Practical application has also helped to foster its development through gradual adaptation to the needs of specific circumstances.

Therefore, the approach to its analysis cannot leave out the examination of its defining dogmatic accounts, driven by the ambition - not always fulfilled – to clearly identify its peculiar and defining traits, which also aims to distinguish it from similar cases.

Any issue thereto related actually raises interpretation problems, which typically lead to unsolved matters and culminate in the most varied solutions.

As will emerge in the course of this study, the only unifying factor pertains to the purpose of regulating an existing or potentially conflicting legal relation, since, in other respects, several differences in reconstructive perspectives and court regulations persist.

*Professor of Comparative Private Law – University of Salerno.

¹ For a general comparative approach to contractual matters, see: A. L. CORBIN, *On Contracts*, One Volume Edition, 1952, in particular 154 and ss.; G.M. COHEN, *Implied Terms and Interpretation in Contract Law*, in B. Bouckaert - G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. IV, Edward Elgar Publishing, Inc., 2000, 78 and ss.; G.H. TREITEL, *The law of contract*, Sweet & Maxwell, 1995, 185 and ss.; J.J. PRESCOTT, K.E. SPIER, A. YOON, *Trial and Settlement: A Study of High-Low Agreements*, NBER Working Paper No. 19873, 2014, *passim*.

² See: J. POWELL, *Essay upon the Law of Contracts and Agreements*, Printed in Dublin for P. Byrne, J. Moore, J. Rice and W. Jones, 1796, 1 e ss.; P.H. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, 2000, 160 and ss., 226 and ss.

³ For a largest comparative approach to the theme, see also: G. GILMORE, *The Death of Contracts*, Ohio State University Press, 1974, 1-81; R. A. HILLMAN, *The Richness of Contract Law*, Kluwer Academic Publishers, 1997, 7-82; M. A. CHIRELSTEIN, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, Foundation Press: Westbury, 1993, 1 and ss.



2. A settlement (it. *transazione*) is a consensual agreement whereby the parties end an ongoing dispute, i.e. they prevent the emergence of it through mutual concessions¹. This is an instrument of private autonomy for the contractual resolution of legal disputes². A constitutive precondition for the agreement must be, therefore, a current or potential contrast³, to be understood as a conflict of interest as to the existence, extent or the exercise of a right⁴.

Whereas its definition does not seem to raise particular problems, the same cannot be said for its constitutive elements⁵. According to the prevailing court decisions⁶, the disagreement between the parties must stem from a state of uncertainty regarding the position of one of the parties and the related rights⁷. The *res dubia* emerges as a substantial prerequisite for the settlement, along with the dispute and the two-way nature of the concessions.

It should however be clarified that said “uncertainty” refers to a merely subjective characteristic, based on the personal assessment made by the parties about the conditions in fact and/or in law (and the related legal positions), and not a condition that is intrinsic to the context which will be affected by the agreement⁸. A testimony of the subjective nature of the *res dubia* is the absolute irrelevance of the *a posteriori* demonstration of the possible groundlessness of the claim made by one of the parties. In fact, once the agreement has

¹ On this theme in particular, see: J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract*, Oxford Clarendon Press, 1991, who affirms (pag. 4): “Natural law influence can be seen, inter alia, in the idea of consent and agreement embedded in the notion of contracts”

² For more informations see: J. BEATSON, A. BURROWS AND J. CARTWRIGHT, *Anson's law of contract*, Oxford University Press, 2010, twenty-ninth edition, *passim*; H.G. BEALE, W.D. BISHOP AND M.P. FURMSTON, *Contract – cases and materials*, Butterworths, 2007 fifth edition, *passim*; E. MCKENDRICK, *Contract law: text, cases and materials*, Oxford University Press, 2012 fifth edition, *passim*; BROWNSWORD, R. SMITH & THOMAS, *A casebook on contract*, Sweet & Maxwell, 2009, twelfth edition, *passim*.

³ For more informations see also STEVEN J. BURTON, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, Harvard Law Review, Vol. 94, *passim*; J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract*, Clarendon Press, 1991, 4 and ss.

⁴ In a comparative perspective see: R.P. ECLAVEA, *Contracts. Construction and Effect*, in 17 *Am Jur 2d Contracts*, 2003, 336 e ss., who says: “The construction of words and of other manifestations of intention forming an agreement is the process of determining from such manifestations what must be done by the respective parties in order to conform to the terms of the agreement. Additionally, a contract should be viewed prospectively as the parties viewed it at the time of its execution, and not from a retrospective point of view”

⁵ For a comparative approach, see to : E. POSNER, *The Parol Evidence Rule, The Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation*, in *U. Penn. L. Rev.*, 1998, 533 and ss.; C. M. MCCORMICK, *The Parol Evidence Rule as a Procedural Device for Control of The Jury*, in *Yale L. Journal*, 1932, vol. 41, 365 and ss.

⁶ For a comparative approach, see: G.R. SHELL, *Contracts in the Modern Supreme Court*, 81 *Calif L Rev*, 1993, 431 and ss.

⁷ In particular, see U. WEISS, *The Regressive Effect of Legal Uncertainty*, Tel Aviv University Law Faculty Papers, 2005, *passim*.

⁸ On this point see Cass. 25 October 2013, n. 26164, on *www.dejure.it* “ Ai fini di una valida conclusione di una transazione è necessario, da un lato che essa abbia ad oggetto una “res dubia”, e, che cioè cada su un rapporto giuridico avente, almeno nella opinione delle parti carattere di incertezza, e, dall’altro che, nell’intento di far cessare la situazione di dubbio, venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche” (For the finalization of a settlement to be valid, it is necessary, on the one hand, that it refers to a *res dubia*, viz., concerning a legal relation having, at least in the views of the parties, a certain character of uncertainty, and, on the other hand, that, in order to put an end to the situation of doubt arisen between them, the contractors make mutual concessions: translation editor’s). Similarly, Cass. 6 may 2003, n. 6861, in *Riv. not.*, 2003, 343 et seq.; Cass., 6 October 1999, n. 11117, in *Giur.it.*, 2000, 1152; Cass., 10 July 1985, n. 4106, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, 37.



been enforced, there is no chance to determine the pre-existing legal condition⁹ to contest the validity of the settlement¹⁰, save within the terms of art. 1971 C.C. et seq. On the other hand, for the purposes of appealability, the investigation into the subjective circumstances underlying the settlement is limited by the provisions contained in articles 1969, 1970, 1971 C.C. et seq.

Even in reference to the real necessity for the *res dubia*, doctrinal positions diverge¹¹. Along with the thesis, supported by court decisions, that makes it an essential requirement just as much as mutual concessions, there is another orientation which, by denying it its specific autonomy, assimilates it to the *res litigiosa*, to be understood as the actual legal dispute or the potential cause of the settlement¹².

According to this approach, supported by the lack of any textual reference, the settlement does not presuppose the uncertainty of the *status quo*, but only the existence or the potential for a dispute, susceptible of being settled through the concessions laid down in art. 1965 C.C.

Consequently, the only essential requirement should be sought in the *res litigiosa*, conceived as an existing or virtual contrast between two or more parties about «the enforcing of a right, consisting in the claim and challenge of the very existence and extent of said right¹³», on which all the different opinions converge¹⁴.

Clearly, it is not enough to have a simple financial dispute on whose ground, in truth, the negotiations of any contract are made: the Italian term *lite* refers to a legal dispute, a

⁹ As in Cass. 1 September 1995, n. 9229, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, 1587, “non è rilevante la posizione psicologica della parte, o delle parti, sulla situazione di diritto della controversia: non lo è neppure la certezza assoluta della intangibilità della propria posizione” (the psychological position of the party, or parties, on the legal position of the dispute is not relevant: neither is the absolute certainty of the inviolability of their own position: translation editor’s).

¹⁰ Cf. Cass. 27 April 1982, n. 2633, in *Giur. It. Mass.*, 1982, as in *www.dejure.it*.

¹¹ For more information, see : J.H. MERRYMAN, *On the Convergence (and the Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, Stanford J of Int. , 1987, 357 and ss. ; J. FRANK , *Influence of Civil Law in Common Law*, Pennsylvania Law Review 1, 1956, *passim*; W. TETLEY, *Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)*, La L Rev, 2000, 677 e ss. ; G. GORLA, *The Theory of Object: A Critical Analysis by Means of the Comparative Method*, Tulane Law Review, 1954, 456 e ss.

¹² About the necessity of *res dubia*, positions diverge. Along with the thesis, supported by court decisions, that makes it an essential requirement just like mutual concessions, there is another orientation, which, by denying its specific autonomy, traces it back to the *res litigiosa*, to be understood as the actual legal dispute or the potential cause of the settlement. In this sense, F. SANTORO PASSARELLI, *Nozione della Transazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 303. On the same topic, C. ROMEO, *Res dubia e reciproche concessioni in tema di causa transattiva*, in *Cont.*, n. 12, 1999, 1113 ff.; P. D'ONOFRIO, *Transazione*, in *Commentario del Codice Civile*, edited by A. SCIALOJA and G. BRANCA, 1974, 269. For more, see also: HERMAN, SHAEL & HOSKINS, DAVID, *Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations*, in *Tul L Rev* , 1980, *passim*.

¹³ E. DEL PRATO, entry *Transazione*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milan, 1992, 813.

¹⁴ Some judgments of the Court of Cassation identify the *res litigiosa* with the matter of the settlement and not as a precondition for it, considering that the matter of the agreement cannot be the legal position in question, but rather the dispute that was caused by it. Cf. Cass. 6 October 1999, n. 11117, in *Giur. it.*, 2000, 1152, “L’oggetto della transazione non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o può dar luogo e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni” (The object of the settlement is not the relation or the juridical situation referred to by the discordant evaluation of the parties, but the resulting or potentially resulting dispute which the parties intend to resolve through mutual concessions: translation editor’s).



situation that is already regulated by law, in response to which the parties take opposite views¹⁵.

The latter need not be ongoing, as it could also be a contrast *in itinere*, that is, a merely potential one.

It is also believed that requests should be all but outlined, with the character of “potentiality” referring to the establishment of a trial between the parties. If this requirement is to be interpreted as regarding the claims and not the conflict *inter partes*, it would then be difficult to assess the reciprocity of the concessions, since it would not be possible to analyze the two-way correspondence of costs and benefits in the agreement¹⁶.

In order to start a dispute, therefore, it is necessary that the disagreement between the parties has reached at least the threshold of formal opposition of the view taken by the other party, so as to determine a contrast between discordant theses¹⁷.

The well-known maxim *aliquid datum aliquid retentum* summarizes the last requirement of the settlement agreement, as referred to in art. 1965 CC.

The “mutual concessions” are the sacrifices that each party is willing to bear regarding the content of one’s claim against the other, in order to put an end to the dispute or to prevent its *incipit*.

It is not required, within the settlement, that the parties specify in detail the sacrifices made and the rights that may be waived, provided that from the interpretation of the new agreement emerges the reciprocity of the benefits obtained through the sacrifices made.

The settlement, in fact, cannot exist without mutual concessions, as these alone are the means whereby its causal connection is outlined¹⁸.

In the opposite case, the agreement will not be granted its settling nature and function.

In other words, it is not enough that the parties reach a resolution of the existing *dispute*, as it is essential that such resolution is reached through mutual sacrifices.

Without them, the settlement will fall under a different causal connection (eg. evaluation agreement, recognition of debt), which is external to the notion of settlement.

The existence of such a factor must be evaluated in reference to the existing (or so regarded by the parties) legal situation at the very finalization of the contract, since it is – outside the cases provided by in artt. 1971-1975 C.C. – irrelevant, and considered to be a belated error by one of the parties about the legal conditions in force at the time of stipulation.

The concept of reciprocity of the respective concessions¹⁹ does not imply an equivalence between the two. This is confirmed by the legal provisions in art. 1970 CC, which exclude the possibility of an appeal in the case of damages.

¹⁵ For a comparative perspective, see: A. LEFF, *Unconscionability and the Code – The Emperor’s New Clause* in *UPA L Rev* 485, 1967. 142 G.R. SHELL, *Contracts in the Modern Supreme Court* 81, in *CALIF L REV*, 1993, 431 and ss.

¹⁶ This study follows the prevailing court reports. Cf. *ex pluris* A. PALAZZO, entry *Transazione*, in *Novissimo dig. it.*, *Disc. priv.*, sez. *civ.*, XIX, Turin, 1999, 40 and ss.

¹⁷ To make a comparison, see D.B DOBBS., *Law of Remedies Damages, Equity, Restitution*, West Pub Co, 1993, 3. and ss.

¹⁸ For a comparative approach, see to M.A. EISENBERG, *Expression Rules in Contract Law and Problems of Offer and Acceptance*, in *82 Calif L Rev*, 1994, 1127 and ss.

¹⁹ For a largest comparative approach, see A.T. VON MEHREN, *The Civil Law System*, Englewood Prentice Hall, 1957, 529 and ss.; S. M. LEAKE, *Principles of the Law of Contracts*, Stevenson and Son, Ltd, 1906, 739 and ss.



The consideration of mutual sacrifices and benefits deriving from the agreement falls within the discretion of the parties and is an expression of their contractual autonomy, since the trial judge cannot replace the comparative assessment on the suitability and adequacy of mutual concessions²⁰.

Mutual concessions, therefore, need not be homogeneous nor corresponding, but either party must endure a sacrifice with a view to an advantage whose content may be various. Thus, for example, the recognition of a performance to be carried out can be reciprocated with one to be given or borne and vice versa²¹.

Any lawful performance may be the subject of a grant settlement. This includes the waiver of a right or the waiver of an appeal - which, on closer inspection, affects the power of action of a private individual - provided that such rights can be enjoyed. Even a release - so long as it represents the will to waive one's right - can be of a settling nature²².

A settlement which does not include mutual concessions is to be considered completely null for lack of an essential element²³.

²⁰ Cf., Cass. February 22, 2000, n. 1980, in *Giur. it. Mass.*, 2000, on www.dejure.it: "Affinchè un negozio possa essere considerato transattivo è necessario, da un lato, che esso abbia ad oggetto una "res dubia", e cioè cada sopra un rapporto giuridico avente, almeno nell'opinione delle parti, carattere d'incertezza, e, dall'altro lato, che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche, nel senso che l'uno sacrifichi qualcuna delle sue pretese in favore dell'altro, indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra "datum" e "retentum". L'accertamento della natura transattiva di un determinato negozio, compiuto dal giudice del merito nel rispetto dei canoni legali di ermeneutica contrattuale e sorretto da motivazione immune da vizi, si risolve in una valutazione di fatto, incensurabile in sede di legittimità (For a contract to be considered a settlement agreement it is necessary, on the one hand, that its object is a *res dubia*, i.e. it regards a legal relation which has, at least in the view of the parties, a character of uncertainty, and on the other hand that, with a view to bring the situation of doubt to an end, the parties make mutual concessions, meaning that one sacrifices some of their claims in favor of the other, independently of any equivalence in the "datum /retentum" ratio. The evaluation of the settling nature of a particular contract, made by a trial judge in compliance with the legal canons of contractual hermeneutics and supported by cause above any vices, results in an evaluation in fact, which cannot be questioned in a court of law: translation editor's). Similarly, Cass. 17 January, 2003, n. 615, in *Riv. not.*, 2007, 1441. According to court decisions, the unquestionability of the proportionality between mutual concessions, even if with different motivations, is also undisputed. On the same topic, see F. CARNELUTTI, *Transazione ed eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 49 ff, who links the *de qua* unquestionability to the supposed uncertain nature of the settlement.

²¹ Cass. 6 May, 2003, n. 6861, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 5.

²² Cf., *ex pluris*, Cass. 20 January 2003, n.709, in *Giur. it. Mass.*, 2003, on www.dejure.it.

²³ See Cass. 25 October 2013, n. 2461, in *Giur. it.*, I, 2014, 34 ff.: "..."..res dubia e reciproche concessioni sono elementi imprescindibili per la validità di una transazione" (...*res dubia* and mutual concessions are essential elements for the validity of a settlement: translation editor's).



3. In line with the tenets of the Italian Civil Code, both with regard to the definition and the *sedes materiae* of its regulations, the settlement is considered a bilateral, pecuniary contract with mutual performances¹.

Its nature, however, has long been debated. Whereas one theory recognizes its predominant function to resolve the contrast between opposing claims, another theory emphasizes the elimination of uncertainty in the legal relation *inter partes*.

The comparison with the evaluation contract (*negozio di accertamento* in Italian) and the need to clarify this relation have greatly contributed to outlining its functional profile².

In particular, it has been noted that, through the settlement agreement, the parties – far from wanting to impart the requirement of certainty to the legal relation being challenged – seek to settle a dispute through mutual concessions instead³.

Thus, while the settlement agreement is the resolution of a present or future dispute which leads to a settlement of interests suited to change and replace the legal relation disputed, the evaluation contract has the only purpose of imparting legal certainty to a previous relation or contract and clarifying its provisions and effects⁴.

¹ See E. DEL PRATO, *Superamento della lite e transazione*, in *Riv. arb.*, 2002, 366 ff. It is important to mention the heated debate that has engaged authors on the negotiating or contractual nature of the settlement. On the topic, see F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 185 and P. D'ONOFRIO in *La transazione e il contratto. Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene, 1854-1954*, Naples, 193 ff. For more informations, see also: J.H. MERRYMAN, *On the Convergence (and the Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, 17 Stanford J of Int L 357, 1987, *passim*.

² For more information: KESSLER, FRIEDRICH, *Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract*, 1943, in *Colum L Rev*, pp. 629 - 632.

³ For a comparative approach: G. GILMORE, *The Death of Contracts*, Ohio State University Press, 1974, *passim*, R.A. HILLMAN, *The Richness of Contract Law*, Kluwer Academic Publishers, 1997, 7 and ss; G. C. VERPLANCK, *An Essay on the Doctrine of Contracts: Being an Inquiry how Contracts are Affected in Law and Morals, by Concealment, Error, or Inadequate Price*, G & C Carvill, 1825, 224 and ss.; M. A. CHIRELSTEIN, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, Westbury Foundation Press, 1993, 1.

⁴ On this topic, F. SANTORO PASSERELLI, *La transazione*, Naples, 1986, 67 and ss.; E. DEL PRATO, entry *Transazione*, cit., 819 and ss.



This suggests that the settlement has a clearly constitutive nature: through the requirement *aliquid datum aliquid retentum*⁵, in fact, the parties transform, correct, and possibly extinct *in parte qua* the controversial relation by innovating its content. Conversely, the evaluation contract has declaratory effects⁶, as it presupposes a situation to be evaluated, entailing a statement recognizing the existence of a mandatory or actual relation⁷.

It could happen that, within the general context of a settlement, an evaluation of the pre-existing situation is also made. In that case, the statements of the parties can serve as confessions, but besides the peculiarities of specific cases, courts persist in considering the settlement and the evaluation contract as autonomous patterns that must not overlap.

Although it has been stated *incidenter tantum* that the settlement can be considered a *species* of a broader *genus* of evaluation contracts⁸, the majority of court decisions continue to differentiate its purposes and effects⁹.

⁵ For comparison, see: D. MARKOVITS, *Contract and Collaboration*, Yale Law Journal 113, 1417–1518.

⁶ As in Cass. 12 March, 2008, n. 6739, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 201, with annotations by L. BOZZI.

⁷ As in A. FALZEA, entry *Accertamento* (Teoria generale), in *Enc. dir.*, I, Milan, 1958, 205 ff.

⁸ On this topic L. D'AMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milan, 1996, 29 ff.

⁹ *Ex pluris* Cass. 17 September 2004, n. 18737, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 11, which, in reference to the evaluation contract, states the following: “Con tale negozio, infatti, (che a differenza della transazione non ha natura costitutiva, non innovando alla situazione giuridica preesistente), le parti, senza procedere a reciproche concessioni, rimuovono dubbi ed incertezze relativi ad un determinato rapporto giuridico con una regolamentazione nuova, ma corrispondente alla situazione giuridica preesistente” (In fact, through this contract (which unlike the settlement agreement does not have a constitutive nature, as it does not innovate the pre-existing legal situation), without making reciprocal concessions, the parties remove doubts and uncertainties relating to a specific legal relation with new regulations, which nonetheless corresponds to the pre-existing legal situation: translation editor's).



4. The second paragraph of art. 1965 CC. provides that «through mutual concessions one can also create, modify or extinguish *legal relations that are different* from the original object of the claims and dispute of the parties».

This is an enlargement of the typical object of the settlement agreement, which extends beyond the relation from which the dispute *inter partes* originated, and gives rise to the so called «mixed settlement»¹.

Not unlike the previously addressed issues, the case *de qua* creates classification problems and “typological” overlaps. In fact, decisions concerning the *different* relations involved in a comparative evaluation about mutual concessions are likely to create functional interference with the main relation. In other words, within the complexity of the entire contract, which may also include the resolution of issues unrelated to the settlement, it could be very difficult to determine which is the causal connection that parties have decided to follow, and consequently, which is the regulation that can be practically applied.

A typical case of mixed settlement is the finalization of a contract with binding effects, which is also accompanied by a translational one - in order to settle the dispute, one party gives the other the property of a good that is beyond the original dispute. In the *de qua* case, it is necessary to establish which is the causal connection that regulates the relation emerging from mutual concessions.

In fact, if based on terminology suggestions one adheres to the theory that assimilates this agreement to the category of mixed contracts, the case in point should be seen as a combination of multiple contracts that merge into a single one². The mingling of several contracts that converge into a single type, driven by a common interest of a practical-economic nature, is resolved, as is well known, through two main criteria: *absorption* and *combination*.

The first one considers a certain contract type as prevailing, and bases its regulation on that. The second one uses, in a more complex way, the rules belonging to different converging paradigms.

It is not uncommon to suggest, alternatively, the joint use of the said criteria, provided that the abovementioned regulations are compatible³.

However, it has been noted that the reference to mixed contracts and their hermeneutical rules would lead to the risk of neglecting the economic-individual function of the contract, attributing causal prevalence to the contract type that emphasizes the performance brought into the agreement, rather than the objective assigned to it by the parties.

In other words, the *mixed* nature of a settlement concerning relations that are beyond those of the original claim is likely to transform a terminological similarity into a conceptual misunderstanding. Actually, from the perspective of causal connection, one must consider

¹ O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law Parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law*, The Hague 1999; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM AND R. ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law Part III*, The Hague, London and Boston ,2003, *passim*; A. SCHWARTZ, R. E. SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 2003, 541-618.

² As in C.M. Bianca, *Diritto civile, Il Contratto*, Milan, 2000, 78 ff.

³ The same, F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., 204 ff. The author classifies this type as a mixed contract through the application of criteria of prevalence (settlement regulations) and combination (concurrent contract regulations).



that the mixed settlement follows the same paradigm as the simple settlement: the resolution of a dispute, current or potential, through mutual concessions⁴.

The difference between the two theories clearly corresponds to the enlargement of the object of contract, which extends into other relations between the parties, unrelated to the original claim.

Thus, rather than modulating the dogmatic reconstruction of the mixed settlement with reference to the causal connection, this theory has its justification in the enlargement of the relation constituting the object of the future agreement.

In the case of settlement, in fact, the purpose for which the performance is brought into the contract – i.e. overcoming any disagreements through mutual concessions – assigns a specific function to it, which cannot be modified or altered by the contract types that could theoretically cover the possibly set performance(s)⁵

The fact remains that, in the specificity of the actual case, and notwithstanding the overriding application of the rules previously established for settlements, one can subsequently follow the regulation of the contract referred to by the will of the parties, as it is obviously compatible.

Courts, on their part, have kept a neutral attitude towards the classification of the mixed settlement, by shifting its solution onto the necessity to interpret the will of the parties within the settlement of the ongoing or potential dispute. In fact, from the decisions on the matter, we also find a reference to related agreements among the axiological categories theoretically considered⁶.

⁴ On the same topic E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 1, 1087. The author points out that the type of contract can be determined on the basis of the purpose to be achieved, just like for the settlement, "... la cui nozione non individua il tipo in base al contenuto di una o entrambe le prestazioni, ma descrive una funzione assolvibile da qualsiasi prestazione di cui le parti possano disporre" (...whose notion does not characterize the type according to the content of one or both performances, but rather describes a function that can be performed by any performance available to the parties: translation editor's). Therefore, the suitability of the settlement to embrace any performance deduced in the contract makes its contractual architecture so wide that the mixed settlement cannot be counted among the mixed contracts.

⁵ More in E. DEL PRATO, entry *Transazione*, in *Enc. Dir.*, cit., 825.

⁶ See the decision of the Supreme Court, which, on a contract concerning the transfer of an asset upon payment and the simultaneous composition of some unsettled relations between the parties, states the following: "La convenzione che regola contestualmente una pluralità di rapporti fra le stesse parti, mediante il ricorso a più schemi negoziali, resta assoggettata ad un'unica disciplina giuridica, anziché, per ciascun rapporto, alla disciplina propria del corrispondente negozio, nel caso in cui ricorra ipotesi di negozio complesso, caratterizzato dalla fusione in una causa unica degli elementi causali concorrenti alla formazione della convenzione medesima, in dipendenza di un unico nesso obiettivo e funzionale, ovvero ipotesi di contratto misto, caratterizzato da una sintesi di elementi propri di più contratti nominati in cui prevalgono quelli di una determinata figura negoziale, non anche nella diversa ipotesi in cui essa si articoli in distinti ed autonomi contratti collegati (da mera occasionalità, od anche da funzione economica comune), dato che il vincolo di collegamento non vale a sottrarre ciascun contratto al proprio regime giuridico. Pertanto, con riguardo al contratto avente ad oggetto il trasferimento a titolo oneroso di un bene e la contemporanea definizione in via transattiva di alcune pendenze fra le parti, l'applicabilità all'intera convenzione delle norme della vendita o della transazione, ovvero la concorrenza delle une e delle altre per ciascun rapporto (nella specie, al fine della determinazione del prezzo della vendita e del riconoscimento o meno della sua rescindibilità per lesione) postulano, rispettivamente, la riconduzione della convenzione medesima nell'ambito del negozio complesso o misto, ovvero della ipotesi dei negozi solo collegati (The convention that rules a plurality of relations between the same parties at the same time using multiple contractual patterns remains subject to a single set of regulations, rather than, for each relation, to the regulation of the corresponding contract. This occurs a) in the case of a complex contract, characterized by the merging in one cause of all



Far from being just a theoretical debate, the plurality of reconstructive hypotheses that range from classifying the contract from a causal perspective (mixed, complex, related agreements), to a simple enlargement of the object of contract, determines significant changes on the practical regulation.

Whereas the mixed contract imposes the need to consider the rules prescribed by individual contracts, the same is not true for the enlargement of the object of contract. In it, the specific case is fully subsumed in the traditional type of settlement, and only marginally is there room for the regulation of the contract to which the performance belongs, provided there is no incompatibility.

In line with the indications given by courts, a clear need emerges for case observations that can guide the solution to the problem through the interpretation of the will of the parties when signing the settlement agreement.

One can argue that the absorption or non-absorption into the settlement of performances deviating from the specific object of the claim that the parties include in the settlement agreement has its origin in the role that the will of the parties has within the definition of the ongoing or potential dispute. If this is just an opportunity, but not the main reason, to justify the transfer of assets, one can see a problem of autonomous causal evaluation with the latter. Conversely, when the object of the distinct performances can be traced back *latu sensu* to the controversy, there will be an absorption of these cases into the typical function of the settlement agreement, since there is no room for independent evaluation of the contract to which the performances in question belong.

the causal elements concurring to the formation of the provisions themselves, based on one objective and functional relationship; b) in the case of a mixed contract, which is characterized by a synthesis of elements typical of several standard contracts where those of a particular contract type prevail, and not in the divergent case in which it is divided into distinct and independent contracts linked together (by mere occasionality, or even by a common economic function), since the bond of connection is not sufficient to save each contract from its own regulation. Therefore, in reference to a contract concerning the transfer of an asset upon payment and the simultaneous composition of some unsettled relations between the parties, the applicability to the entire convention of the rules of sale or settlement, or the concurrency of the former or the latter for each relation (in the case in point, in order to determine the price of sale and the recognition of its rescindibility for damages) imply, respectively, the attribution of the convention itself to the set of complex or mixed contracts, or the case of merely connected contracts: traslation editor's). Cf. Cass. 5 April 1984, n. 2217, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, on www.dejure.it. Court decisions have also supported the thesis of contract connection, according to which the prevailing function must be the settling one, functionally connected to the *second* contract that the parties have meant to reference: “La fattispecie ex art. 1965 c.c. può essere correttamente inquadrata nello schema del collegamento negoziale in cui si integrano due cause: una prima relativa all'operazione economica nel suo complesso, una seconda, relativa al diverso rapporto contrattuale, mediante il quale le parti convengono di risolvere la controversia, avente la causa propria del tipo utilizzato” (The case *ex art 1965 C.C.* can be correctly framed into the type of contract connection that integrates two causes, the first referring to the financial operation as a whole, and the second referring to the different contractual relations, through which the parties agree to settle the dispute, having its cause in the type that has been used: traslation editor's), in *Comm. al cod. civ.*, artt. 1882- 1986, edited by P. Cendon, Milan, 2010, 1167.



5. The hermeneutical difficulties encountered with mixed settlements resurface even more dramatically when it comes to novation settlements¹, which offer real interpretational disorientation to those who attempt to provide a unified account².

The *innovative* effect, ingrained in any possible settlement agreement aimed at the resolution of a legal dispute through mutual concessions, can often lead to overlaps with that of *novation*, which is also the result of a modification of a legal relation originally existing between the parties. The panorama of doctrinal opinions regarding the parameters distinguishing the conservative and the novation type is fragmented and discontinuous.

It ranges from one thesis that denies any difference between the two hypotheses, considering the novation effect typical of any settlement³, to another that hinges the core of distinction on the declaratory effect of the former against the constitutive effect of the latter⁴.

Another theory argues that it is necessary to evaluate the will expressed by the parties when finalizing the settling *pactum*. A novation settlement can only exist if there has been an express will from the parties to extinguish the previous obligation, in line with the traditional notion of novation, as a typical means of extinguishing obligations without payment, composed not only by the modification of the original obligation in its title or object (*aliquid novi*), but also by the unequivocal desire to reset the previous relation through the creation of a new *vinculum iuris* (*animus novandi*). Yet, on the approach to the regulation of obligation, opinions differ: for some, the express will to *innovate* the disputed relation (*animus novandi*) would be enough; for others, there should be an indivisible union between the subjective and the objective element instead⁵.

Much more complex is the interpretation which, by following the indications of the courts, has specified and perfected the distinguishing elements in the two types of settlement.

Older judgments rest on the necessity of an *animus novandi* at one with *aliquid novi*, to be understood as a relation that is different from the original and, above all, “incompatible” with the previous one, which is the result of the arisen dispute⁶. Subsequently, incompatibility has come to be understood as the result of (even partial) waivers to the respective claims aiming at modifying, by means of discharge, the previous situation, as well as specifying the subjective element, to be interpreted as an express will to unambiguously extinguish the previous situation⁷.

Despite perfecting the parameters for the *discrimen*, court decisions have not been able to dispel a good number of doubts regarding regulation differences between conservative (or simple) settlement and novation settlement. Some uncertainties remain about determining the required “incompatibility”, but, above all, one wonders about the

¹ For a largest comparative approach: A. KULL, *Disgorgement for Breach, the 'Restitution Interest,' and the Restatement of Contracts*, in *Texas Law Review*, 79, 2001, 2021–2053; A. SCHWARTZ, R. SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in *Yale Law Journal*, 113, 2003, 541–619.

² This is argued by V. GENNARI, *La risoluzione della transazione novativa*, Milan, 2005, 139 ff.

³ P. D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna - Rome, 1974, 282 ff.

⁴ On the declarative nature of the settlement, F. CARRESI, *La transazione*, in *Tratt. Vassalli*, IX, Turin, 1956, 228 ff.

⁵ See the account in E. VALSECCHI, *La Transazione*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XXXVII, Milan, 1954, 434 ff.

⁶ Cass. 9 December, 1996, n.10937, in *Giur. it.*, 1998, 932 ff.

⁷ Cf. Cass. 16 November 2006, n. 24377, as in *www.dejure.it*.



problem concerning the possible resurgence of the disputed relation in case of non-fulfillment of the new contract.

According to most judicial authorities⁸, in fact, one of the traits distinguishing the two types concerns the legal effects resulting from a terminated contract, whereas, in the case of traditional settlement, one would see the resurgence of the old contract, averted in the case of novation settlement.

On the base of this assumption, only the novation effect, accompanied by the requirements specified by court preclusions, is able to reset the original agreements in a definitive way.

This position is also supported by the normative data, i.e. the combined provisions of art. 1976 C.C. regarding the resolution of settlements and art. 1458 C.C., regarding the *ex tunc* effects of the resolution, which suggests, in the prevalent view, that only the novation settlement entails the impossibility of enforcing the settlement for non-fulfillment, unless that right has been expressly stated.

Actually, on a closer inspection that connects the issue *de qua* to the general traits of the settlement agreement with special regard to the causal profile, we find that by accepting the aforementioned solution, the basic purpose of the settlement fails. This, in fact, reverses the premises of the legal argument according to which the novation settlement is a *species* of the broader *genus* of conservative settlement⁹.

The most defining trait of the transaction, which identifies its typical function, is the resolution of the dispute, ergo the creation of an extinctive effect of the original claims which, through the settlement agreement, are transformed into a new and different self-regulation of interests.

If such an extinctive effect is confined to the novation settlement alone which requires, in order to be practically applied, all the court specifications and allowing, in the remaining cases, the resurgence of the previous order of interests, then the very *ratio* of the settlement as a tool to resolve the *res litigiosa* (and with it, the pre-existing situation) disappears.

By this, we do not mean to take our distance from the normative data, but only to provide an interpretation that reflects the nature of the settlement agreement.

⁸ As in Cass. 26 January, 2006, n.1690, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 1, “ Nell'ipotesi in cui un rapporto venga fatto oggetto di una transazione e questa non abbia carattere novativo, la cosiddetta mancata estinzione del rapporto originario discendente da quel carattere della transazione significa non già che la posizione delle parti sia regolata contemporaneamente dall'accordo originario e da quello transattivo, bensì soltanto che l'eventuale venir meno di quest'ultimo fa rivivere l'accordo originario, al contrario di quanto invece accade qualora le parti espressamente od oggettivamente abbiano stipulato un accordo transattivo novativo, cioè implicante il venir meno in via definitiva dell'accordo originario, nel qual caso l'art. 1976 c.c. sancisce, con evidente coerenza rispetto allo scopo perseguito dalle parti, l'irrisolubilità della transazione (salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente pattuito” (In the event that a relation is made the object of a settlement and it does not have a novation purpose, the so called non-extinction of the original relation deriving from that trait of the settlement does not mean that the position of the parties is simultaneously regulated by the original contract and the settlement agreement, but rather that, if the latter fails, the original contract is back into force. The same does not apply when the parties have expressly and objectively finalized a novation settlement which implies the termination of the original contract, in which case art. 1976 C.C. states, in clear consistency with the aim pursued by the parties, that the settlement is unresolvable (unless the right to resolution has been expressly agreed): translation editor's)).

⁹Criticism on this topic is in L. M. PETRONE, *La transazione novativa: un contratto in cerca di autore!*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 4 ff.



The compliance with art. 1976 C.C. which allows the resolution by non-fulfillment of the non-novation settlement does not automatically imply the resurgence of the original relation, which is not necessarily related to the *ex tunc* effect of the resolution ex art. 1458 C.C.

The resolution actually concerns the settlement agreement and, with it, the mutual concessions therefrom deriving. The *ex tunc* effect is produced, evidently, upon these latter, and does not necessarily give rise to the resurgence of the original relation.

The resurgence is a *quid pluris* from regulations, which only require the repayment of the amount performed in pursuance of mutual concessions, and nothing more.

Therefore, even the simple settlement produces the extinction of the dispute and, with it, of the previous legal situation. The case of novation settlement represents only a specification of how the parties cease the previous relation, on whose occurrence a more stable contractual effect is determined, thus preventing the parties from availing themselves of the resolutive remedy, as provided by art. 1976 C.C.



STUDI E RICERCHE

LE UNIONI OMOAFFETTIVE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. TROPPO POCO O...FORSE, TROPPO?

ALESSANDRA CORDIANO

SOMMARIO: 1. Il panorama ante riforma fra estensioni normative e giurisprudenziali. - 2. La scelta del modello normativo di assimilazione atipica. - 3. La tecnica normativa utilizzata: normativa di dettaglio e lacune. - 4. Istituti nuovi e principali criticità. - 5. Alcune riflessioni critiche alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

1. La disciplina sulle unioni omoaffettive, la legge n. 76 del 20 maggio 2016, dopo innumerevoli progetti di legge succedutisi nel tempo, è stata finalmente congedata, a seguito di un *iter* parlamentare travagliato e un acceso scontro politico, che ha condotto in entrambe le Camere ad aggirare la discussione sul merito del testo normativo, per giungere alla definitiva approvazione mediante l'uso del voto di fiducia. Posta l'obiettivo difficoltà di commentare un testo normativo appena emanato, anche a fronte dell'assenza di pronunce giurisprudenziali, di un numero consistente di commenti dottrinali e senza quel fisiologico periodo di assestamento che segue all'approvazione di una legge, la prudenza che muove le osservazioni che verranno è dettata anche e particolarmente dalla già esposta premessa: la legge, si è detto, è frutto di un percorso politico difficile ed è essa stessa l'esito del compromesso politico, in ragione - sostanzialmente - della delicatezza della materie coinvolte. La disciplina, pertanto, sconta alcune fragilità, evidenti sin d'ora prima ancora di incontrare il vaglio applicativo. Per comprendere meglio il senso di queste fragilità e l'intero impianto normativo, è bene procedere con alcune premesse.

La prima di queste premesse è l'evidente e più volte ribadito superamento del modello familiare tradizionale, "mediterraneo"¹, testimoniato da una significativa frantumazione della categoria dogmatica di riferimento, attraverso un percorso che ha trasformato la famiglia da "isola" ad "arcipelago"², ad indicare metaforicamente la consistenza di detta frantumazione. La realtà si è fatta a tal punto complessa, che lo studio

¹ D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137.

² L'evoluzione del fenomeno è sottolineata da D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, cit., p. 137 e nota n. 2, laddove il passaggio di F.D. BUSNELLI, *L'isola e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 510 ss.



del diritto di famiglia attiene, oggi, ad una articolata e composita molteplicità di situazioni interpersonali: indefinibili, soggette a modificazioni continue, talvolta evanescenti. Gli effetti di queste inedite dinamiche familiari, espressione ed estrinsecazione della personalità degli individui, trascendono il modello familiare tipico, talvolta presentando fattispecie inedite (come il caso dell'incrocio di embrioni dell'Ospedale Pertini), talvolta neppure raggiungendo la soglia del giuridicamente rilevante. Di quelli che sono i nuovi modelli familiari, nondimeno, la convivenza di fatto e i legami omoaffettivi sono certamente i fenomeni socialmente più rilevanti e tradizionalmente più studiati³.

Anche nel panorama sovranazionale è possibile scorgere questa diversificazione del modello familiare tipico a favore di nuove tipologie di legami. Già dal 1994 e poi frequentemente nel corso del decennio⁴, il Parlamento europeo esortava i Paesi membri a provvedere con sollecitudine al riconoscimento e alle garanzie delle nuove tipologie familiari presenti a livello sociale europeo: le famiglie non fondate sul matrimonio, quelle monoparentali, le famiglie allargate e ricomposte, le unioni omosessuali, le famiglie adottive e quelle affidatarie⁵. L'Europa stessa, inoltre, esibisce un panorama normativo così consistente e diversificato in tema di nuovi contesti familiari, da far apparire ancor meno difendibile la posizione astensionistica sino ad oggi assunta dall'ordinamento italiano. In Europa e nel mondo, infatti, si realizzano esperienze di riconoscimento, numerose ed eterogenee, attraverso percorsi di "parificazione" fra modello coniugale tipico e relazioni omosessuali, mediante l'estensione a queste ultime del matrimonio, o di "assimilazione", ottenuta con l'istituzione delle così dette unioni registrate (così in Germania) o con l'utilizzo dello strumento contrattuale (così in Francia). In altre esperienze ancora, come sin ad oggi in Italia, la scelta della "diversificazione" ha condotto a distinguere nettamente il modello matrimoniale dalle convivenze *more uxorio* dalle coppie dello stesso sesso, lasciando queste ultime prive di una regolamentazione. Analoga eterogeneità è presente sotto il profilo della filiazione, dal momento che, a fronte di Paesi, come il Regno Unito, che consentono l'accesso agli strumenti di genitorialità sociale (*surrogacy*, adozione per coppie omosessuali e single, *second parent adoption*, procreazione medicalmente assistita ad accesso libero), ve ne sono altri, come la Germania, nei quali è consentita solamente la *second parent*

³ In relazione alla graduale assimilazione fra legame coniugale e non coniugale, alla luce della valutazione del rapporto sostanziale in essere, v. Cass. SS.UU., 17 luglio 2014, n. 16379, in *Fam. dir.*, 2015, p. 220, con nota di L. GRAZIANO, *Per le Sezioni Unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa della "delibazione" di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, più recentemente Cass., 1° aprile 2015, n. 6611 e Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, dalla quale: "Ove tale convivenza assuma dunque i connotati di stabilità e continuità, e i conviventi elaborino un progetto ed un modello di vita in comune (analogo a quello che di regola caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio), (...) la mera convivenza si trasforma in una vera e propria "famiglia di fatto". A quel punto, il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale da uno dei partner, non può che venir meno di fronte all'esistenza di una vera e propria famiglia, ancorché di fatto. Si rescinde così ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale e, con ciò, ogni presupposto per la riconoscibilità di un assegno divorzile, fondato sulla conservazione di esso, pur dovendosi ribadire che non vi è né identità, né analogia tra il nuovo matrimonio del coniuge divorziato, che fa automaticamente cessare il suo diritto all'assegno, e la fattispecie in esame che necessita di un accertamento e di una pronuncia giurisdizionale".

⁴ Le Raccomandazioni del Parlamento europeo sono contenute nelle Risoluzioni dell'8 febbraio 1994, del 16 marzo 2000, del 14 luglio 2001 e del 4 settembre 2003. In tema, si consenta un rinvio a A. CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 2004, p. 107 ss.

⁵ F. RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 516 ss.



adoption, e altri ancora nei quali vi è una chiusura assoluta nei riguardo di forme familiari non coniugali (come per l'Italia).

Infine, è doveroso premettere che la novella si inserisce in un panorama interno del tutto peculiare, nel quale l'ordinamento giuridico, carente di una disciplina organica sulle convivenze non fondate sul matrimonio, si è adattato mettendo in atto dispositivi normativi e paranormativi allo scopo di rispondere alle ragionevoli istanze di riconoscimento e tutela. Sono noti i numerosi indici normativi e la consistente prassi applicativa della giurisprudenza, che consente di sostenere un certo grado di autonomia concettuale sicuramente alla famiglia di fatto, ma per alcuni aspetti anche alle relazioni omoaffettive. Di là dai classici temi concernenti l'applicazione analogica delle norme relative alla famiglia legittima (artt. 143, 145 147, 148 c.c.)⁶ e le questioni connesse alla classificazione delle elargizioni patrimoniali fra conviventi⁷, qui non ripercorse, sono noti i provvedimenti normativi che variamente riconoscono la famiglia di fatto: l'art. 342 *bis* e s. e l'art. 404 e ss. del codice civile, l'art. 23, secondo comma, l. 91/1999 in tema di donazione di organi *post mortem*, l'art. 93, secondo comma, d.p.r. 285/1990 sul sepolcro familiare, nelle quali il convivente è, a diverso titolo, menzionato nell'ambito soggettivo di applicazione delle discipline indicate. Nella normativa sulla procreazione medicalmente assistita, l'ambito soggettivo comprende anche la famiglia di fatto: il legislatore del 2004 ha scelto di estendere la disciplina anche alle coppie conviventi, senza alcuna prescrizione riguardo ai loro requisiti; un limite è, invece, statuito riguardo alla persona *single*⁸ e, fino alla caduta del divieto dell'eterologa, all'inseminazione con gameti di terzo donatore. La scelta del legislatore del 2004, per altro verso, appare dissonante con quanto disposto dalla disciplina di modifica della legge 183/1984, che ha optato per la sola coppia coniugata, utilizzando lo stratagemma della convivenza triennale precedente alla celebrazione del matrimonio e con ciò svilendo il processo di riconoscimento giuridico della famiglia di fatto⁹. In questo senso, non si può che accogliere con favore l'estensione compiuta dal legislatore del 2006, che ha introdotto la disciplina di modifica dell'affidamento della prole in occasione della crisi a tutta la patologia familiare, compresa la crisi della famiglia di fatto¹⁰.

⁶ Sul tema, *ex multis*, F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, part. p. 84 ss.; nonché E. QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 294 ss.; P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 120 ss.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale* a cura di P. PERLINGIERI e M. SESTA, I, Napoli, 2007, p. 402 ss.; F. D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989, p. 323 ss. Sui rapporti personali nelle convivenze di fatto, F. FORTINGUERRA, *Dei rapporti personali nelle convivenze non matrimoniali*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive* a cura di M. FRANCESCA e M. GORGONI, Napoli, 2009, part. p. 291 ss. Sull'applicazione dell'art. 145 c.c. alla cessazione della convivenza, Pret. Genova, 21 maggio 1981, in *Foro it.*, 1982, c. 1452, con nota di M. DOGLIOTTI; Trib. Reggio Calabria, 17 ottobre 1994, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 611. Sull'estensione degli artt. 147, 148 e 261, Trib. Napoli, 8 luglio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 501.

⁷ Sul tema, per tutti, L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, XLVIII, Milano, 2004, 233 ss.; in senso analogo, Cass., 20 gennaio 1989, n. 285, in *Foro it., Rep.*, 1989, voce *Obbligazioni in genere*, n. 23; Trib. Roma, 13 maggio 1995, in *Gius.*, 1995, 3593.

⁸ F. RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 628 ss.

⁹ S. POLIDORI, *Le famiglie non fondate sul matrimonio: ruolo del diritto e tecniche d'intervento del sistema*, cit., p. 136.

¹⁰ L. BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Famila*, 2006, p. 655 ss.; F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affido condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 398 ss.; F. RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, in *Famila*, 2006, p. 625. Sul collegamento con la novella, R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in *La nuova regolamentazione delle*



In ambiti *a latere* della materia familiaristica, ma altrettanto significative sono le ipotesi previste dall'art. 17, l. 17 febbraio 1992, n. 179, in materia di edilizia popolare, che consente al convivente di subentrare al partner nella qualità di socio o assegnatario; dall'art. 2, d.m. 6 agosto 1993, n. 574, che consente al convivente del personale appartenente ai ruoli della Polizia di Stato di fruire degli alloggi di servizio; dall'art. 70, d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, che, per la determinazione dell'importo dovuto per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, richiede l'indicazione delle persone componenti del nucleo familiare o della "convivenza"; dall'art. 6, d.m. 29 marzo 1994, che individua fra i soggetti legittimati a ricevere il sussidio previsto in favore degli eredi del notaio deceduto in esercizio anche il convivente; infine, dall'art. 13, secondo comma, d.p.r. 28 luglio 1999, n. 510, che menziona il convivente fra i destinatari dei benefici in favore dei superstiti di dipendenti pubblici vittime di azioni terroristiche¹¹.

La giurisprudenza ha affidato all'applicazione analogica il compito di avvicinare le due tipologie familiari, quella coniugale e quella non fondata sul matrimonio¹². Con la sentenza n. 6 del 1977, la Corte costituzionale ha imposto al legislatore il riconoscimento delle convivenze di fatto ai fini dell'estensione delle garanzie del processo penale: l'art. 199 c.p.p. si applica, limitatamente ai fatti appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale, anche a colui che, pur non essendo coniuge dell'imputato, conviva o abbia convissuto con esso¹³. Deve, peraltro, essere segnalata una nota pronuncia di merito, che ha equiparato, quale presupposto della facoltà di astensione dal testimoniare, la convivenza tra soggetti eterosessuali a quella tra soggetti omosessuali, ravvisando i medesimi requisiti della relazione affettiva stabile e del reciproco riconoscimento della collaborazione e dell'assistenza morale e materiale, insieme alla situazione psicologica determinata dal

unioni civili e della convivenze a cura di M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, Torino, 2016, part. p. 2.

¹¹ C.A. TERRANOVA, *Convivenza e situazioni di fatto*, in *Tratt. Zatti*, Milano, 2002, I, I, p. 1084 ss. Anche in tema previdenziale, vi è una significativa apertura verso le convivenze di fatto: si veda in tema, V. SOLIMENE, *Aspetti previdenziali*, in F. BOCCHINI, *Le convivenze familiari*, cit., p. 525 ss.; diversamente in Corte cost., 3 novembre 2000, n. 416, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 295: "E' infondata la q.l.c., in riferimento agli artt. 2 e 3 cost., dell'art. 13, r.d.l. 14 aprile 1939 n. 636, conv. in l. 6 luglio 1939 n. 1272 e dell'art. 9 commi 2 e 3 l. 1 dicembre 1970 n. 898, come sostituito dall'art. 13 l. 6 marzo 1987 n. 74, nella parte in cui non includono il convivente "more uxorio" tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità, ancorché la convivenza presenti i caratteri di stabilità e certezza propri del vincolo coniugale. La mancata inclusione del convivente "more uxorio" tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità trova infatti una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che tale trattamento si collega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che nel caso "de quo" manca, con la conseguenza che la diversità delle situazioni poste a raffronto rende non illegittima una differenziata disciplina delle stesse (sent. n. 8 del 1996). Nemmeno può dirsi violato il principio di tutela delle formazioni sociali in cui si sviluppa la persona umana in quanto la riferibilità del principio alla convivenza di fatto purché caratterizzata da un grado accertato di stabilità (sent. n. 310 del 1989 e 237 del 1986) non comporta un necessario riconoscimento al convivente del trattamento pensionistico di reversibilità, che non appartiene certo ai diritti inviolabili dell'uomo presidiati dall'art. 2 cost.".

¹² F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 975.

¹³ Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 6, in *Giur. cost.*, 1977, p. 33: "Non contrasta con il principio di eguaglianza (...) la norma dell'art. 350 c.p.p., nella parte in cui consente che, in aggiunta ai prossimi congiunti di cui all'art. 307, comma 4, c.p., possa astenersi dal deporre chi, nei confronti dell'imputato o di uno dei coimputati, si trovi in una situazione affettiva di natura familiare semplicemente di fatto ed oggettivamente identica a quella disciplinata dal cit. art. 350 c.p.p.". In tema, S. POLIDORI, *Le famiglie non fondate sul matrimonio: ruolo del diritto e tecniche d'intervento del sistema*, cit., p. 135 s.



vincolo affettivo, a fondamento la disposizione dell'art. 199 c.p.p.¹⁴ La giurisprudenza ha, poi, assimilato i legami anche in tema di successione nel contratto di locazione del convivente superstite¹⁵ e di divisione in pari quote della somma depositata in conto corrente cointestato, in un'ipotesi dove il giudice di prime cure ha utilizzato argomentazioni analoghe a quelle svolte in tema di scioglimento della comunione legale fra coniugi con riguardo al contributo fornito dal lavoro casalingo della convivente, riecheggiando il dispositivo di cui al terzo comma dell'art. 143 c.c.¹⁶. Sono note, infine, e condivisibili le pronunce in tema di risarcimento del danno morale subiettivo per la perdita del partner¹⁷.

Di segno opposto, altre pronunce che negano siffatta estensione, respingendo l'applicazione ai conviventi della sospensione del termine prescrizione fra conviventi, sancita fra coniugi della norma di cui all'art. 2941, primo comma, n. 1¹⁸, ed escludendo il ricongiungimento familiare al convivente dello stesso sesso¹⁹. Mentre rispetto ad un primo orientamento - che ha negato, in una fattispecie di cessazione di un rapporto di convivenza *more uxorio*, qualsivoglia pretesa al godimento dell'immobile destinato alla convivenza, sancendo in capo al convivente proprietario esclusivo dell'immobile il diritto di ottenerne il

¹⁴ Assise Torino, 19 novembre 1993, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 230 ss.

¹⁵ In questo senso, Trib. Roma, 20 novembre 1982, in *Temi rom.*, 1983, p. 379 ss.; e Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2515, in dottrina, G.G. GRECO, *Gli accordi di convivenza ed i diritti dei singoli nella giurisprudenza*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive* a cura di M. FRANCESCA e M. GORGONI, cit., p. 333 ss. Ma, di recente, Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 7, in *Giust. civ.*, 2010, p. 12, che dichiara manifestamente infondata la questione relativa all'art. 6, terzo comma, della l. 27 luglio 1978, n. 392, nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione del convivente del conduttore, anche quando non vi sia prole naturale.

¹⁶ Trib. Bolzano, 20 gennaio 2000, in *Giur. mer.*, 2000, p. 818.

¹⁷ Sul tema, Cass. pen., 12 giugno 1987, in *Cass. Pen.*, 1988, p. 1926, sul risarcimento del (solo) danno morale soggettivo derivante da reato e non del danno patrimoniale derivante dall'uccisione del partner; con riferimento, invece, a tutte le categorie di danno, Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 1366. Per una vicenda insolita, Trib. Venezia, 31 luglio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 864 ss., in tema di risarcimento del danno per perdita del convivente all'interno di una relazione incestuosa; in commento alla quale, G.G. GRECO, *Gli accordi di convivenza ed i diritti dei singoli nella giurisprudenza*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive* a cura di M. FRANCESCA e M. GORGONI, cit., p. 344 ss.

¹⁸ Così Corte cost., 29 gennaio 1998, n. 2, in *Guida dir.*, 1998, n. 8, p. 50: "Non è fondata - in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. - la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2941, n. 1, del Codice civile, nella parte in cui non prevede che il corso della prescrizione resta sospeso tra i conviventi *more uxorio*". Criticamente, S. POLIDORI, *Le famiglie non fondate sul matrimonio: ruolo del diritto e tecniche d'intervento del sistema*, cit., p. 137 s.

¹⁹ In questo senso, Cass., 17 marzo 2009, n. 6441, in relazione all'art. 30, primo comma, lett. c), d.lgs. 286/1998. Analogamente, sul diritto dell'immigrato irregolare, convivente *more uxorio* con una cittadina italiana, a non essere espulso, si veda Cass. pen., 22 maggio 2008, n. 24710: nonostante il dettato normativo di cui all'art. 19, secondo comma, d.lgs. 286/1998 (secondo il quale, non è consentita l'espulsione nei riguardi "degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana"), la Suprema Corte afferma che "La convivenza *more uxorio*" con una cittadina italiana non può costituire legittimo motivo ostativo all'espulsione". La pronuncia, peraltro, conferma la precedente Corte cost., 20 luglio 2000, n. 313, in *Foro it.*, 2002, I, c. 355, laddove: "Non è consentito estendere alla convivenza di fatto, attraverso un semplice giudizio di equivalenza, la disciplina prevista per la famiglia legittima, costituendo il primo un rapporto privo dei caratteri della stabilità e della certezza, nonché della reciprocità e corresponsività dei diritti e dei doveri, nascenti soltanto dal matrimonio, in seno, appunto, alla famiglia legittima". Sul problema dell'immigrazione in relazione ai rapporti di convivenza, nuovamente G.G. GRECO, *Gli accordi di convivenza ed i diritti dei singoli nella giurisprudenza*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive* a cura di M. FRANCESCA e M. GORGONI, cit., p. 354 s.



rilascio da parte dell'altro convivente²⁰ -, è seguito un significativo *revirement* dalla Corte di legittimità a favore del riconoscimento, in capo al convivente di fatto, della qualifica di detentore qualificato e della conseguente tutela possessoria²¹.

Un dato di novità, quanto a tutela delle nuove tipologie familiari, è rappresentato dal così detto "diritto regionale della famiglia", vale a dire quell'insieme di normative regionali, provinciali e comunali che diversamente riconoscono e sostengono le forme familiari non coniugali, attraverso la partecipazione alle graduatorie per l'assegnazione dell'edilizia popolare, per gli asili comunali, e mediante le agevolazioni per la costruzione e ristrutturazione degli immobili residenziali²². La consistenza e la rilevanza di questo panorama, consolidato da disposizioni comunali che prevedono l'istituzione di elenchi delle unioni civili, testimonia, ancora una volta, il superamento di quella prospettiva dicotomica fra diritto privato e diritto pubblico²³ e imponendo una domestichezza con fonti tradizionalmente estranee all'ambito familiaristico.

Infine, è da segnalare, sempre a livello interno, un progressivo orientamento da parte delle Corti superiori sia nei riguardi del riconoscimento della giuridica rilevanza dei legami omoaffettivi²⁴ o, comunque, della meritevolezza del rapporto familiare che si costituisce a prescindere dell'atto di matrimonio²⁵; sia relativamente alla garanzia di legami affettivi derivanti da forme di genitorialità così dette sociali²⁶, strettamente legate alle prime

²⁰ Trib. Genova, 23 febbraio 2004, in *Guida dir.*, 2004, n. 22, p. 61. Si veda, un'ipotesi di usucapione del diritto di abitazione del convivente superstite, G.G. GRECO, *Gli accordi di convivenza ed i diritti dei singoli nella giurisprudenza*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive* a cura di M. FRANCESCA e M. GORGONI, cit., p. 337 ss.

²¹ Così Cass, 2 gennaio 2014, n. 7, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 652 con nota di F. ESPOSITO, *Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente*, in analogia a Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Fam. dir.*, 2013, p. 649, con nota di C. GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso*.

²² M. FONTANA VITA DELLA CORTE, *Le unioni civili nel diritto locale*, in *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive*, cit., p. 163, part. 167 ss.

²³ Sulla questione già M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss.; P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico nella negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.

²⁴ Il riferimento è a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. dir.*, 2010, p. 653, con nota di M. GATTUSO; in *Foro it.*, 2010, c. 1367 con nota di R. ROMBOLI; in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 179, con nota di F.R. FANTETTI; v. ancora Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Notariato*, 2012, p. 504, con nota di E. CALO, che ha sancito che il matrimonio *same sex* contratto all'estero non sia *inesistente* per l'ordinamento italiano, ma *inefficace*, giacché la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto naturalistico del matrimonio stesso; S. PATTI, *I diritti delle persone omosessuali e il mancato riconoscimento del matrimonio contratto all'estero*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 456. In tema di matrimonio "ex post omosessuale" e per la meritevolezza dell'autodeterminazione di genere anche sotto il profilo della conservazione dei legami affetti già costituiti, Cass., 6 giugno 2013, n. 14329, sulla quale ampiamente A. CORDIANO, *Transizione sessuale e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 762.

²⁵ Così la già menzionata Cass. SS.UU., 17 luglio 2014, n. 16379, cit., per la quale la stabile convivenza coniugale ultra-triennale "sana" la nullità dell'atto di matrimonio, ancorché concordatario, così ostando alla "delibazione" di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

²⁶ Si tratta di una casistica diversificata: dagli affidamenti temporanei a coppie omosessuali stabilmente conviventi (Trib. min. Bologna, 31 ottobre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, p. 273, con nota di F. TOMMASEO, *Sull'affidamento familiare di un minore a una coppia omosessuale*; e Trib. min. Palermo, 4 dicembre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, p. 351, con nota di G. MASTRANGELO, *L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*), alle ipotesi di affidi *sine die* tramutati in adozione mite (Trib. min. Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p. 393) o aperta (Trib. min. Brescia, 21 dicembre 2010, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Adozione ordinaria e in casi particolari*, n. 57; Trib. min. Roma, 8 gennaio 2003, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1122; Trib. min. Napoli, 24 novembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 80), tramite il ricorso all'adozione in casi particolari dell'art.



questioni. Questo graduale attestarsi di un diritto pretorio verso i nuovi modelli familiari e genitoriali è idealmente culminato con la pronuncia della Corte europea per i diritti dell'uomo, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 Cedu sul diritto al rispetto della vita privata e familiare: nel celebre caso *Oliari*, riguardante tre coppie omosessuali, l'Italia è stata condannata con un giudizio emesso all'unanimità dai giudici di Strasburgo, i quali hanno sanzionato ed esortato il legislatore italiano ad introdurre una disciplina volta alla garanzia dei diritti fondamentali delle coppie omosessuali²⁷, aprendo così il varco ad altri potenziali ricorrenti fino a quando detta lacuna non fosse stata colmata²⁸. Di qui anche, forse, una certa solerzia del Parlamento italiano.

È in questo complessivo e articolato quadro che si colloca l'introduzione della disciplina sulle unioni civili e sulla convivenza di fatto, la quale, come detto, mostra sin da subito alcune fragilità dovute alla necessità di trovare un adeguato compromesso politico che ne consentisse l'approvazione. Di queste criticità si intenderà dare conto, rispetto alle questioni che appaiono maggiormente significative.

44 lett. d) l. ad. Sempre con lo strumento di cui alla lett. d) dell'art. 44 l. ad., la giurisprudenza ha autorizzato l'adozione speciale del figlio del convivente omosessuale (Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 109, con nota di J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*), non potendo ricorrere alla lett. b) della stessa disposizione, come sarebbe potuto accadere con l'introduzione della c.d. *stepchild adoption*, prevista nella versione originaria del d.d.l. Cirinnà. La giurisprudenza mostra, invece, ambiguità nel riconoscimento (o meno) delle adozioni ordinarie costituite all'estero (a favore App. Milano, 16 ottobre 2015, in *www.articolo29.it*; *contra* Trib. min. Bologna, 10 novembre 2014, in *Guida dir.*, 2015, 5, p. 15, con nota di G. BUFFONE; in una posizione intermedia, si veda Cass., 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Fam. dir.*, 2011, p. 697, con nota di M.A. ASTONE, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*) e nella trascrizione dell'atto di nascita del minore nato all'estero da coppia omosessuale tramite l'accesso alle tecniche di p.m.a. eterologa (positivamente, App. Torino, 29 ottobre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, p. 822, con nota di M. FARINA, *Il riconoscimento di status tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore*) o tramite la maternità per sostituzione (a favore del riconoscimento dello status giuridico del nato da maternità surrogata, Trib. Milano, 1° agosto 2012 e Trib. Milano, 6 settembre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 712, con nota di F. TURLON, *Nuovi scenari procreativi: rilevanza della maternità "sociale", interesse del minore e favor veritatis*; *contra* Cass. 26 settembre 2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 235, con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà dell'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*).

²⁷ Sul caso, Corte Edu, 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia*, L. LENTI, *Note in margine al caso Oliari c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 575; sulla giurisprudenza precedente, per tutti, Corte Edu, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 1337, con nota di S. WINKLER. In tema, F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 977 e p. 992.

²⁸ R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 3.



2. Il primo tema che si intende affrontare, trasversalmente per le unioni civili e per le convivenza di fatto, attiene alla scelta dello strumento normativo utilizzato: il legislatore italiano, infatti, introduce ai commi primo e seguenti dell'unico articolo di cui è composta la legge, l'unione registrata fra persone maggiorenni dello stesso sesso, mediante una corposa elencazione di condizioni per contrarre l'unione, che sostanzialmente riproducono i disposti di cui agli artt. 85-88 c.c., attraverso la celebrazione dell'unione dinanzi all'ufficiale di stato civile e la successiva registrazione dell'atto nell'archivio dello stato civile (che dovrà essere adeguato in tal senso entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge n. 176, come disposto dall'art. 28, lett. a). Dai commi 36 e seguenti dell'art. 1 è disciplinata, altresì, la convivenza di fatto, rivolta a coppie maggiorenni, a prescindere dalla caratterizzazione sessuale: la convivenza, associata o meno a contratti di convivenza che potranno disciplinare alcuni specifici profili personali e patrimoniali, è caratterizzata da brevi e puntuali requisiti (due soggetti maggiorenni, uniti da legami affettivi, non vincolati da rapporti di parentela, affinità e adozione, non già uniti in altro matrimonio o altra unione registrata) e si costituisce mediante la semplice dichiarazione anagrafica, ossia con l'iscrizione dello stato famiglia, secondo quanto previsto dagli artt. 4 e 13, comma primo, lett. b) del regolamento di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

La scelta operata dal legislatore è stata quella di un'assimilazione atipica, mediante l'introduzione di due modelli di regolamentazione sostanzialmente diversi, che almeno per le coppie omosessuali si affiancano, caratterizzati l'uno da un impianto pubblicistico (l'unione registrata), l'altro dalla combinazione di una vocazione privatistica, dettata dalla disciplina degli eventuali contratti di convivenza e di un profilo pubblicistico¹. È peculiare, in ogni modo, l'introduzione di modelli familiari *normativi*, ciascuno con una propria regolamentazione, che, mediante un approccio *top down*, si affiancano ai modelli familiari esistenti e che per tradizione vedono una precedente attestazione di pratiche familiari, prima di giungere ad istanze di riconoscimento giuridico, secondo un atteggiarsi tradizionalmente opposto a quello riferito.

Le criticità insite nei due modelli introdotti possono essere suddivise rispetto ai due strumenti menzionati: con riferimento alle unioni registrate, in particolare, una delle più significative debolezze è dettata proprio dal compromesso politico di cui s'è fatto cenno, in nome del quale si sono prodotte delle vere e proprie acrobazie giuridiche non sempre giustificabili. Nella definizione dell'unione omosessuale, infatti, non è presente il termine *famiglia*: il comma primo dell'art. 1, infatti, descrive l'unione civile come una "specifica formazione sociale", ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost.² In nome di questa precisa volontà politica, sono state evitate alcune scelte normative che avrebbero potuto indurre ad una possibile equiparazione fra i legami: tutta la disciplina delle condizioni per contrarre il legame omosessuale, ad esempio, viene riprodotta analiticamente ai commi 4 e 7, senza alcun rinvio alle norme codicistiche corrispondenti³; in maniera parzialmente diversa accade, invece, con riferimento alla disciplina della nullità dell'unione (che sarebbe stato più opportuno declinare come *invalidità*), nella quale la tecnica del rinvio viene opportunamente utilizzata. La riproduzione analitica del contenuto degli artt. 86, 85, 87, 88 c.c., nonché

¹ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 978, part. alla nota n. 25, e p. 995.

² R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 4.

³ R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 5



dell'art. 122 c.c.⁴, appesantisce evidentemente il testo complessivo a fronte della possibilità di rinviare alle suddette disposizioni, modificate secondo le singole necessità⁵: così è avvenuto con la modifica dell'art. 86 c.c. (ad opera del comma 32) e 124 c.c., e non invece per l'art. 87 c.c., che avrebbe potuto recare la modifica del divieto nei riguardi della generica parentale collaterale nel terzo grado, senza alcuna caratterizzazione sessuale, e per le fattispecie di cui all'art. 1436 c.c.⁶ e agli artt. 65 e 68 c.c., tutti emendabili nel senso predetto e per i quali è stata preferita l'introduzione di una norma *ad hoc*.

Nello stesso segno, di matrice eminentemente politica, si colloca la discutibile scelta di non estendere direttamente le norme di cui agli artt. 143 e 144 c.c.⁷, e di espungere, altresì, dal comma 11, che riproduce sostanzialmente il contenuto delle due norme anzi dette, il dovere di fedeltà: in altre parole, è stato eliminato dall'unione omosessuale uno dei doveri che fondano il nucleo essenziale del legame affettivo⁸, quello tradizionalmente più percepito e, non a caso, più sollecitato in sede di pronuncia di addebito e di illecito endofamiliare; questa sorta di "desessualizzazione" del rapporto omosessuale contiene un'implicita valutazione aprioristica di promiscuità della relazione omoaffettiva e, di qui, di gerarchia fra i legami, che non trova alcun riscontro giuridico nei principi fondamentali, ma appare essere il frutto, come segnalato, di una mera e discutibile opzione ideologica.

Entrambe queste scelte, la diversificazione dal modello familiare eterosessuale e la rimozione del dovere di fedeltà dal nucleo essenziale del rapporto, scontano però alcune ambiguità: alcune meramente terminologiche, come l'utilizzo dell'aggettivo *familiare* in seno al comma 12, che riproduce il contenuto dell'art. 144 c.c., altre, invece, di natura sostanziale, come il rinvio all'art. 146 c.c., il quale, oltre a fare riferimento ad un istituto, quello della separazione, inapplicabile, rinvia anche agli obblighi di cui all'art. 147 c.c., smentendo così l'impianto ideologico della novella, teso a regolamentare solo gli effetti orizzontali della coppia⁹. Il legislatore, poi, con una tecnica pregevole negli intenti ma eccessivamente generica, "al fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione", ha infatti esteso l'applicazione del trattamento giuridico riservato al coniuge anche al convivente dell'unione, mediante il comma 20, il quale, salvo le disposizioni di cui alla legge 183/1984, si applica ad ogni legge, atto avente forza di legge, regolamento e ogni atto amministrativo e nei contratti collettivi¹⁰. Dalla medesima ambiguità sono caratterizzate altre estensioni che, se pure altrettanto pregevoli, non collimano con il substrato ideologico indicato, riconoscendo

⁴ R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 10 ss., con le precisazioni relative in particolare all'art. 122 c.c., il cui ambito di competenza è limitato al comma 3, nn. 2, 3 e 4, eliminando ingiustificatamente i nn. 1 e 5.

⁵ V. G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 1015 s.

⁶ La norma, sostiene R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 20 s., si sarebbe potuta arricchire anche dell'ipotesi di cui all'art. 1916 c.c., in tema di surrogazione dell'assicuratore, in virtù di quanto disposto dalla Corte cost., 21 maggio 1975, n. 117, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1561.

⁷ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 986 e p. 988 ss.

⁸ R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 15, con una lettura che supera la visione critica di detta previsione.

⁹ R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 14.

¹⁰ G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1020.



diritti tipicamente “coniugali”: il diritto alla pensione di reversibilità (comma 17); la sospensione della prescrizione fra conviventi (comma 18); l'estensione di tutta l'area successoria, che fa del convivente un legittimario (comma 21); l'applicazione della comunione legale quale regime legale (comma 13), anche a fronte dei dati statistici, che danno detto regime in costante e ragionevole dismissione, in favore naturalmente della separazione dei beni.

Ancora, appare fortemente critica l'assenza del regime pubblicitario delle pubblicazioni, a fronte di un sistema di impedimenti para-matrimoniali sostanzialmente identico a quello codicistico, suggerendo l'idea che la responsabilità in capo agli ufficiali dello stato civile inevitabilmente incontrerà un sostanziale aggravio. Non solo critica, ma sospetta di profili di incostituzionalità sembra la scelta di limitare l'unione registrata ai soli maggiorenni, stante la norma di cui all'art. 84 c.c., con il correlato controllo giudiziale, nonché la possibilità di costituire il legame di filiazione anche precedentemente al compimento dei sedici anni, in virtù del novellato art. 250 c.c. Infine, in attesa dell'emanazione della disciplina delegata, che potrebbe in tal senso disporre, appaiono indeterminati alcuni profili: l'assenza di una modifica dell'art. 78 c.c. fa dubitare sul fatto che la costituzione crei un legame di affinità, con la relativa estensione di ciò, ad esempio, in tema di impedimenti matrimoniali (art. 87 c.c.) e para-matrimoniali (comma 4, lett. c); la modifica dell'art. 86 in tema di libertà di stato non ha però (ancora) visto analogo mutamento nell'art. 556 c.p., dovendosi pertanto attendere i decreti delegati per comprendere se il reato sia ampliato nella sfera oggettiva, applicandosi anche fra unioni e fra unione e matrimonio.

Infine, con riguardo all'area penale genericamente intesa, ci si chiede se, data la configurazione dell'unione civile quale formazione sociale e non quale famiglia, ciò possa in qualche modo rilevare in sede di verifica dell'integrazione dei reati “familiaristicamente connotati”: se, invero, in alcune fattispecie penali la convivenza assume elemento qualificante della fattispecie, ve ne sono altre nelle quali è l'esistenza di un assetto familiare a costituire il sostrato della fattispecie; ad esempio, nel caso del reato di cui all'art. 572 c.p., il legislatore, assimilando con l'art. 4 della legge 172/2012 un'interpretazione consolidata della giurisprudenza, ha esteso l'ambito di applicazione della fattispecie anche alla famiglia non fondata sul matrimonio; detta estensione, tuttavia, non ha escluso il dubbio in relazione alla sussistenza del reato anche in assenza di una convivenza. Soffermendosi sul concetto di persona della famiglia “o comunque convivente” rilevante ai sensi dell'art. 572 c.p., la Cassazione ha, infatti, ritenuto insussistente la fattispecie nel caso di precarietà del rapporto sentimentale e di mancanza di una convivenza stabile e continuativa¹¹, quanto meno nel caso di assenza di un rapporto matrimoniale, nel quale, invece, mancante la convivenza (ad esempio, a seguito di comportamento *ex* art. 146 c.c. ovvero in stato di separazione personale dei coniugi), permangono in ogni caso i doveri giuridici correlati all'art. 143 c.c. V'è da chiedersi, a tal proposito, se nel caso di unione civile, soddisferà la sola esistenza di una convivenza stabile, inqualificabile tuttavia come “famiglia”. Analoghi dubbi rilevano nel caso della fattispecie di cui all'art. 570 c.p., giacché è vero che la norma punisce colui il quale si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori, o alla qualità di coniuge, tuttavia la rubrica della stessa norma identifica l'ambito soggettivo di applicazione con il nucleo familiare, assente appunto nel caso di un legame omosessuale.

¹¹ Così Cass. Pen., 22 luglio 2015, n. 32156, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1390, con nota di A. ROIATI.



Infine, non è puntualizzato se la tecnica assimilatoria del comma 20 si applichi anche alle norme penali *in malam partem* derivanti dalla qualità di coniuge, ossia a quelle ipotesi in cui detta qualità comporta un aggravamento della posizione del soggetto, come nel caso di cui all'art. 577 c.p., come anche alle ipotesi normate di incompatibilità. In ogni caso, e in un senso più ampio, v'è da interrogarsi se l'estensione prodotta dal comma 20 della legge n. 76 sia sostenibile, da sola, anche al fine di modificare sostanzialmente la costruzione di fattispecie penali, le quali, in ragione di un generale principio di tassatività, non dovrebbero poter giovare di un generico rinvio ad ogni legge, atto avente forza di legge, regolamento e ogni atto amministrativo e nei contratti collettivi, ma dovrebbero richiedere una puntuale regolamentazione, anche in ragione del fatto, come detto, che nel caso di unioni civili è esplicitamente e volutamente assente un nucleo familiare¹².

Proseguendo con le convivenze di fatto, molte delle criticità sorgono in ragione della tecnica assimilatoria utilizzata, per la quale i conviventi sono in parte equiparati ai coniugi (ad esempio in materia di diritti spettanti in materia di ordinamento penitenziario e in caso di malattia e ricovero, secondo quanto disposto dai commi 38 e 39), in parte no (ad esempio, è esclusa l'equiparazione del convivente ai fini successori). La convivenza di fatto è destinata a soggetti maggiorenni e a prescindere dalla caratterizzazione sessuale, uniti da legami affettivi, non vincolati da rapporti di parentela, affinità e adozione, non già vincolati in altro matrimonio o altra unione registrata. A questa inedita fattispecie il legislatore ha attribuito un'attenzione più frettolosa, quanto meno rispetto a questi primi profili: non viene chiarito, ad esempio, se la convivenza di fatto crea legami di affinità, poiché, pur realizzandosi con un mero adempimento burocratico, costituisce comunque un nucleo familiare; né se il generico vincolo di parentela che impedisce la convivenza sia quello dell'art. 87 c.c. ovvero un divieto diverso, più ampio o più ristretto¹³.

Di là da queste brevi osservazioni, è il senso complessivo dell'intervento normativo ad apparire meno comprensibile: attraverso questa tecnica normativa, la convivenza si costituisce mediante la semplice dichiarazione anagrafica, ossia con l'iscrizione dello stato famiglia, secondo quanto previsto dagli artt. 4 e 13, comma primo, lett. b) del regolamento di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 e che costituisce, in tal senso, solo il *dies a quo*, ma nulla dice sull'esistenza o meno di una comunione di vita materiale e spirituale¹⁴, né su un *quantum* temporale necessario a costituirlo. Deve dedursi che, se non s'intende acquisire i diritti sanciti da questo nuovo istituto, si dovrà necessariamente scegliere la via della totale invisibilità, non iscrivendosi nello stato famiglia comune; e se si era già iscritti precedentemente all'entrata in vigore della legge, si dovrà inevitabilmente modificare lo stato famiglia, eliminando uno dei due conviventi, che dovrà provvedere a eleggere un'altra residenza, salvo che la legge delega disponga diversamente a riguardo. L'istituto della convivenza di fatto, così delineata, certamente costituisce e riconosce alcuni diritti e doveri di rilevanza fondamentale per gli individui, che tuttavia questi stessi individui potrebbero non voler acquisire o, meglio, che potrebbero non voler adempiere. E' vero che molte delle

¹² R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 6, criticamente in generale su questa "clausola di effettività della tutela".

¹³ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 997.

¹⁴ G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1021; F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 979 e p. 998.



situazioni soggettive sancite dalla novella erano, in realtà, diritti e doveri già riconosciuti attraverso quelle menzionate estensioni normative e giurisprudenziali e dalle normative regionali e degli enti locali; tuttavia, la legge introduce istituti inediti e, in ogni caso, le ragioni per cui gli appartenenti ad famiglia non fondata sul matrimonio scelgono di iscriversi in uno stato famiglia comune, tradizionalmente si trovano nell'aspirazione al godimento dei così detti diritti sociali, determinandosi volontariamente verso un regime *a latere* del modello matrimoniale e per le motivazioni più diverse¹⁵. In altre parole, non è stato considerato l'opportuno coordinamento fra le situazioni anagrafiche precedenti all'entrata in vigore della legge e il nuovo sistema, in virtù del quale i soggetti si troverebbero a sottostare ad un regime giuridico che potrebbero non volere o non volere appieno¹⁶.

¹⁵ A tal proposito, come studio che nasce da una ricerca empirica, si veda in *L'isola della maternità. Donne lavoratrici di fronte all'esperienza della maternità*, a cura di D. GOTTARDI, Roma, 2015, laddove, in particolare, A. CORDIANO, *Maternità e lavoro nella prospettiva del diritto di famiglia: alcuni falsi miti e altri svelamenti*, p. 91-119

¹⁶ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 982, part. alla nota n. 39.



3. Con riferimento ad entrambi gli istituti descritti, appare peculiare anche la scelta della tecnica normativa utilizzata: oltre alla discutibile e faticosa costruzione di una disciplina composta di un solo articolo e sessantanove commi, in luogo dell'originario progetto che era stato redatto secondo modalità più consone, si è già rilevata la scarsa tendenza ad usufruire della tecnica del rinvio materiale (come avvenuto invece al comma 19) o di quella assimilatoria (comma 20), con l'inevitabile conseguenza che vi sono numerose disposizioni che si sovrappongono ad altre disposizioni già esistenti, producendo un fenomeno di sovrapproduzione normativa negli ambiti dove esistono già fonti normative primarie, in quelli in cui vi è una copiosa e variegata produzione degli enti locali, e laddove la giurisprudenza ha già espresso posizioni più o meno consolidate¹.

Venendo al primo ambito, appaiono discutibili, ed esito di una superfetazione, le norme di cui ai commi 15 per le unioni civili e 48 per le convivenze di fatto, per quanto attiene all'amministrazione di sostegno e agli istituti di protezione, e quella di cui al comma 14 con riferimento agli ordini di protezione contro le violenze familiari: per entrambe le aree di competenza, infatti, gli artt. 404, 417 e l'art. 342 *bis* c.c.² prevedono, fra i legittimati ad attivare le relative procedure, non solo il coniuge, ma anche la persona stabilmente convivente³. Analoga considerazione vale per il comma 38, il quale con il solo riferimento alla convivenza di fatto, attribuisce al convivente i medesimi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario: già il d.P.R. 431/1976 prevede il convivente fra i soggetti ai quali è concesso di intrattenere colloqui con il detenuto (art. 35), anche se sottoposto a regime di sorveglianza speciale, nonché conversazioni telefoniche (art. 37).

Infine, le ultime considerazioni sulla sovrapposizione con la normativa primaria esistente sono rivolte ad uno specifico comma, solo a prima vista innovativo, ma che evidenzia a tutta prima più di una criticità⁴: il comma 40, infatti, con riferimento alle sole convivenze di fatto, traccia una sorta di statuto in materia di salute e di autodeterminazione dispositiva nella famiglia non fondata sul matrimonio. Ciascun convivente può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati, mediante atto scritto e autografato o alla presenza di un testimone, 1) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere per le decisioni in materia di salute; in caso di morte, 2) per quanto attiene alla donazione di organi; 3) circa le modalità di trattamento del corpo; e 4) con riferimento alle celebrazioni funerarie.

Per quanto riguarda la prima delle ipotesi, quella relativa alle decisioni in materia di salute nelle ipotesi di malattie che comportano incapacità di intendere e di volere, sembra evidente che o la norma è inutile, stante la disposizione di cui al comma 48 in tema di amministrazione di sostegno e l'applicazione che di questa viene operata diffusamente dai giudici, oppure il legislatore ha inteso introdurre surrettiziamente una fattispecie evanescente e meramente descrittiva, contenente il testamento biologico, demandata peraltro alla discrezionalità dell'operatore, notaio e avvocato, che dovrà redigere i contratti

¹ G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1016.

² Con riguardo, in particolare, agli ordini di protezione, si vedano le osservazioni puntuali di R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 20.

³ G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1025 s.; F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 989 ss.

⁴ G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1022 ss.



di convivenza (di cui al comma 53): se fosse avallata questa seconda ipotesi, di cui è evidente la pericolosità, sarebbe necessario osservare, di converso, l'opportunità di un'autonoma disciplina sulle delle direttive anticipate di fine vita, tema di altissima complessità, al fine di evitare incertezze applicative e interpretative.

Proseguendo, anche la seconda ipotesi individuata dal comma 40 sembra interferire con disposizioni normative già vigenti: allorquando il legislatore consente al convivente di essere nominato rappresentante in caso di morte dell'altro per quanto riguarda la donazione di organi, evidentemente, produce una sovrapposizione con le disposizioni di cui alla legge 1° aprile 1999, n. 91, la quale al suo regime transitorio di cui all'art. 23, peraltro l'unico vigente, già contempla la persona stabilmente convivente fra i soggetti legittimati ad fare opposizione all'espianto. La disposizione, nel senso considerato, dimostra la sua ridondanza in termini di inutilità.

Con riguardo alla possibilità che il convivente decida sulle modalità di trattamento del corpo del defunto, si possono muovere altrettante osservazioni: se con la locuzione "trattamento del corpo" si allude, come pare, alla possibilità di cremazione e all'eventualità di dispersione delle ceneri, già l'art. 3 della legge 30 marzo 2001, n. 130 prevede che la cremazione avvenga sulla scorta della volontà documentata del defunto, che si ricava attraverso la precedente compilazione di un testamento, ovvero dalla partecipazione del defunto ad un'associazione che abbia come fine statutario proprio la cremazione dei cadaveri dei suoi associati: in ogni caso, nell'ipotesi di contestazioni o nell'assenza di qualsiasi volontà manifestata da parte del defunto, la legge prevede la consultazione dei familiari e dei prossimi parenti (così come declinati dagli artt. 74 ss.). In questo secondo caso, la disposizione non appare inutile perché ridondante, bensì perché idonea a non produrre alcun effetto se la posizione del convivente non è, come non è stata, assimilata a quella di coniuge. Sarebbe stato più opportuno, forse, modificare proprio la legge del 2001, al fine di ampliarne l'ambito soggettivo di applicazione anche al convivente di fatto.

Infine, similmente all'ultima delle ipotesi previste, quella che consente, in caso di morte del convivente, di decidere in merito alle celebrazioni funerarie, si possono muovere analoghe obiezioni, posto che con il termine celebrazioni funerarie si crede doversi alludere non tanto alle modalità di svolgimento, quanto alle spese inerenti alle stesse celebrazioni: le spese funerarie, infatti, sono considerate pesi ereditari per giurisprudenza consolidata⁵. Per questa ragione, analogamente a quanto sopra osservato, la disposizione potrebbe concretamente rivelarsi priva di concreta applicazione, in virtù del fatto che la posizione del convivente, come detto, non è stata assimilata a quella di coniuge, subendo così i limiti che le norme successorie le impongono.

Il fenomeno di sovrapproduzione normativa della disciplina n. 76/2016 si manifesta con modalità tutte particolari con riferimento alle disposizioni regionali e degli enti locali: infatti, a fronte di una copiosa e variegata produzione di normative regionali, provinciali e comunali, il legislatore ordinario ha "risolto" la questione del così detto "diritto regionale della famiglia" mediante il (solo) comma 45, che sancisce l'estensione ai conviventi di fatto dei benefici "nel caso in cui l'appartenenza ad un nucleo familiare costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare". Ci si chiede, in sostanza, l'opportunità di una sola norma che riconosce il diritto a partecipare alle graduatorie per l'assegnazione dell'edilizia popolare, non anche per gli asili comunali e

⁵ Cass., 3 gennaio 2001, n. 28, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 33.



alle agevolazioni per la costruzione e ristrutturazione degli immobili residenziali, solo a titolo d'esempio. L'area di diritti sociali si presenta così ampia ed eterogenea da far pensare che, con tutta probabilità, si sarebbe potuto meglio delegare al Governo una puntuale e più meditata legislazione in tal senso.

A questi rilievi si associa una ulteriore osservazione: una puntuale regolamentazione, come quella operata in questa sede, fa sorgere il dubbio sinteticamente individuato dal brocardo latino *ubi lex non dicit, non voluit*, principio che certamente dà da pensare su ciò che residuerà in termini di situazioni soggettive riconosciute e della loro applicazione concreta rispetto a quanto il legislatore ha deciso di disciplinare e di non disciplinare⁶. Questa riflessione appare congrua anche con riguardo al terzo ambito di intervento, quello per il quale già esisteva una giurisprudenza cospicua e più o meno consolidata; anche in questo caso, sono evidenti le disposizioni superflue, quelle ambigue e quelle assenti: il comma 49, ad esempio, traccia con molta chiarezza il diritto del convivente di fatto al risarcimento del danno patrimoniale e di quello morale soggettivo nel caso di morte del congiunto, dimostrando la sua inutilità, data la posizione consolidata della giurisprudenza di merito che riconosceva il diritto non solo per i conviventi di fatto, ma anche per le coppie omosessuali già prima dell'introduzione della presente legge⁷. La delimitazione operata alla sola risarcibilità dei danni derivanti da morte del partner, per altro verso, mette in ombra l'orientamento estensivo della giurisprudenza, che già ampliava la risarcibilità ai danni anche a quelli per le lesioni incorse al convivente, ad esempio, in incidente stradale⁸.

Analoghi dubbi, in questa direzione, muovono dall'assenza di ogni riferimento alla tutela possessoria del convivente, detentore qualificato, recentemente confermata sia nei riguardi dell'altro convivente, titolare del diritto di proprietà dell'immobile, sia nei confronti di terzi⁹, soprattutto alla luce dell'esplicito riconoscimento compiuto verso il diritto a succedere nel contratto di locazione¹⁰: al comma 44, infatti, la novella sancisce il diritto del partner di succedere nel contratto di locazione nel caso di morte o di suo volontario recesso; in questa ipotesi, invero, le perplessità riguardano un tema ampiamente consolidato nel nostro ordinamento, in ragione della celebre sentenza della Corte costituzionale n. 404 del 1988, la quale, pur estendendo la tutela al convivente di fatto, ha limitato detta estensione alla presenza di prole naturale; questo orientamento restrittivo, confermato dalla stessa Corte nelle successive ordinanze n. 204 del 2003 e n. 7 del 2010, sembrerebbe giustificare la natura e la portata dell'intervento di cui si tratta. Tuttavia, per un verso, l'aver definitivamente sancito l'ingresso nell'ordinamento giuridico di un istituto a fondamento delle forme familiari non fondate sul matrimonio avrebbe, forse, fatto auspicare un cambio di rotta da parte della giurisprudenza, anche in ragione di una più complessiva visione di sistema; per altro verso, ancor più efficace sarebbe stata una modifica nella stessa legge c.d. sull'equo canone, n. 392 del 1978, proprio in capo al suo tormentato art. 6¹¹.

⁶ Sul tema delle lacune, ampiamente, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 244 ss.

⁷ G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1026.

⁸ Cass., 29 aprile 2005, n. 8976, in *Resp. civ.*, 2006, p. 621, annotata da S. WINKLER, *La tutela aquiliana del convivente more uxorio*.

⁹ Cass., 2 gennaio 2014, n. 7, cit., e Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, cit.

¹⁰ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 1000 ss.

¹¹ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 1001.



4. La novella n. 176 si caratterizza anche per una consistente, ma non meno problematica, portata innovatrice, dovuta all'introduzione di istituti nuovi ovvero alla presenza di disposizioni che in qualche modo impongono una riflessione su quelli esistenti.

In primo luogo, la disposizione di cui al comma 10 della disciplina introduce la possibilità per la sola coppia omosessuale di assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome comune, scegliendolo fra i loro. Le criticità sin da subito evidenti concernono i profili per così dire strutturali della norma e, per altro verso, coinvolgo considerazioni di natura programmatica e *de iure condendo*. La scelta del cognome comune, che la parte può decidere di anteporre o posporre al proprio cognome, se diverso, avviene mediante dichiarazione allo stato civile, evidenziando una certa leggerezza del legislatore nel voler regolamentare il profilo, che dovrà essere probabilmente arginata in sede di legge delega, allorché il Governo sarà chiamato a ridisegnare alcuni aspetti fondamentali dell'ordinamento dello stato civile, a pena di delicatissimi problemi di identificazione, di certificazione e di circolazione degli *status*. Inoltre, la disposizione prevede che l'uso del cognome comune si collochi temporalmente in maniera coincidente alla durata dell'unione, nulla disponendo con riguardo all'ipotesi in cui l'unione stessa si sciogla: a tal proposito, invero, solo la legge sul divorzio, fra le discipline richiamate di seguito per regolamentare lo scioglimento del legame, prevede compiutamente un assetto sull'uso del cognome¹. Infine, non può che rilevarsi, in termini del tutto programmatici, come l'istituto introdotto si affianchi ad una serie di norme che altrettanto dispongono in materia, con l'ovvia conseguenza che, nel nostro ordinamento, accanto al cognome comune dell'unione civile sono previste oggi: la norma sul cognome della moglie, di cui all'art. 143 *bis* c.c., quella sul cognome dei figli naturali, prevista all'art. 262 c.c., la consuetudine del patronimico; e che, solo per le note vicissitudini politiche che hanno condotto ad espungere dalla novella la così detta *stepchild adoption*, non vi è stata l'introduzione anche del cognome del figlio della coppia, sulla scorta del combinato disposto di cui agli artt. 55 l. adoz. e 299 c.c. Questo proliferare di norme sul medesimo tema avrebbe potuto condurre il legislatore ordinario a meglio optare per una delega al Governo, al fine di disegnare un statuto giuridico chiaro sul cognome familiare.

Analoga portata innovativa dimostra il comma 46, che prevede, con il solo riferimento ai conviventi di fatto, un inedito istituto dell'impresa familiare a cui partecipa il convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente: a quello spetterà, secondo la lettera del nuovo art. 230 *ter* c.c., la partecipazione agli utili dell'impresa e ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, anche rispetto al suo avviamento, commisurata al lavoro prestato. La norma che finalmente supera la tradizionale presunzione di gratuità delle prestazioni rese all'altro convivente, nonché l'orientamento restrittivo nei riguardi dell'applicazione della disciplina all'area della famiglia di fatto², tuttavia dimostra almeno due profili di criticità: in primo luogo, una posizione di maggiore debolezza rispetto a quella riconosciuta al coniuge e ai parenti dell'imprenditore, prevista dalla norma di cui all'art. 230 *bis* c.c., debolezza che si sarebbe potuta evitare, optando per l'ampliamento dell'ambito soggettivo dello stesso art. 230 *bis* c.c. anche al convivente di fatto; in secondo luogo, la stessa formulazione della

¹ R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 17 ss.

² Così Cass., 15 marzo 2006, n. 5632, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 995, con nota di L. STOPPIONI.



disposizione, che limita il diritto di partecipazione quando fra i conviventi sussista un rapporto di società o di lavoro subordinato, lascia nell'assoluta ambiguità interpretativa le ipotesi diverse e non contemplate, quali l'associazione in partecipazione o il lavoro autonomo³.

Con riferimento all'area della crisi, intesa in senso generale, la novella introduce un'altra fattispecie di altrettanta complessità ricostruttiva: il comma 42, con riferimento ai soli conviventi di fatto, costituisce un inedito e per certi versi anomalo diritto di abitazione. La norma dispone, infatti, che, salvo quanto disposto dall'art. 337 *sexies* c.c., in caso di morte del partner proprietario della casa di comune residenza, l'altro convivente ha diritto di continuare a restare nella stessa residenza per due anni ovvero per un tempo pari alla durata della convivenza, se la stessa è stata superiore a due anni e in ogni caso per un periodo non superiore a cinque anni; se, nondimeno, nella casa "familiare" il partner superstite convive con figli minori o disabili, questi ha diritto a rimanervi per un periodo non inferiore a tre anni. La fattispecie si presta a molteplici obiezioni, che non sono state pacificate dalla modifica intervenuta nelle more della stesura del d.d.l. alla disposizione originaria, anch'essa a sua volta molto criticabile⁴. L'ambiguità di questa nuova fattispecie deriva, naturalmente, dalla scelta fatta di non volere parificare la posizione di convivente a quella di coniuge con tutte le conseguenze di questa possibilità, ragion per cui, l'istituto non pare assimilabile - quanto a disciplina ed effetti - alla norma di cui al secondo comma dell'art. 540 c.c.; altrettanto, però, sembra inverosimile un accostamento all'istituto più tradizionale dell'art. 1022 c.c., per la ragione che la compressione temporalmente già prevista e scandita non collima con la *ratio* dell'istituto classico, inteso quale diritto della personalità e correlato ai bisogni della persona e della sua famiglia⁵. Prescindendo da profili di incostituzionalità, la norma si dimostra, in ogni caso, di difficile ricostruzione teorica e dalla scarsa agilità applicativa, aggravate dal seguente comma 43 che prevede la perdita del diritto di abitazione nel caso in cui il coniuge superstite cessi di abitare stabilmente nella casa ovvero contragga un nuovo legame (matrimonio, unione o altra convivenza): così esplicitando di non aver minimamente considerato tutte le questioni inerenti alla perdita "automatica" del diritto, sorte in seguito all'emanazione dell'allora art. 155 *quater* c.c.⁶

Concludendo sul punto, si consenta di soffermarsi su un ulteriore profilo: il riferimento alla norma sull'assegnazione della casa familiare nell'ipotesi di crisi della famiglia, se ben si situa nel contesto della famiglia di fatto eterosessuale, alcuni problemi invece pone con riferimento alla famiglia di fatto omosessuale in presenza di prole; l'aver espunto la norma sulla c.d. *stepchild adoption* pone, infatti, la questione della presenza di figli comuni alla coppia, ma giuridicamente legati ad uno solo dei partner della coppia di fatto⁷. Nel caso di morte dell'unico genitore (legale) del minore, l'altro partner, anch'esso genitore

³ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 1004 s.

⁴ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 999 s.; G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1024.

⁵ G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1024.

⁶ V. Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, commentata da E. QUADRI, *Vicende dell'assegnazione della casa familiare e interesse dei figli*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1661; C. IRTI, *La revoca dell'assegnazione della casa familiare: dalle critiche della dottrina al giudizio della consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 995.

⁷ R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 23 ss.



ma solo socialmente e affettivamente, sarebbe un soggetto totalmente estraneo sia verso il convivente deceduto (poiché non legittimario ed erede nella misura ed entro i limiti in cui ciò possa essere), sia - ancor di più - nei riguardi del minore: ragion per cui, il rinvio all'art. 337 *sexies* dimostrerà, almeno con riguardo alla convivenza omosessuale, scarsa o problematica dimensione applicativa, stante in ogni caso il diritto del minore a permanere nella casa (della quale sarà probabilmente venuto in possesso tramite successione), ma in presenza di un soggetto che sarà solo affettivamente suo genitore.

Altre novità riguardano l'area dello scioglimento del legame: sia di quello omosessuale (a), sia della convivenze di fatto (b), sia nel caso di transizione sessuale di uno dei partner (c).

Venendo alle unioni civili (a), la disciplina approvata prevede l'ipotesi di scioglimento sulla scorta dell'art. 149 c.c., ossia per morte e per morte presunta (comma 22), e l'accesso al divorzio (comma 23) e alla sua procedura in quanto compatibile (art. 25), ma solo per alcune delle fattispecie, ossia per quelle "penalmente rilevanti", di cui all'art. 3, n. 1 e n. 2, lettere a), c) e d), nonché per l'ipotesi di matrimonio sciolto, annullato o contratto all'estero dal coniuge straniero, così escludendo sia tutta l'area della separazione, originariamente prevista⁸, sia il c.d. matrimonio *rato* e non consumato nonché, per le ragioni di seguito esposte, l'area della transizione sessuale.

Al comma 25, inoltre, la disciplina estende alle unioni civili i nuovi istituti previsti agli artt. 6 e 12 della legge 10 novembre 2014, n. 162, di conversione del decreto legge n. 132/2014. Anche in questo caso, tuttavia, la tecnica normativa appare improvvida: il legislatore non ha affiancato detta l'estensione ai necessari emendamenti all'ambito oggettivo di applicazione delle nuove fattispecie, ampliando anche alle unioni la possibilità di sciogliere o attenuare il legame con la negoziazione assistita da avvocati o con la procedura dinnanzi all'ufficiale di stato civile. Così facendo, tuttavia, si viene a produrre una situazione tutta peculiare sotto il profilo interpretativo: la disciplina sulla negoziazione assistita dagli avvocati e la procedura di "scioglimento" dinnanzi all'ufficiale di stato civile, infatti, prevedono che l'accordo raggiunto dalle parti possa regolamentare le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili e di scioglimento del matrimonio nonché di modifica delle condizioni di separazione e divorzio. Dando per esclusa l'applicabilità per la parte concernente la separazione consensuale (estromessa dalla disciplina sulle unioni civili), così come per le modifiche delle condizioni di separazione consensuale, per ovvie ragioni, rimane da considerare l'area dello scioglimento del vincolo: nondimeno, il dettato normativo degli artt. 6 e 12, della legge di conversione n. 162/2014, chiaramente delimita l'applicabilità dei nuovi istituti a quelle procedure divorzili che, in virtù di quanto disposto dall'art. 3, primo comma, numero 2), lett. b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, derivano da precedenti pronunce di *separazione*, consensuale o giudiziale. È presumibile che l'ostacolo letterale non si rivelerà insormontabile, attraverso un'interpretazione teleologica che potrebbe salvare un costrutto normativo, però, di dubbio pregio e inutilmente foriero di equivoci.

Infine, al comma 24, il legislatore introduce la vera novità nell'area della crisi dell'unione, prescrivendo che l'unione stessa si sciogla quando le parti manifestino anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinnanzi all'ufficiale di stato civile; in questo

⁸ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 995 e p. 1002 ss.; G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1024.



caso, tuttavia, è disposto che la domanda debba essere proposta dopo che siano decorsi tre mesi dalla data di manifestazione di volontà di scioglimento, termine mutuato dall'esperienza spagnola. In Spagna, dove vige un regime per certi verso analogo, le parti, per poter presentare la domanda di divorzio debbono attendere che dalla celebrazione del matrimonio siano trascorsi tre mesi e, in ogni caso, deve trattarsi di una domanda di divorzio congiunta, allo scopo probabilmente di scongiurare l'ingresso di ipotesi di alta conflittualità e dando una sorta di "periodo minimo di vigenza" a partire dal quale consentire lo scioglimento del vincolo senza il precedente periodo di separazione legale: opinabile o meno che sia la procedura in tal senso tracciata, e soprattutto detto periodo minimo, il regime è in ogni caso generale e si applica a tutte le unioni matrimoniali, anche a quelle omosessuali. Nel nostro caso, invece, si tratta di un regime speciale, previsto solo per le unioni civili omosessuali, che limita la libertà di scioglimento, ma non dalla data della costituzione dell'unione, sul modello spagnolo, bensì dal momento in cui è stata manifestata l'intenzione di liberarsi dal legame; la norma, peraltro, non collima con la possibilità, offerta dall'art. 12, l. 162/2014, di sciogliere il vincolo congiuntamente e in maniera abbastanza agile, di fronte ad un'autorità amministrativa. La disposizione, che forse potrebbe sollevare qualche profilo di illegittimità costituzionale, contiene aspetti assai problematici anche sotto il profilo della certificazione, in ordine al come e da chi verrà attestata la volontà iniziale di scioglimento, rispetto ai quali la legge delega dovrà offrire risposte adeguate.

In caso di cessazione della convivenza di fatto (b), il comma 65 recita che "il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente e gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento". La disposizione così costruita, che può sembrare un *lapsus* di chi scrive, è invece il frutto di una frettolosa riscrittura della norma: nel testo uscito dalla Commissione parlamentare, infatti, l'art. 15 ("Obbligo di mantenimento e alimenti") prevedeva che, appunto, in caso di "cessazione della convivenza di fatto, ove ricorrano i presupposti dell'art. 156 c.c., il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente *quanto necessario per il proprio mantenimento per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza*" e che, "ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 438 c.c., il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti per un periodo determinato in proporzione alla durata della convivenza". In questo senso, l'intento legislativo mostrava di applicare alla fattispecie non solo i tradizionali criteri e strumenti di cui all'art. 156 c.c., ma anche le due possibilità dell'assegno di mantenimento e di quello alimentare. La precedente formulazione, peraltro, faceva sorgere una serie di interrogativi su quali procedure potessero essere attivate in queste ipotesi, se il rinvio all'art. 156 c.c. intendesse estendere l'applicazione a tutti gli strumenti di garanzia previsti, compreso l'addebito per la violazione dei doveri coniugali, e sulle modalità per decidere in materia di addebito, vista l'assenza dell'intera procedura separativa, sotto profilo sostanziale e processuale⁹. È presumibile che, in maniera maldestra, il legislatore abbia inteso eliminare completamente ogni riferimento alla possibilità di prevedere forme di solidarietà "post-convivenza", lasciando così spazio solamente all'altro istituto previsto, quello degli alimenti. Tuttavia, anche in questo caso, la disciplina appare contestabile, poiché, secondo il dettato del comma 65, nel caso in cui il

⁹ F. ROMEO-M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, cit., p. 1003; G. IORIO, *Il disegno di legge sulle "unioni civili" e sulle "convivenze di fatto": appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1025.



convivente versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, gli alimenti sono assegnati dal giudice “per un periodo *proporzionale* alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell’art. 438, c.c.”, secondo un ordine di preferenza che colloca il convivente obbligato con precedenza dei soli fratelli e sorelle, nell’ordine previsto dall’art. 433 c.c. Di là dal fatto che inserire il convivente al penultimo posto dell’ordine previsto dalla norma ne rende concretamente ridotto il margine di applicabilità e svislaccia il senso, peraltro indicato dai commi 36 e 37, di reputare la convivenza di fatto una forma familiare, fondata su legami affettivi e di reciproca assistenza morale e materiale, ciò che appare oltremodo sorprendente è la previsione dell’assegnazione degli alimenti per un periodo proporzionale alla durata della convivenza: il diritto alla corresponsione dell’assegno alimentare e la sua temporaneità appaiono dogmaticamente inconciliabili, in ragione della natura personalissima dell’interesse sotteso all’istituto¹⁰, al punto da far emergere fortissimi sospetti di incostituzionalità.

Concludendo con l’analisi testuale, la novella prevede due specifiche ipotesi di scioglimento dell’unione e del matrimonio fra soggetti dei quali uno abbia fatto transizione sessuale (c): è noto come, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato l’illegittimità del sistema del divorzio imposto, o automatico¹¹, la stessa Corte abbia esortato il legislatore italiano a provvedere quanto prima al riconoscimento delle unioni omoaffettive, anche *sub specie* dell’unione *ex post* omosessuale, come nel caso di una relazione coniugale fra due soggetti dei quali uno abbia transitato nell’altro sesso, al fine di garantire ai soggetti il diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale. Il legislatore, con due previsioni contigue, prescrive che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione del sesso determina lo *scioglimento* dell’unione civile omosessuale (comma 26); mentre, alla rettificazione dell’attribuzione del sesso, ove i coniugi manifestino la volontà di non sciogliere il matrimonio, consegue l’automatica *conversione* in unione civile (comma 27). La previsione di un trattamento ingiustificatamente discriminatorio fra unione civile e matrimonio non ha ragion d’essere sotto il profilo giuridico e causerà, con tutta probabilità, se non un rinvio alla Corte costituzionale, certamente un ricorso alla Corte europea per i diritti dell’uomo, per il doppio profilo della violazione del diritto alla vita privata e familiare dell’art. 8 Cedu e del principio di non discriminazione dell’art. 14 Cedu. La Corte di Strasburgo, peraltro, conosce il tema per averlo affrontato in un recente ricorso contro la Finlandia: nella pronuncia, decisa in prima istanza il 13 novembre 2013, poi conferita e confermata dalla Grande Camera il 16 luglio 2014, la Corte non ha ravvisato la violazione degli artt. 8, 12, 14 Cedu, in ragione del fatto che il sistema finlandese, nel caso la persona transessuale fosse vincolata da precedente legame rimasto intatto, prevede la conversione del matrimonio in unione registrata omosessuale e viceversa, tramite il consenso dell’altro partner¹². A opinione del giudice di Strasburgo, l’ingerenza statale è

¹⁰ G. IORIO, *Il disegno di legge sulle “unioni civili” e sulle “convivenze di fatto”: appunti e proposte sui lavori in corso*, cit., p. 1025.

¹¹ Così Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, commentata da T. AULETTA, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*, *Corr. giur.*, 2014, p. 1041; da V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 861; L. BOZZI, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e “divorzio imposto”: diritto all’identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 233. Sul tema, per una visione complessiva, si consenta di rinviare ad A. CORDIANO, *Transizione sessuale e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 762 ss.

¹² Corte Edu, 13 novembre 2013, *H. c. Finlandia*, consultabile in A. LORENZETTI-A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l’astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela*



apparsa legittima e non sproporzionata: valutazione che, nel caso italiano, sarà forse di tutt'altro tenore nel caso delle norme sopra menzionate.

concreta del matrimonio della persona trans, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1156 s., i quali segnalano, che, dall'entrata in vigore della normativa finlandese sulla transizione sessuale, vi sarebbero state circa quindici conversioni di un tipo e altrettante del secondo tipo. Rapportati a una popolazione, quella finlandese, piuttosto esigua, i numeri dimostrano l'insostenibilità dell'assunto che la disforia di genere comprometta necessariamente il rapporto affettivo.



5. E' possibile dedurre, dallo scenario delineato, che la nuova legge n. 176 incontrerà molti ostacoli alla sua concreta applicazione, alcuni di ordine meramente interpretativo, altri di gravità maggiore, alla luce soprattutto del percorso segnato dalle pronunce di condanna dell'Italia della Corte europea per i diritti dell'uomo proprio in tema di diritti della nuove famiglie e delle nuove forme di genitorialità. Le censure che potranno muoversi all'ordinamento giuridico italiano, nondimeno, forse non riguarderanno tanto l'impianto legislativo delle unioni civili in sé per sé, nella prospettiva delineata della Corte europea nel celebre caso *Oliari*: molte criticità della disciplina, infatti, non riguardano il profilo dei diritti fondamentali, che appaiono sostanzialmente riconosciuti e tutelati, ma si delineano, invece, come possibili "censure di diritto interno". Questo può dirsi sia per il mancato riconoscimento del diritto del minore a contrarre un'unione civile (comma 2), sia per il limite temporale dei tre mesi per poter sciogliere l'unione civile (comma 24) sia, con riguardo ai conviventi di fatto, per il nuovo diritto di abitazione "a tempo" (comma 42) e per l'altrettanto inedito istituto degli "alimenti a tempo" (comma 65). Tutte queste questioni appaiono fortemente problematiche alla luce dei principi di eguaglianza e pari dignità.

In altro senso, il caso dello scioglimento del vincolo a seguito della transizione sessuale (commi 26 e 27) provocherà probabilmente alcuni effetti nella misura già indicata da Strasburgo, ossia nei riguardi di un possibile accesso alla Corte europea per i diritti dell'uomo con riferimento in particolare al principio di non discriminazione, di cui all'art. 14 Cedu, e del diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 Cedu. Ancora, analoghe problematiche solleverà l'istituzione del nuovo cognome familiare, ma in un senso opposto a quello appena indicato: la norma di cui al comma 10, infatti, introducendo un regime opzionale di scelta del cognome familiare, pone ancora una volta l'accento sull'intollerabilità del regime del patronimico, presente anche senza una norma scritta nell'ordinamento giuridico italiano e già censurato dalla Corte Edu nel celebre caso *Cusan e Fazzo c. Italia*, che ha visto la condanna dell'Italia per l'inderogabilità del regime vigente¹.

Infine, alcune osservazioni conclusive vanno dedicate all'istituto assente, ossia alla previsione originariamente prevista della *second parent adoption* (anche detta erroneamente *stepchild adoption*), che è stata stralciata prima del voto di fiducia dal testo di legge. La legge n. 176 presenta lacune significative a riguardo: la prima, di non aver finalmente aperto il varco stretto dell'art. 6, l. adozione, estendendo l'ambito soggettivo di applicazione anche ai conviventi di fatto; operazione che, forse, non è stata portata avanti dal momento che la convivenza di fatto non è sessualmente caratterizzata, potendo accedervi per ciò anche le coppie omosessuali. La maggiore criticità, però, è ravvisabile nel mancato riconoscimento della genitorialità sociale omoaffective, che si sarebbe potuto realizzare secondo diverse strade. Lo stralcio della norma originariamente prevista all'art. 5 del d.d.l. prevedeva, infatti, la modifica dell'art. 44, lett. b), l. ado., consentendo l'accesso all'adozione in casi particolari anche al convivente dell'unione civile nei riguardi del figlio, anche adottivo, dell'altro partner. La sovranità parlamentare ad oggi non concede altro spazio; le valutazioni di questa assenza alla luce della giurisprudenza della Corte europea, invece, consentono qualche considerazione all'interprete: la Corte di Strasburgo ha ripetutamente espresso che

¹ Sulla sentenza della Corte Edu, 7 gennaio 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*, C. PITEA, *Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza Cusan e Fazzo c. Italia e sulle prospettive della sua esecuzione nell'ordinamento italiano*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2014, p. 225.



l'art. 8 Cedu, in combinato disposto con l'art. 14 Cedu, di per sé non accorda a tutti il diritto di adottare, restando fermo il margine di discrezionalità degli Stati sulle modalità di disciplinare i propri istituti, come quello adottivo; ma la stessa Corte ha anche ripetutamente ribadito che la garanzia dell'art. 8 Cedu, *sub specie* del diritto dei minori al mantenimento dei legami familiari e affettivi, non può subire limitazioni, né quando alla situazione fattuale, dettata dalla presenza di una relazione significativa, corrisponda una situazione giuridica, ossia un rapporto di filiazione, né quando alla situazione fattuale non corrisponda alcun rapporto giuridico di filiazione: nel primo (*Zhou c. Italia*²) come nel secondo caso (*Moretti e Benedetti c. Italia* e *Paradiso e Campanelli c. Italia*³), lo Stato italiano è già stato condannato per non aver adeguatamente garantito le ragioni della conservazione dei legami affettivi dei minori con gli adulti di riferimento e, di qui, per non aver adeguatamente tutelato l'interesse prioritario dei minori nei contesti familiari di riferimento. In questo senso, la legge n. 176 non dà risposte adeguate a situazioni familiari esistenti e consolidate e ciò, se può non apparire un problema giuridico, è però certamente un problema sociale.

² Corte Edu, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, in *Minori giust.*, 2014, II, p. 268.

³ Corte Edu, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, consultabile in http://www.unionedirittumani.it/wp-content/uploads/2014/11/Moretti_e_Benedetti_c_Italia_IT.pdf; Corte Edu, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 828.



HACIA UNA CONCEPCIÓN PERSONALISTA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES*
SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI**

SOMMARIO: 1. El sustento del derecho a la identidad personal: la concepción del ser humano como “ser libertad”. - 2.El tridimensionalismo jurídico: necesario fundamento jusfilosófico a la identidad personal. - 3. La identidad personal como derecho fundamental del ser humano. - 4. La identidad, sus tipos: la identidad estática y la dinámica. -5. El fundamental aporte del Maestro Carlos Fernández Sessarego en el desarrollo del derecho a la identidad personal. -. 6. Conclusiones. - 7. Bibliografía.

1. Es necesario iniciar estas cuartillas sobre la concepción moderna sobre la capacidad jurídica, tratando algunos temas fundamentales en los que se sostiene, como son la nueva concepción del ser humano y, como corolario de ello, del Derecho.

1.1. En efecto, la nueva concepción del ser humano, que lo concibe como un ser libertad, a la vez que coexistencial y temporal¹, se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que éste no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan sólo como un animal “racional”. La “razón” no da cuenta, ella sola, del ser del hombre. El ser humano no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática”, sino que se trata

* Magister en Ciencias Internacionales y Diplomáticas por la Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia), con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue investigador en materia jurídica en el “*Centro Altiero Spinelli per l'Europa dei popoli e la pace nel mondo*” de la Universidad de Roma Tres (Italia). Ex Becario de la Unión Europea. Miembro de la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Profesor de Derecho Civil y Derecho Internacional Público en la Universidad Privada Sergio Bernal de Lima y Profesor Visitante de la Universidad Autónoma del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

** Máster en “*Ciudadanía europea e integración euro mediterránea*” por la Universidad de Roma Tres (Italia). Asimismo, es Máster en “*Peacekeeping & Security studies. La gestión civil y militar de las crisis en ámbito europeo e internacional*” por esta misma Casa de Estudios italiana. Cuenta con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido investigadora en materia jurídica en el “*Centro Altiero Spinelli per l'Europa dei popoli e la pace nel mondo*” de la Universidad de Roma Tres (Italia). Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹ Es el maestro peruano Carlos Fernández Sessarego que ha desarrollado en el continente americano el personalismo jurídico. Entre sus recientes trabajos podemos citar a *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 507.



de un ser libertad, que es simultáneamente coexistencial y temporal, por ende, que busca “vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”².

De este modo, lo que protege el “Derecho” es la libertad, a fin de que cada ser humano, en tanto tal, pueda cumplir con su personal “proyecto de vida” dentro de la sociedad, participando del bien común³. Por ello, el Derecho es primariamente libertario. Es un instrumento que ha sido creado para proteger al ser humano, a fin de que pueda realizarse como persona⁴.

En efecto, el “redescubrimiento” de la calidad ontológica del ser libertad, que constituye y fundamenta al hombre, ha originado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una necesaria revisión de sus supuestos así como de toda la institucionalidad jurídica⁵.

En consecuencia, la libertad es el *plus*, que hace que el ser humano sea único, singular, irrepetible, idéntico a sí mismo⁶. Es decir, que posea dignidad⁷.

Por ende, la libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo⁸. Es decir, la libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos.

Entonces, la libertad es una, pero podemos percibirla en dos instancias o etapas. La primera, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestro ser espiritual y, la segunda, el de su aparición en el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la que se puede denominar como libertad *fenoménica*.

La libertad ontológica, es la que nos “hace ser lo que somos”: seres humanos. La libertad, como ha señalado acertadamente el Prof. Carlos Fernández Sessarego⁹, es el *ser* del ente hombre. La que lo constituye y sustenta como tal, como un ser espiritual.

Asimismo, la libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada por factores del mundo interior como exterior del ser humano, las “circunstancias” como decía Ortega y Gasset.

La segunda de las dos instancias de la libertad, antes citadas, es la que corresponde a la libertad que es conocida como “libertad fenoménica”. Corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como “fenómeno”¹⁰.

² Entonces, “*la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto*”: Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, 3º ed., Ara editores, Lima, 2006, pág. 112.

³ Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: *La responsabilità civile*, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008, pág. 02.

⁴ Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, pág. 49.

⁵ Permítasenos remitir a Agurto Gonzáles, Carlos, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, pág. 1061 y ss.

⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 389.

⁷ Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, pág. 508-509.

⁸ Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: *El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2002, pág. 305 y ss.

⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: *La responsabilità civile*, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009, pág. 871.

¹⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, pág. 872.



Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza a través de los actos, las conductas, los comportamientos del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad en el denominado “proyecto de vida”.

1.2. Otro factor importante para una visión moderna de la capacidad jurídica es el advenimiento de la teoría tridimensional del Derecho.

En efecto, en la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX se empezó a gestar una concepción que, superando todo unidimensionalismo jurídico, pretendía brindar una visión integral, totalizadora, cabal y unitaria del Derecho. Esta nueva concepción la ofrece la denominada “*Teoría Tridimensional del Derecho*”. Ella surge, en su versión definitiva, simultáneamente en el Perú y en el Brasil, habiendo adquirido en la actualidad dimensión universal¹¹. Esta versión supone dejar de lado las posturas que contemplaban al Derecho como una yuxtaposición estática de tres dimensiones, como son la vida humana social¹², los valores¹³ y las normas jurídicas¹⁴, para mostrar la manera dinámica como ellas se interrelacionan a fin de ofrecer, al interactuar, un concepto unitario.

En consecuencia, no se hubiera podido elaborar la Teoría Tridimensional del Derecho, sustentada primariamente sobre la base de la observación de la realidad social, de no haberse contado con el importante fundamento brindado al pensamiento jurídico por la Filosofía de la Existencia. Es sobre la sólida base de esta concepción del hombre, surgida en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del siglo XX, que se estructura una concepción del Derecho que abarca la totalidad de los elementos que lo conforman, sin dejar de lado ninguno de ellos. En efecto, sus hallazgos nos permiten conocer de manera más amplia y profunda la naturaleza de un ser humano, que no sólo es racional sino que, radicalmente, se constituye como un ser libre. Es a partir de un mejor conocimiento del ser humano que se puede lograr una cabal comprensión de lo que es el Derecho.

El tridimensionalismo de origen latinoamericano postula que el objeto de estudio del “Derecho” es el resultado de la integración de tres objetos heterogéneos, los cuales sólo cobran unidad conceptual en virtud de su interacción que, de suyo, es dinámica. Por ello,

¹¹ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 2º ed., Editora Normas Legales S.A., Lima, 1995, pág. 26.

¹²Para la teoría egológica del Derecho, impulsada por el notable jusfilósofo argentino Carlos Cossio, la experiencia jurídica se encuentra conformada principalmente por la realidad sociológica – conductual del ser humano: “*El Derecho es el Derecho vivido y no otra cosa*”. Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2º ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947, p. 57.

¹³Para la corriente axiológica del Derecho, los valores inmanentes sustentaban la realidad jurídica, constituyéndose en derecho natural. Así, el filósofo griego Aristóteles (384 a.c. – 322 a.c.) expresaba que “lo natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres pueden tomar en un sentido o en otro”: Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*. I. Moral a Nicómaco, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” editorial, 1950, p. 211.

¹⁴El egregio Kelsen afirmaba que “con la tesis de que solamente las normas jurídicas pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, afirmese sólo una tautología. Pues el Derecho, único objeto del conocimiento jurídico, es norma”: Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, con presentación de Carlos Cossio, traducción de Jorge G. Tejerina, 2º ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946, pág. 32.



no se puede imaginarlo sin vida humana, sin normas jurídicas o sin valores¹⁵. En efecto, cada uno de estos elementos es imprescindible para el surgimiento y la comprensión de “lo jurídico”. Si bien ninguno de ellos es, por sí mismo, “Derecho”, tampoco alguno de ellos puede estar ausente si se pretende tener una noción cabal y completa de lo jurídico¹⁶.

Por lo tanto, el tridimensionalismo no es de carácter estático. En él no aparecen los objetos que integran el Derecho - vida humana, valores y normas jurídicas - uno al lado del otro, pasivamente, simplemente yuxtapuestos. Por el contrario, es sólo a través de su *interacción* dinámica que se hace posible comprender “el Derecho” en su expresión global, unitaria y totalizante.

Como lo sostiene un sector de la doctrina contemporánea, se tuvo que esperar el aporte de la Teoría Tridimensional para lograr mostrar y comprender unitariamente lo que acontece en la compleja experiencia jurídica. Es decir, para advertir que el Derecho no se agota en ninguna de las dimensiones a las que se ha hecho referencia, sino que ellas interactúan dinámicamente para obtener una concepción unitaria y real¹⁷.

En efecto, la concepción tridimensional del Derecho se fundamenta y se explica en la naturaleza misma del ser del hombre. Él es el único ente capaz de conocer y vivenciar valores y de producir normas. Y el Derecho es el instrumento de su protección, que se encuentra enraizado en su ser. O como expresa el maestro italiano Paolo Grossi en su clásica obra *Prima lezione di diritto*¹⁸: “el referente necesario del Derecho es solamente la sociedad, la sociedad como realidad compleja”, pues “la dimensión esencial del Derecho que es la carnalidad, o lo que es lo mismo, a causa de esa típica característica suya que consiste en estar escrito en la piel de los seres humanos”¹⁹. En esta perspectiva, se comprende la defensa que debemos hacer del Derecho, que no se identifica solamente con la fría norma, sino es producto del vivir comunitario del ser humano, pues, como nos indica el también maestro Pier Giuseppe Monateri, “custodiar el Derecho significa apartarse del Derecho como simple hecho técnico para evocar su vínculo con la tierra y con el ser”²⁰.

¹⁵Respecto a los valores y los derechos primordiales del ser humano, ha escrito autorizada doctrina italiana, que los derechos inviolables de la persona tutelan valores no siempre y universalmente tutelados, pero se trata de valores que en el ámbito de la civilización occidental y, además, la sociedad de nuestro tiempo reconoce como esenciales y considera como “justo” tutelarlos prescindiendo de lo prescrito por las leyes: Bianca, Cesare Massimo, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012, pág. 14.

¹⁶Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, pág. 119 y ss.

¹⁷Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, pág. 708.

¹⁸Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quinceésima edición, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 15. Existe traducción en idioma castellano, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 22.

¹⁹Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 65.

²⁰Monateri, PierGiuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: Biblioteca de Derecho Comparado y sistemas jurídicos, coordinada por Carlos Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, Ara editores, Lima, 2009, pág. 11.



2. En el derecho romano la palabra *persona* tenía dos acepciones. En la primera, significaba ser capaz para tener derechos y deberes¹. En la segunda, se aplica al rol que cada sujeto estaba destinado a representarlo, es decir, los diferentes estados que los hombres pueden tener, el estado de padre, de hijo, de hombre libre, de esclavo, y los derechos y las obligaciones que de allí dimanaban, sin perjuicio de aplicarse a cada uno en particular las consecuencias de cada estado. Estas diversas cualidades, estos diferentes estados, constituían, para Roma, lo que se denominaba *persona*².

En efecto, el Derecho en Roma dividía a las personas en esclavos y en personas libres. No obstante, la esclavitud, como enseñaba el ilustre Ortolan³, era del derecho de gentes y no de derecho natural, debido a que los hombres no nacen ni se encuentran organizados para ser los unos la propiedad de los otros, siendo la servidumbre contraria a su naturaleza y no faltaron de proclamarlo los juristas romanos en la época en que el Derecho se hermanó con la filosofía. La esclavitud dimanaba de las costumbres y de los usos generales de las principales naciones de ese tiempo.

En Roma, las personas libres se subdividían en ciudadanos y no ciudadanos, en ingenuos y libertinos.

La división de personas en ciudadanos y no ciudadanos tenía como base la posesión o la privación del derecho de ciudadanía romana. Inicialmente, al principio presentaba un grande interés en su origen cuando el ciudadano sólo poseía el goce del derecho civil romano⁴.

En efecto, el ciudadano romano que no estaba incapacitado por alguna causa particular gozaba de todas las prerrogativas que constituía el *jus civitatis*: participando de todas las instituciones del Derecho romano, público y privado.

Los no ciudadanos o extranjeros, en un principio, estaba privados de las ventajas que confería el derecho de ciudad romana y sólo participan de las instituciones del *jus Gentium*. Posteriormente, se concedió el derecho de ciudadano y, por ende, su capacidad de derecho a los extranjeros.

Los ingenuos eran aquellos que nacían libres y que habían nacido esclavos en derecho y goce de sus derechos. En tanto que el libertino era el que había sido liberado de una esclavitud legal, es decir, conforme al Derecho, contándose desde entonces como personas libres. Por el acto de la *manumisión* el amo confería la libertad a su esclavo, renunciando a la propiedad que ejercía sobre éste.

Si bien es cierto que no existió en el derecho de la antigua Roma una noción general y abstracta sobre la capacidad jurídica, comprendida como actitud de un sujeto a ser, ya sea como activa o pasivamente, titular de relaciones jurídicas. No obstante, el concepto de capacidad se especificaba y se fragmentaba en concretas relaciones, con la característica de

¹ Para Savigny, la capacidad natural comenzaba en el momento mismo del nacimiento: Savigny, Friedrich Carl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, tomo II, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879, pág. 273.

² Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, con el texto y su traducción y la explicación de cada párrafo, traducida al español por Estebán de Ferrater y José Serdá, tomo I, 2º ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1874, pág. 37.

³ Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, pág. 39.

⁴ Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Ferrández González, Editorial Nacional, México D.F., 1961, pág. 81.



ser en general referido al individuo en cuanto partícipe de un grupo. Asimismo, el Derecho de la Roma antigua negaba, total o parcialmente, la capacidad de obrar o negociar a determinadas personas con capacidad jurídica⁵.

En la edad media no se registraron progresos relevantes en cuanto a la capacidad jurídica, con excepción de los revolucionarios planteamientos del cristianismo en torno a la noción de persona.

Es partir del siglo XVI donde aparecen los primeros aportes, respecto a los conceptos técnico-jurídicos en torno a los términos persona, personalidad y capacidad, vinculados entre sí. Esta elaboración teórica se encontraba en estrecha relación con el *status* o la posición que la persona ocupaba en la relación jurídica. Es en este periodo que se superó la clasificación tripartita del *status* del derecho romano. Aparte del *status libertatis*, *civitatis* y *familiae* apareció el *status naturalis* que era un concepto amplio, comprensivo, en que se involucran, además de estas específicas situaciones, otras que se son propias de la vida de relación de sujeto en sociedad, como el sexo, la edad, salud mental, etc.

No obstante, fue el pensamiento cristiano que acuñó el *status naturalis*, como era denominado el *status moralis*. Al formularse esta nueva perspectiva genérica de *status* el pensamiento jurídico se aproximó a la noción tradicional de capacidad comprendida ésta en cuanto a la posición jurídica del hombre en sociedad o a un conjunto de atributos o calidades del ser humano que las normas otorgan efectos jurídicos, es decir, la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y deberes: en efecto, situaciones jurídicas subjetivas.

En la obra de Thomas Hobbes, que interesa a la ciencia jurídica, conformada por *De Corpore* (1655), *De Homine* (1658), *De Cive* (1642, de la que deriva el *Leviathan*, 1651), del cuerpo, del hombre y del ciudadano, o de lo corpóreo dotado de movilidad, de lo corpóreo dotado de inteligencia y de lo corpóreo dotado de Derecho, presentó la idea del concepto persona. Son todos cuerpos físicos. Puede indicarse también a su *De Homine* para el que “*homo dicitur ex quo anima carni infunditur*”, el hombre lo es por el alma que se infunde al cuerpo, y la “*persona est res animata et rationalis et individua substantia*”, la persona es cosa animada capaz de razón y sustancia indivisible. Si tiene algún efecto el concepto teológico de persona para la persona en el ámbito del Derecho es el de prestarle al hombre, al *homo*, la consistencia que le falta como cuerpo, como *corpus*, frente a los *corpora*, los cuerpos sociales. En efecto, el cuerpo colectivo no tiene alma, es al respecto el argumento, un argumento teológico, no jurídico⁶.

En 1765, el jurista inglés William Blackstone publicó la versión definitiva del primer libro de sus *Commentaries on the Laws of England*. Este libro perteneció al tipo de comentarios de género institucionista, el que toma como modelo las *Institutiones* bizantinas con su primera materia *De Personis*, de las personas como capacidades. Conforme no sólo al género, sino al sistema todo de cariz tradicional, eso es lo que sigue significando *persona*. La problemática de Hobbes no la hace el Derecho todavía suya ni siquiera en Inglaterra para el término *persona*. La misma entrará ahora por otra vía, la de un neologismo, *individual*, individuo.

En efecto, el primer libro de los *Commentaries* de Blackstone versó acerca de las personas, pero no de *iure personarum*, del derecho sobre las personas, sino de *The Rights of*

⁵ Jörs, Paul, *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. Pietro Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1965, p. 125.

⁶ Clavero, Bartolomé, *La máscara de Boecio: Antropologías del Sujeto entre Persona e Individuo*, Teología y Derecho, en: Observatorio de Derecho Civil, volumen 14: La persona, Editora jurídica Motivensa, Lima, 2012, pág. 63.



Persons, de los derechos de las personas, con una connotación de entrada que ya pudiera no ser la de capacidades. En todo caso, el término *personae* en principio no se significaba ni podía significar ser humano, sino el papel que cumplen en la sociedad, igual que lo hacen en una obra dramática, esto es la capacidad correspondiente al status político, social o familiar, también llamado éste último por entonces *económico*.

A partir del capítulo segundo del libro primero, sobre los *Rights of Persons*, Blackstone se ocupó de la persona en el sentido todavía, no de sujeto titular, sino de posición jurídica, el conjunto de los derechos y deberes correspondiente a cada cual conforme a su ubicación en la sociedad: “*We are next to treat of the rights and duties of persons, as they are members of society, and stand in various relations to each other*”. *Person* hace referencia a sujeto, pero inmediatamente cualificado por su posición en sociedad como factor determinante de su propia capacidad.

El primer capítulo de los *Rights of Persons* se ocupa de “*of the absolute rights of the individuals*”, de los derechos absolutos o fundamentales de los individuos, absolutos en el sentido de anteriores y superiores al ordenamiento u obligaciones para el mismo:

By the absolute rights of individuals we mean those which are so in their primary and strictest sense; such as would belong to their persons merely in a state of nature, and which every man is intitled to enjoy whether out of society or in it⁷. (“Por derechos absolutos de los individuos quiere decirse aquellos que los son en su sentido primordial y más estricto, tanto que pertenecerían a sus personas incluso en el estado de naturaleza, por lo que su disfrute corresponde a todo hombre esté fuera o dentro de la sociedad organizada”).

En efecto, el concepto absoluto de derecho genera el nuevo sujeto del *individual*, el individuo, *every man*, todo hombre, a cuya *persona* corresponden los derechos de tal condición. *Person* sigue refiriéndose a la capacidad de contar con derechos absolutos y relativos, conforme al ordenamiento jurídico:

The rights of persons considered in their natural capacities are also of two sorts, absolute, and relative. Absolute, which are such as appertain and belong to particular men, merely as individuals or single persons: relative, which are incident to them as members of society, and standing in various relations to each other⁸. (“Los derechos de las personas consideradas en su capacidad natural son de dos clases, la absoluta y la relativa. La absoluta es aquella que pertenece a hombres particulares sólo por ser individuos o personas en singular; la relativa, aquella que les corresponde por ser miembros de la sociedad y encontrarse en relaciones distintas los unos con los otros”).

Unos y otros son *rights*, derechos. Unos y otros constituyen *persons*, personas. Este es el lenguaje dado y el orden establecido. El referido alcance de los derechos como libertades absolutas y como capacidades relativas “is the more popular acceptation of rights or iura”, es la acepción más extendida de las expresiones de *rights* o *iura*.

La concepción de Blackstone respecto a *persona* parte del filósofo romano Anicio Manlio Torcuato Severino Boecio. En efecto, “*naturae rationabilis indiuidua substantia*” del filósofo antiguo en inglés quiere decir: “the individual substance of a rational nature” o, si ya no se singulariza en la hipóstasis del cristianismo, “an individual substance of a rational nature”, el hombre entonces, el *individual*, el individuo. Según todos los indicios, el término aparece en inglés antes de pasar a otras lenguas y procede además directamente de la definición de Boecio. Frente a lo que resulta usual, el adjetivo para *individual* no deriva en

⁷ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, volumen 1, B. Lippincott Company, Filadelfia, 1893, pág. 122.

⁸ Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, pág. 122.



inglés del sustantivo, sino al contrario, el sustantivo para *individuo* procede directamente del adjetivo *individual*, que se remota a la definición de Boecio.

En tal sentido, el *individual* constituye una clase singular de *person*, la absoluta, que puede además asumir otras *Persons*. Abundan quienes sólo pueden ser *persons* en este otro sentido, el tradicional, y no tienen acceso a la condición de *individual*. En efecto, el *individuo* como sujeto de derecho no sustituyó a *persona* como capacidad jurídica, sino se situó en su mismo escenario. Entonces, Individuo es una persona cualificada entre las personas ordinarias. Por aquellos tiempos y con estas condiciones es como el *individuo* nace en sociedad. Lo hace como una forma cualificada de *persona*.

Posteriormente, con la decadencia del iluminismo y su influencia en el pensamiento jurídico coincidió históricamente con el surgimiento en la ciencia jurídica del concepto de capacidad jurídica. Como indica el Maestro Fernández Sessarego⁹, el jusfilósofo italiano Angelo Falzea atribuye al jurista alemán Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), ser el primer jurista en utilizar la expresión “capacidad jurídica” en 1803.

El maestro italiano Pasquale Stanzone¹⁰ enseña que si se considera al *status* una noción sumamente genérica, por la cual con éste término se designa la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad o también el conjunto de calidades del hombre al que la ley atribuye efectos jurídicos, no es complicado arribar a la conclusión que el Estado determina la actitud del sujeto a ser titular de derechos y de ejercitarlos.

Indica el Maestro de la Universidad de Salerno¹¹, que ambos conceptos fueron advertidos por la doctrina francesa, la cual no dudaba en concluir esta relación en el sentido que la capacidad es derivación del *status*, ya sea que se comprenda a la capacidad jurídica sólo como tal – es decir, comprendiéndola como capacidad jurídica general o de goce – y como capacidad de ejercicio.

En efecto, en el Artículo 7º del título I del *Livre premier* del Code Civil¹² se establece que el ejercicio de los derechos civiles es independiente del ejercicio de los derechos políticos, los cuales se adquieren y conservan conforme a las leyes constitucionales y electorales.

Asimismo, el Artículo 8º del *Code* prescribe que todo francés goza de los derechos civiles.

En la doctrina clásica francesa, Gabriel Braudry-Lacantinerie¹³ la capacidad jurídica es la aptitud para gozar o para ejercer un derecho. El defecto de la capacidad constituye la incapacidad.

Anotaba el jurista francés que gozar de un derecho es consustancial a ser titular del mismo, siendo que ser privado del goce de un derecho, no puede, por lo tanto, ser titular del mismo.

⁹ Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI), pág. 324.

¹⁰ Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976, pág. 23.

¹¹ Stanzone, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pág. 24.

¹² *Código civil francés/Code Civil*, edición bilingüe, traducción de Álvaro Núñez Iglesias, estudio preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias, prólogo de Antonio Garries Walker, coordinación de Rafael Domínguez, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 07.

¹³ Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, contenat dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, neuvième édition, tomo premier, Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, París, 1905, pág. 92.



En esta línea de pensamiento, el ejercicio de un derecho, es la puesta en marcha de ese derecho. Es el resultado de los actos por los cuales el goce del derecho se manifiesta exteriormente. El sujeto de derecho no puede tener y ejercer un derecho sin poseer el disfrute del mismo.

A raíz de su ámbito de aplicación, para Braudry-Lacantinerie¹⁴, la capacidad o discapacidad son generales o especiales. Las personas con discapacidad general no pueden ejercer los derechos, salvo las excepciones contempladas por la ley. La incapacidad especial es cuando se conserva la capacidad de adquirir o ejercer o gozar los derechos.

Importante fue también el planteamiento de René Demogue, tan conocido en el derecho continental por formular la distinción de las obligaciones en medios y resultados¹⁵, que consideraba que la capacidad es la actitud de poseer y ejercitar los derechos. Para el profesor de la Universidad de París, la teoría de la incapacidad es esencialmente individualista en su fundamento, aunque tendería a garantizar el interés social de la protección de los sujetos débiles¹⁶.

Otro egregio maestro del derecho francés, Henry Capitant¹⁷, consideraba que la capacidad jurídica es la aptitud de ejercer los derechos y hacerlos valer. Esta concepción de la capacidad, enseñaba Capitant, tiene dos elementos distintos y consecutivos¹⁸. Uno es la adquisición de los derechos, su goce, la otra faz es hacer valer los derechos, utilizarlos, cederlos, transmitirlos a terceros, en una palabra, ejercitarlos.

Entonces, Capitant estableció dos tipos de capacidad, o más bien, dos grado de ella: la capacidad de goce y ejercicio.

Para el maestro galo la capacidad de ejercicio supone necesariamente el disfrute de la de goce, debido a que ejercer un derecho, significa ser capaz de ejercerlo. Para Capitant, el goce es concebible sin la capacidad de ejercicio. El que tiene el goce de un derecho, puede ejercitarlo o no.

Concluye Capitant, que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción¹⁹.

Para Louis Josserand, que fue ilustre Decano Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon y Consejero de la Corte de Casación francesa, en su clásico *Derecho Civil*²⁰ sostiene que la *capacidad* es una palabra de doble sentido, lo que mismo que *incapacidad*, su contraria: algunas veces se designa con ella la aptitud o falta de aptitud para *adquirir* y para *poseer* derechos, y, por ende, se trata de una capacidad o de una incapacidad

¹⁴ Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, tomo premier, pág. 93.

¹⁵ En efecto, Demogue con su *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome V, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925, pág. 538 y ss., formuló la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultados: “La obligación del deudor no será siempre de la misma naturaleza. Esta puede ser una obligación de resultados o una obligación de medios”. En la doctrina nacional, nos informan sobre la influencia de estas ideas, los maestros Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre en su *Compendio de Derecho de las obligaciones*, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra editores, Lima, 2011, pág. 128.

¹⁶ Demogue, René, *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome II, Librairie Arthur Rousseau, París, 1925, pág. 375.

¹⁷ Capitant, Henry, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, quatrième édition, A. Pedone Éditeur, París, 1925, pág. 178.

¹⁸ Capitant, Henry, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, pág. 179.

¹⁹ Capitant, Henry, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, pág. 184.

²⁰ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I: *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía – Editores, Buenos Aires, 1952, pág. 262.



de goce (denominada equivocadamente para el jurista lionés); otras veces, y con mayor asiduidad, se trata sólo de la aptitud o falta de ella para *ejercer* los derechos de que una persona está investida y, en tal caso, se trata sólo de una *capacidad* o de un *incapacidad de ejercicio*.

Para el maestro Josserand, la incapacidad de goce implica la incapacidad de ejercicio o la hace más bien inútil e inconcebible, debido a una persona no podría ejercer derechos que no le corresponden. En este sentido, la incapacidad de goce es más grave que la de ejercicio, porque la primera lleva consigo la segunda, y no recíprocamente²¹.

Décadas después, el *doyen* Jean Carbonnier enunció que la noción de incapacidad jurídica es amplia, por cuanto abarca diversas situaciones²². La incapacidad debe ser analizada desde el derecho de las personas y de la familia. Para el *doyen*, la incapacidad de goce es la inaptitud de ser sujeto de derecho y de obligaciones y de adquirir un derecho y gozarlo, en tanto que la incapacidad de ejercicio es simplemente la incapacidad para hacer valer un derecho por uno mismo en la vida jurídica.

En la experiencia alemana, el Código Civil o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en la sección primera, título 1 dedicado a las personas naturales, consumidor y el empresario, en el parágrafo 1 establece que la capacidad jurídica de la persona comienza con la consumación del nacimiento del sujeto²³.

Asimismo, el parágrafo 8 del BGB establece, en cuanto al domicilio de los no plenamente capaces de obrar: (1) quien es incapaz de obrar o tiene limitada la capacidad de obrar no puede establecer ni suprimir un domicilio sin la voluntad de su representación legal; (2) un menor de edad casado o que ha estado casado puede autónomamente establecer y suprimir un domicilio.

Autorizada doctrina alemana, ha establecido que la capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento. La personalidad no es un derecho (subjetivo), sino una cualidad jurídica, que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes, equivale a la *capacidad jurídica*²⁴.

Apunta el egregio Enneccerus que la capacidad jurídica no se debe confundir con la capacidad de obrar, es decir la capacidad de negociar y la capacidad de imputación – capacidad delictual, o sea la capacidad de producir efectos jurídicos por la propia voluntad. Asimismo, enseñaba el Maestro de la Universidad de Marburgo, que jurídicamente capaces (personas) son los hombres y, además, ciertas organizaciones que sirven a determinados fines (Estado, Iglesias, Municipios, determinadas asociaciones, fundaciones, etc.) que se contraponen bajo la denominación de personas jurídicas a los hombres, como personas naturales, indicando que la capacidad jurídica de las personas descansa también en el ordenamiento jurídico²⁵.

²¹ Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I, pág. 263.

²² Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, tome premier: *Introduction à l'étude du Droit et Droit civil*, sixième édition refondue, Presses Universitaires de France, París, 1965, pág. 636.

²³ *Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 35.

²⁴ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 318.

²⁵ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, pág. 318.



Para la doctrina alemana, la capacidad jurídica del hombre termina con la muerte. La transmisión de sus derechos y deberes, en tanto no se extingan, se regula por el derecho de sucesiones²⁶.

Otro modelo importante, el italiano, dispone en su libro primero dedicado a las personas y de familia, en el título I de las personas físicas, establece que la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento²⁷.

Cabe indicar también que, dentro del contexto del fascismo, el tercer párrafo del citado artículo primero se había establecido limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de pertenecer a determinadas razas, calificadas acertadamente por el Maestro y notable historiador del Derecho, Paolo Grossi, como aberrante²⁸. En efecto, Dino Grandi, Ministro Guardasellos en la promulgación del código italiano, expresaba sobre esta norma que “pareció conveniente, en armonía con las directivas raciales del régimen (fascista), colocar en el tercer párrafo del artículo 1º una disposición con la cual se remite a las leyes especiales por cuanto concierne a las limitaciones a la capacidad jurídica derivadas de la pertenencia a determinadas razas. Además, la fórmula utilizada en el texto contiene una afirmación positiva, en cuanto establece el principio que la pertenencia a determinadas razas puede influir en la esfera de la capacidad jurídica de las personas”²⁹.

En efecto, el código civil italiano de 1942, a diferencia de código de 1865, no exige ya el requisito de la vitalidad, es decir, la idoneidad del sujeto a permanecer con vida³⁰.

Asimismo, en el artículo segundo del *Codice* se dispone que la mayoría de edad está fijada al cumplirse los dieciocho años. Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad para realizar todos los actos por los cuales no se haya establecidos una edad diversa.

Doctrina clásica italiana manifestaba que el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el Derecho se encuentra constituido para su capacidad jurídica o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general, de tal forma que no es posible concebir seres humanos que no se encuentren dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana, que se adquiere por el hecho mismo de la existencia, esto es, por nacimiento y desde el momento del nacimiento y acompaña al sujeto hasta la muerte³¹. Asimismo, la clásica doctrina expresaba que la capacidad jurídica se distinguía en capacidad de derechos, propiamente dicha, y la capacidad de obra. Aquélla consistía en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, ésta en la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos, en asumir por sí obligaciones. La primera presupone sólo las condiciones de

²⁶ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, pág. 323.

²⁷ *Código Civil Italiano*, en: Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo I: Introducción (El Ordenamiento Jurídico Italiano), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 133.

²⁸ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 22.

²⁹ *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, riproduzione anastática della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone, presentazione de Guido Alpa y Roberto Mazzei, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – Librería dello Stato, Roma, 2010, pág. 17.

³⁰ Gallo, Paolo, *Istituzioni di Diritto Privato*, seconda edizione, G. Giappichelli, Turín, 2003, pág. 44.

³¹ Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Vittorio Neppi, tomo II: Doctrinas Generales, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 99-100.



existencia, en tanto la segunda implica la capacidad de querer. Por ello, todos los hombres están dotados de la capacidad de derechos, en tanto que la capacidad de obrar la tienen sólo aquellos que se encuentran en ciertas condiciones naturales o jurídicas³².

La actual doctrina itálica sostiene que la capacidad jurídica es la idoneidad de ser sujeto de derechos y obligaciones³³, idoneidad tanto para la persona física y la persona jurídica o entes dotados de personalidad³⁴, para las primeras se adquiere automáticamente con el nacimiento y se extingue con la muerte, para las segundas se adquiere con el reconocimiento³⁵.

De esta forma, la capacidad jurídica resulta así connatural a la naturaleza misma del hombre, presentándose casi como un instituto del derecho natural³⁶. En esta perspectiva, la capacidad jurídica sería inevitablemente connatural al hecho mismo de la existencia del sujeto³⁷.

En efecto, como lo ha anotado una de las más valiosas mentes del pensamiento jurídico italiano³⁸, la noción de capacidad jurídica reviste un innegable valor moral, expresando el definitivo repudio de discriminaciones conocidas en otras épocas históricas (como la esclavitud y la muerte civil), y se comprende el esfuerzo legislativo de remover, más allá de las persistentes disparidades de carácter formal, las desigualdades que de hecho inciden sobre la proclamada idoneidad a adquirir derechos y deberes.

Con la ley n° 6 del 09 de enero del 2004 se ha instituido en Italia la administración de sostén o de apoyo (*amministrazione di sostegno*) que se distingue de las clásicas formas de tutela a los sujetos débiles por orientarse a la persona, cuya función es la de apoyar al sujeto privado total o en parte de autonomía. Esta nueva figura se agrega a las del tutor y curador, reguladas en la codificación civil de forma más rígida, y ha sido pensada para responder en modo diversificado a las necesidades de las personas “*privadas en todo o en parte de autonomía de las funciones de la vida cotidiana mediante intervenciones de sostén temporal o permanente*” (según establece el primer artículo de la referida ley). La administración de sostén se configura en modo flexible: puede ser instituida por sustitución o agregada a otras medidas, temporal o permanentemente, a favor de un sujeto que mantiene su capacidad de ejercicio, pero puede encontrarse en dificultad o imposibilidad, incluso temporal, para cumplir determinados actos. Las modalidades con la cual actúa su flexibilidad permiten una personalización de la intervención y se disponen por decisión del juez tutelar³⁹.

³² Coviello, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, cuarta edición italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello, traducido por Felipe De J. Tena, concordancia de derecho mexicano de Raúl Berrón Mucel, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Américana, 1938, pp. 157-158.

³³ Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato. Persone – Famiglia, Successioni – Diritto reali – Obbligazioni – Contratti – Responsabilità civile – Imprese – Consumatori*, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2011, pág. 134.

³⁴ Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, settima edizione, G. Giappichelli Editore, Turín, 2012, pág. 62.

³⁵ Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, sexta edizione, Cedam, Padua, 2009, pág. 189.

³⁶ También notable doctrina española ha afirmado que la aptitud de la persona para ser sujeto de relaciones jurídicas recibe el nombre de capacidad jurídica. Se trata de una cualidad que la persona posee por el mero hecho de serlo. No puede decirse que el Derecho se la otorga, sino que se la reconoce: *De Ángel Yáñez, Ricardo, Introducción al estudio del Derecho, 3° ed., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pág. 245.*

³⁷ Gallo, Paolo, *Diritto Privato*, quarta edizione, G. Giappichelli, Turín, 2006, pág. 97.

³⁸ Rescigno, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, undicesima edizione, terza ristampa con appendice di aggiornamento, Nápoles, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1997, p. 121.

³⁹ Cendon, Paolo, *Lo Spirito dell'amministratore di sostegno*, en: *Per esserti d'aiuto, una guida per conoscere la legge sull'amministratore di sostegno*, le fasi del procedimento ed alcune sue applicazioni a Bologna, a cura di



La finalidad legislativa de esta ley, como se ha anotado, pretende proteger a las personas no idóneas para el cuidado de sus propios intereses. En efecto, no se trata de personas “inexpertas”, sino más bien de personas que sufren dificultades en el cumplimiento de las funciones de la vida cotidiana y se encuentra en ese estado, temporal o permanentemente⁴⁰.

En relación al carácter de la intervención pueden presentarse diversa casuística, como en el campo sanitario respecto al consentimiento informado en intervenciones quirúrgicas o terapéuticas o en el caso de diversos grados de reducción de la capacidad de ejercicio del sujeto, teniendo en cuenta de la posible evolución de la limitación misma.

Francesca Vitulo e Luca Marchi, Bolonia, ristampa realizzata con il contributo del Comune di Casalecchio di Reno, 2006, pág. 15.

⁴⁰ Alpa, Guido, *Manuale di Diritto Privato*, pág. 202.



3. Partiendo de una visión moderna de la concepción del ser humano, y considerando a la ciencia jurídica desde la teoría tridimensional de Derecho, nos permite concebir los auténticos alcances de la denominada “capacidad jurídica”, entendida en su amplia acepción, así como evidenciar lo inadecuado de asumir una posición dualista, asumida por grande parte de la doctrina jurídica, al señalar que ésta tiene dos vertientes, la capacidad de goce y la de ejercicio. Como ha enseñado el Maestro peruano Carlos Fernández Sessarego, la capacidad genérica o de goce es inherente al ser humano¹. Ésta es la potencialidad o posibilidad propias de la libertad en que consiste y fundamenta al ser humano, para volcarse en actos, en conductas intersubjetivas.

En efecto, la capacidad jurídica general o de goce no puede separarse de la libertad ontológica. Ésta no se restringe o elimina por norma jurídica, solamente desaparece con la muerte del ser humano. Ninguna ley puede limitar las decisiones del fuero interno del sujeto del derecho². Ninguna norma puede restringir la genérica capacidad de gozar potencialmente de los derechos naturales al ser humano.

Entonces, si la denominada capacidad genérica o de goce se encuentra dentro de la personas, en su núcleo existencial, no tiene sentido el que sea regulada por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, aludir a ella se presenta de todo jurídicamente irrelevante. Ciertamente, la capacidad de goce se erige tan sólo en un presupuesto de aquella otro tipo de capacidad, que concierne al derecho positivo, que los juristas denominan como capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar.

La capacidad genérica o de goce al ser inherente del ser humano, no es posible pretenderla limitar o restringirla normativamente. La capacidad jurídica corresponde a todo sujeto, por el hecho de serlo³. Esta capacidad representa o significa la potencialidad misma de la libertad para transformarse en acto, en comportamientos humanos intersubjetivos, para fenomenalizarse. En tanto, la capacidad de ejercicio o de obrar, que permite la manifestación fenoménica de la libertad, vale decir, su actuación o aparición en el mundo que si es posible restringirla, limitarla o suprimirla, en determinada medida, por el ordenamiento jurídico positivo. En tal sentido, el Derecho debe centrarse en esta capacidad.

¹ Fernández Sessarego, Carlos, *La capacidad de goce: ¿admite excepciones?* En: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, pág. 354.

² Como ha anotado el ilustre historiador del Derecho, el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, la expresión “sujeto del (o de) Derecho” es técnica de la ciencia jurídica de nuestros días para designar supremamente a aquellos entes que solo a los cuales sea posible imputar derechos y obligaciones o relaciones jurídicas en terminología también de nuestra época: Guzmán Brito, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis S.A., Bogotá, 2012, pág. 01.

³ Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, tomo I, 6° ed., Grijley, Lima, 2012, pág. 881.



4. El representante legal se sustituye a la persona con incapacidad en el cumplimiento de todos los actos jurídicos, en el presupuesto de su no idoneidad para proveer a sus propios intereses.

Este presupuesto falta en las hipótesis de incapacidad relativa de ejercicio, en que se reconoce la actitud del sujeto al cumplimiento directo de algunos actos: los que no se encuentran reservados al representante legal en la administración de sostén (como en la experiencia italiana) o el de la ordinaria administración para el inhabilitado¹.

De tal modo, que para el cumplimiento de otros actos, el ordenamiento jurídico prevé la asistencia de otra persona – respectivamente, el *amministrador* y el *curador* – con funciones de control sobre la oportunidad del acto y de integración de la voluntad del sujeto. Por ello, la posición de estos sujetos es diversa de la del representante legal, ya que no sustituye a la persona con incapacidad sino *integran su voluntad*: los actos (de extraordinaria administración) son cumplidos conjuntamente por la persona incapaz y por su asistente, y éstos no podrían cumplir un acto sin el consentimiento de su asistido.

Sostiene notable doctrina², que salvo algunas hipótesis menores, incluso en el caso de la curatela es necesario la autorización del juez tutelar o del tribunal competente. Las consecuencias de la violación de estas disposiciones son análogas a las previstas para la hipótesis de la tutela.

Entre otras formas de protección de los sujetos débiles se encuentra la clásica institución de la interdicción. La doctrina ha establecido dos formas de ésta: la judicial y la legal. La primera tiene naturaleza protectora y es consecuencia de un proceso dirigido a comprobar la incapacidad de la persona. Es denominada en esa forma debido a que el estado de interdicción es comprobado en juicio y declarado mediante sentencia. El estado de interdicción judicial dura hasta cuando no es pronunciada, con sentencia, la revocación de la interdicción.

Otro lado, la interdicción legal es diversa a la judicial. Ésta no tiene naturaleza protectora, sino sancionadora. Es una medida punitiva. El estado de interdicción deriva de la ley.

¹ Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, pág. 76.

² Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato*, pág. 135.



5. A nivel internacional, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, como documento supranacional de las Naciones Unidas, tiene como finalidad la protección, promoción y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los seres humanos y de las libertades fundamentales para las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su inherente dignidad.

El citado documento fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que marca un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques respecto a las personas con discapacidad.

Los Estados Partes en la Convención se encuentran compelidos a promover y proteger el pleno disfrute de los derechos fundamentales de las personas con discapacidades, garantizando el goce pleno de igualdad ante la ley.

Para la Convención, las personas con discapacidad incluyen las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con barreras diversas, puedan impedir su participación plena y efectiva en la comunidad, en igual de condiciones con los otros sujetos.

Asimismo, este documento obliga a los Estados a comprometerse a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, por lo que deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativa y de otra índole, modificación o derogación de leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, entre otros.

En aplicación del principio de no discriminación y el de igualdad, los Estados reconocen que las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida y sin discriminación alguna.

De este modo, los Estados Partes deben prohibir toda discriminación por motivo de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal efectiva e igual contra la discriminación por cualquier motivo.

Recogiendo estos principios, el Congreso de la República ha preparado el Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil concerniente al ejercicio de la capacidad jurídica y su implicancia en los libros de derecho de las personas, acto jurídico, familia y sucesiones de este cuerpo normativo.

Las propuestas realizadas por el Congreso peruano son diversas respecto a la modificación del código civil en cuanto a la capacidad jurídica. Por límites de extensión, nos ocuparemos de las concernientes al libro de derecho de las personas.

Para el Artículo 1° del código que se propone modificar se agregaría, a lado del comienzo de la vida humana, que todos los seres humanos tienen capacidad de goce desde el momento del nacimiento y que al concebido se le reconoce capacidad jurídica en todo cuanto le favorezca.

Se modifica el Artículo 4° de este cuerpo normativo estableciendo que el varón y la mujer tienen capacidad de goce y de ejercicio.

El Artículo 5° del código civil modificado proclamaría que todo acto jurídico que comporte un daño a un derecho inherente a la persona humana o a los demás derechos fundamentales tutelados es considerado nulo.

En el Artículo 42° de este cuerpo normativo se establecería que toda persona humana mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Respecto al Artículo 43° se dispondría que los menores de dieciocho años pero mayores de doce años tienen



capacidad de ejercicio restringida para celebrar los actos jurídicos que les permiten el Código Civil o las leyes especiales.

En cuanto al Artículo 44° se dispondría que sólo por ley pueden establecerse restricciones a la capacidad de ejercicio de la persona. La discapacidad no comportaría en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio. Asimismo, se propone modificar el Artículo 45° en el sentido que las personas con discapacidad pueden designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección según las disposiciones del código y de las leyes especiales.

Por último, en el Artículo 46° se propondría que tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

Como puede apreciarse, el Anteproyecto, impregnado de una posición personalista y sustentada en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de las personas con discapacidad, busca una perspectiva realista de la capacidad jurídica, en tanto es inherente del ser humano, en cuanto ser libertad.

6. Conclusiones

□ El ser humano es el único ente dotado de capacidad, idoneidad o aptitud para, en cuanto ser libre, ejercer su libertad y, en consecuencia, ser titular de derechos.

□ La capacidad, aptitud o idoneidad del ser humano para ejercer la libertad que es, no es cualidad agregada a su naturaleza, no es concesión de ningún ordenamiento jurídico, ni tampoco un atributo que recibe del mundo externo, sino pertenece a la mismidad ontológica de su ser, siendo el concepto de capacidad una unidad, pero que cuenta con dos fases.

□ En efecto, la capacidad jurídica genérica o de goce es inherente al ser humano en cuanto ser libre. Ésta es la potencialidad inherente a la libertad en tanto *ser* del ser humano. Por el contrario, la capacidad de ejercicio o de obrar es la manifestación fenoménica de la libertad, vale decir, su actuación en el mundo exterior, por lo que permite limitarla, restringirla en determinada medida por el ordenamiento jurídico positivo.

7. Bibliografía

Agurto Gonzáles, Carlos, *A modo de colofón...un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.

Aristóteles, *Los tres tratados de la ética*. I. Moral a Nicómaco, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” editorial, 1950.

Bianca, Cesare Massimo, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012.

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in four books*, volumen 1, B. Lippincott Company, Filadelfia, 1893.

Braudry-Lacantinerie, Gabriel, *Précis de Droit Civil*, contenat dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses, neuvième édition, tomo premier, Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, París, 1905.



- Capitant, Henry, *Introduction a l'étude du Droit Civil. Notions Générales*, quatrième édition, A. Pedone Éditeur, Paris, 1925.
- Cendon, Paolo, *Lo Spirito dell'amministratore di sostegno*, en: Per esserti d'aiuto, una guida per conoscere la legge sull'amministratore di sostegno, le fasi del procedimento ed alcune sue applicazioni a Bologna, a cura di Francesca Vitulo e Luca Marchi, Bologna, ristampa realizzata con il contributo del Comune di Casalecchio di Reno, 2006.
- Clavero, Bartolomé, *La máscara de Boecio: Antropologías del Sujeto entre Persona e Individuo, Teología y Derecho*, en: Observatorio de Derecho Civil, volumen 14: La persona, Editora jurídica Motivensa, Lima, 2012.
- Código civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, traducción dirigida por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- Código civil francés/Code Civil*, edición bilingüe, traducción de Álvaro Núñez Iglesias, estudio preliminar y notas de Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias, prólogo de Antonio Garries Walker, coordinación de Rafael Doming, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Código Civil Italiano*, en: Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo I: Introducción (El Ordenamiento Jurídico Italiano), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- Cossio, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2º ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1947.
- Coviello, Nicola, *Doctrina General del Derecho Civil*, cuarta edición italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello, traducido por Felipe De J. Tena, concordancia de derecho mexicano de Raúl Berrón Mucel, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Américana, 1938.
- De Ángel Yágüez, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 3º ed., Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.
- Demogue, René, *Traité des Obligations en Général, I, Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome II, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925.
- Demogue, René, *Traité des Obligations en Général, I, Sources des Obligations (Suite et fin)*, tome V, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925.
- Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General), Volumen primero: Introducción – Derecho Objetivo – Derechos Subjetivos – Sujeto de Derecho – Objeto del Derecho*, décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 318.
- Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, tomo I, 6º ed., Grijley, Lima, 2012.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios, Idemsa, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 2º ed., Editora Normas Legales S.A., Lima, 1995.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"*, en: Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, 3º ed., Ara editores, Lima, 2006.



- Fernández Sessarego, Carlos, *El histórico problema de la capacidad jurídica*, en: El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI), Ediciones Jurídicas, Lima, 2002.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporaneo*, en: La responsabilità civile, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *La capacidad de goce: ¿admite excepciones?* En: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990.
- Franceschelli, Vincenzo, *Diritto Privato. Persone – Famiglia, Successioni – Diritto reali – Obbligazioni – Contratti – Responsabilità civile – Imprese – Consumatori*, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2011.
- Gallo, Paolo, *Diritto Privato*, cuarta edizione, G. Giappichelli, Turín, 2006.
- Gallo, Paolo, *Istituzioni di Diritto Privato*, segunda edizione, G. Giappichelli, Turín, 2003.
- Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quindicesima edizione, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 15. Existe traducción en idioma castellano, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Guzmán Brito, Alejandro, *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis S.A., Bogotá, 2012.
- Jörs, Paul, *Derecho privado romano, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de la segunda edición alemana por L. Pietro Castro*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1965.
- Josserand, Louis, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I: *Teorías Generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, revisado y completado por André Brun, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, edición al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía – Editores, Buenos Aires, 1952.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, con presentación de Carlos Cossio, traducción de Jorge G. Tejerina, 2º ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1946.
- Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, prólogo de Vittorio Neppi, tomo II: *Doctrinas Generales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: Biblioteca de Derecho Comparado y sistemas jurídicos, coordinada por Carlos Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, Ara editores, Lima, 2009.
- Ortolan, Joseph Louis Elzéar, *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, con el texto y su traducción y la explicación de cada párrafo, traducida al



español por Estebán de Ferrater y José Serdá, tomo I, 2º ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, 1874.

Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario, *Compendio de Derecho de las obligaciones*, con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, Palestra editores, Lima, 2011.

Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, settima edizione, G.Giappichelli Editore, Turín, 2012.

Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, contiene el desarrollo histórico y la exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de Roma hasta el emperador Justiniano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales, muy ampliadas en la presente edición por José Ferrández González, Editorial Nacional, México D.F., 1961.

Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, riproduzione anastática della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, introduzioni di Giovanni Battista Ferri y Nicola Rondinone, presentazione de Guido Alpa y Roberto Mazzei, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – Librería dello Stato, Roma, 2010.

Rescigno, Pietro, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, undicesima edizione, terza ristampa con appendice di aggiornamento, Nápoles, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1997.

Savigny, Friedrich Carl von, *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesías y Manuel Poley, tomo II, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1879.

Stanzione, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1976.



L'OMESSA INFORMAZIONE DEI RISCHI DEL TRATTAMENTO SANITARIO: SPUNTI COMPARATISTICI

LAURA VAGNI

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Dovere d'informazione del medico e tutela del diritto di autodeterminazione del paziente: le fonti di diritto europeo e internazionale. - 3. La tutela del diritto di autodeterminazione del paziente nel nostro ordinamento. - 3.1. Il dovere di comunicazione dei rischi di scarsa probabilità di accadimento. - 4. La recente giurisprudenza inglese sulla responsabilità del medico per omessa informazione dei rischi del trattamento sanitario. - 5. Il dovere d'informazione del medico: tra contenimento dei costi e tutela dei diritti fondamentali.

1. Il dovere del medico di informare adeguatamente il paziente della diagnosi della malattia, dei possibili trattamenti terapeutici e dei rischi e dei benefici del percorso terapeutico proposto costituisce un fondamento essenziale del rapporto di fiducia tra il professionista e il paziente e, nello stesso tempo, è presupposto per un'adeguata tutela del diritto alla salute del paziente, della sua libertà di scelta e della sua dignità¹. Negli ultimi anni, i contenuti del dovere d'informazione e della connessa responsabilità del medico nei confronti del paziente per la violazione di questo dovere sono stati al centro di un'attenta riflessione, da parte della dottrina e della giurisprudenza, anche per la necessità di adeguare il diritto in materia ad un mutato contesto sociale ed economico e ad un diverso modo di concepire il rapporto medico-paziente, rispetto al passato.

La crisi economica e l'esigenza del contenimento dei costi della spesa sanitaria, la maggiore diffusione, anche grazie ad internet, delle informazioni sulle cure e sullo stato dell'arte della ricerca scientifica, la crescente mobilità nazionale e internazionale dei pazienti sono alcuni dei principali fattori che hanno realizzato un progressivo allontanamento del rapporto medico-paziente da un modello paternalistico, caratterizzato da un affidamento pressoché esclusivo del paziente ai consigli terapeutici del medico curante. Parimenti, è in atto un processo di assimilazione della figura del paziente a quella del consumatore: un

¹ Cfr. M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti (cur.), *I diritti in medicina, Trattato di Bioetica*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 191, secondo il quale fin da principio la relazione medico-paziente "[...] non mette in gioco unicamente la salute, ma riguarda direttamente la libertà e la dignità della persona".



soggetto che non recepisce passivamente i consigli terapeutici del medico, ma che è autore di scelte consapevoli e, soprattutto, titolare di diritti. Ciò con evidenti influenze sul rapporto fiduciario medico-paziente e sull'allocazione dei rischi derivanti dalla prestazione sanitaria.

Questo diverso ruolo assunto dal paziente, come “consumatore” che compie libere scelte², influisce sull'individuazione del contenuto del dovere d'informazione del medico e, di riflesso, sul diritto di accesso alle informazioni, che deve essere garantito al paziente per tutelare la sua autonomia. La tutela del diritto di autodeterminarsi nelle scelte terapeutiche, come diritto fondamentale del paziente-consumatore, comporta il riconoscimento di una centralità del paziente in molti dei processi decisionali legati alle cure, che in definitiva devono sempre discendere da una scelta di quest'ultimo³.

Non stupisce, allora, che la materia del consenso informato sia oggetto di una continua revisione negli ordinamenti nazionali e di un lavoro interpretativo ad opera della giurisprudenza, volto a garantire la conformità delle regole all'importanza crescente che assume il diritto fondamentale del paziente di autodeterminarsi in tutte le fasi della cura.

Il presente lavoro ha lo scopo di osservare il fenomeno attraverso l'indagine di un aspetto specifico del consenso informato, relativo all'omessa informazione dei rischi del trattamento sanitario. L'analisi sarà sviluppata assumendo una prospettiva comparatistica, che si rivela utile allo studio del tema, soprattutto in ragione del fatto che la disciplina del consenso informato si basa essenzialmente su un diritto giurisprudenziale, di fonte non solo statale, ma anche internazionale e transnazionale.

² V. ad esempio il *New Consumer Protection Act* 2011 s. 5, del Sud Africa, da ultimo emendato nel 2013, che si applica indifferentemente ai consumatori e ai pazienti; per i primi riferimenti in materia cfr. K. ROWE – K. MOODLEY, *Patients as Consumers of Health Care in South Africa: the Ethical and Legal Implications*, in *BMC Medical Ethics*, 2013, consultabile al sito <http://www.biomedcentral.com/1472-6939/14/15>.

³ Cfr., per i primi riferimenti, Y. YISHAY, *Participatory Governance in Public Health, Choise but not Voice*, in D. Levi-Faur (cur.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, 2012, p. 531; A. MOLD, *Complaining in the Age of Consumption. Patients, Consumers of Citizens?*, in J. Reinartz – R. Wynterp (cur.), in *Complaints, Controversies and Grievances in Medicine: Historical and Social Science Perspectives*, New York, 2015, p. 167 ss.



2. In Europa, il dovere d'informazione che incombe sul medico nei confronti del paziente e la disciplina della responsabilità civile del medico per omessa informazione dei rischi del trattamento sanitario sono regolati essenzialmente dal diritto nazionale degli Stati membri. La disciplina nazionale negli ultimi decenni ha subito, tuttavia, importanti evoluzioni nella maggior parte dei sistemi giuridici europei, soprattutto per la necessità di un adeguamento del diritto interno ad alcune fonti europee e internazionali e alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Dall'analisi di queste fonti emerge l'esistenza di un rapporto di reciproca influenza tra la disciplina del consenso informato e la tutela del diritto di autodeterminazione del cittadino, nei vari ambiti di svolgimento della sua personalità e, quindi, anche in ambito sanitario. Si può menzionare, in questo contesto, l'art. 3 della *Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE*, che al secondo comma stabilisce: "Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: - il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge [...]"; l'art. 6 della *Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani* dell'Unesco del 2005, che stabilisce: "Ogni intervento medico preventivo, diagnostico o terapeutico deve essere realizzato con il previo libero e informato consenso della persona interessata, basato su un'adeguata informazione [...]"; l'art 5 della *Convenzione per la Protezione dei Diritti dell'Uomo e delle Dignità dell'Essere Umano Riguardo alle Applicazioni delle Biologia e della Medicina*, firmata ad Oviedo nel 1997¹, che recita: "Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. [...]".²

La stretta relazione tra dovere d'informazione del medico e diritto del paziente ad autodeterminarsi emerge anche dall'art. 8 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali* (CEDU), come interpretato dalla *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo* (Edu). La Corte Edu, infatti, ha riconosciuto in più occasioni il diritto del paziente di autodeterminarsi nelle scelte terapeutiche, come diritto fondamentale della persona al rispetto della vita privata, tutelato dall'art. 8 CEDU. Così, già nel 2002, nella sentenza *Pretty c. Regno Unito*³, la Corte Edu ha evidenziato che "vita privata" è una locuzione ampia, che ricomprende non solo l'integrità fisica e la vita sociale dell'individuo, ma anche la sua autonomia e lo sviluppo della sua personalità nell'ambito delle relazioni con altri individui. La nozione di autonomia personale rispecchia un principio importante, sotteso all'interpretazione delle garanzie dell'art. 8 CEDU, e comprende la facoltà di ogni individuo di condurre la propria esistenza come vuole e di dedicarsi anche ad attività fisicamente o moralmente pregiudizievoli o pericolose per la propria persona. In questa decisione, la Corte ha specificato che, in ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente, se è un adulto e

¹ La Convenzione non è stata ratificata dall'Italia, nonostante la legge di autorizzazione della ratifica n. 145 del 2001. La Convenzione resta, non di meno, un importante riferimento per lo sviluppo del diritto nazionale in questa materia.

² La tutela del consenso libero ed informato del paziente trova disciplina in fonti ben più risalenti, come ad esempio, il *Patto Internazionale Relativo ai Diritti Civili e Politici* dell'ONU, concluso a New York nel 1966, che all'art. 7 stabilisce: "[...] Nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico". Per una ricostruzione delle fonti storiche cfr. M. GRAZIADEI, *op. cit.*, p. 192 ss.

³ *Pretty v. UK*, ECHR 29-07-2002, n. 2346/02.



sano di mente, costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato, che può mettere in discussione i diritti protetti dall'art. 8(1) della Convenzione⁴. Qualche anno più tardi, nel caso *Tysiac v. Polonia*⁵, la Corte Edu si è occupata specificamente del problema dell'acquisizione del consenso informato, anche se in un caso particolare, in materia di aborto. Nella motivazione della sentenza, si legge che il paziente deve assumere le decisioni relative alla propria salute attraverso un processo decisionale, i cui esiti devono in ultima analisi dipendere dalla volontà del paziente. È necessario, a tal fine, che in ogni fase del procedimento, che conduce alla scelta del paziente riguardo ad una determinata cura, il diritto del paziente di autodeterminarsi sia effettivo. Il paziente “ [...] deve essere coinvolto nel processo di formazione della decisione relativa alla scelta del trattamento terapeutico, considerato nel suo complesso, in modo da garantire la protezione dei suoi interessi”⁶. Da ultimo, nel caso *VC v. Slovacchia*⁷, la Corte Edu ha riaffermato la necessità di un'adeguata informazione del paziente ai fini della tutela del suo diritto di autodeterminazione e l'esistenza di un obbligo positivo in capo agli Stati membri di attuare misure che garantiscano l'effettivo godimento del diritto al rispetto della vita privata e familiare⁸. Nel caso di specie, la Corte ha condannato lo Stato slovacco per la violazione degli articoli 3 e 8 della CEDU su ricorso di una donna di etnia Rom, che aveva subito un trattamento di sterilizzazione, in occasione di un parto cesareo, senza aver ricevuto un adeguato consenso informato.

Questa giurisprudenza ha avuto evidenti riflessi sul dovere di informazione che grava sul medico nei confronti del paziente, dato che l'accesso ad un'informazione completa sulle cure, i rischi e le alternative terapeutiche costituisce presupposto essenziale per garantire al paziente una effettiva libertà di scelta. In molti sistemi europei, pertanto, la disciplina nazionale in materia di consenso informato è stata modificata, al fine di assicurare il rispetto da parte delle fonti nazionali dei diritti fondamentali garantiti a livello europeo ed internazionale.

⁴ *Pretty v. UK*, cit., paragr. 63.

⁵ *Tysiac v. Poland*, ECHR 20-03-2007, n. 5410/03.

⁶ *Tysiac v. Poland*, cit., paragr. 113: “[...] an individual has been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide her or him with the requisite protection of their interests”.

⁷ *VC v. Slovakia*, ECHR 8-11-2011, n. 18968/07.

⁸ La Corte Edu non affrontava specificamente la materia del consenso informato con riferimento all'art. 8 CEDU, avendo già trattato della questione in relazione all'art. 3 e avendo stabilito una contrarietà della legge slovacca, che consentiva il trattamento di sterilizzazione senza l'acquisizione del consenso informato, in caso di necessità ed urgenza, all'art. 3 CEDU. Cfr. *VC v. Slovakia*, cit., paragr. 144.



3. Nel nostro ordinamento, com'è noto, manca una legge generale sul consenso informato, la cui disciplina si ricava da una molteplicità di norme, di fonte nazionale, settoriale, deontologica¹ e dall'interpretazione datane dalla giurisprudenza, il cui studio è davvero imprescindibile per una comprensione della materia.

Le fonti di diritto europeo e internazionale, richiamate del paragrafo precedente, hanno influenzato l'evoluzione della giurisprudenza nazionale sul consenso informato, avviando un processo di adeguamento del diritto interno al riconoscimento dei diritti fondamentali del paziente, in specie del diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche. Così, la nostra Corte costituzionale, nella sentenza n. 438/2008, ha affermato che il diritto di autodeterminazione è un diritto fondamentale del paziente, che trova fondamento nei principi espressi dagli articoli 2 Cost. e dagli artt. 13 e 32 Cost., i quali prevedono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile” e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”. Con questa decisione, la Corte ha stabilito che il consenso informato ha una “[...] funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale”².

Con questa decisione, la Corte ha riconosciuto valore autonomo al diritto di autodeterminazione, aprendo la possibilità di una sua tutela, a prescindere dall'esistenza di un danno alla salute subito dal paziente.

¹ V. l'art. 33 della legge n. 833 del 1978, che istituisce il servizio sanitario nazionale; artt. 12 e 13 della legge n. 194 del 1978, sull'interruzione volontaria della gravidanza; l'art. 5 della legge n. 135 del 1990, in materia di accertamento delle infezioni da HIV; l'art. 120 del DPR n. 390 del 1990, in materia di interventi preventivi, curativi e riabilitativi dello stato di tossicodipendenza; l'art. 3 del d.lgl n. 211 del 2003, sulla sperimentazione clinica di medicinali; l'art. 6 della legge n. 40 del 2004, sulla procreazione medicalmente assistita; l'art. 3 della legge n. 219 del 2005, in tema di attività trasfusionali e di produzione di emoderivati; tra le norme deontologiche, la materia del consenso informato è richiamata in diversi articoli del codice deontologico, v. in particolare gli artt. 33 e 35. Cfr. M. Graziadei, p. 197 ss. e, in particolare, p. dove si legge. “Il quadro delle fonti scritte in materia di consenso informato rappresenta la proverbiale punta dell'iceberg rispetto all'apparato regolatore che abbraccia gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, le norme deontologiche, la prassi professionale, l'organizzazione burocratica destinata a sostenere l'erogazione delle prestazioni sanitarie, le regole di carattere extragiuridico, destinate ad integrare le norme giuridiche e il costume sociale, su cui le norme del diritto incidono o vorrebbero incidere”.

² V. Corte Cost., 18-11-2008, n. 438; su cui v. il commento di D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 4970 ss.; R. BALDUZZI – D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, *Ibidem*, p. 4953 ss.; C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, *Ibidem*, p. 4981 ss.; v. anche Corte Cost., 30-7-2009, n. 253, consultabile in *Dejure*; v. da ultimo le considerazioni effettuate in materia di procreazione medicalmente assistita da Corte Cost., 10-6-2014, n. 162, consultabile in *Dejure*, dove è riconosciuto un diritto all'autodeterminazione della coppia, come espressione dell'art. 8 CEDU.



L'orientamento tradizionale della giurisprudenza civile, al contrario, riconosceva una responsabilità del medico, per omessa informazione dei rischi del trattamento al paziente, solo nel caso in cui l'omissione del medico avesse causato un danno alla salute del paziente. In assenza di un danno alla salute, la violazione del diritto di autodeterminazione, dovuta all'incompletezza del consenso informato acquisito, non era considerata idonea a generare un danno di apprezzabile entità e, quindi, risarcibile³.

Solo negli ultimi anni la nostra Corte di legittimità ha accolto un diverso orientamento, stabilendo che la lesione del diritto di autodeterminazione può generare un'autonoma fonte di danno. Così, la Corte di Cassazione ha affermato che la violazione da parte del medico del dovere di informazione può causare due diversi tipi di danno: un danno alla salute, sussistente nel caso in cui è ragionevole ritenere che il paziente, ove correttamente informato, si sarebbe rifiutato di sottoporsi al trattamento terapeutico; un danno da lesione del diritto di autodeterminazione, che sussiste indipendentemente dalla lesione della salute, in ogni caso in cui il paziente abbia subito un pregiudizio patrimoniale o non, diverso dalla lesione della salute⁴.

Recentemente, questo orientamento è stato seguito in diverse sentenze della Corte di Cassazione. Nel febbraio 2015⁵, la Corte ha cassato la sentenza del giudice di merito, che aveva ritenuto assorbito il risarcimento del danno alla salute dal risarcimento del danno liquidato al paziente per mancanza di consenso informato. Nel marzo 2015⁶, la stessa Corte ha ribadito che l'intervento effettuato in assenza di consenso informato è illecito, anche quando è nell'interesse del paziente. L'incompletezza dell'informazione genera una lesione della dignità del paziente, che potrà agire in risarcimento nei confronti del medico, provando il danno subito, anche in via presuntiva. Nel maggio 2015, la Cassazione è

³ Cfr. Trib. Milano, 29-03-2005, in *Corriere Merito*, 2005, p. 787, con nota di D'AURIA, *Il consenso informato ad un bivio: tra lesione del diritto alla salute e autodeterminazione del paziente*; Trib. Roma, 10-05-2005, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2006, p. 41 ss., con nota di G. FACCI, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*; un discorso diverso deve essere svolto nel caso di trattamenti estetici, dove dalla non necessità dell'intervento si faceva discendere un maggior rigore nella disciplina del consenso informato, cfr., *ex plurimis*, Trib. Bologna, 30-12-2004, sul tema, per i primi riferimenti, cfr. M. GRAZIADEI, *op. cit.*, p. 255 ss. e riferimenti *ivi*. Questo orientamento sembra seguito anche in alcune sentenze della Corte di Cassazione, v. Cass. Civ., sez. III, 19-09-2014, n. 19731, consultabile in *Dejure*, che stabilisce: “[...] da tale intervento non è derivato alcun danno consequenziale secondo i principi di cui all’art. 1223 c.c. Ne consegue che se non esiste un rapporto causale tra l’aggravamento delle condizioni del paziente e l’insorgenza di nuove patologie e l’intervento sanitario, non può darsi luogo a nessun risarcimento”.

⁴ V. Cass. Civ., sez. III, 09-02-2010, n. 2847, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, p. 1014 ss., con nota critica di M. GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, dove la Corte espressamente richiama la sentenza della Corte Cost. n. 438 del 2008 e si uniforma al suo orientamento; v. Cass. Civ., sez. III, 31-07-2013, n. 18334, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, p. 572 ss., con nota di M. FONTANA VITA DELLA CORTE, *Le omissioni del medico e il regime di responsabilità*, Cass. Civ., sez. III, 24-10-2013, n. 24109, consultabile in *Dejure*; Cass. Civ., sez. III, 30-09-2014, n. 20547, consultabile in *Dejure*.

⁵ Cass. Civ., sez. III, 13-02-2015, n. 2854, consultabile in *Dejure*.

⁶ Cass. Civ., sez. III, 20-03-2015, n. 5590, consultabile in *Dejure*.



intervenuta di nuovo su questo tema, anche se con una sentenza di rigetto del ricorso del paziente, stabilendo che:

“L'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori - anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione - tutte le volte in cui siano configurabili, a carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità, derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato”⁷.

Questa evoluzione giurisprudenziale mostra, in definitiva, l'acquisizione di un'autonomia del risarcimento del danno da violazione del diritto di autodeterminazione rispetto al danno alla salute⁸, anche se permangono diversi elementi di incertezza nella determinazione del diritto del paziente, in specie sotto il profilo probatorio e della quantificazione del danno. Senza poter in tale sede approfondire adeguatamente queste problematiche, ci si limita a rilevare come la qualificazione della natura della responsabilità medica sia rilevante per la soluzione di entrambe le questioni.

Com'è noto, la natura della responsabilità medica è da tempo oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza⁹. L'orientamento attualmente maggioritario della giurisprudenza qualifica la responsabilità da violazione del consenso informato come una responsabilità contrattuale¹⁰, con un conseguente regime probatorio di favore per il paziente. Secondo

⁷ Cass. Civ., sez. II, 8-05-2015, n. 9331, consultabile in *Dejure*.

⁸ In senso critico, cfr. F. CECCONI, *Il consenso informato alle cure mediche*, in F. Cecconi - G. Cipriani (cur.), *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, Torino, 2014, p. 85.

⁹ Gli studi che affrontano la tematica della natura della responsabilità medica nel nostro ordinamento sono numerosi; con specifico riguardo al consenso informato, ci si limita a rinviare, per i primi riferimenti, a M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Rivista di Diritto civile*, 2001, I, p. 326 ss. e riferimenti *ivi*. In Europa, alcuni ordinamenti accolgono la tesi della natura contrattuale della responsabilità medica, mentre altri qualificano la responsabilità come extracontrattuale. Così avviene in Inghilterra e in Scozia, v. *infra*, nota 36; in Germania, la legge del 25 febbraio 2013, sul miglioramento dei diritti del paziente, stabilisce espressamente che la violazione del dovere di informazione da parte del medico dà luogo ad una responsabilità contrattuale, v. J.F. STAGL, *La «legge sul miglioramento dei diritti del paziente in Germania»*, in *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2014, II, p. 35 ss.; nel sistema francese, la *Cour de Cassation* ha recentemente mutato l'orientamento tradizionale della giurisprudenza in materia di responsabilità medica, in base al quale la natura di questa responsabilità è contrattuale, per qualificare la responsabilità come extracontrattuale. La prima decisione della *Cour of Cassation* in tal senso ha riguardato proprio il dovere di informazione del medico. Cfr. Civ. 1re, 6 déc. 2007, n. 06-19.301, in *RTD civ.*, 2008, p. 303 ss., con commento di P. Jourdain. Per i primi riferimenti in tema, cfr. J. PENNEAU, *Répertoire de droit civil, Médecine, V (Réparation des conséquences des risques sanitaires)*, dicembre, 2013, nn. 14-16.

¹⁰ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 20-03-2013, n. 24109, cit., v. tuttavia, le recenti evoluzioni, in specie della giurisprudenza di merito, che qualificano la responsabilità medica, quando è assente un rapporto contrattuale tra le parti, come responsabilità extracontrattuale, in applicazione dell'art. 3 del D. Lgl. 13 settembre 2012 n. 158 (c.d. decreto Balduzzi), convertito con modificazioni in legge dell'8 novembre 2012 n. 189. Cfr. Trib. Milano, 17-07-2014, in *Giust. Civ.com*, 2015, con nota di U. M. ROLFO, *La responsabilità medica, ai sensi dell'art.*



questa impostazione, il paziente che richiede un risarcimento del danno da violazione del diritto di autodeterminazione potrà limitarsi ad allegare la mancata informazione da parte del medico, il quale sarà onerato della prova del corretto adempimento dell'obbligo di informazione, secondo la disciplina che regola le obbligazioni *ex contractu*. Spetterà invece al paziente dar prova dei danni subiti in conseguenza della violazione del dovere di informazione da parte del medico. Questo orientamento sembra trovare conferma sia nella giurisprudenza di merito¹¹ sia in un recente orientamento della Corte di Cassazione, secondo il quale, in caso di mancata acquisizione del consenso informato, l'evento che integra l'illecito è rappresentato dallo stesso estrinsecarsi dell'intervento sulla persona del paziente, senza adeguata acquisizione del consenso; questo evento è idoneo a generare una pluralità di danni conseguenza, rappresentati dagli effetti pregiudizievoli che la mancata acquisizione del consenso ha determinato nella sfera della persona del paziente "[...] considerata nella sua rilevanza di condizione psico-fisica posseduta prima dell'intervento, la quale, se le informazioni fossero state date, l'avrebbe portata a decidere sul se assentire la pratica medica"¹². Questi pregiudizi, quali la stessa privazione della possibilità di restare nelle condizioni di malattia, di prendere tempo per riflettere, di rivolgersi ad altro medico, sussistono ancorché l'intervento appaia *ex ante* necessario ed, *ex post*, risulti integralmente risolutivo della patologia lamentata e, saranno risarciti al paziente se allegati e provati da quest'ultimo, anche in via presuntiva.

In tema, tuttavia, permane un certo grado di incertezza nella giurisprudenza, con la conseguente difficoltà di prevedere come il giudice si determinerà nel caso concreto: se infatti un'incompleta o inadeguata informazione del paziente genera sempre una limitazione della sua libertà decisionale, resta difficile stabilire se questa lesione sia sempre rilevante sul piano risarcitorio¹³ e quali prove siano sufficienti a dimostrare l'esistenza di un

2043 c.c.; cfr. inoltre l'art. 7 del disegno di legge n. 2224 approvato dalla Camera dei deputati il 28 gennaio 2016 ed ora in discussione al Senato, dove si distingue tra responsabilità della struttura sanitaria, pubblica o privata, e responsabilità del professionista, prevedendo che la prima risponde *ex artt.* 1218 e 1228 c.c. per le condotte dolose e colpose dei professionisti di cui si avvale, mentre il professionista risponde del proprio operato *ex art.* 2043 c.c. La proposta, tuttavia, non si riferisce espressamente alla materia del consenso informato.

¹¹ In questi termini già in passato v. Trib. Milano, 29-03-2005, n. 3520, secondo il quale "[...] è sempre necessaria la prova del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c.". Nel caso di specie il Tribunale, pur riconoscendo la sussistenza di una violazione del diritto di autodeterminazione del paziente, ha stabilito che il danno era ontologicamente trascurabile o comunque di entità economica non apprezzabile. Recentemente cfr. Trib. Benevento, 4-06-2014; Trib. Milano, 4-03-2015, n. 2881; Trib. Bari, 9-03-2016, n. 1297, consultabili in *Dejure*. In materia, per i primi riferimenti in dottrina cfr. R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, p. 119, secondo il quale il riconoscimento di un danno al paziente, per il solo fatto che non abbia avuto il diritto di scegliere, è assunto "discutibile". L'a. critica quella prassi giurisprudenziale, secondo la quale l'accertamento di un vizio nell'acquisizione del consenso informato diviene premessa necessaria e sufficiente per il riconoscimento di un danno, a prescindere dalla valutazione degli interessi in concreto offesi.

¹² Cass. Civ., sez. III, 12-06-2015 n. 12205, in senso conforme Cass. Civ. sez. III, 20-05-2016 n. 10414, consultabili in *Dejure*.

¹³ Secondo una parte della dottrina il danno da violazione del consenso informato sarà risarcito solo quando ha inciso sul diritto di autodeterminazione oltre il limite di normale tollerabilità; ciò secondo gli stessi criteri



danno. Ciò in ragione del fatto che la valutazione delle scelte che il paziente avrebbe effettuato, se adeguatamente informato, sia basa essenzialmente su un giudizio ipotetico. Così, ad esempio, la Corte di appello di Milano ha negato il risarcimento del danno da violazione del consenso informato agli eredi di una paziente deceduta a seguito di un intervento. Nella sentenza si legge che gli eredi non avevano fornito la prova (documentale o testimoniale) che il *de cuius*, ove debitamente informato, non si sarebbe sottoposto all'intervento che l'avrebbe condotto alla morte, così come la prova del danno subito¹⁴. Altre decisioni, invece, hanno riconosciuto un danno da violazione del diritto di autodeterminazione del paziente sulla sola base dell'esistenza di una violazione del consenso informato da parte del medico, presumendo l'esistenza di un pregiudizio ingiusto, consistente nella violazione della libertà del paziente, in presenza di un difetto d'informazione da parte del medico¹⁵.

Da ultimo la Corte di Cassazione ha chiarito che per la risarcibilità del danno da violazione del diritto di autodeterminazione, in relazione alla mancanza del consenso informato, “ [...] non è necessaria la prova (richiesta solo per il danno alla salute) che il paziente, ove adeguatamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento”¹⁶. Il danno alla libertà di scelta del paziente si dovrebbe presumere ogniquale volta l'informazione fornita dal medico sia incompleta o inadeguata, sollevando il paziente dall'onere di provare il pregiudizio subito; ciò sembrerebbe ridurre la distinzione tra evento dannoso e danni conseguenza, altrove affermata, per garantire una maggiore effettività del diritto fondamentale del paziente di autodeterminarsi¹⁷.

3.1. La tutela del diritto di autodeterminazione, a prescindere dalla lesione del diritto alla salute, comporta la necessità di determinare il contenuto del dovere di informazione, che grava sul medico, anche in funzione dell'autonomo interesse del paziente di scegliere liberamente le cure a cui sottoporsi. Diviene, allora, essenziale stabilire quali rischi del trattamento sanitario, tra tutti i rischi astrattamente possibili, rientrano nel dovere di

stabiliti dalla Cass. Civ., Sez. Un., 11-11-2008, nn. 26972, 26973, 26974, commentate da diversi autori; per i primi riferimenti cfr. P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, p. 56 ss.; *Ibidem*, G. PONZANELLI, *Dopo le decisioni delle Sezioni Unite: le «reali» divergenze tra esistenzialisti ed antiesistenzialisti*, p. 2419 ss.

¹⁴ Corte di appello Milano, 07-03-2016, n. 894, consultabile in *Dejure*.

¹⁵ V. ad esempio Trib. Roma, 4-01-2016, n. 16, che condannava l'Università Cattolica del Sacro Cuore a risarcire ad una paziente la somma di 60.000 euro, determinata in via equitativa, per il danno da lesione del diritto di autodeterminazione, in presenza di un intervento sanitario eseguito correttamente, ma senza un completo consenso informato.

¹⁶ Cass. Civ., sez. III, 17-06-2016, n. 12516, consultabile in *Dejure*; vedi precedentemente Cass. Civ. sez. III, 14-07-2015, n. 14642, *Ibidem*.

¹⁷ La Corte di legittimità ha espressamente stabilito che il principio mutuato dalla sentenza Cass. n. 09-02-2010, n. 2847, cit., non è applicabile al danno conseguente alla mera violazione del diritto di autodeterminazione, ma solo al danno alla salute. Solo in quest'ultimo caso, pertanto, “ [...] la Corte ha subordinato il risarcimento alla prova, da offrirsi dal paziente anche a mezzo di presunzioni, che egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento ove fosse stato adeguatamente informato”.



informazione del medico, perché idonei ad incidere sulla libertà di scelta del paziente, a prescindere dal rilievo che assumono per la tutela della sua salute.

L'indagine si rivela complessa, soprattutto quando ha ad oggetto rischi di scarsa probabilità di accadimento, rischi remoti o rischi scarsamente prevedibili. In tali casi, sembra difficile formulare delle valutazioni in astratto sul valore che il rischio assume per il paziente e sull'influenza che può avere sulle sue decisioni riguardo alla cura. La fattispecie concreta e la ponderazione degli interessi delle parti effettuata dal giudice del merito assumono, ancora una volta, un ruolo fondamentale.

Un orientamento costante della giurisprudenza di merito sostiene che il medico è obbligato a comunicare i rischi prevedibili e non anche quelli anormali, ai limiti del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'*id quod plurimumque accidit*¹⁸. Occorre, infatti, riconoscere che l'operatore sanitario deve contemperare il diritto di informazione del paziente con la necessità che il paziente non compia delle scelte negative per la sua stessa salute, dietro la pressione emotiva generata dai rischi paventati. In base a questa tesi, parte della dottrina ritiene che il medico possa, a seconda delle circostanze, tacere al paziente alcuni rischi, per ragioni terapeutiche¹⁹.

Più di recente, tuttavia, la Corte di Cassazione²⁰ ha cassato la sentenza della Corte di appello di Milano, che aveva respinto la domanda di risarcimento per lesione del consenso informato, proposta dagli eredi di una paziente deceduta a seguito di un intervento chirurgico. Secondo il Giudice del merito, il dovere di informazione del medico non ineriva anche i rischi letali, la cui probabilità di accadimento era statisticamente inferiore al 1%²¹. Rischi del genere, infatti, erano prossimi al caso fortuito e non rientravano nel dovere di informazione del medico. La Cassazione, invece, coerentemente con il riconoscimento del diritto di autodeterminazione del paziente, ha stabilito che la valutazione del rischio appartiene esclusivamente al paziente e costituisce un'operazione di bilanciamento che non può essere annullata a favore del medico che interviene, sia pure con interventi salvifici²². Il medico, pertanto, non può omettere un'informazione per ragioni terapeutiche, dovendo rispettare la libertà del paziente, anche qualora si esprimesse a discapito della sua salute.

In questo contesto, si può discutere del valore da riconoscere alle buone pratiche mediche, ai fini dell'individuazione dei rischi terapeutici che il medico ha il dovere di comunicare. Il tema, da tempo oggetto di dibattito in dottrina²³, ha assunto maggiore

¹⁸ Trib. Milano, 25-03-2005, n. 3520, consultabile in *Dejure*.

¹⁹ Cfr. M.N. GRIBAUDI, *Consenso e dissenso informati nella prestazione medica*, Milano, 2012, p. 30.

²⁰ Cass. Civ., III sez., 22-05-2014, n. 11364, consultabile in *Dejure*, v. tuttavia la decisione del giudice di rinvio, *supra*, nota 25.

²¹ Cass. Civ., sez. III, 19-09-2014, n. 19731, consultabile in *Dejure*.

²² Già in precedenza v. Corte di Appello di Genova, 5-04-1996, secondo la quale anche i rischi con una probabilità di accadimento intorno all'1% devono essere comunicati al paziente, in *Danno e Responsabilità*, 1996, p. 215 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*.

²³ Per i primi i riferimenti sul valore delle linee guida di buone pratiche mediche cfr. S. AMATO- M. CASALI – U. GENOVESE – R. ZOJA, *Significato scientifico e pratico-attuativo delle linee guida, procedure, protocolli, percorsi diagnostici*



rilievo soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della legge "Balduzzi" che, con limitato riferimento alla colpa lieve in materia penale, riconosce valore al comportamento del medico coerente con le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica²⁴. La questione presenta molteplici profili di complessità: da un lato, infatti, esistono una pluralità di buone pratiche relative all'acquisizione del consenso informato, con una conseguente difficoltà di individuazione delle fonti rilevanti in materia; dall'altro lato, è dato costante di queste fonti richiamare la necessità di un'informazione personalizzata e, quindi, un dovere del medico di tener conto della persona del paziente nello sviluppo del rapporto di comunicazione. Ciò a conferma che le buone pratiche offrono dei criteri guida per il professionista, ma non stabiliscono in modo esaustivo il contenuto del dovere di informazione del medico, la cui determinazione dipende in ultimo dalle circostanze del caso concreto, con un conseguente 'primato' della fonte giurisprudenziale su questa materia, che influenza non solo l'applicazione e l'operatività delle norme, ma anche il modo di accertarle.

L'uso della comparazione giuridica e l'attenzione al ruolo della giurisprudenza come fattore di formazione del diritto possono rivelarsi allora utili per l'analisi del tema, consentendo di accertare le regole effettivamente seguite nella prassi e di evidenziare se e con quali limiti le soluzioni offerte dalle Corti dipendano dal modello di responsabilità accolto dal diritto nazionale, piuttosto che da altre regole di fonte extra-statuale.

e terapeutici e best practice: semantica ed epistemologia, in U. Genovese - P. Mariotti - R. Zoja (cur.), *Le linee guida e la responsabilità sanitaria*, Rimini, 2015, p. 15, dove si legge che le linee guida offrono diverse rotte, che possono essere tracciate dal medico per realizzare un corretto adempimento della sua prestazione; è quindi necessario che il medico traduca le linee guida in strumenti operativi, che tengano conto delle caratteristiche del paziente. V. da ultimo il disegno di legge n. 2224, cit., che all'art. 5 prevede l'istituzione di un elenco di linee guida e buone pratiche, con decreto del Ministero della salute, e il loro inserimento nel Sistema Nazionale delle Linee Guida.

²⁴ Art. 3, L. 8 novembre 2012 n. 189, cit.



4. Oltre Manica, la responsabilità civile del medico, per omessa informazione al paziente dei rischi del trattamento sanitario, appare fondata su regole totalmente differenti da quelle seguite nel nostro ordinamento. Sia in Inghilterra sia in Scozia, la responsabilità medica è ricondotta nell'ambito del *tort of negligence*¹ e sorge ove ricorrano tutti i requisiti dell'illecito civile. Il paziente che lamenta di aver subito un danno, pertanto, può essere risarcito se fornisce la prova del danno, della colpevolezza della condotta del medico e, del nesso di causalità tra la condotta del professionista e il danno.

La natura extracontrattuale della responsabilità medica, tuttavia, non sembra determinare in concreto una riduzione dei casi in cui il medico incorre in responsabilità, che invece sono ampliati attraverso un'interpretazione estensiva del requisito della colpa medica. In questo ambito, la crescente tutela accordata al diritto di autodeterminazione del paziente incide sulla definizione di colpa medica e, eleva lo standard di diligenza a cui deve attenersi il medico nell'acquisizione del consenso.

Un esempio significativo di questa dinamica è costituito dal caso *Montgomery*, deciso recentemente dalla Corte Suprema del Regno Unito². Con questa decisione, la Corte ha modificato la disciplina del consenso informato, stabilita sulla base di un precedente giudiziale seguito da più di trent'anni, per la necessità di adeguare il diritto interno alla CEDU e, in particolare, al rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente. Il caso è rilevante perché, com'è noto, la Corte Suprema in rarissime occasioni si discosta dai propri precedenti³ e le decisioni della Corte costituiscono un precedente vincolante per tutte le corti inferiori. Si tratta, inoltre, di una sentenza in cui non è stata formulata alcuna opinione dissenziente.

I fatti del caso si sono svolti come segue: la signora Montgomery, diabetica e in attesa di un bambino, è seguita durante la gravidanza dal ginecologo di un ospedale nel Lanarkshire, in Scozia. La gravidanza della signora è segnalata dal medico curante come una gravidanza a rischio, per via del diabete. Il diabete, infatti, può determinare un elevato

¹ Il *tort of negligence* trae origine dal *writ of trespass* a dai successivi sviluppi dell'azione nel *writ of trespass on the case*, con il quale l'attore poteva richiedere dinanzi alle Corti di *common law* un risarcimento a colui che, con colpa, aveva cagionato un danno alla sua terra, i suoi beni o la sua stessa persona. Nel corso dell'ottocento questa figura di illecito diviene applicabile ad una molteplicità di fattispecie, così che oggi può essere assimilata ad una figura generale di illecito, basato sui seguenti presupposti: l'esistenza di un dovere di diligenza (*duty of care*); la violazione di questo dovere; l'esistenza di un danno; il nesso causale tra l'esistenza del danno e la lesione; l'assenza di una causa di giustificazione. Sul tema v., per i primi riferimenti, V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile*, in AA.VV., *Diritto Privato Comparato. Istituti e Problemi*, Roma, 2012, ult. ed., p. 335 ss.

² *Montgomery v. Lanarkshire Health Board (Scotland)*, [2015] UKSC 11; v. il commento di M. LYONS, *Montgomery v. Lanarkshire Health Board: liability - clinical negligence - birth defects*, in *Journal of Personal Injury Law*, 2015, III, C 130 ss.; C.P. MCGRATH, "Trust me, I'm a patient...": disclosure standards and the patient's right to decide, in *Cambridge Law Journal*, 2015, 74(2), p. 211 ss.

³ Si parla in questo caso di *overruling*, ossia dell'eliminazione, con effetto retroattivo, della regola stabilita dalla stessa Corte in una precedente decisione. L'*overruling* si basa su un *usus fori* ed è stato introdotto per la prima volta dalla *House of Lords* con un *practice statement* nel 1966. Su questo tema v. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 496 ss.; per una distinzione tra la regola inglese e l'utilizzo dell' "overruling" da parte della nostra giurisprudenza cfr. E. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e "overruling"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2013, III, p. 899 ss.



peso del bambino al momento della nascita. Tra i rischi connessi all'aumento di peso del feto c'è la distocia delle spalle. Questa complicanza si verifica quando le spalle del feto non escono spontaneamente dall'utero materno dopo la fuoriuscita della testa, con possibile asfissia e conseguenti danni al feto, fino alla morte. La distocia è un rischio imprevedibile: benché sia frequentemente associata ad un aumento di peso del feto, la stima del peso del feto effettuata tramite esami ecografici non ha una capacità predittiva. Il rischio di distocia in pazienti diabetiche è circa del 8-9%. Nel caso di distocia, il rischio di asfissia branchiale è dello 0,2%.

Il ginecologo non informa la paziente di questi rischi, ritenendo l'informazione pericolosa per il suo stato emotivo e psichico. In casi simili, inoltre, la migliore prassi ginecologica non consiglia di sottoporre la paziente a parto cesareo. La comunicazione del rischio, pertanto, non inciderebbe sulla terapia proposta dal medico e avrebbe solo l'esito di impressionare la paziente.

Al momento del parto, si verifica una distocia delle spalle. Il ginecologo esegue in maniera corretta la manovra ostetrica necessaria in questi casi per far nascere il bambino, ma il bambino va in asfissia, con conseguenti danni cerebrali. La paziente conviene in giudizio il ginecologo e la struttura sanitaria in cui è avvenuto il parto richiedendo, tra le altre domande, il risarcimento del danno cagionato dal medico per aver omesso di informare adeguatamente la gestante di tutti i rischi connessi al parto naturale.

La Corte Suprema è chiamata a stabilire quale sia il contenuto del dovere di informazione che grava sul medico e, in particolare, se il rischio di distocia rientri tra i rischi che il medico deve comunicare al paziente o possa essere omesso, per finalità terapeutiche.

Le ragioni del medico trovano accoglimento nei precedenti gradi di giudizio, dove la domanda dell'attrice è respinta, ritenendo che la comunicazione da parte del medico curante del rischio di distocia non avrebbe inciso in alcun modo sull'evento dannoso, che non è casualmente connesso all'omessa informazione⁴.

La Corte Suprema riforma la sentenza e stabilisce che il medico aveva il dovere di informare la paziente del rischio di distocia delle spalle. Indipendentemente dal rischio di danni al feto, la distocia è di per sé un rischio che può influenzare le scelte terapeutiche della gestante. L'omessa informazione lede il diritto della paziente ad autodeterminarsi: se, infatti, la sig.ra Montgomery avesse avuto consapevolezza del rischio, avrebbe con ogni probabilità compiuto scelte diverse.

In questo modo, la Corte si discosta dal precedente *Sidaway*⁵, stabilito nel 1985 dalla *House of Lords*, secondo il quale il medico è in colpa e può incorrere in responsabilità solo se non comunica al paziente i rischi materiali legati al trattamento sanitario proposto. Il test sulla materialità del rischio si basa sulla regola *Bolam*⁶, dal caso in cui è stata stabilita, che prevede che il rischio è materiale se è significativo, secondo un canone di diligenza del professionista medio. Il medico, di conseguenza, deve comunicare al paziente tutti quei rischi, connessi alla cura suggerita, che un medico ragionevole, nelle stesse circostanze,

⁴ V. la decisione della NM *v. Lanarkshire Health Board*, [2013] SCIH 3, paragr. 46, la Corte inoltre specifica che il medico non aveva l'obbligo di comunicare un rischio così improbabile, quale quello dell'asfissia del bambino alla paziente, cfr. *ibidem*, paragr. 30.

⁵ *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital*, [1985] AC 871.

⁶ *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, [1957] 1 WLR 582.



comunicherebbe al paziente. Nel caso *Sidaway*, la *House of Lords* specificava che il dovere di informazione a cui è tenuto il medico nei confronti del paziente coinvolge le competenze professionali del medico e, è espressione della sua capacità e perizia. Il contenuto del dovere d'informazione, pertanto, deve essere determinato secondo uno standard di diligenza professionale. *Lord Diplock* affermava:

“La decisione sui tipi di rischi di cui il paziente vorrebbe essere informato e sulle modalità con cui questa comunicazione dovrebbe avvenire, tenendo conto degli effetti [sul paziente] che potrebbe avere questa comunicazione, dipende dall'esercizio del giudizio e delle competenze professionali, allo stesso modo di altri aspetti del più ampio dovere di diligenza a cui il medico è tenuto nei confronti del singolo paziente; pertanto l'onere della prova in questa materia deve essere disciplinato allo stesso modo. La regola stabilita nel caso *Bolam* deve essere applicata”⁷.

La decisione *Sidaway* era presa con l'opinione dissenziente di *Lord Scarman*, che riteneva la regola *Bolam* non applicabile in materia di consenso informato: il dovere di informazione del medico non può essere determinato esclusivamente sulla base della diligenza professionale a cui è tenuto il professionista medio, ma deve tener conto del diritto fondamentale del paziente di decidere a quale cura sottoporsi. I rischi che devono essere comunicati al paziente, pertanto, non sono solo i rischi materiali, secondo la regola *Bolam*, ma sono tutti quei rischi che il paziente dovrebbe conoscere per poter effettuare una decisione libera e autonoma riguardo alle proprie cure. Lo standard di diligenza a cui è tenuto il medico in materia di consenso informato, secondo questa diversa impostazione, non è misurabile sulla base del comportamento del professionista medio, ma sulla base di ciò che un paziente ragionevole avrebbe voluto conoscere. Il medico è in colpa ogniqualvolta non comunica un rischio idoneo ad incidere sulla scelta terapeutica di un paziente ragionevole. *Lord Scarman* affermava:

“Se l'omissione di informazione al paziente sui rischi dell'operazione suggerita costituisce una violazione del diritto del paziente di decidere autonomamente, non vedo alcuna ragione perché il diritto non riconosca al paziente un risarcimento del danno, se il rischio si verifica e il danno viene cagionato”⁸.

Nella motivazione della sentenza *Montgomery* l'opinione dissenziente espressa da *Lord Scarman* nel precedente *Sidaway* costituisce un punto di partenza del ragionamento della Corte, che afferma la necessità che il diritto nazionale tuteli effettivamente il diritto fondamentale del paziente a determinarsi autonomamente nelle scelte terapeutiche, in

⁷ *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital*, cit., paragr. 893: “To decide what risks the existence of which a patient should be voluntarily warned and the terms in which such warning, if any, should be given, having regard to the effect that the warning may have, is as much an exercise of professional skill and judgment as any other part of the doctor's comprehensive duty of care to the individual patient, and expert medical evidence on this matter should be treated in just the same way. The *Bolam* test should be applied”.

⁸ *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital*, cit., paragr. 876-877: “[...] I can see no reason in principle why, if the risk materialises and injury or damage is caused, the law should not recognise and enforce a right in the patient to compensation by way of damages”.



conformità all'art. 8 CEDU e allo *Human Rights Act* 1998, con il quale i diritti convenzionali sono stati incorporati nel Regno Unito. L'entrata in vigore dello *Human Right Act* 1998 ha realizzato un processo di revisione del diritto interno in molti settori del diritto privato, al fine di garantire la compatibilità del diritto nazionale con i diritti fondamentali della persona⁹. Questo processo investe anche la materia su cui la Corte Suprema è chiamata a pronunciarsi, richiedendo di modificare la disciplina del consenso informato per garantire che il paziente possa conservare un'autonomia decisionale nelle scelte, che riguardano la sua salute. In questa prospettiva, la selezione tra i rischi che il medico deve comunicare al paziente, per non incorrere in responsabilità, e quelli che può omettere, non può essere effettuata sulla base dello standard di ragionevolezza del professionista medio, come stabilito nel precedente *Sidaway*, ma deve basarsi su criteri che attribuiscono alla scelta del paziente un ruolo chiave nel processo decisionale.

La Corte conclude che il rischio è materiale “[...] se, nelle circostanze di quel particolare caso, una persona ragionevole, al posto del paziente, avrebbe attribuito significato a quel particolare rischio o se il medico è o avrebbe dovuto essere consapevole che quel particolare paziente avrebbe attribuito significato al rischio”¹⁰. Ne discende che il medico viola il dovere di informazione ogniqualvolta non ha comunicato al paziente un rischio che, se conosciuto, avrebbe determinato in modo diverso le scelte di quest'ultimo. Questa valutazione impone al medico di non fermarsi ad un giudizio tecnico sulla materialità del rischio, ma di esaminare una pluralità di fattori, basandosi sullo standard di ragionevolezza di un paziente medio, che si trovi nelle medesime condizioni di quello del caso concreto.

Con questa motivazione, la Corte Suprema accoglie la domanda della signora Montgomery, stabilendo che il ginecologo è in colpa e che sussiste un nesso di causalità tra l'omessa informazione da parte del medico e la violazione del diritto di autodeterminazione della paziente. La comunicazione del rischio di distocia e dei potenziali danni per il feto avrebbe, infatti, con ogni probabilità indotto l'attrice a richiedere un parto cesareo¹¹.

⁹ Per i primi riferimenti in tema v. L. MOCCIA, *op. cit.*, p. 234 ss.

¹⁰ *Montgomery v. Lanarkshire Health Board (Scotland)*, cit., paragr. 87: “The test of materiality is whether, in the circumstances of the particular case, a reasonable person in the patient's position would be likely to attach significance to the risk, or the doctor is or should reasonably be aware that the particular patient would be likely to attach significance to it”.

¹¹ Cfr. *Montgomery v. Lanarkshire Health Board (Scotland)*, cit., paragr. 103, dove la Corte afferma che la valutazione del nesso di causalità deve basarsi su un giudizio ipotetico di ciò che un paziente ragionevole avrebbe scelto, se a conoscenza del rischio taciuto e senza subire le pressioni del medico.



5. La giurisprudenza menzionata in precedenza mostra come il riconoscimento, a livello europeo e internazionale, del diritto del paziente di autodeterminarsi, abbia comportato un'evoluzione della disciplina del consenso informato, sia nel nostro ordinamento sia oltre Manica, in funzione della garanzia di una sempre maggior autonomia del paziente, in ogni processo decisionale relativo alla propria cura.

La necessità di riconoscere una priorità al diritto del paziente di autodeterminarsi, anche rispetto al diritto alla salute, incide sulla determinazione dei rischi terapeutici che il medico deve comunicare al paziente. Il contenuto del dovere di informazione, infatti, deve essere definito in funzione della libertà del paziente, piuttosto che della protezione della sua salute, comunicando tutti quei rischi che potrebbero influenzare le sue scelte, anche se il loro verificarsi non peggiorerebbe il suo stato di salute. Così, il contenuto della comunicazione non può essere stabilito a priori, ma dipende dalle circostanze del caso concreto. Il ruolo del giudice e la valutazione *ex post* di quali informazioni, se comunicate, avrebbero determinato un diverso comportamento del paziente, assumono un valore fondamentale in questa materia.

Ciò sembra introdurre un elemento di incertezza nella disciplina della responsabilità medica, sia nel nostro ordinamento, dove, come è noto, la giurisprudenza non costituisce fonte del diritto, sia nell'esperienza giuridica inglese, che invece riconosce la regola del precedente vincolante. La Corte Suprema del Regno Unito, infatti, evidenzia come l'interpretazione del diritto interno conformemente al diritto del paziente ad autodeterminarsi introduca un "grado di imprevedibilità" delle decisioni, ma afferma che questa imprevedibilità può essere tollerata in ragione della necessità di tutelare i diritti fondamentali del paziente e conclude: "[...] il rispetto per la dignità dei pazienti non richiede niente di meno"¹.

In questa prospettiva, il medico potrebbe trovarsi nelle condizioni di selezionare le informazioni da comunicare al paziente, sulla base di un giudizio predittivo e ipotetico di ciò che, in sede giudiziale, sarà considerato pregiudizievole del diritto di autodeterminazione. Ciò influisce inevitabilmente sul rapporto tra medico e paziente e sulla stessa autonomia decisionale del medico, che risulta per converso limitata, non solo per la necessità di assicurare al paziente la più ampia libertà di scelta, ma anche per la difficoltà di valutare quale comportamento esima il medico da responsabilità, con il risultato di un livello di protezione del paziente qualitativamente diverso.

La dinamica descritta, inoltre, rischia di essere amplificata da altri fattori, che complicano il rispetto della libertà decisionale del paziente da parte del medico. Tra i principali esempi, si possono richiamare le regole in materia di contenimento dei costi e di efficienza del sistema sanitario, che impongono al professionista delle scelte in potenziale conflitto con un modello di rapporto medico-paziente improntato al pieno riconoscimento dell'autonomia di quest'ultimo.

¹ *Montgomery v. Lanarkshire Health Board (Scotland)*, cit., paragr., 93.



La dottrina ha descritto questo fenomeno parlando di un contrasto tra la c.d. “era dell’autonomia” e l’“era della parsimonia”². Il riconoscimento al paziente di una piena autonomia nella scelta delle cure può, infatti, confliggere non solo con la necessità di un contenimento dei costi della sanità, ma anche con un adeguato rapporto tra i costi e l’efficacia della cura, con un’ulteriore difficoltà per il professionista nella selezione delle informazioni da comunicare al paziente.

Il medico si trova così a soddisfare molteplici interessi e ha la necessità di intrecciare relazioni plurime e policentriche, con una conseguente riduzione del tempo a disposizione per intrattenere rapporti esclusivi con il paziente e una limitazione della sua libertà, sia nelle decisioni che nelle comunicazioni al paziente³.

In questo scenario, il dovere di informazione del medico, da un lato, e il diritto di autodeterminazione del paziente, dall’altro lato, dipendono in concreto da scelte di politica sociale ed economica e da valutazioni etiche, prima ancora che dalle regole sulla responsabilità civile ed, in particolare, dalla qualificazione della responsabilità medica come contrattuale o extracontrattuale. Occorre allora un’attenta riflessione su come garantire una maggiore prevedibilità e uniformità delle decisioni giurisprudenziali in casi simili e, di conseguenza, su quale debba essere il ruolo del Legislatore e del Giudice in questa materia.

² Cfr. A. FIORI - D. MARCHETTI, *Medicina legale nella responsabilità medica: nuovi profili*, Milano, 2009, p. 72 ss.

³ Cfr. L. PASCUCI, *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure*, in M. Sesta (cur.), *L'erogazione della prestazione medica, tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, 2014, p. 207 ss., in particolare p. 222.



LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI: DALLA RIFORMA VIETTI ALLA BANK RECOVERY DIRECTIVE

CARLOALBERTO GIUSTI

SOMMARIO: 1. Le novità introdotte dal d.lgs. 6/2003. - 2. L'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c.. - 3. Le tutele per le minoranze introdotte dalla riforma del diritto societario. - 4. L'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali: profili caratterizzanti (cenni alla s.r.l.). - 5. Considerazioni conclusive.

1. Il d.lgs. 6/2003 di riforma del diritto societario ha innovato profondamente la disciplina della responsabilità degli amministratori. Da un lato ha introdotto l'art. 2393 bis c.c. che consente, oggi, anche ai soci di minoranza di esercitare l'azione sociale di responsabilità e dall'altro ha modificato l'art. 2392 c.c. che specifica il grado di diligenza che gli amministratori di società di capitali devono rispettare nell'esercizio delle loro funzioni.

In particolare, in questa prima parte, si è voluto affrontare il secondo profilo, mettendo in risalto, soprattutto, le differenze con la vecchia normativa.

La precedente formulazione dell'art. 2392 c.c. – anteriormente alla riforma del 2003 – prevedeva, in capo agli amministratori, l'osservanza degli obblighi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo secondo la diligenza del mandatario¹ nonché un generale dovere di vigilanza sull'andamento della gestione e di intervento, qualora a conoscenza di atti pregiudizievoli.

Gli amministratori, nell'esecuzione del loro mandato, erano, quindi, tenuti all'osservanza della diligenza del buon padre di famiglia.

In realtà, l'evoluzione dottrinale aveva portato a valutare la diligenza esercitata dagli amministratori nell'attività di gestione della società secondo quanto previsto dall'art. 1176, co. 2, c.c. ossia in funzione della natura dell'incarico.²

In precedenza alla riforma del 2003 erano sorti alcuni dubbi in merito alla possibilità di inserire la perizia all'interno del concetto di diligenza e valutare, in questo modo, l'operato degli amministratori anche in funzione di questo ulteriore parametro.³

La riforma ha sia diversificato la disciplina della loro responsabilità, tra quelli provvisti di delega e quelli sprovvisti⁴, sia introdotto nuovi parametri di valutazione dell'operato degli stessi, in particolare sostituendo la vecchia diligenza del mandatario con

¹ V. F. DI SABATO, *Manuale delle società*, 6ª edizione, Utet Giuridica, 2001, Torino, p. 281

² G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Utet Giuridica, 2003, Torino, p. 121

³ In senso positivo cfr. N. DELLA CASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contr. e Impresa*, 1999, 209 ss.

⁴ L'art. 2381, co. 3, c.c. individua specifici obblighi a carico degli amministratori privi di delega e dispone che essi valutano l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; al contrario, secondo la precedente formulazione dell'art. 2392 c.c. gli amministratori erano ritenuti colpevoli di *culpa in vigilando* per tutti i fatti, sia di carattere generale sia particolare compiuti dai delegati.



quella, sicuramente più conforme e attuale, richiesta dalla natura dell'incarico – alla quale, ad ogni modo, già si faceva riferimento - e dalle specifiche competenze.

In particolare, il riferimento a queste ultime consente di valutare, oggi, i diversi gradi di responsabilità degli amministratori in funzione delle loro competenze. Si ritiene, ad ogni modo, che non sia possibile escludere aprioristicamente e in maniera assoluta la responsabilità degli amministratori di una società per attività commesse dagli altri amministratori ma sia più corretto parlare di una graduazione di essa in funzione delle varie competenze in possesso degli stessi.⁵

La riforma del 2003 ha, quindi, con le sue innovazioni evitato un'oggettivizzazione della responsabilità degli amministratori che era stata, invece, favorita dalla precedente formulazione dell'art. 2392 c.c. e dal riferimento alla diligenza del mandatario.⁶

⁵ D.IT'ZI, *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società prima e dopo la riforma del 2003*, in *Resp. Civile e Previdenza*, 2011, 11, p. 1785 ss.

⁶ V. M. DE ACUTIS – R.SANTINI, *S.p.A.: amministrazione e controllo. Le nuove regole dopo il d.lgs. 6/2003*, Milano, 2003, p. 54



2. L'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. costituisce la modalità attraverso la quale la società può far valere, in sede giudiziale, il proprio diritto al risarcimento dei danni ed essa arrecati da parte degli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni. Essi, infatti, come sopra evidenziato, sono tenuti al rispetto sia degli obblighi imposti dalla legge sia di quelli previsti nell'atto costitutivo o nello statuto della società¹, in entrambi i casi nel rispetto del grado di diligenza richiesto dalla natura dell'incarico e dalle proprie specifiche competenze.

Preme evidenziare, preliminarmente, che non si tratta di un'obbligazione di risultato bensì di mezzi e pertanto non viene richiesto loro di raggiungere un determinato risultato ma di predisporre tutti quei comportamenti idonei al raggiungimento di quel risultato, naturalmente nel rispetto del criterio di diligenza che deve, ad ogni modo, guidare gli amministratori nell'esercizio del loro ufficio.

L'accertamento della responsabilità, da parte dell'autorità giudiziaria sia che si tratti di obblighi imposti dalla legge sia che si tratti di obblighi previsti nell'atto costitutivo o nello statuto non è di facile soluzione e lascia ampi margini di discrezionalità in capo al Giudice nel verificare il rispetto del criterio di diligenza.² Ad ogni modo, il riferimento dell'art. 2392 c.c. alla natura dell'incarico e alle specifiche competenze permette di differenziare il grado di diligenza richiesto agli amministratori sia in funzione del tipo di società sia in funzione dell'attività svolta.³

L'Autorità Giudicante non potrà valutare le scelte operative degli amministratori, le quali sono discrezionali e frutto di scelte manageriali degli stessi, bensì l'idoneità delle stesse al raggiungimento dell'oggetto sociale, graduando la diligenza richiesta in base ai parametri sopra menzionati. Tale metro di valutazione del Giudice prende il nome anglosassone di *business judgement rule*.⁴

L'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c. ha costituito, sino al 2003, l'unico strumento per far valere la responsabilità degli amministratori nei confronti della società per i danni ad essa arrecati. Essa, però, è stata scarsamente utilizzata a causa della stretta contiguità tra i soci e gli amministratori. Infatti, gli stessi soci che avevano nominato gli amministratori avrebbero dovuto promuovere l'azione di responsabilità nei loro confronti. Tale strumento, pertanto, veniva e viene utilizzato, più frequentemente, in caso di mutamento degli azionisti di riferimento con conseguente cambio di *management* ovvero nell'eventualità di apertura di una procedura concorsuale laddove la legittimazione attiva, all'esercizio dell'azione di responsabilità, viene assunta rispettivamente da soggetti differenti rispetto all'assemblea della società. (e.g. in caso di fallimento della società l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori viene promossa, ex art. 2394 bis c.c., dal curatore fallimentare). Infatti, come correttamente fatto notare da attenta dottrina, l'esperimento dell'azione sociale ex art. 2393 c.c. costituisce per i soci un insuccesso e naturalmente può causare un grave danno d'immagine alla società.⁵ Pertanto, la soluzione,

¹ V. A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Cedam, 2007, Padova, p. 528 ss.

² V. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgement rule*, in *Riv. Soc.*, 2012, 6, p. 1167 ss.

³ *Ivi*, p. 1168

⁴ C.CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, a cura di P.Cendon, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 784; F.BONELLI, *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli. Profili applicativi a dieci anni dalla riforma Vietti*, a cura di M.VIETTI, Utet Giuridica, Torino, 2014, p. 70

⁵ C.CONFORTI, *op. cit.*, p. 781



in assenza di una delle due situazioni sopra descritte, è costituita, la maggior parte delle volte, dal semplice mutamento dell'organo amministrativo proprio per non mostrare all'esterno l'errore compiuto nella scelta del *management*.

L'azione ex art. 2393 c.c. ha natura contrattuale e di conseguenza la società attrice deve dimostrare l'inadempimento degli amministratori, il nesso di causalità e il danno sofferto. Inadempimento che può riguardare tanto la violazione di obblighi specifici e, quindi, un minore margine di discrezionalità in capo al Giudice in merito alla valutazione della fattispecie tanto di obblighi generici nei quali andrà verificata la corrispondenza tra diligenza richiesta e quella concretamente posta in essere dagli amministratori.

Ad ogni modo, la necessità che tale azione sia approvata dalla maggioranza assembleare ossia dalla maggioranza dei soci costituisce, in parte per i motivi sopra esposti, un limite in quanto difficilmente i soci promuoveranno un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che essi stessi hanno nominato. Una simile previsione, oltretutto, costituisce una frustrazione dei diritti delle minoranze in quanto non permette un'adeguata tutela dei loro interessi in situazioni patologiche nelle quali gli amministratori hanno arrecato dei danni alla società.

Il legislatore del 2003, pertanto, ha introdotto l'art. 2393 *bis*, rubricato azione sociale di responsabilità esercitata dai soci, che svolge un'importante funzione di tutela delle minoranze all'interno delle compagini societarie prevedendo l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità anche da parte dei soci di minoranza.

3. L'art. 2393 *bis* c.c. consente, oggi, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori anche da parte dei soci di minoranza, in nome proprio e per conto della società, a condizione che essi rappresentino almeno 1/5 del capitale sociale o la diversa misura previsti nello statuto ma comunque mai superiore ad un 1/3. Quanto detto sopra risulta valido per le società per azioni non quotate mentre per quelle con azioni diffuse tra il pubblico o quotate è previsto che l'azione possa essere esercitata dai soci che rappresentino almeno 1/40 del capitale sociale o la minore misura prevista dallo statuto. Tale azione, ad ogni modo, non costituisce una novità assoluta nell'ordinamento giuridico italiano in quanto, già prima della riforma del diritto societario del 2003, era stato inserito, nel d.lgs. 24 febbraio 1998 (T.U.F.), l'art. 129 t.u.f. – oggi abrogato – che sostanzialmente prevedeva l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori da parte dei soci di minoranza, sebbene nelle sole società per azioni quotate.

In dottrina si è discusso della natura giuridica dell'azione ex art. 2393 *bis*. In particolare, sono state avanzate due ipotesi: (i) la prima qualificava tale azione come legittimazione straordinaria ex art. 81 c.p.c. per il quale la legge attribuisce a un soggetto (nel caso specifico i soci di minoranza) la legittimazione ad agire in giudizio, in nome proprio, per far valere un diritto altrui; (ii) per la seconda, invece, l'azione ex art. 2393 *bis* andava qualificata come azione surrogatoria.

La tesi che ha prevalso è stata quella che attribuiva a tale azione la natura di legittimazione straordinaria ex art. 81 c.p.c.¹ Pertanto, a differenza di quanto accade nell'azione surrogatoria, l'esercizio dell'azione ex art. 2393 *bis* c.c. non può e non deve

¹ N.FACCHIN, *Commentario delle società*, a cura di G.GRIPPO, Utet Giuridica, Torino 2009, p. 523



ritenersi subordinato all'inerzia della società con la conseguenza dell'ammissibilità di intervento adesivo dipendente, ex art. 105, co. 2, c.p.c., da parte dei soci di minoranza.²

È necessario, oltremodo, evidenziare un'ulteriore particolarità prevista dall'art. 2393 *bis*, co. 4, c.c. ossia la necessità che i soci che intendano promuovere l'azione devono nominare uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti.

L'estensione dell'azione ex art. 2393 *bis* c.c. a tutte le società per azioni consente, oggi, come riconosciuto da autorevole dottrina di superare l'eventuale inerzia del gruppo di comando e di garantire una più energica tutela delle minoranze.³

² C.CONFORTI, *op.cit.*, p. 905

³ G.F.CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale – Diritto delle Società*, a cura di M.CAMPOBASSO, 7ª edizione, Utet Giuridica, 2010, Torino, p. 387



4. La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori sociali è disciplinata dall'art. 2394 c.c. Ai fini dell'esperimento di tale azione è necessario che: (i) il patrimonio sia insufficiente per il soddisfacimento del credito; (ii) l'insufficienza del patrimonio deve essere stata causata dalla violazione, da parte degli amministratori, degli obblighi specifici di conservazione dello stesso.¹

La condotta negligente degli amministratori fonda, quindi, anche in questo caso, l'azione di responsabilità da parte dei creditori sociali.

Ad ogni modo, in questa occasione, il danno alla società – la diminuzione o la perdita del patrimonio sociale – costituisce il fatto prodromico del pregiudizio sofferto dal creditore sociale, il quale è tenuto ad affidarsi, per il soddisfacimento dei crediti verso la società, solo su quel patrimonio.

La dottrina si è ampiamente interrogata sulla natura giuridica di tale azione.

In particolare le tesi prevalenti sono state: (i) quella che la qualifica come azione diretta e autonoma; (ii) quella che, al contrario, ne riconosce la natura surrogatoria.

La tesi maggioritaria assegna all'azione ex art. 2394 c.c. natura diretta e autonoma. Infatti, sia la legittimazione attiva sia la *causa petendi* sia il *petitum* si atteggiavano in maniera differente rispetto a quanto previsto dall'art. 2393 c.c. La legittimazione attiva spetta ai creditori sociali, la *causa petendi* è costituita non dalla mera violazione di obblighi, più o meno specifici e dal corrispondente danno subito dalla società bensì dalla violazione dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale quale garanzia di ultima istanza dei creditori mentre il *petitum* non si identifica con i danni subiti dalla società ma da quelli direttamente sofferti dai creditori.

La riforma del 2003 ha innovato la disciplina della responsabilità degli amministratori anche con riferimento alle società a responsabilità limitata. La disciplina vigente, costituita dall'art. 2476 c.c., non opera più alcun riferimento alla corrispondente disciplina dettata per le società per azioni². Se da un lato vengono espressamente disciplinate le diverse varianti di responsabilità degli amministratori nei confronti della società, dei soci e dei terzi dall'altro, con il venir meno del richiamo alla disciplina dettata in tema di s.p.a., non viene più fatto alcun cenno a quella nei confronti dei creditori sociali.³

La mancanza di un riferimento esplicito in merito alla possibilità, per gli stessi creditori sociali, di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori ha sollevato non pochi dubbi in dottrina.

In particolare, si sono contrapposte due teorie: (i) secondo la prima, nonostante la mancata tipizzazione dell'azione da parte del legislatore, sarebbe comunque possibile per i creditori sociali esercitare tale azione nei confronti degli amministratori (si discute, anche in merito a questo punto, sulla natura extracontrattuale o surrogatoria dell'azione⁴); per la seconda, invece, a causa dell'assenza di una specifica disposizione legislativa essa non sembrerebbe proponibile.⁵

¹ Per un'analisi completa della disciplina dell'azione dei creditori sociali nei confronti degli amministratori V. C.CONFORTI, *op. cit.*, p. 929 ss.

² P.GHIGLIONE, *Responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali*, in *Soc.*, 2011, 10, p. 1145

³ Precedentemente alla riforma del diritto societario del 2003 l'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori era espressamente contemplata dall'art. 2487, co. 2, c.c. che richiamava l'art. 2394 c.c.

⁴ N. FACCHIN, *op. cit.*, p. 525

⁵ E.BERTACCHINI, *Commentario delle società*, a cura di G.GRIFFO, Utet Giuridica, Torino, 2009, p. 1063



Ad ogni modo, la giurisprudenza maggioritaria⁶ sembra meno incline ad avere perplessità in merito alla proponibilità, da parte dei creditori sociali, dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l.

Tale giurisprudenza ritiene, infatti, applicabile in via analogica la disciplina prevista per le società per azioni, sostenendo che la mancanza di un richiamo specifico all'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali derivi, prevalentemente, da una mancanza di coordinamento tra le varie discipline.

⁶ V. Trib. Milano 22 dicembre 2010, n. 14632, Trib. Milano 18 gennaio; P.GHIGLIONE, *op. cit.*, p. 1145



5. Come si evince da quanto analizzato fin ora la disciplina della responsabilità degli amministratori nelle società di capitali ha subito, negli ultimi dieci anni, profondi cambiamenti che hanno alimentato, sia in dottrina sia in giurisprudenza, un deciso dibattito.

In particolare, si è voluto puntualizzare come (i) la rimodulazione del criterio di diligenza degli amministratori, nell'esercizio delle loro funzioni, abbia evitato un'oggettivizzazione della disciplina; (ii) sia stata garantita una più energica e diffusa tutela degli azionisti di minoranza tramite la previsione dell'art. 2393 *bis* c.c.; (iii) siano state disciplinate espressamente, nelle s.r.l., le varie azioni di responsabilità salvo quella esercitabile dai creditori sociali, con il conseguente dibattito seguito in dottrina in merito all'ammissibilità di tale azione.

A tutto questo si aggiungono le recenti modificazioni, in materia di responsabilità degli amministratori degli enti creditizi, previste dal d.lgs. 180/2015 di attuazione della direttiva 2014/59/UE (c.d. BRRD o "Bank Recovery and Resolution Directive"). Esse prevedono, all'art. 35 del d.lgs. 180/2015, in caso di implementazione del piano di risoluzione, previsto dalla direttiva sopra menzionata, nei confronti di un ente creditizio, che l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e di quella dei creditori sociali contro i membri dell'organo amministrativo spetti ai commissari speciali sentito il comitato di sorveglianza, previa autorizzazione della Banca D'Italia.

Dalla lettura della norma si evince come, a differenza di quanto previsto nella disciplina generale ex art. 2394 *bis* c.c. – rubricato "Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali" – laddove l'esercizio dell'azione di responsabilità è unicamente di competenza del curatore fallimentare, del commissario liquidatore e del commissario straordinario, in caso di adozione di un piano di risoluzione l'azione sociale di responsabilità e quella dei creditori sociali è sì di competenza dei commissari speciali ma subordinata a due ulteriori condizioni: (i) il parere del comitato di sorveglianza; (ii) il placet della Banca d'Italia. Due ulteriori passaggi che rendono sicuramente più complessa la proposizione di tale azione.

In conclusione, la disciplina della responsabilità degli amministratori è stata oggetto di rilevanti modifiche e sebbene esista una disciplina generale per tutte le società per azioni, essa incontra, talvolta, alcune deroghe previste da discipline speciali come quella appena descritta.



NOTE E RECENSIONI

PRIVACY E DIRITTO ALL'OBLIO

ANNAMARIA GIULIA PARISI

*Il peso del passato potrebbe divenire un terribile fardello,
se connesso ad una memoria permanente.
(Borges, Funes, o della memoria, in Finzioni)*

*“Teri la ‘damnatio memoriae’, oggi l’obbligo del ricordo. Che cosa diviene la vita nel tempo in cui
“Google ricorda sempre”?
L’implacabile memoria collettiva di Internet, dove l’accumularsi d’ogni nostra traccia
ci rende prigionieri d’un passato destinato a non passare mai, sfida la costruzione della personalità
libera dal peso d’ogni ricordo,
impone un continuo scrutinio sociale da parte di una infinita schiera di persone che possono
facilmente conoscere le informazioni sugli altri. Nasce da qui il bisogno di difese adeguate,
che prende la forma della richiesta di diritti nuovi
– il diritto all’oblio, il diritto di non sapere, di non essere ‘tracciato’ –, suscettibili non solo di più
diffusa conoscenza, ma di rielaborazioni continue.”
(S. Rodotà)*

SOMMARIO: 1. Il revirement della Corte di Giustizia. Responsabilità del provider e diritto all’oblio. *The death of the W.W.W.?* – 2. Considerazioni conclusive. – 2.1. La rosa bionica.

1. Da poco più di un anno il panorama globale del mondo delle comunicazioni digitali affronta una crisi non avvertita ancora chiaramente dalla massa degli utenti, che ad ora hanno solo percepito una appena apprezzabile diminuzione della quantità (e completezza) dei dati che compaiono in videata, nell’immediato, ad una interrogazione dei *search engines* preferiti. Nello stesso periodo si è notata – talora con impazienza, più di recente con stizzita assuefazione – la comparsa della comunicazione riguardante la presenza dei *cookies* all’atto del *downloading* delle informazioni selezionate, e la presa visione e relativa accettazione delle informative cui è tenuto ogni cybervenditore o pre- statore di servizi dell’*e-commerce* dai più viene ormai rilevata quando è d’obbligo ricaricare la precedente pagina – per spuntare l’apposita casella di accettazione del trattamento dati – al momento della conclusione di un acquisto *on line*.

Ma certamente ha non poco sorpreso la comunicazione di Google con la ‘sorprendente’ *faq*, in apertura, concernente “la recente decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea relativa al diritto all’oblio”.



Dinanzi al proclama dell'ISP anche il più disattento degli internauti ha preso contezza dell'*aliquid novi* che aleggia nel *web*.

Da un anno la dottrina si dedica ad analizzare e prospettare potenzialità, criticità, conseguenze e riflessi che la sentenza *Google Spain SL* avrà certamente sulle attività in rete.

Ex abrupto la prima osservazione non può essere che un filosofico, socratico “tanto tuonò che piovve!”

Nel percorso che ha sin qui seguito l'evoluzione delle problematiche di *privacy* nell'odierna cultura sociodigitale – intessuta di (pretese di) diritti, interessi, responsabilità, esigenze di tutela, fra i tentativi dei Legislatori nazionali (individualmente o in associazione comunitaria) – di *giuridificare* e contenere nella monodimensione positiva del diritto una dimensione planetaria, a-territoriale, smaterializzata, incontenibile nella indeterminatezza dei confini, ove sono nullificate le categorie del dove e del quando, e la relatività del binomio spazio-tempo si dilata a livello globale, quando col semplice *click* si attraversano in un istante i continenti geografici e si stringono accordi in una sorta di diffusa ubiquità, si è evidenziato come lo scontro globale tra interessi della *new-economy* e diritti contrapposti richiedeva una soluzione improcrastinabile, al di là delle *soft laws* e delle dicotomie emergenti tra l'incertezza (e l'inadeguatezza) del diritto scritto e del diritto applicato.

Le richiamate, forti questioni che hanno di recente attualizzato i conflitti tra *privacy*, diritto d'autore, libertà di espressione rimasti irrisolti, si erano concluse sul piano della *law in action* – a livello di giurisprudenza nazionale –, col difficoltoso, arduo e talora improduttivo destreggiarsi dell'interprete, ed a livello comunitario con il radicarsi dei giudici di Lussemburgo al dettato delle direttive, nell'arduo ma necessario barcamenarsi tra il rispetto di proporzionalità e competenze, e l'adusato e pressoché sterile invito/richiamo che sollecitava l'intervento dei Legislatori nazionali.

Talché, per evadere la pressante richiesta dell'*habeas data*, a salvaguardia dei diritti fondamentali ormai troppo fragili tra i marosi del *web*, il segnale è giunto ancora una volta dalla giurisprudenza, e dalla Corte di Giustizia europea. .

Con un *revirement* sorprendente quanto coraggioso i giudici comunitari hanno ricercato e trovato la soluzione – forse di comodo –, ma anche ironicamente ispirata a quel principio della *deep pocket* ben noto agli antesignani¹ ed agli odierni seguaci dell'interpretazione economica del diritto, accollando il costo della tutela dei diritti fondamentali a...chi meglio potrebbe sostenerlo.

Ed ecco che mentre già il medesimo *gatekeeper* «cui si applica la direttiva sul commercio elettronico, non può essere assoggettato, nello Stato di residenza della vittima, a prescrizioni più rigorose di quelle previste dal diritto dello Stato membro in cui è stabilito», in quanto

«l'articolo 14 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, Direttiva n. 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico», nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), deve essere interpretato nel senso che la norma ivi contenuta si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su Internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia ommesso di prontamente

¹ Si consenta il rinvio anche A.G. PARISI, *Diritto Comparato. Ipotesi applicative*, Salerno, 2011, p. 119 ss.



rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi» (Corte di Giustizia UE Grande Sez., 23 marzo 2010, cit.) ora invece:

“... l'attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell'indiciarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come «trattamento di dati personali», ai sensi [della direttiva n. 95/46/CE], art. 2, lettera b), qualora tali informazioni contengano dati personali, e che, dall'altro lato, il gestore di detto motore di ricerca deve essere considerato come il «responsabile» del trattamento summenzionato, ai sensi dell'articolo 2, lettera d, di cui sopra” (Corte di Giustizia UE, Grande Sez., 13 giugno 2014, n. 131/12²).

Infatti, nella sua decisione innovativa la Corte di Lussemburgo non considera più il provider irresponsabile dei contenuti e degli illeciti che si limita ad ospitare sulla propria piattaforma di servizi, bensì abiurando con rivoluzionaria audacia alle proprie precedenti e coerenti determinazioni – giusta spec. Corte di Giustizia 24 novembre 2011, C- 70/10, cit. – e considerando che le informazioni *pubblicate o inserite da terzi su Internet, indiciate in modo automatico, memorizzate temporaneamente e, infine, messe a disposizione degli utenti possono contenere dati personali*, stabilisce che l'attività del motore di ricerca deve essere qualificata come «trattamento di dati personali» e che il gestore di detto motore di ricerca deve essere considerato come il «responsabile» del trattamento summenzionato.

Ove si consideri che nell'ordinamento italiano il trattamento dei dati personali costituisce attività pericolosa, quindi è soggetto alla ben più gravosa responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., non si tratta di un impegno poco oneroso, e se sinora l'ISP poteva sottrarsi alla certezza della definizione del 'luogo di stabilimento', grazie alle cortine caliginose delle società collegate a mo' di scatole cinesi, ora la Corte distrugge ogni alibi indicando altresì, *ex se*, che l'art. 4, § 1, lett. a, della direttiva n. 95/46 /CE deve essere interpretato nel senso che *un trattamento di dati personali viene effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile di tale trattamento nel territorio di uno Stato membro...qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di detto Stato membro*.

In tal modo la responsabilità torna a gravare – in modo equo e giusto – su chi gestisce e trae profitto dai *data logs*, bypassando con rapidità esponenziale le questioni

² Corte di Giustizia, Grande sezione, Sent. 13 giugno 2014, in C-131/12, *Google Spain SL c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*. La vicenda in sintesi: il sig. Costeja González denuncia all'Agencia Española de Protección de Datos La Vanguardia Ediciones SL, Google Spain e Google Inc. per non aver deindicizzato e rimosso dal motore di ricerca i suoi dati personali che consentivano l'accesso a due pagine del quotidiano *La Vanguardia*, sulle quali figurava l'annuncio di una vendita all'asta di immobili pignorati menzionante il suo nome. [Nel dettaglio, quando un utente di Internet introduceva il nome Costeja González nel motore di ricerca, era indirizzato a due pagine dell'archivio storico *on line* del quotidiano – rispettivamente del 19 gennaio e del 9 marzo 1998 –, sulle quali figurava l'annuncio di una vendita all'asta di immobili connessa ad un pignoramento effettuato per la riscossione coattiva di crediti previdenziali. Tra l'altro Costeja González affermava che il pignoramento effettuato nei suoi confronti era stato interamente definito da svariati anni e che la menzione dello stesso era ormai priva di qualsiasi rilevanza. L'Autorità spagnola respinge la richiesta del ricorrente di sopprimere o modificare le pagine suddette affinché i suoi dati personali più non vi comparissero ma, accogliendo in parte la denuncia e menzionando il suo 'diritto all'oblio', ordina a Google Inc. di adottare le misure necessarie per rimuovere dai propri indici i dati personali riguardanti l'interessato e di impedire in futuro l'accesso a tali notizie. Tanto, in base all'assunto che i gestori dei *search engines*, agendo quali intermediari della società dell'informazione ed effettuando un trattamento di dati per il quale sono responsabili, sono assoggettati alla normativa in materia di protezione dei dati.



precedentemente addotte del luogo – materiale – ove era ubicata la banca dati o l'attività principale del provider e del precedente divieto di assoggettarlo a *prescrizioni più rigorose di quelle previste dal diritto dello Stato membro in cui è stabilito*. È dunque luogo di stabilimento del prestatore di servizi quello nel quale ricava – *rectius*, dal quale materialmente provengono – i suoi profitti³. E ciò appare ancora più giusto nel continente del canone del *cuius commoda, eius et incommoda* coniato dalla solidissima praticità dei padri romani del diritto che, d'altronde, erano stati a tal punto acuti e precursori da preconizzare anche l'immaterialità delle transazioni:

*«Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae jure consistunt, sicut hereditas usufructus obligationes quoquo modo contractae»*⁴.

La meticolosità della sentenza va ben oltre, e procede col puntualizzare gli altri obblighi che dalle norme invocate discendono, in base alle quali Google, come è effettivamente accaduto, sarebbe potuto essere destinatario di richieste di cessare il trattamento dei dati personali dell'interessato per la deindicizzazione di determinati contenuti. Dunque «il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei *links* verso pagine *web* pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine *web* sia di per sé lecita». Del resto l'utente interessato, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza-Strasburgo, può chiedere che il dato che lo riguarda non venga più messo a disposizione del grande pubblico tramite l'inclusione in un elenco di risultati. Rileva come, per la Corte, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgano, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse del pubblico che senza, probabilmente, esserne consapevole, non potrà accedere all'informazione suddetta.

Tale prevalenza potrà essere esclusa solo qualora il ruolo ricoperto dal medesimo soggetto nella vita pubblica giustifichi, alla luce dell'interesse pubblico preponderante, l'ingerenza nei suoi diritti e nella sua *privacy*.

³ La decisione è in piena armonia col dettato del Codice civile e con l'avveduta decisione della Suprema Corte che, ben in anticipo rispetto ai giudici di Lussemburgo, aveva già stabilito che: «da fattispecie causativa di responsabilità aquiliana presuppone il danno risarcibile, e poiché il danno risarcibile non si identifica con l'evento illecito generatore del danno (che è solo una componente – *assieme alla condotta ed al nesso di causalità – del fatto illecito*), il *'luogo in cui è sorta l'obbligazione'* è il luogo in cui si è verificato detto danno, patrimoniale o morale, conseguente al fatto illecito. Ciò comporta che in caso di una lesione della reputazione perpetrata a mezzo Internet lamentata da una persona giuridica, l'obbligazione di risarcire il danno patrimoniale ed il danno morale (tipicamente danni – conseguenze) può ritenersi sorta esclusivamente allorché i predetti danni si siano verificati, sia pure quale conseguenza dell'evento diffamatorio, e quindi – *salva diversa situazione fattuale prospettata dal danneggiato – nel luogo del domicilio o della sede del soggetto offeso, posto che il danno risarcibile diviene concreto con riferimento agli effetti del discredito che derivano al danneggiato nel suo ambiente prima e più che altrove*». (Cass., 8 maggio 2002, n. 6591, in *Danno e resp.*, 2002, 817 e in *Resp. Civ. e Prev.*, 2002, 1327, con nota di De Cristofaro).

⁴ Gai. *Inst.* II, II.



Perché la scelta di affidare al *Search Engine*, un soggetto privato, il compito di operare caso per caso, il bilanciamento di diritti e interessi in gioco⁵?

Google è il motore di ricerca che occupa attualmente una posizione dominante in campo planetario, ed è prevedibile che tale *status* durerà ancora a lungo, non fosse altro che per le amplissime possibilità economiche che da tempo gli consentono di gestire al meglio, in sostanza, la propria sicurezza esistenziale, i.e. quella della rete e del mercato digitale: ed è agevole rappresentarsi le decine di *equipes* di eccellenza che da anni certamente si adoperano e ricercano per prevenire possibili problemi e trovare soluzioni.

Non è un caso, forse, che in un momento di crisi, anche valoriale, il Giudice di Lussemburgo abbia affidato la – temporanea, contingente, legata al momento di crisi di strutture giuridiche e di valori – gestione i.e. soluzione di un problema che investe interessi smisurati come quelli connessi ai risarcimenti e al diritto d'autore al soggetto che è parso, per molti aspetti, maggiormente accreditato, in quanto direttamente coinvolto nel *Digital System*, più competente, perché certamente supportato da gruppi di lavoro senza pari e, *last but not least*, a parere di chi scrive, l'unico capace di rappresentare il *trait d'union* tra le due sponde – ancora troppo distanti – dell'oceano, tra la cultura nordamericana abbarbicata al paradigma proprietario e la *vision* im- prontata alla sacralità della *rule of the law* e dei diritti personalissimi cui è improntato il sistema giuridico continentale. Ed il *Search Engine Google*, coinvolto in entrambi i contesti, saprà adattare, con disinvoltura talora impudente, il *digital rigth* di cui appare arbitro ai casi diversissimi che affronterà sulle due rive dell'Atlantico, e necessariamente dovrà attenersi, almeno in gran parte, al criterio della *reasonableness* così caro al *common law*, che ora diventa anche, per certo verso, garanzia per il *civil law* e per l'UE.

Se, da una parte vi è chi plaude ed esalta la trasformazione, compiuta nello spazio di due sentenze⁶, dei giudici di Lussemburgo in Giudici dei diritti con vocazione nomofilattica

⁵ Il Garante per la protezione dei dati personali in più occasioni ha affrontato la questione dell'aggiornamento delle informazioni presenti nei motori di ricerca: una problematica che talora è apparsa di ardua risoluzione, in quanto la tecnica del *mirroring* che permette la copia (*mirror*) di *files* presenti in un sito e la loro replicazione sistematica rende ormai superfluo l'accesso al *file* originario, essendo sufficiente l'accesso ad un sito contenente il *mirror* che comunque è sempre rintracciabile all'interno della rete. Dopo la sentenza *Google Spain SL*, affrontando il tema del trattamento dei dati personali il Garante ne ha evidenziato gli effetti positivi, individuandoli, essenzialmente, nell'aver dato al diritto all'oblio una dimensione giuridica pratica e non soltanto teorica. Peraltro l'*Autorità* già precedentemente aveva affrontato il tema del trattamento dei dati personali a fini giornalistici ribadendo che la loro pubblicazione è lecita, anche in assenza del consenso dell'interessato, quando non ledono i diritti fondamentali della persona, e dunque nel rispetto del relativo codice deontologico. Critiche e perplessità sorgono invece nel Garante italiano soprattutto quanto all'aver la Corte assegnato ad una società privata come Google il delicatissimo compito di effettuare il bilanciamento tra i diritti in gioco in base a propri non specificati criteri, mentre tale compito sarebbe dovuto spettare ai giuristi europei.

⁶ Corte di Giustizia UE Grande Sez., 8 aprile 2014, n. 293/12, *Digital Rights Ireland* e altri, in *Giur. It.*, 2014, 8-9, p. 1850: 'La direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE, essendo incompatibile con gli articoli 7, 8 e 52, 1° comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è invalida.... La conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione prevista dalla Dir. 2006/24 è idonea al perseguimento dell'obiettivo sostanziale della direttiva di contribuire alla lotta contro la criminalità grave e alla sicurezza pubblica in quanto i dati da conservarsi permettono alle autorità nazionali competenti di disporre di possibilità supplementari di accertamento dei reati gravi e costituiscono quindi uno strumento utile per le indagini penali. Nondimeno, per quanto fondamentale e di interesse generale, tale obiettivo non può di per sé giustificare il fatto che una



– *rectius* nomopoietica –⁷ sono per certo fondate le critiche diffuse che hanno percorso la dottrina continentale, e tutte conferenti problemi seri e di lunga portata.

Del primo e più rilevante problema si è già accennato: l’aver concesso a Google la *carte blanche* nella gestione dei *personal data*⁸; l’altro, concerne la capacità di conciliare la libertà di espressione, di informazione, di conoscenza ed il diritto alla *privacy*, qui declinato anche come diritto all’oblio.

Che abbia influenzato la decisione della corte lo scandalo delle intercettazioni da parte della *National Security Agency* non appare probabile: le attività di spionaggio e di intercettazione sono così diffuse, da tempo, da aver indotto, almeno agli alti livelli decisionali, una quantomeno serena assuefazione, oltre alle consuete contromisure.

Tra i rischi c’è sicuramente quello di aver favorito la nascita di un monopolio⁹ – se non egemonico, quantomeno illuminato: d’altronde con l’audacia che ha mostrato nelle due

misura di conservazione, come quella istituita dalla Dir. 2006/24 sia considerata necessaria: in ossequio al principio di proporzionalità, occorre che la normativa dell’Unione preveda regole chiare e precise che disciplinino la portata e l’applicazione della misura *de qua* e impongano requisiti minimi in modo che le persone i cui dati sono stati conservati dispongano di garanzie sufficienti che permettano di proteggere efficacemente tali dati contro il rischio di abusi e di eventuali accessi e usi illeciti, tanto più quando i dati personali sono soggetti a trattamento automatico. (*Cause riunite C-293/12 e C-594/12 e Google Spain SL*, cit).

⁷ Sul ruolo nomopoietico progressivamente affermatosi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in generale e sulla volontà del giudice comunitario di portare avanti una visione autonoma della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo cfr. M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

⁸ All’indomani della sentenza *Google Spain*, il 26 novembre 2014 il Gruppo di lavoro dei garanti europei (*Article 29 working party*) ha elaborato, in tredici punti, le linee guida contenenti l’interpretazione ufficiale delle autorità Garanti riguardo alla disciplina del diritto all’oblio. Tra le problematiche affrontate rilevano quella relativa ai confini territoriali della Rete in relazione alla deindicizzazione dei *link* dai motori di ricerca (che, anche ad avviso del Garante italiano, deve essere attuata in modo da garantire l’effettiva e completa tutela dei diritti degli interessati e quindi estesa ai domini *.com* più importanti, in quanto *limitarla ai soli domini UE, sulla base del fatto che gli utenti tendono ad accedere ai motori di ricerca attraverso i domini nazionali, non è sufficiente*) e, soprattutto, quella relativa alla necessità di arginare la possibilità che il ricorso al diritto all’oblio diventi un mezzo per riscrivere il passato. A tal fine, il Gruppo prescrive che il *link* che veicola l’informazione deindicizzata resti ugualmente accessibile, anche se con chiavi di ricerca che non coinvolgano il nome di colui che chiede la rimozione. Il che oggi appare possibile, tramite agli attuali sistemi di crittografia e di ‘anonimizzazione’ di massa. Cfr., in argomento, F. MELIS, *Il diritto all’oblio e i motori di ricerca nel diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2015. *Adde*, G. SCORZA, *Archivi dei giornali online: vietato falsificare la storia. L’affondo dell’Avvocato generale della Corte Ue*, pubblicato il 17 luglio 2013 all’indirizzo: <http://www.chefu-uro.it/2013/07/archivi-dei-giornali-online-vietato-falsificare-la-storia-laffondo-dellavvocato-generale-dellacorte-ue/>

Sul tema rileva il Regolamento della Comunità europea 23 luglio 2014, n. 910/2014 [Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE], pubblicato nella G.U.U.E. 28 agosto 2014, n. legge 257 ed entrato in vigore il 17 settembre 2014. *Adde*, il Regolamento della Comunità europea 8 settembre 2015, n. 2015/1502 [Regolamento di Esecuzione della Commissione relativo alla definizione delle specifiche e procedure tecniche minime riguardanti i livelli di garanzia per i mezzi di identificazione elettronica ai sensi dell’articolo 8, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno], pubblicato nella G.U.U.E. 9 settembre 2015, n. legge 235; entrato in vigore il 29 settembre 2015, completo dell’Allegato contenente le *Specifiche e procedure tecniche per i livelli di garanzia basso, significativo ed elevato per i mezzi di identificazione elettronica rilasciati nell’ambito di un regime di identificazione elettronica notificato*.

⁹ Cui potrebbe condurre l’abuso del potere di valutazione nel bilanciamento dei diritti, ma Google ISP è sufficientemente potente da contenere in limiti ragionevoli la tentazione di indulgere nella tutela dei propri interessi, più di quanto ciò non sia già nella realtà delle cose.



diverse occasioni di *Digital Rights Ireland* e *Google Spain SL* la Corte di giustizia potrebbe riappropriarsi, almeno in parte, della fiducia concessa. E c'è la possibilità che – per l'alto costo, quasi proibitivo in termini di tempo e di operatività strutturale, di una valutazione caso per caso, delle richieste di cancellazione –, l'ISP indulga, *eyes closed*, alla tecnica del *notice and take down*.

Ma è certamente ipotizzabile invece che il *Provider* adopererà la necessaria 'prudenza e diligenza' adattandole al fabbisogno del caso e, di volta in volta, ai soggetti. Non è certamente casuale la predisposizione da parte di Google e l'invio agli utenti della ben nota comunicazione, completa dell'apposita modulistica¹⁰, che certo era predisposta da tempo¹¹.

Non può escludersi, peraltro, che la decisione della Corte di Giustizia non sia una presa di posizione da 'ultima spiaggia' bensì una provocazione dall'effetto dirompente rivolta al Legislatore europeo e nazionale, per obbligarlo ad interventi risolutivi e dirimenti, o a una *buona scrittura delle leggi*. Ma resta comunque la problematica della a-territorialità della realtà digitale, e della necessità di una politica internazionale del diritto e dell'economia che porti alla conciliazione di mentalità e concezioni ancora lontane e differenti come la 'cultura' di *common law* e quella di *civil law*.

Nell'attesa, il Grande veicolatore resta Google, l'amministratore (unico) 'pro tempore' della *recherche*, l'arbitro designato e il difensore dei diritti del *web*, anche contro le *Majors* e le multinazionali, *tout court* il Mediatore della Rete. Con una sola, vera garanzia: i Colossi della Rete non uccideranno mai la Rete. Talché la sopravvivenza di *Internet* e dei "nuovi" diritti all'informazione, alla navigazione senza confini, alla ricerca digitale degli utenti saranno comunque salvaguardati, nel rispetto degli altri diritti fondamentali e della *privacy i.d.* della dignità e dell'essenza dell'individuo, fino al momento in cui appariranno in esaurimento le risorse, i *commons* del *web*. E forse questo accadrà, quando più che di *Internet* planetario si discorrerà di Rete interplanetaria: *but not today!*

2. Nell'era della grande trasformazione tecnologica le relazioni sociogiuridiche sembrano ormai svolgersi su un piano ibrido di vita *on line* e vita *off line*: il mito del mercato unico dai confini europei si è espanso, grazie all'evoluzione delle I.C.T. a livello globale in una realtà digitale in cui la nuova *lex mercatoria* si impone incontrollata e incontrollabile. Le contrattazioni via *web*, travalicando dimensioni e confini di spazio-tempo, hanno trasformato il mercato unico in mercato ubiquitario e universale, talché accade che i *custodes* (leggi: i giudici di Lussemburgo) sono stati pragmaticamente obbligati a delegare il controllo al più potente esponente dei 'controllati'. Talché i nuovi Giganti del mercato, in una sorta di neo-colonizzazione, dettano nuovi confini artificiali che accomunano *tranches* di popolazioni, condizionate dal collasso economico e dallo spread, in fasce graduate a più livelli di una crisi caratterizzata anche, là dove l'economia alimenta se stessa col traffico delle armi, da una inarrestabile migrazione di massa di dimensioni bibliche, che dal livello più basso e precario spinge l'umanità povera verso il miraggio della sopravvivenza e, chissà, del benessere.

¹⁰ Di cui si unisce l'indirizzo *link*: https://support.google.com/legal/contact/lr_endpa?product=websearch&hl=it.

¹¹ Non sarebbe forse lontano dalla realtà congetturare che Google, il *Search Engine* dominante nel *web*, sia supportato dalle *equipes* di *Internet2**, l'*optimum* della ricerca digitale occidentale.



E intanto il Grande Paese del Nord – nella sua nuova dimensione, nei suoi nuovi confini digitali –, in parte ancora immune dalla miseria dell'estremo Sud del mondo, continua la corsa verso l'inarrestabile sviluppo dell'economia di mercato, nel moltiplicarsi delle iniziative di *merchandising* e *marketing* personalizzato che, grazie alla profilazione degli utenti dell'*e-commerce* riduce al minimo i rischi ed ottimizza i guadagni inducendo nei *customers* bisogni forgiati su misura, prima ancora che i destinatari ne siano consapevoli: i droni che popolano il *web* invadono la *privacy* e la nuova dimensione dell'*infosfera*, del patrimonio di conoscenze e di connotazioni personali che caratterizzano l'individuo, ridotto ormai a persona ... *disincarnata, tutta risolta nelle informazioni che la riguardano, unica e "vera" proiezione nel mondo dell'essere di ciascuno*.

E nel nuovo mercato indotto e condizionato dai nuovi pervasivi strumenti della pubblicità e dalle contrattazioni elettroniche generalizzate i benefici attesi e le *faillites* aumentano a dismisura, grazie alla stessa accattivante facilità del *point and click* ed alla rapidità delle stipulazioni, laddove lo spazio per le riflessioni si riduce o si azzerava, mentre il desiderio del bene-oggetto, artatamente proposto e reso irresistibilmente appetibile, prevale e si traduce talora nella smania di impossessamento, disegnando i tratti di una nuova dipendenza – in aggiunta a quella da giochi elettronici, da scommesse, da *drugs* –, anch'essa gravida di conseguenze anche tragiche.

Talora le I.C.T., dimensionate a misura d'uomo, facilitando l'acquisizione di conoscenze e agevolando la soddisfazione delle quotidiane esigenze di vita, ottimizzando le scelte e i costi – anche in termini di tempo – del *ben essere* quotidiano, trasformano lo *store* in uno "spazio di relazione, in cui tutto è in *real time*, fisico e virtuale insieme"¹²: e tuttavia i *retailers*, i rivenditori, non si sottraggono alla legge del profitto che contemporaneamente li induce ad appropriarsi delle informazioni riguardanti stili di vita e gusti alimentari mappando e tracciando ogni tipologia di consumatore, dal vegano all'*italian food lover* o al *greenðic customer*¹³.

Si impone così la nuova strategia del *proximity marketing*, che si avvale della diffusione degli *smarthphone* e delle *App* dedicate con cui lo shopping è a portata di *mobile*¹⁴, e nel contempo, attraverso dispositivi *bluetooth* a basso consumo di energia e ultrasuoni, si segue il

¹² Carrefour, Conad, Coop, sono impegnati nell'attuazione del programma della "omnicanalità", che integra momenti *on line* e *off line* nella modalità 'click&collect': la spesa si prenota sul *web* e si ritira in negozio.

A Catania, nei pressi della STMicroelectronics, la *start up* siciliana Wib ha creato il primo *smart store* della Coop: i dipendenti possono ordinare la spesa giornaliera dal *mobile* e ritirarla a fine turno.

¹³ Rileva il caso - anche - italiano delle etichette *storytelling*, che raccontano la storia del prodotto agroalimentare, presentate in occasione dell'Expo dalla Barilla, grazie al supporto di Nttdata, (*major* specializzata in *IT services*, con sede a Tokyo e filiali anche su tutta Italia, oltre che nel mondo), in cui il QRcode stampato sulle confezioni delle Farfalle Barilla, tramite il *link* al sito in cui viene ricostruito tutto il percorso della pasta, dalla semina al raccolto, narra la storia di una spiga di grano che diventa 'farfalla'. È l'*Internet of things*, l'*Internet* delle cose: "I prodotti parlano e ravvivano la cultura dei territori" spiega Walter Ruffinoni, amministratore delegato di Nttdata Italia, tramite l'inclusione nelle confezioni di "un tag, un contrassegno che agevoli la rilevazione dei dati, migliorando, attraverso la trasparenza delle informazioni, l'interazione con il cliente e la sua conoscenza". Enrico Cantoni, il responsabile del settore *Retail* della Nttdata precisa che in Giappone "la tecnologia consente ai commercianti di valutare il tempo in cui il consumatore si sofferma davanti al prodotto, se lo tocca – e quante volte –, se lo compra o passi avanti".

¹⁴ In Italia il numero di acquisti *on line* raggiungerà, a fine 2015, i 250 milioni e, a livello mondiale, quello delle transazioni tramite *smarthphone* sfiorerà i 47 miliardi. Secondo l'Osservatorio della *digital innovation* del Politecnico di Milano la spesa da supermercato (il *grocery*) nel corso del medesimo anno supererà, grazie agli acquisti *on line*, i 200 milioni di euro.



percorso del cliente negli *stores*, valutando le soste e i comportamenti individuali dinanzi al prodotto: talché le offerte sono proposte in modo mirato e i prezzi diventano ‘dinamici’, poiché alla cassa a *quel* cliente sono presentati coupon digitali su misura e promozioni *ad hoc*¹⁵.

Il pianeta delle nuove tecnologie accanto ai benefici e alle conquiste del progresso ha indotto dunque nuove difficoltà, nuove problematiche e talora nuove povertà: ma alla base delle manipolazioni, di distorsioni o condizionamenti, vi è sempre una questione di *privacy*.

La *privacy* è infatti tema centrale in tutti gli ambiti ad ora considerati: essa è involucro e protezione della dignità umana e delle sue libertà, poiché dove si travalicano le mura della *infosfera* si rende l'uomo schiavo, privo persino della libertà di pensare in modo autonomo, di desiderare e di prospettarsi senza condizionamenti il proprio futuro, che in realtà si concreta passo dopo passo, anche negli *small worlds*, nelle piccole cose, nelle piccole scelte, nelle piccole conquiste di ogni giorno.

Se è vero che, in termini evoluzionistici, ‘la funzione sviluppa l'organo’, l'uomo deve ineluttabilmente riappropriarsi della sua facoltà di volere e disvolere, onde evitare la possibile atrofia della sua consapevolezza ossia, *tout court*, della sua personalità, ipotesi che si colloca esattamente e drammaticamente agli antipodi del dettato dell'art. 2 Cost. e del diritto diffusamente condiviso alla *freie Entfaltung der Persönlichkeit*.

Tutelare la *privacy*, il diritto dell'uomo ad essere libero è quindi il nuovo traguardo, forse quello più importante e decisivo da affrontare per ricondurre il mondo senza frontiere del business e delle multinazionali *alla misura* della persona: se ne sono avveduti i giudici di Lussemburgo, ed ora ogni cittadino europeo attende nel merito le *buone leggi* necessarie per assicurare al progresso ancora ‘magnifiche sorti’, perché l'essere umano non sia succube, ma dominatore delle nuove magie dell'informatica e del mercato da esse connotato.

Buone leggi, dunque, che diano effettività a quella tanto auspicata informazione ed educazione del *consumer*/cittadino, e buoni giudici che sappiano applicare con granitica equità ed irriducibile saggezza il rispetto della integrità della dignità umana, anche là dove un sommario e adusato giudizio sembri indulgere verso una *vis* punitiva che negando il *favor rei* sottragga a quest'ultimo anche una sua inviolabile libertà¹⁶.

¹⁵ Per Giorgio Scarpelli, vicepresidente di Nttdata Italia, impegnata in Calabria in un progetto pilota per la valorizzazione e la protezione delle risorse territoriali, è giunto il tempo delle *Smart Land*, dei *territori virtuosi capaci di sviluppare le proprie vocazioni e di rafforzare la propria identità*: nuovi strumenti controllano tutti i parametri agronomici, una rete di sensori a bassa frequenza consente di pianificare la produzione, *misurando per ogni ettaro coltivato acqua e concimi, i venti e l'umidità della terra, necessari per raggiungere il volume di produzione* calcolato in base alle richieste del mercato. È dunque agricoltura *smart*, “a patto che nei territori si faccia sistema, per innalzare i livelli di qualità e di efficienza economica”. Peraltro la Nttdata, nella sede di Cosenza, sta sviluppando la tecnologia delle reti di sensori *nireless – Wireless sensor networks* – e, assieme a ‘Poste Italiane’, ha creato nella città vecchia il primo centro di *Cyber security*.

¹⁶ Rileva, a tal proposito, come proprio i Supremi giudici della patria di *Internet* e dei sistemi più invasivi di sorveglianza anche nei confronti di chi è colpevole conclamato non cedano ad un facile giudizio di *real politics*, bensì garantiscano la sacralità del Quarto Emendamento: il percorso che ha condotto l'interprete a considerare in contrasto con i diritti da quello tutelati le intrusioni nella *Privatsphäre* altrui tramite sistemi sempre più sofisticati giunge infatti ad una meta emblematica nel caso *Kyllo v. United States* (533 U.S. 27, 2001). Danny Lee Kyllo all'interno della propria casa aveva realizzato una piccola piantagione *indoor* di marijuana, utilizzando lampade alogene di grande voltaggio atte ad indurre la fotosintesi. Gli agenti della polizia di Florence in Oregon, non potendo invadere senza *subpoena* la sua *home*, tramite un dispositivo F.L.I.R. che riproduceva l'immagine termica della parte della casa che emanava una radiazione di calore vistosamente



Ed il nuovo dovere che emerge dunque dall'evoluzione del diritto vivente è quello che obbliga anche individualmente l'uomo *microcosmo*, dalle immutate, intatte capacità e potenzialità, ad essere protagonista dell'odierno umanesimo digitale, per gestire e dirimere difficoltà sempre nuove e navigare sicuro, protetto dall'usbergo dei propri diritti fondamentali, verso nuove frontiere, guidato dalle chiare stelle delle leggi nello sconfinato spazio del *web*.

Perché il potere dell'uomo si fonda sulla sua libertà, che è imprescindibile dalla salvaguardia – incondizionata – della dignità della persona umana

2.1. Magnus Berggren, dell'università svedese di Linköping – come descrive sull'ultimo numero di *Science Advances* che mostra in copertina una sontuosa rosa rossa – ha creato, assieme a Ove Nilsson la prima rosa bionica, in tutto simile al fiore naturale, tranne che per i circuiti elettrici e i sensori che sostituiscono, nei propri conduttori, la linfa. Per la precisione, si tratta di tubercoli di polimeri che si accrescono all'interno dei vasi linfatici senza danneggiarli e che, grazie a software sofisticatissimi, veicolano un reticolo di impulsi elettrici da e verso ogni punto della pianta.

Tramite tale sistema, è possibile influenzare la concentrazione delle varie sostanze che governano la crescita del fiore, e sarà possibile in futuro – sempre attraverso stimoli elettrici – modificarne il colore o utilizzare l'energia derivante dalla clorofilla.

La rosa digitale forse configura emblematicamente un'ultima *but not least* brutale manipolazione della natura e della sua bellezza incomparabile, così come è brutale la manipolazione digitale della persona.

Ma piace qui riformulare la ben nota chiosa:

Stat rosa pristina datis. Data nuda tenemus. (*)

anomala, ottennero poi un regolare mandato e di seguito Kyllo venne condannato dalla Corte distrettuale ed in appello. Kyllo si rivolge alla Corte Suprema. A giustificazione delle insolite tecnologie utilizzate, gli investigatori adducono la circostanza che le emissioni 'anomale' di calore provenienti dalle mura dell'abitazione avevano – comunque – invaso lo spazio pubblico esterno. Per la *Supreme Court*, «the rule under the Fourth Amendment is that arrests and searches conducted outside the judicial process, without prior approval by judge or magistrate, are *per se* unreasonable». La Corte Suprema stabilisce che la *search* operata dagli agenti era irragionevole e quindi incostituzionale, e dato che *a person has an expectation of privacy in his or her home*, di conseguenza, il governo non può condurre indagini irragionevoli, nemmeno con tecnologie che non penetrano nella casa.

(*) Alcune delle ultime considerazioni sono state, in parte, già espresse in: A. G. PARISI, *E-contract e privacy*, Torino, 2015.



GIURISPRUDENZA

CORTE DI GIUSTIZIA SENTENZA DELLA CORTE (TERZA SEZIONE) 28 LUGLIO 2016

«Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia civile – Regolamenti (CE) n. 864/2007 e (CE) n. 593/2008 – Tutela dei consumatori – Direttiva 93/13/CEE – Tutela dei dati – Direttiva 95/46/CE – Contratti di vendita on line stipulati con consumatori residenti in altri Stati membri – Clausole abusive – Condizioni generali contenenti una clausola di scelta del diritto applicabile che designa il diritto dello Stato membro in cui ha sede l'impresa – Determinazione della legge applicabile per valutare il carattere abusivo delle clausole di tali condizioni generali nell'ambito di un'azione inibitoria – Determinazione della legge che disciplina il trattamento dei dati personali dei consumatori»

Nella causa C-191/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), con decisione del 9 aprile 2015, pervenuta in cancelleria il 27 aprile 2015, nel procedimento

Verein für Konsumenteninformation

contro

Amazon EU Sàrl

LA CORTE (Terza Sezione),

composta da L. Bay Larsen, presidente di sezione, D. Švaby, J. Malenovský, M. Safjan (relatore) e M. Vilaras, giudici,

avvocato generale: M.H. Saugmandsgaard Øe

cancelliere: I. Illéssy, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 2 marzo 2016,

considerate le osservazioni presentate:

- per il Verein für Konsumenteninformation, da S. Langer, Rechtsanwalt;
 - per Amazon EU Sàrl, da G. Berrisch, Rechtsanwalt;
 - per il governo austriaco, da G. Eberhard, in qualità di agente;
 - per il governo tedesco, da T. Henze, A. Lippstreu, M. Hellmann, T. Laut e J. Mentgen, in qualità di agenti;
 - per il governo del Regno Unito, da M. Holt, in qualità di agente, assistito da M. Gray, barrister;
 - per la Commissione europea, da M. Wilderspin e J. Vondung, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 2 giugno 2016, ha pronunciato la seguente

Sentenza



1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dei regolamenti (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II») (GU 2007, L 199, pag. 40, in prosieguo: il «regolamento Roma II»), e (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) (GU 2008, L 177, pag. 6, in prosieguo: il «regolamento Roma I»), nonché delle direttive 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU 1993, L 95, pag. 29), e 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU 1995, L 281, pag. 31).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il Verein für Konsumenteninformation (Associazione per l'informazione dei consumatori, in prosieguo: il «VKI») e Amazon EU Sàrl, con sede in Lussemburgo, in merito ad un'azione inibitoria esperita dal VKI.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Il regolamento Roma I

3 Ai sensi del considerando 7 del regolamento Roma I:

«Il campo di applicazione materiale e le disposizioni del presente regolamento dovrebbero essere coerenti con il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [(GU 2001, L 12, pag. 1)] e con il regolamento [Roma II]».

4 L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, del regolamento Roma I dispone quanto segue:

«1. Il presente regolamento si applica, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale.

Esso non si applica, in particolare, alle materie fiscali, doganali o amministrative.

(...)

3. Il presente regolamento non si applica alla prova e alla procedura, fatto salvo l'articolo 18».

5 Ai sensi dell'articolo 4 di tale regolamento, intitolato «Legge applicabile in mancanza di scelta»:

«1. In mancanza di scelta esercitata ai sensi dell'articolo 3 e fatti salvi gli articoli da 5 a 8, la legge che disciplina il contratto è determinata come segue:

a) il contratto di vendita di beni è disciplinato dalla legge del paese nel quale il venditore ha la residenza abituale;

b) il contratto di prestazione di servizi è disciplinato dalla legge del paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale;

c) il contratto avente per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile è disciplinato dalla legge del paese in cui l'immobile è situato;

d) in deroga alla lettera c), la locazione di un immobile conclusa per uso privato temporaneo per un periodo di non oltre sei mesi consecutivi è disciplinata dalla legge del paese nel quale il proprietario ha la residenza abituale, purché il locatario sia una persona fisica e abbia la sua residenza abituale nello stesso paese;

e) il contratto di affiliazione (franchising) è disciplinato dalla legge del paese nel quale l'affiliato ha la residenza abituale;



f) il contratto di distribuzione è disciplinato dalla legge del paese nel quale il distributore ha la residenza abituale;

g) il contratto di vendita di beni all'asta è disciplinato dalla legge del paese nel quale ha luogo la vendita all'asta, se si può determinare tale luogo;

h) il contratto concluso in un sistema multilaterale che consente o facilita l'incontro di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, punto 17, della direttiva 2004/39/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio (GU 2004, L 145, pag. 1)], conformemente a regole non discrezionali e disciplinato da un'unica legge, è disciplinato da tale legge.

2. Se il contratto non è coperto dal paragrafo 1 o se gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da a) ad h) del paragrafo 1, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale.

3. Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso paese.

4. Se la legge applicabile non può essere determinata a norma dei paragrafi 1 o 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto».

6 L'articolo 6 del medesimo regolamento, intitolato «Contratti conclusi da consumatori», è formulato come segue:

«1. Fatti salvi gli articoli 5 e 7, un contratto concluso da una persona fisica per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività commerciale o professionale («il consumatore») con un'altra persona che agisce nell'esercizio della sua attività commerciale o professionale («il professionista») è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista:

a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o

b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo;

e il contratto rientri nell'ambito di dette attività.

2. In deroga al paragrafo 1, le parti possono scegliere la legge applicabile a un contratto che soddisfa i requisiti del paragrafo 1, in conformità dell'articolo 3. Tuttavia, tale scelta non vale a privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma del paragrafo 1.

(...).

7 L'articolo 9 del regolamento Roma I, intitolato «Norme di applicazione necessaria», così dispone:

«1. Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al



contratto secondo il presente regolamento.

2. Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro.

3. Può essere data efficacia anche alle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno».

8 Ai sensi dell'articolo 10 di tale regolamento, intitolato «Consenso e validità sostanziale»:

«1. L'esistenza e la validità del contratto o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù del presente regolamento se il contratto o la disposizione fossero validi.

2. Tuttavia, un contraente, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del paese in cui ha la residenza abituale, se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del comportamento di questo contraente secondo la legge prevista nel paragrafo 1».

9 L'articolo 23 del medesimo regolamento, intitolato «Relazioni con altre disposizioni del diritto comunitario», così prevede:

«Fatto salvo l'articolo 7, il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a settori specifici, disciplinano i conflitti di legge in materia di obbligazioni contrattuali».

Il regolamento Roma II

10 A termini dei considerando 7 e 21 del regolamento Roma II:

«(7) Il campo d'applicazione materiale e le disposizioni del presente regolamento dovrebbero essere coerenti con il regolamento [n. 44/2001] e con gli strumenti relativi alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

(...)

(21) La disposizione specifica dell'articolo 6 non costituisce un'eccezione alla regola generale di cui all'articolo 4, paragrafo 1, ma piuttosto un chiarimento della stessa. In materia di concorrenza sleale, la regola di conflitto di leggi dovrebbe tutelare i concorrenti, i consumatori e il pubblico in senso lato, nonché garantire il corretto funzionamento dell'economia di mercato. Il collegamento con la legge del paese in cui i rapporti di concorrenza o gli interessi collettivi dei consumatori sono o possono essere pregiudicati permette in genere di realizzare questi obiettivi».

11 L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, del suddetto regolamento dispone quanto segue:

«1. Il presente regolamento si applica, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni extracontrattuali in materia civile e commerciale. Esso non si applica, in particolare, alle materie fiscali, doganali o amministrative né alla responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii).

(...)

3. Il presente regolamento non si applica alla prova e alla procedura, fatti salvi gli articoli 21 e 22».

12 Ai sensi dell'articolo 4 del medesimo regolamento, intitolato «Norma generale», che figura al capo II di quest'ultimo, a sua volta intitolato «Illeciti»:

«1. Salvo se diversamente previsto nel presente regolamento, la legge applicabile alle



obbligazioni extracontrattuali che derivano da un fatto illecito è quella del paese in cui il danno si verifica, indipendentemente dal paese nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno e a prescindere dal paese o dai paesi in cui si verificano le conseguenze indirette di tale fatto.

2. Tuttavia, qualora il presunto responsabile e la parte lesa risiedano abitualmente nello stesso paese nel momento in cui il danno si verifica, si applica la legge di tale paese.

3. Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello di cui ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di quest'altro paese. Un collegamento manifestamente più stretto con un altro paese potrebbe fondarsi segnatamente su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto, che presenti uno stretto collegamento con il fatto illecito in questione».

13 L'articolo 6 del regolamento Roma II, intitolato «Concorrenza sleale e atti limitativi della libera concorrenza», che pure figura al capo II di quest'ultimo, recita:

«1. La legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da un atto di concorrenza sleale è quella del paese sul cui territorio sono pregiudicati, o rischiano di esserlo, i rapporti di concorrenza o gli interessi collettivi dei consumatori.

2. Qualora un atto di concorrenza sleale leda esclusivamente gli interessi di un dato concorrente, si applica l'articolo 4.

3. a) La legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da una restrizione della concorrenza è quella del paese sul cui mercato la restrizione ha o potrebbe avere effetto.

b) Qualora la restrizione abbia o possa avere effetto sul mercato di più di un paese, chi promuove un'azione di risarcimento danni dinanzi al giudice del domicilio del convenuto può invece scegliere di fondare le sue pretese sulla legge del giudice adito, purché il mercato in tale Stato membro sia tra quelli direttamente e sostanzialmente interessati dalla restrizione della concorrenza da cui deriva l'obbligazione extracontrattuale su cui si basa la pretesa; se l'attore agisce nei confronti di più di un convenuto dinanzi a detto giudice conformemente alle norme applicabili in materia di competenza giurisdizionale, può scegliere di fondare la sua pretesa esclusivamente sulla legge di tale giudice qualora la restrizione della concorrenza su cui si basa la pretesa contro ciascuno di detti convenuti interessi direttamente e sostanzialmente anche il mercato dello Stato membro di tale giudice.

4. Non si può derogare alla legge applicabile in virtù del presente articolo con un accordo ai sensi dell'articolo 14».

14 L'articolo 14 di detto regolamento, intitolato «Libertà di scelta», dispone quanto segue:

«1. Le parti possono convenire di sottoporre l'obbligazione extracontrattuale ad una legge di loro scelta:

a) con un accordo posteriore al verificarsi del fatto che ha determinato il danno;

o

b) se tutte le parti esercitano un'attività commerciale, anche mediante un accordo liberamente negoziato prima del verificarsi del fatto che ha determinato il danno.

La scelta è espressa o risulta in modo non equivoco dalle circostanze del caso di specie e non pregiudica i diritti dei terzi.

2. Qualora tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui



si verifica il fatto che determina il danno, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti non pregiudica l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente.

3. Qualora tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si verifica il fatto che determina il danno, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti non pregiudica l'applicazione delle disposizioni del diritto comunitario, se del caso, nella forma in cui sono applicate nello Stato membro del giudice adito, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente».

15 Ai sensi dell'articolo 16 del medesimo regolamento, rubricato «Norme di applicazione necessaria»:

«Le disposizioni del presente regolamento non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria alla situazione, quale che sia la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale».

Il regolamento (CE) n. 2006/2004

16 L'articolo 3 del regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori («regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori») (GU 2004, L 364, pag. 1), intitolato «Definizioni», prevede quanto segue:

«Ai fini del presente regolamento:

(...)

b) per "infrazione intracomunitaria" s'intende qualsiasi atto o omissione contrari alle norme sulla protezione degli interessi dei consumatori, quali definite nella lettera a), che danneggino o possa danneggiare gli interessi collettivi dei consumatori che risiedono in uno o più Stati membri diversi dallo Stato membro in cui hanno avuto origine o si sono verificati l'atto o l'omissione in questione o in cui è stabilito il venditore o il fornitore responsabile o in cui si riscontrino elementi di prova o beni riconducibili all'atto o all'omissione;

(...))».

17 L'articolo 4 del predetto regolamento, intitolato «Autorità competenti», così dispone:

«1. Ogni Stato membro designa le autorità competenti e l'ufficio unico di collegamento responsabili dell'applicazione del presente regolamento.

2. Ogni Stato membro può, se necessario per adempiere i suoi obblighi previsti dal presente regolamento, designare altre autorità pubbliche. Esse possono altresì designare organismi che abbiano un interesse legittimo alla cessazione o al divieto delle infrazioni intracomunitarie a norma dell'articolo 8, paragrafo 3.

3. Ciascuna autorità competente, fatto salvo il paragrafo 4, è dotata dei necessari poteri investigativi ed esecutivi per l'applicazione del presente regolamento e li [esercita] conformemente alla legislazione nazionale.

4. Le autorità competenti possono esercitare i poteri di cui al paragrafo 3, in conformità della legislazione nazionale.

a) direttamente sotto la propria autorità o sotto la supervisione delle autorità giudiziarie; oppure

b) mediante richiesta agli organi giurisdizionali competenti a pronunciare la decisione necessaria, eventualmente anche interponendo appello qualora la richiesta di pronuncia della decisione fosse respinta.



5. Nella misura in cui le autorità competenti esercitano i loro poteri mediante richiesta agli organi giurisdizionali a norma del paragrafo 4, lettera b), detti organi sono competenti a prendere le necessarie decisioni.

6. I poteri di cui al paragrafo 3 vengono esercitati unicamente laddove vi sia il ragionevole sospetto di un'infrazione intracomunitaria e comprendono almeno i seguenti diritti:

- a) poter accedere a qualsiasi documento pertinente, in qualsiasi forma, relativo all'infrazione intracomunitaria;
- b) richiedere che qualsiasi persona sia tenuta a fornire le informazioni pertinenti, relative all'infrazione intracomunitaria;
- c) effettuare le necessarie ispezioni in loco;
- d) chiedere per iscritto che il venditore o fornitore interessato ponga fine all'infrazione intracomunitaria;
- e) ottenere dal venditore o fornitore responsabile delle infrazioni intracomunitarie l'impegno di porre fine all'infrazione intracomunitaria e, laddove opportuno, disporre la pubblicazione dell'impegno in questione;
- f) esigere la cessazione o vietare qualsiasi infrazione intracomunitaria e, laddove opportuno, disporre la pubblicazione delle relative decisioni;
- g) richiedere alla parte incriminata di effettuare il versamento di un indennizzo allo Stato o a un beneficiario designato o previsto dalla legislazione nazionale, nel caso di mancata osservanza della decisione.

(...)).

La direttiva 2009/22/CE

18 L'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (GU 2009, L 110, pag. 30), così dispone:

«La presente direttiva non osta all'applicazione delle regole di diritto internazionale privato sulla legge applicabile vale a dire, di norma, la legge dello Stato membro in cui ha origine la violazione o la legge dello Stato membro in cui la violazione produce i suoi effetti».

La direttiva 93/13

19 A termini del quinto e sesto considerando della direttiva 93/13:

«considerando che normalmente i consumatori non conoscono le norme giuridiche che disciplinano, negli Stati membri diversi dai loro, i contratti relativi alla vendita di beni o all'offerta di servizi; che tale ignoranza può distoglierli dalle transazioni dirette per l'acquisto di beni o la prestazione di servizi in un altro Stato membro;

considerando che, per facilitare la creazione del mercato interno e per tutelare il cittadino che acquisisce, in qualità di consumatore, beni o servizi mediante contratti disciplinati dalla legislazione di Stati membri diversi dal proprio, è indispensabile eliminare le clausole abusive da tali contratti».

20 L'articolo 3 di tale direttiva prevede quanto segue:

«1. Una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale si considera abusiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

(...)

3. L'allegato contiene un elenco indicativo e non esauriente di clausole che possono



essere dichiarate abusive».

21 Ai sensi dell'articolo 5 di detta direttiva:

«Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. Questa regola di interpretazione non è applicabile nell'ambito delle procedure previste all'articolo 7, paragrafo 2».

22 L'articolo 6 della direttiva 93/13 dispone come segue:

«1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

2. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro».

23 L'articolo 7 di tale direttiva recita:

«1. Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori.

2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole.

(...)».

24 Ai sensi dell'articolo 8 della stessa direttiva:

«Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore».

25 L'allegato della direttiva 93/13 elenca le clausole di cui all'articolo 3, paragrafo 3, della stessa. Il punto 1, lettera q), di tale allegato è così formulato:

«Clausole che hanno per oggetto o per effetto di:

(...)»

q) sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore (...)».

La direttiva 95/46

26 L'articolo 4 della direttiva 95/46, intitolato «Diritto nazionale applicabile», dispone quanto segue:

«1. Ciascuno Stato membro applica le disposizioni nazionali adottate per l'attuazione della presente direttiva al trattamento di dati personali:

a) effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio dello Stato membro; qualora uno stesso responsabile del trattamento sia stabilito nel territorio di più Stati membri, esso deve adottare le misure necessarie per assicurare l'osservanza, da parte di ciascuno di detti stabilimenti, degli



obblighi stabiliti dal diritto nazionale applicabile;

b) il cui responsabile non è stabilito nel territorio dello Stato membro, ma in un luogo in cui si applica la sua legislazione nazionale, a norma del diritto internazionale pubblico;

c) il cui responsabile, non stabilito nel territorio della Comunità, ricorre, ai fini del trattamento di dati personali, a strumenti, automatizzati o non automatizzati, situati nel territorio di detto Stato membro, a meno che questi non siano utilizzati ai soli fini di transito nel territorio della Comunità europea.

2. Nella fattispecie di cui al paragrafo 1, lettera c), il responsabile del trattamento deve designare un rappresentante stabilito nel territorio di detto Stato membro, fatte salve le azioni che potrebbero essere promosse contro lo stesso responsabile del trattamento».

Il diritto austriaco

27 L'articolo 6 del Konsumentenschutzgesetz (legge sulla tutela dei consumatori), dell'8 marzo 1979 (BGBl. 140/1979), intitolato «Clausole contrattuali abusive», prevede, al paragrafo 3, che una clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto o in formulari di contratto prestampati è inefficace se è formulata in termini oscuri o incomprensibili.

28 Ai sensi dell'articolo 13 bis di detta legge, l'articolo 6 di quest'ultima si applica a fini di tutela dei consumatori, a prescindere dalla legge applicabile al contratto, quando quest'ultimo è venuto ad esistenza nell'ambito di un'attività dell'impresa, o di un suo intermediario, svolta in Austria e diretta alla conclusione di contratti di questo tipo.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

29 Amazon EU è una società con sede in Lussemburgo, appartenente a un gruppo internazionale di commercio a distanza che, tra le altre attività, si rivolge, mediante un sito Internet avente un nome di dominio con estensione «.de», a consumatori residenti in Austria con i quali stipula contratti di commercio elettronico. Tale società non ha né sede né filiali in Austria.

30 Fino alla metà del 2012, le condizioni generali incluse nei contratti stipulati con i suddetti consumatori erano così formulate:

«1. Amazon.de non riconosce eventuali clausole difformi apposte dal cliente, salvo ne abbia espressamente accettato la validità per iscritto.

(...)

6. In caso di pagamento vista fattura e in altri casi, in presenza di giustificati motivi, Amazon.de verifica e valuta i dati personali dei clienti e procede a uno scambio di dati con altre imprese del gruppo Amazon, con società di valutazione dei crediti ed eventualmente con la Bürgel Wirtschaftsinformationen GmbH & Co.KG, Postfach 5001 66, 22701, Amburgo, Germania.

(...)

9. Al fine di decidere in merito al ricorso al pagamento vista fattura quale modalità di pagamento, ci avvarremo – oltre che dei dati in nostro possesso – di calcoli probabilistici per la valutazione del rischio di inadempimento da noi raccolti presso la Bürgel Wirtschaftsinformationen GmbH & Co. KG, Gasstrasse 18, 22761, Amburgo, Germania e la società informa Solutions GmbH Rheinstrasse 99, 76532 Baden-Baden [(Germania)]. Faremo inoltre ricorso alle suddette imprese ai fini della convalida dell'indirizzo da voi comunicatoci.

(...)

11. L'utente, se decide di pubblicare contenuti sul sito Amazon.de (ad esempio, recensioni dei clienti), accorda ad Amazon una licenza esclusiva temporalmente e



localmente illimitata al successivo utilizzo dei contenuti per qualsiasi fine, online o con altre modalità, per la durata del diritto sottostante.

12. Si applica il diritto lussemburghese con esclusione delle disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite in materia di contratti di vendita internazionale di merci (CVIM)».

31 Il VKI, ente legittimato a promuovere azioni inibitorie ai sensi della direttiva 2009/22, ha presentato dinanzi agli organi giurisdizionali austriaci una domanda d'ingiunzione contro l'impiego di tutte le clausole contenute nelle suddette condizioni generali, nonché una domanda di pubblicazione dell'adottanda sentenza, affermando che tali clausole erano tutte contrarie a divieti di legge o alle buone prassi.

32 Il giudice di primo grado ha accolto tutte le domande del ricorso, ad eccezione di quella relativa alla clausola 8, riguardante il pagamento di un supplemento in caso di pagamento vista fattura. Basandosi sull'applicazione in via di principio del regolamento Roma I, esso ha dichiarato, in forza dell'articolo 6, paragrafo 2, di tale regolamento, l'invalidità della clausola 12, relativa alla scelta della legge applicabile, con la motivazione che la scelta della legge non doveva comportare per il consumatore la privazione della protezione assicurategli dalla legge dello Stato nel quale ha la sua residenza abituale. Tale giudice ne ha dedotto che la validità delle altre clausole avrebbe dovuto essere valutata alla luce del diritto austriaco. Infine, per quanto riguarda le clausole 6, 9 e 11, lo stesso giudice ha osservato che soltanto le questioni relative alla tutela dei dati dovevano essere valutate alla luce del diritto lussemburghese pertinente, dato che il regolamento Roma I non escludeva l'applicazione della direttiva 95/46.

33 Il giudice d'appello, adito dalle due parti nel procedimento principale, ha annullato la sentenza resa dal giudice di primo grado e ha rinviato la causa a quest'ultimo per riesame. Esso ha osservato che il regolamento Roma I era pertinente ai fini della determinazione della legge applicabile e ha esaminato nel merito soltanto la clausola 12, relativa alla scelta della legge applicabile. A tal riguardo, esso ha dichiarato che l'articolo 6, paragrafo 2, di tale regolamento non permetteva di concludere nel senso dell'illegittimità di tale clausola e che, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, del medesimo regolamento, la valutazione della suddetta clausola avrebbe dovuto essere effettuata piuttosto alla luce del diritto lussemburghese. Dopo aver invitato il giudice di primo grado a procedere a detta valutazione, il giudice di appello ha sottolineato che, ove la suddetta clausola fosse risultata lecita ai sensi del diritto lussemburghese, le altre clausole avrebbero dovuto anch'esse essere valutate alla luce di tale diritto e che quindi si sarebbe dovuto procedere a un confronto con il diritto austriaco al fine di determinare la legge più favorevole ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento Roma I.

34 L'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), adita dal VKI, s'interroga in merito alla legge applicabile nell'ambito del procedimento principale. In tale contesto, detto giudice ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la legge applicabile a un'azione inibitoria a norma della direttiva 2009/22 debba essere individuata in base all'articolo 4 del regolamento Roma II quando l'azione è diretta contro l'impiego di clausole contrattuali abusive da parte di un'impresa avente la propria sede in uno Stato membro che stipula contratti di commercio elettronico con consumatori residenti in altri Stati membri, in particolare nello Stato del giudice adito.

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione:



- a) se per paese in cui il danno si verifica (articolo 4, paragrafo 1, del regolamento Roma II) si debba intendere ogni Stato verso il quale è diretta l'attività commerciale dell'impresa convenuta, cosicché le clausole controverse devono essere esaminate in base alla legge dello Stato del giudice adito qualora un ente a ciò legittimato promuova un'azione contro l'impiego di tali clausole nei rapporti commerciali con consumatori residenti in tale paese.
- b) Se sussistano collegamenti manifestamente più stretti (articolo 4, paragrafo 3, del regolamento Roma II) con la legge dello Stato in cui ha sede l'impresa convenuta qualora le condizioni contrattuali di quest'ultima prevedano che i contratti da essa stipulati siano soggetti alla legge di detto Stato.
- c) Se da una siffatta clausola sulla scelta della legge applicabile derivi, per altri motivi, che l'esame delle clausole contrattuali contestate debba avvenire sulla base della legge dello Stato in cui l'impresa convenuta ha la propria sede.
- 3) In caso di risposta negativa alla prima questione: come debba essere allora individuata la legge applicabile all'azione inibitoria.
- 4) A prescindere dalla risposta alle questioni che precedono:
- a) se una clausola contenuta nelle condizioni contrattuali generali, secondo cui un contratto di commercio elettronico concluso tra un consumatore e un'impresa avente la propria sede in un altro Stato membro è soggetto alla legge dello Stato in cui quest'ultima ha sede, sia abusiva ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13.
- b) Se il trattamento dei dati personali da parte di un'impresa che stipula contratti di commercio elettronico con consumatori residenti in altri Stati membri sia soggetto, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46, a prescindere dalla legge altrimenti applicabile, soltanto alla legge dello Stato membro in cui si trova lo stabilimento dell'impresa nel quale avviene il trattamento, o se detta impresa sia tenuta anche all'osservanza delle disposizioni in materia di protezione dei dati degli Stati membri verso i quali dirige la propria attività commerciale».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulle prime tre questioni

35 Con le sue prime tre questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, come occorra interpretare i regolamenti Roma I e Roma II al fine di determinare la o le leggi applicabili ad un'azione inibitoria ai sensi della direttiva 2009/22, diretta contro l'impiego di clausole contrattuali asseritamente illecite da parte di un'impresa avente sede in uno Stato membro la quale stipula contratti mediante commercio elettronico con consumatori residenti in altri Stati membri e, in particolare, nello Stato del giudice adito.

36 In via preliminare, occorre sottolineare, per quanto riguarda i rispettivi ambiti di applicazione dei regolamenti Roma I e Roma II, che le nozioni di «obbligazione contrattuale» e di «obbligazione extracontrattuale» in esse presenti devono essere interpretate in modo autonomo, riferendosi soprattutto al sistema e agli obiettivi di tali regolamenti. Occorre altresì tener conto, ai sensi del considerando 7 di ciascuno dei due regolamenti, dell'obiettivo di un'applicazione coerente di questi ultimi non soltanto fra di loro, ma anche rispetto al regolamento n. 44/2001 (in prosieguo: il «regolamento Bruxelles I»), che, in particolare, al suo articolo 5 distingue tra la materia contrattuale e quella degli illeciti civili dolosi o colposi (v. sentenza del 21 gennaio 2016, ERGO Insurance e Gjensidige Baltic, C-359/14 e C-475/14, EU:C:2016:40, punto 43).

37 Per quanto riguarda la nozione di «obbligazione extracontrattuale», ai sensi



dell'articolo 1 del regolamento Roma II, è necessario ricordare che la nozione di «materia di illeciti civili dolosi o colposi», ai sensi dell'articolo 5, punto 3, del regolamento Bruxelles I, copre tutte le azioni dirette ad accertare la responsabilità del convenuto e non attinenti alla «materia contrattuale», ai sensi dell'articolo 5, punto 1, di quest'ultimo regolamento (v. sentenza del 21 gennaio 2016, *ERGO Insurance e Gjensidige Baltic*, C-359/14 e C-475/14, EU:C:2016:40, punto 45).

38 Nell'ambito della convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 1972, L 299, pag. 32; in prosieguo: la «convenzione di Bruxelles»), la Corte ha già dichiarato che un'azione giudiziale preventiva, promossa da un'associazione di tutela dei consumatori al fine di ottenere che sia inibito a un commerciante l'uso di clausole ritenute abusive nell'ambito di contratti stipulati con privati, ha natura di azione in materia di illeciti civili dolosi o colposi ai sensi dell'articolo 5, punto 3, di tale convenzione (sentenza del 1° ottobre 2002, *Henkel*, C-167/00, EU:C:2002:555, punto 50), e che tale interpretazione vale anche per quanto riguarda il regolamento Bruxelles I (v., in tal senso, sentenza del 13 marzo 2014, *Brogstetter*, C-548/12, EU:C:2014:148, punto 19).

39 Orbene, alla luce dell'obiettivo dell'applicazione coerente ricordato al punto 36 della presente sentenza, la statuizione secondo cui, in materia di tutela dei consumatori, la responsabilità extracontrattuale si riferisce anche alle violazioni dell'ordinamento giuridico derivanti dall'uso di clausole abusive che le associazioni di tutela dei consumatori hanno il compito di impedire (v., in tal senso, sentenza del 1° ottobre 2002, *Henkel*, C-167/00, EU:C:2002:555, punto 42) è pienamente trasponibile all'interpretazione dei regolamenti Roma I e Roma II. Si deve pertanto considerare che l'azione inibitoria ai sensi della direttiva 2009/22 verte su un'obbligazione extracontrattuale derivante da un fatto illecito ai sensi del capo II del regolamento Roma II.

40 L'articolo 6, paragrafo 1, di tale regolamento, contenuto nel capo II del medesimo, sancisce, quale regola particolare relativa alle obbligazioni extracontrattuali derivanti da un atto di concorrenza sleale, l'applicazione della legge del paese sul cui territorio sono pregiudicati, o rischiano di esserlo, i rapporti di concorrenza o gli interessi collettivi dei consumatori.

41 A tal riguardo, dal considerando 21 del regolamento Roma II risulta che l'articolo 6, paragrafo 1, del medesimo concretizza, nell'ambito particolare della concorrenza sleale, il principio della *lex loci damni*, sancito all'articolo 4, paragrafo 1, di tale regolamento.

42 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 73 delle sue conclusioni, la concorrenza sleale ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento Roma II include l'impiego di clausole abusive inserite in condizioni generali di vendita qualora esso sia in grado di pregiudicare gli interessi collettivi dei consumatori in quanto gruppo e, pertanto, di influenzare le condizioni di concorrenza sul mercato.

43 Nel caso di un'azione inibitoria ai sensi della direttiva 2009/22, il paese sul cui territorio sono pregiudicati gli interessi collettivi dei consumatori ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento Roma II è quello in cui risiedono i consumatori ai quali l'impresa rivolge le sue attività ed i cui interessi sono difesi attraverso detta azione dall'associazione di tutela dei consumatori interessata.

44 Occorre precisare che l'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento Roma II, ai sensi del quale si applica la legge di un altro paese se dal complesso delle circostanze del caso risulta che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da



quello di cui all'articolo 4, paragrafo 1, di tale regolamento, non può portare a un risultato diverso.

45 Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 77 delle sue conclusioni, la norma alternativa prevista all'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento Roma II non è adatta alla materia della concorrenza sleale poiché l'articolo 6, paragrafo 1, di tale regolamento mira a proteggere interessi collettivi – i quali superano l'ambito dei rapporti tra le parti della controversia – prevedendo una norma specificamente adatta a tal fine. Siffatto obiettivo sarebbe pregiudicato se si consentisse di eludere tale norma sulla base di collegamenti personali tra dette parti.

46 In ogni caso, la circostanza che Amazon EU preveda nelle sue condizioni generali che ai contratti da essa stipulati si applichi la legge dello Stato in cui ha sede non può validamente costituire un tale collegamento più stretto.

47 Ove così non fosse, un professionista come Amazon EU potrebbe de facto, attraverso una siffatta clausola, scegliere la legge cui dev'essere soggetta un'obbligazione extracontrattuale e così potrebbe eludere le condizioni previste, a tal riguardo, all'articolo 14, paragrafo 1, primo comma, lettera a), del regolamento Roma II.

48 Occorre dunque affermare che, quando è dedotta la violazione di una normativa volta a tutelare gli interessi dei consumatori nei confronti dell'impiego di clausole abusive nelle condizioni generali di vendita, la legge applicabile a un'azione inibitoria ai sensi della direttiva 2009/22 dev'essere determinata, fatto salvo l'articolo 1, paragrafo 3, del regolamento Roma II, in conformità all'articolo 6, paragrafo 1, di tale regolamento.

49 Di contro, la legge applicabile all'esame del carattere abusivo di clausole che figurano in contratti conclusi da consumatori e che sono oggetto di un'azione inibitoria dev'essere determinata in modo autonomo in base alla natura di tali clausole. Così, quando l'azione inibitoria è volta a impedire che clausole simili siano inserite in contratti conclusi da consumatori per generare obbligazioni contrattuali, la legge applicabile alla valutazione di tali clausole dev'essere determinata in conformità al regolamento Roma I.

50 Nel caso di specie, le clausole asseritamente abusive oggetto dell'azione inibitoria di cui trattasi nel procedimento principale hanno, rispetto ai consumatori ai quali si rivolgono, la natura di obbligazioni contrattuali ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del regolamento Roma I.

51 Siffatta conclusione non è in alcun modo contraddetta dal carattere collettivo dell'azione mediante la quale la validità di tali clausole è messa in discussione. Infatti, la circostanza che tale azione non verta su contratti individuali concretamente stipulati è insita nella natura stessa di una simile azione collettiva e preventiva, nell'ambito della quale viene compiuto un controllo in astratto.

52 Al fine di determinare il diritto applicabile, occorre pertanto distinguere tra la valutazione delle clausole di cui trattasi, da un lato, e l'azione inibitoria dell'impiego di tali clausole, proposta da un'associazione come il VKI, dall'altro.

53 Tale distinzione s'impone al fine di garantire l'applicazione uniforme dei regolamenti Roma I e Roma II. E, fatto più importante, il collegamento autonomo delle clausole di cui trattasi garantisce che il diritto applicabile non cambi in funzione del tipo di azione scelto.

54 Se, nell'ambito di un processo avviato in seguito alla proposizione di un'azione collettiva, le clausole contrattuali di cui trattasi dovessero essere esaminate alla luce del diritto designato come applicabile in forza dell'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento Roma II, sussisterebbe il rischio che i criteri di esame siano diversi da quelli utilizzati



nell'ambito di un processo individuale avviato da un consumatore.

55 Infatti, per quanto riguarda l'esame delle clausole nell'ambito di un processo individuale avviato da un consumatore, la legge designata come applicabile, quale legge del contratto, può essere diversa da quella designata come applicabile, quale legge dell'illecito civile doloso, all'azione inibitoria. A tal proposito, si deve osservare che il livello di tutela dei consumatori varia ancora da uno Stato membro all'altro, conformemente all'articolo 8 della direttiva 93/13, cosicché la valutazione di una clausola può variare, a parità di tutte le altre condizioni, in funzione del diritto applicabile.

56 Un siffatto collegamento diverso di una clausola, alla luce della legge designata come applicabile, in funzione del tipo di azione esperito avrebbe l'effetto di neutralizzare in particolare la coerenza nella valutazione tra azioni collettive e azioni individuali che la Corte ha sancito obbligando i giudici nazionali a trarre d'ufficio, anche per l'avvenire, tutte le conseguenze, previste dal diritto nazionale, del riconoscimento del carattere abusivo di una clausola che fa parte delle condizioni generali dei contratti conclusi da consumatori nell'ambito di un'azione inibitoria, affinché tale clausola non vincoli i consumatori che abbiano stipulato un contratto al quale si applicano le medesime condizioni generali (v. sentenza del 26 aprile 2012, *Invitel*, C-472/10, EU:C:2012:242, punto 43).

57 L'incoerenza che risulterebbe da un collegamento diverso di una clausola in funzione del tipo di azione esperito violerebbe l'obiettivo perseguito dalle direttive 2009/22 e 93/13, consistente nel fare efficacemente cessare l'impiego di clausole abusive.

58 Da quanto precede deriva che la legge applicabile a un'azione inibitoria ai sensi della direttiva 2009/22 dev'essere determinata in conformità all'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento Roma II qualora sia dedotta una violazione di una normativa volta a tutelare gli interessi dei consumatori nei confronti dell'impiego di clausole abusive nelle condizioni generali di vendita, mentre la legge applicabile alla valutazione di una data clausola contrattuale deve essere sempre determinata in forza del regolamento Roma I, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga nell'ambito di un'azione individuale o in quello di un'azione collettiva.

59 Tuttavia, occorre precisare che, in sede di valutazione del carattere abusivo di una data clausola contrattuale nell'ambito di un'azione inibitoria, dall'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento Roma I deriva che la scelta della legge applicabile non pregiudica l'applicazione delle disposizioni imperative previste dalla legge del paese di residenza dei consumatori i cui interessi sono difesi mediante tale azione. Tali disposizioni possono includere quelle che traspongono la direttiva 93/13 nella misura in cui esse assicurano, conformemente all'articolo 8 di quest'ultima, un livello di tutela più elevato al consumatore.

60 Occorre dunque rispondere alle prime tre questioni dichiarando che i regolamenti Roma I e Roma II devono essere interpretati nel senso che, fermo restando l'articolo 1, paragrafo 3, di ciascuno di tali regolamenti, la legge applicabile ad un'azione inibitoria ai sensi della direttiva 2009/22, diretta contro l'impiego di clausole contrattuali asseritamente illecite da parte di un'impresa avente sede in uno Stato membro la quale stipula contratti mediante commercio elettronico con consumatori residenti in altri Stati membri e, in particolare, nello Stato del giudice adito, deve essere determinata in conformità all'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento Roma II, mentre la legge applicabile alla valutazione di una data clausola contrattuale deve essere sempre determinata in applicazione del regolamento Roma I, indipendentemente dal fatto che detta valutazione sia effettuata nell'ambito di un'azione individuale oppure in quello di un'azione collettiva.



Sulla quarta questione, lettera a)

61 Con la sua quarta questione, lettera a), il giudice del rinvio chiede se una clausola contenuta nelle condizioni generali di vendita di un contratto stipulato mediante commercio elettronico tra un professionista e un consumatore, in forza della quale detto contratto è disciplinato dalla legge dello Stato membro in cui ha sede tale professionista, sia abusiva ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13.

62 Da quest'ultima disposizione risulta che una clausola contrattuale che non sia stata oggetto di negoziato individuale è abusiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti a danno del consumatore.

63 L'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 93/13 precisa che si considera sempre che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando essa è stata redatta preventivamente dal professionista e il consumatore non ha potuto, per tale motivo, esercitare alcuna influenza sul suo contenuto, in particolare nell'ambito di un contratto per adesione. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 84 delle sue conclusioni, condizioni generali di vendita come quelle di cui trattasi nel procedimento principale rientrano in tale ipotesi.

64 A norma dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 93/13, il carattere abusivo di una clausola può essere dichiarato soltanto al termine di un esame condotto caso per caso alla luce di tutte le circostanze pertinenti, ivi comprese la natura dei beni o dei servizi oggetto del contratto.

65 Spetta al giudice nazionale stabilire se, date le circostanze proprie del caso di specie, una clausola soddisfa i requisiti di buona fede, equilibrio e trasparenza. Nondimeno, la Corte è competente a desumere dalle disposizioni della direttiva 93/13 i criteri che tale giudice nazionale può o deve applicare in sede di una tale valutazione (v., in tal senso, sentenza del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 40 e 45 nonché giurisprudenza citata).

66 Riguardo a una clausola come la numero 12 delle condizioni generali di cui trattasi nel procedimento principale, relativa al diritto applicabile, occorre rilevare, innanzitutto, che la legislazione dell'Unione autorizza in via di principio le clausole di scelta della legge. Infatti, l'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento Roma I sancisce la facoltà per le parti di pattuire il diritto applicabile a un contratto concluso da un consumatore, purché sia garantito il rispetto della protezione di cui il consumatore beneficia ai sensi delle disposizioni della legge del suo foro alle quali non è permesso derogare convenzionalmente.

67 In tale contesto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 94 delle sue conclusioni, una clausola di scelta della legge applicabile redatta preventivamente che designi la legge dello Stato membro in cui ha sede il professionista è abusiva soltanto qualora presenti talune specificità, proprie alla sua formulazione o al suo contesto, tali da generare un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti.

68 In particolare, il carattere abusivo di una siffatta clausola può derivare da una formulazione che non soddisfa il requisito di redazione chiara e comprensibile stabilito dall'articolo 5 della direttiva 93/13. Siffatto obbligo, tenuto conto della situazione di inferiorità nella quale si trova il consumatore rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il grado di informazione, deve essere interpretato in modo estensivo (v., in tal senso, sentenza del 23 aprile 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, punto 40 e giurisprudenza citata).



69 Inoltre, qualora gli effetti di una clausola siano determinati da disposizioni imperative di legge, è essenziale che il professionista informi il consumatore in relazione a dette disposizioni (v. in tal senso, sentenza del 26 aprile 2012, Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, punto 29). È quanto avviene nel caso dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento Roma I, ai sensi del quale la scelta della legge applicabile non può valere a privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che sarebbe stata applicabile in mancanza di scelta.

70 Tenuto conto del carattere imperativo della prescrizione che appare all'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento Roma I, un giudice adito riguardo a una clausola di scelta della legge applicabile dovrà applicare, nel caso in cui sia in causa un consumatore residente in Austria, quelle tra le disposizioni di legge austriache alle quali, secondo il diritto austriaco, non sia possibile derogare convenzionalmente. Spetterà, all'occorrenza, al giudice del rinvio identificare tali disposizioni.

71 Alla quarta questione, lettera a), occorre dunque rispondere dichiarando che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13 dev'essere interpretato nel senso che una clausola rientrante nelle condizioni generali di vendita di un professionista, che non sia stata oggetto di negoziato individuale, secondo la quale la legge dello Stato membro in cui ha sede tale professionista disciplina il contratto stipulato mediante commercio elettronico con un consumatore, è abusiva quando induce in errore tale consumatore dandogli l'impressione che al contratto si applichi soltanto la legge di detto Stato membro, senza informarlo del fatto che egli dispone inoltre, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento Roma I, della tutela assicurategli dalle disposizioni imperative della legge che sarebbe applicabile in assenza di siffatta clausola, cosa che spetta al giudice nazionale verificare alla luce di tutte le circostanze rilevanti.

Sulla quarta questione, lettera b)

72 Con la sua quarta questione, lettera b), il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 95/46 debba essere interpretato nel senso che il trattamento di dati personali effettuato da un'impresa di commercio elettronico è disciplinato dal diritto dello Stato membro verso il quale detta impresa dirige le proprie attività.

73 A termini dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46, ciascuno Stato membro applica le disposizioni nazionali adottate per l'attuazione della medesima direttiva al trattamento di dati personali quando esso è effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio dello Stato membro.

74 Ne deriva che un trattamento di dati effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento è disciplinato dal diritto dello Stato membro nel cui territorio è ubicato detto stabilimento.

75 Per quanto attiene, in primo luogo, alla nozione di «stabilimento» ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46, la Corte ha già precisato che essa si estende a qualsiasi attività reale ed effettiva, anche minima, esercitata tramite un'organizzazione stabile (sentenza del 1° ottobre 2015, Weltimmo, C-230/14, EU:C:2015:639, punto 31).

76 A tal riguardo, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 119 delle sue conclusioni, sebbene il fatto che l'impresa responsabile del trattamento dei dati non possieda né filiali né succursali in uno Stato membro non escluda che essa possa ivi possedere uno stabilimento ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva



95/46, un tale stabilimento non può esistere per il semplice fatto che ivi sia accessibile il sito Internet dell'impresa in questione.

77 Occorre piuttosto valutare, come già rilevato dalla Corte, sia il grado di stabilità dell'organizzazione sia l'esercizio effettivo delle attività nello Stato membro interessato (v., in tal senso, sentenza del 1° ottobre 2015, Weltimmo, C-230/14, EU:C:2015:639, punto 29).

78 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la questione se il trattamento dei dati personali in esame sia effettuato «nel contesto delle attività» di detto stabilimento, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46, la Corte ha già ricordato che tale disposizione non esige che il trattamento di dati personali in questione venga effettuato «dal» stabilimento interessato stesso, bensì soltanto «nel contesto delle attività» di quest'ultimo (sentenza del 1° ottobre 2015, Weltimmo, C-230/14, EU:C:2015:639, punto 35).

79 Spetta al giudice del rinvio stabilire, alla luce di tale giurisprudenza e tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti del procedimento principale, se Amazon EU proceda al trattamento dei dati in esame nel contesto delle attività di uno stabilimento situato in uno Stato membro diverso dal Lussemburgo.

80 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 128 delle sue conclusioni, qualora il giudice del rinvio dovesse accertare che lo stabilimento nel cui ambito Amazon EU procede al trattamento di tali dati è ubicato in Germania, spetterebbe al diritto tedesco disciplinare detto trattamento.

81 In considerazione di quanto precede, alla quarta questione, lettera b), occorre rispondere dichiarando che l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che il trattamento di dati personali effettuato da un'impresa di commercio elettronico è disciplinato dal diritto dello Stato membro verso il quale detta impresa dirige le proprie attività qualora sia accertato che tale impresa procede al trattamento dei dati in esame nel contesto delle attività di uno stabilimento situato in detto Stato membro. Spetta al giudice nazionale valutare se ciò si verifichi nel caso di specie.

Sulle spese

82 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

1) Il regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) e il regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»), devono essere interpretati nel senso che, fermo restando l'articolo 1, paragrafo 3, di ciascuno di tali regolamenti, la legge applicabile ad un'azione inibitoria ai sensi della direttiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, diretta contro l'impiego di clausole contrattuali asseritamente illecite da parte di un'impresa avente sede in uno Stato membro la quale stipula contratti mediante commercio elettronico con consumatori residenti in altri Stati membri e, in particolare, nello Stato del giudice adito, deve essere determinata in conformità



all'articolo 6, paragrafo 1, del regolamento n. 864/2007, mentre la legge applicabile alla valutazione di una data clausola contrattuale deve essere sempre determinata in applicazione del regolamento n. 593/2008, indipendentemente dal fatto che detta valutazione sia effettuata nell'ambito di un'azione individuale o in quello di un'azione collettiva.

2) L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che una clausola rientrante nelle condizioni generali di vendita di un professionista, che non sia stata oggetto di negoziato individuale, secondo la quale la legge dello Stato membro in cui ha sede tale professionista disciplina il contratto stipulato mediante commercio elettronico con un consumatore, è abusiva quando induce in errore tale consumatore dandogli l'impressione che al contratto si applichi soltanto la legge di detto Stato membro, senza informarlo del fatto che egli dispone inoltre, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento n. 593/2008, della tutela assicurategli dalle disposizioni imperative della legge che sarebbe applicabile in assenza di siffatta clausola, cosa che spetta al giudice nazionale verificare alla luce di tutte le circostanze rilevanti.

3) L'articolo 4, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, deve essere interpretato nel senso che il trattamento di dati personali effettuato da un'impresa di commercio elettronico è disciplinato dal diritto dello Stato membro verso il quale detta impresa dirige le proprie attività qualora sia accertato che tale impresa procede al trattamento dei dati in esame nel contesto delle attività di uno stabilimento situato in detto Stato membro. Spetta al giudice nazionale valutare se ciò si verifichi nel caso di specie.



**CORTE DI GIUSTIZIA
SENTENZA DELLA CORTE
(QUARTA SEZIONE)
21 LUGLIO 2016**

«Impugnazione – Marchio dell’Unione europea – Domanda di marchio dell’Unione europea denominativo English pink – Opposizione del titolare del marchio denominativo PINK LADY e dei marchi figurativi contenenti gli elementi denominativi “Pink Lady” – Rigetto dell’opposizione – Decisione di un tribunale dei marchi dell’Unione europea – Riforma – Autorità di cosa giudicata»

Nel procedimento C-226/15 P,

avente ad oggetto un’impugnazione, ai sensi dell’articolo 56 dello Statuto della Corte di giustizia dell’Unione europea, proposta il 18 maggio 2015,

Apple and Pear Australia Ltd, con sede in Victoria (Australia),

Star Fruits Diffusion, con sede in Caderousse (Francia),

rappresentate da T. de Haan, avocat, e P. Péters, advocaat,
ricorrenti,

procedimento in cui le altre parti sono:

Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO), rappresentato da J. Crespo Carrillo, in qualità di agente,
convenuto in primo grado.

Carolus C. BVBA, con sede in Nieuwerkerken (Belgio),
interveniente in primo grado,

LA CORTE (Quarta Sezione)

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, K. Lenaerts, presidente della Corte, facente funzione di giudice della Quarta Sezione, C. Lycourgos (relatore), E. Juhász e C. Vajda, giudici,

avvocato generale: M. Bobek

cancelliere: V. Giacobbo-Peyronnel, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 4 febbraio 2016;

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 13 aprile 2016,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con la loro impugnazione la Apple and Pear Australia Ltd e la Star Fruits Diffusion chiedono l’annullamento della sentenza del Tribunale dell’Unione europea del 25 marzo 2015, Apple and Pear Australia e Star Fruits Diffusion/UAMI – Carolus C. (English pink) (T-378/13; in prosieguo: la «sentenza impugnata», EU:T:2015:186), nella parte in cui con tale sentenza esso ha respinto il loro ricorso tendente, in via principale, alla riforma della decisione della quarta commissione di ricorso dell’Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO), del 29 maggio 2013, relativa a un procedimento di opposizione tra le stesse e la Carolus C. BVBA (in prosieguo: la «decisione controversa»).

Contesto normativo

2 I considerando 16 e 17 del regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, sul marchio dell’Unione europea (GU 2009, L 78, pag. 1), sono del seguente tenore:



«(16) È indispensabile che le decisioni sulla validità e sulle contraffazioni dei marchi [dell'Unione europea] abbiano effetto e si estendano all'intera [Unione], essendo questo il solo mezzo per evitare decisioni contrastanti dei tribunali e dell'Ufficio, e per impedire che venga compromesso il carattere unitario del marchio [dell'Unione europea]. Alle azioni in giustizia relative ai marchi [dell'Unione europea] dovrebbero applicarsi le disposizioni del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [GU 2001, L 12, pag. 1], salvo che il presente regolamento vi deroghi.

(17) Va evitato che siano rese sentenze contraddittorie in seguito ad azioni in cui siano implicate le medesime parti, intentate per gli stessi fatti sulla base di un marchio [dell'Unione europea] e di marchi nazionali paralleli (...).

3 Conformemente all'articolo 6 del regolamento n. 207/2009, il marchio dell'Unione europea si acquisisce con la registrazione.

4 L'articolo 8, paragrafo 1, lettera b), e paragrafo 5, di tale regolamento così dispone:

«1. In seguito all'opposizione del titolare di un marchio anteriore il marchio richiesto è escluso dalla registrazione se:

(...)

b) a causa dell'identità o della somiglianza di detto marchio col marchio anteriore e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi per i quali i due marchi sono stati richiesti, sussiste un rischio di confusione per il pubblico del territorio nel quale il marchio anteriore è tutelato; il rischio di confusione comprende il rischio di associazione con il marchio anteriore.

(...)

5. In seguito all'opposizione del titolare di un marchio anteriore ai sensi del paragrafo 2, la registrazione del marchio depositato è altresì esclusa se il marchio è identico o simile al marchio anteriore o se ne viene richiesta la registrazione per prodotti o servizi non simili a quelli per i quali è registrato il marchio anteriore, qualora, nel caso di un marchio [dell'Unione europea] anteriore, quest'ultimo sia il marchio che gode di notorietà nell'[Unione] o, nel caso di un marchio nazionale anteriore, quest'ultimo sia un marchio che gode di notorietà nello Stato membro in questione e l'uso senza giusto motivo del marchio richiesto possa trarre indebito vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio anteriore o recare pregiudizio agli stessi».

5 L'articolo 9, paragrafo 1, lettere b) e c), di detto regolamento recita:

«Il marchio [dell'Unione europea] conferisce al suo titolare un diritto esclusivo. Il titolare ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nel commercio:

(...)

b) un segno che a motivo della sua identità o somiglianza col marchio [dell'Unione europea] e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi contraddistinti dal marchio [dell'Unione europea] e dal segno, possa dare adito a un rischio di confusione per il pubblico; il rischio di confusione comprende il rischio di associazione tra segno e marchio;

c) un segno identico o simile al marchio [dell'Unione europea] per prodotti o servizi che non sono simili a quelli per i quali questo è stato registrato, se il marchio comunitario gode di notorietà nell'[Unione] e se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebito vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio comunitario o reca pregiudizio agli stessi».

6 Conformemente all'articolo 41, paragrafo 1, inizio, del regolamento n. 207/2009, nel



termine di tre mesi a decorrere dalla pubblicazione della domanda di marchio dell'Unione europea può essere fatta opposizione alla registrazione del marchio, facendo valere che andrebbe respinta a norma dell'articolo 8 del medesimo regolamento.

7 L'articolo 42, paragrafo 5, del regolamento n. 207/2009 così recita:

«Se in seguito all'esame dell'opposizione il marchio risulta escluso dalla registrazione per tutti i prodotti o servizi per i quali è stato richiesto il marchio [dell'Unione europea], o per una parte, la domanda è respinta per tali prodotti o servizi. In caso contrario è respinta l'opposizione».

8 Conformemente all'articolo 56, paragrafo 3, di tale regolamento, «[l]a domanda di decadenza o di nullità è inammissibile qualora su una domanda con lo stesso oggetto e la stessa causa sia stata pronunciata una decisione nei confronti delle stesse parti dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro e tale decisione sia passata in giudicato».

9 Ai sensi dell'articolo 65, paragrafo 3, di detto regolamento, «[l]a Corte di giustizia è competente sia ad annullare che a riformare la decisione impugnata».

10 L'articolo 95, paragrafo 1, del medesimo regolamento, così dispone:

«Gli Stati membri designano nei rispettivi territori un numero per quanto possibile ridotto di tribunali nazionali di prima e di seconda istanza, qui di seguito denominati “tribunali dei marchi [dell'Unione europea]”, che svolgeranno le funzioni a essi attribuite dal presente regolamento».

11 L'articolo 96 del regolamento n. 207/2009 prevede quanto segue:

«I tribunali dei marchi [dell'Unione europea] hanno competenza esclusiva:

a) per tutte le azioni in materia di contraffazione e, qualora siano contemplate dalla legislazione nazionale, per le azioni relative alla minaccia di contraffazione di marchi [dell'Unione europea];

(...)

c) per tutte le azioni intentate in seguito a fatti di cui all'articolo 9, paragrafo 3, seconda frase;

d) per domande riconvenzionali di decadenza o di annullamento del marchio [dell'Unione europea] di cui all'articolo 100».

12 L'articolo 100, paragrafi 1, 2, 6 e 7, di detto regolamento dispone quanto segue:

«1. La domanda riconvenzionale di decadenza o di nullità può essere fondata soltanto sui motivi di decadenza o di nullità previsti dal presente regolamento.

2. Un tribunale dei marchi [dell'Unione europea] respinge una domanda riconvenzionale di decadenza o di nullità se una decisione pronunciata dall'Ufficio, nei confronti delle stesse parti, su una domanda con il medesimo oggetto e il medesimo titolo, è già divenuta definitiva.

(...)

6. Se un tribunale dei marchi [dell'Unione europea] ha pronunciato una sentenza, poi passata in giudicato, in merito a una domanda riconvenzionale di decadenza o di nullità di un marchio [dell'Unione europea], ne deve essere trasmessa copia all'Ufficio. Le parti possono chiedere informazioni in merito a tale trasmissione. L'Ufficio iscrive nel registro dei marchi [dell'Unione europea] la menzione della sentenza alle condizioni previste nel regolamento d'esecuzione.

7. Il tribunale dei marchi [dell'Unione europea] adito con una domanda riconvenzionale di decadenza o di nullità può sospendere il procedimento, su richiesta del titolare del marchio [dell'Unione europea] e sentite le altre parti, e invitare il convenuto a presentare



una domanda di decadenza o di nullità dinanzi all'Ufficio entro il termine che provvede a stabilire. Se la domanda non viene proposta entro tale termine, si prosegue il procedimento e si considera ritirata la domanda riconvenzionale. Le disposizioni dell'articolo 104, paragrafo 3 sono applicabili».

13 L'articolo 109, paragrafi 2 e 3, del suddetto regolamento così prevede:

«2. Il tribunale adito con un'azione per contraffazione sulla base di un marchio [dell'Unione europea] respinge l'azione quando sugli stessi fatti sia stata pronunciata una sentenza definitiva nel merito tra le stesse parti, sulla base di un marchio nazionale identico, valido per prodotti o servizi identici.

3. Il tribunale adito con un'azione per contraffazione sulla base di un marchio nazionale respinge l'azione quando sugli stessi fatti sia stata pronunciata una sentenza definitiva nel merito tra le stesse parti, sulla base di un marchio [dell'Unione europea] identico, valido per prodotti o servizi identici».

Fatti

14 Il 13 ottobre 2009, la Carolus C. ha presentato all'EUIPO una domanda di registrazione di marchio dell'Unione europea ai sensi del regolamento n. 207/2009. Il marchio di cui è stata chiesta la registrazione è il segno denominativo «English pink».

15 I prodotti per i quali è stata chiesta la registrazione del marchio rientrano nella classe 31 ai sensi dell'Accordo di Nizza relativo alla classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi ai fini della registrazione dei marchi, del 15 giugno 1957, come riveduto e modificato (in prosieguo: l'«Accordo di Nizza»), e corrispondono, segnatamente, a frutta e verdura fresche.

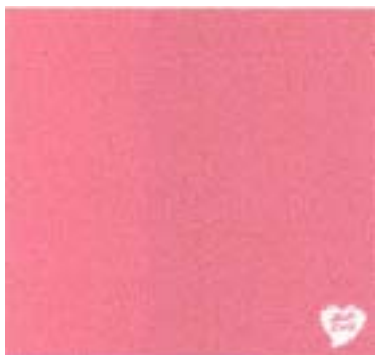
16 Il 20 aprile 2010 le ricorrenti hanno proposto opposizione, ai sensi dell'articolo 41 del regolamento n. 207/2009, alla registrazione del marchio di cui trattasi per i medesimi prodotti.

17 L'opposizione si fondava sui seguenti marchi anteriori:

- il marchio dell'Unione europea denominativo PINK LADY, registrato il 27 febbraio 2003 con il numero 2042679, che designa i prodotti compresi nella classe 31 ai sensi dell'Accordo di Nizza e corrispondenti alla seguente descrizione: «Prodotti agricoli, orticoli, inclusi frutta, granaglie, piante e alberi, in particolare mele e meli»;
- il marchio dell'Unione europea figurativo n. 4186169, registrato il 15 dicembre 2005, di seguito raffigurato, che designa in particolare i prodotti compresi nella classe 31 ai sensi dell'Accordo di Nizza e corrispondenti alla seguente descrizione: «Frutta fresca; mele; alberi da frutto; meli»:



- il marchio dell'Unione europea figurativo n. 6335591, registrato il 30 luglio 2008, di seguito raffigurato, che designa i prodotti compresi nella classe 31, ai sensi dell'Accordo di Nizza, e corrispondenti alla seguente descrizione: «Prodotti agricoli, orticoli, inclusi frutta, granaglie, piante e alberi, in particolare mele e meli»:



18 I motivi dedotti a sostegno dell'opposizione erano quelli previsti all'articolo 8, paragrafo 1, lettera b), e paragrafo 5, del regolamento n. 207/2009.

19 Con decisione del 27 maggio 2011, la divisione d'opposizione dell'EUIPO ha respinto l'opposizione.

20 Il 7 giugno 2011, le ricorrenti hanno proposto ricorso dinanzi all'EUIPO, ai sensi degli articoli da 58 a 64 del regolamento n. 207/2009, avverso detta decisione.

21 Con sentenza del 28 giugno 2012, pronunciata in seguito ad un'azione per contraffazione promossa dalle ricorrenti sulla base dei marchi dell'Unione europea denominativo e figurativi anteriori e del marchio Benelux n. 559177, il tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles, Belgio), in qualità di tribunale dei marchi dell'Unione europea, ha annullato il marchio Benelux ENGLISH PINK e ha vietato alla Carolus C. di utilizzare tale segno all'interno dell'Unione. Con lettera del 4 luglio 2012, le ricorrenti hanno comunicato detta sentenza all'EUIPO. Con lettera del 29 agosto 2012, esse l'hanno informato che la Carolus C. aveva fatto acquiescenza alla sentenza e che dunque quest'ultima era divenuta definitiva.

22 Con la decisione controversa, la quarta commissione di ricorso dell'EUIPO ha respinto il ricorso delle ricorrenti contro la decisione della divisione di opposizione di tale Ufficio. La quarta commissione di ricorso dell'EUIPO ha in particolare rilevato che non vi era somiglianza tra i marchi in conflitto sui piani visivo, concettuale e fonetico e ha concluso nel senso dell'assenza di un rischio di confusione.

23 Essa ha evidenziato che la divisione di opposizione dell'EUIPO aveva correttamente riassunto il contenuto delle abbondanti prove prodotte dalle ricorrenti e aveva debitamente motivato la propria conclusione secondo cui tali prove erano tutte insufficienti e inconcludenti.

Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

24 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 23 luglio 2013 la Apple and Pear Australia e la Star Fruits Diffusion hanno proposto un ricorso diretto, in via principale, alla riforma della decisione impugnata e, in via subordinata, all'annullamento di tale decisione.

25 A sostegno del loro ricorso esse hanno sollevato sette motivi. Il primo motivo, relativo alla violazione dell'articolo 75 del regolamento n. 207/2009, si basava sull'assenza di motivazione della decisione controversa riguardo alle conseguenze che andavano ricavate dalla sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012. Il secondo motivo atteneva alla violazione del principio dell'autorità di cosa giudicata. Nell'ambito del terzo motivo, le ricorrenti invocavano una violazione dei principi generali di certezza del diritto, di buona amministrazione e di tutela del legittimo



affidamento. Il quarto motivo si basava sulla violazione dell'articolo 76 del regolamento n. 207/2009. I motivi quinto e sesto vertevano sulla violazione, rispettivamente, dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera b), e dell'articolo 8, paragrafo 5, del regolamento n. 207/2009. Il settimo motivo si basava sulla violazione dell'articolo 75 del medesimo regolamento in relazione al fatto che la commissione di ricorso dell'EUIPO avrebbe fondato la propria decisione su una motivazione rispetto alla quale le parti non hanno potuto prendere posizione.

26 Con la sentenza impugnata il Tribunale ha annullato la decisione controversa poiché essa ha ommesso di tener conto della sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012 e di valutare le eventuali ripercussioni di detta sentenza sull'esito del procedimento di opposizione. Per il resto, il Tribunale ha respinto il ricorso della Apple and Pear Australia e della Star Fruits Diffusion. Per quanto riguarda le conclusioni delle ricorrenti tendenti alla riforma della decisione controversa, il Tribunale ha considerato, in sostanza, ai punti 68, 70 e 71 della sentenza impugnata, che le ricorrenti non avevano titolo per invocare l'autorità di cosa giudicata derivante dalla sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012 e che, giacché la quarta commissione di ricorso dell'EUIPO aveva ommesso di tenere conto di detta sentenza e di valutare le eventuali ripercussioni di quest'ultima sulla soluzione della controversia, il Tribunale non era in grado di determinare la decisione che tale commissione di ricorso avrebbe dovuto adottare e non poteva quindi esercitare il suo potere di riforma.

Conclusioni delle parti

27 Con la loro impugnazione, la Apple and Pear Australia e la Star Fruits Diffusion chiedono che la Corte voglia:

- annullare la sentenza impugnata, nella parte in cui ha respinto il loro ricorso tendente, in via principale, alla riforma della decisione controversa;
- riformare la decisione controversa affinché il ricorso proposto dalle ricorrenti dinanzi alla commissione di ricorso dell'EUIPO risulti fondato e, di conseguenza, la loro opposizione alla registrazione del marchio dell'Unione europea English pink sia accolta, e
- condannare l'EUIPO a sopportare la totalità delle spese delle ricorrenti relative sia al procedimento d'impugnazione sia a quello di primo grado.

28 L'EUIPO chiede che la Corte voglia:

- respingere l'impugnazione; e
- condannare la Apple and Pear Australia e la Star Fruits Diffusion alle spese.

Sull'impugnazione

29 A sostegno della loro impugnazione la Apple and Pear Australia e la Star Fruits Diffusion deducono tre motivi. Il primo attiene alla violazione del principio dell'autorità di cosa giudicata. Il secondo verte su una violazione dei principi generali della certezza del diritto, del buona amministrazione e della tutela del legittimo affidamento. Il terzo motivo è relativo alla violazione dell'articolo 65, paragrafo 3, del regolamento n. 207/2009.

Sulla ricevibilità

30 L'EUIPO ritiene che l'impugnazione sia irricevibile, fatta salva l'ipotesi in cui, come sostengono le ricorrenti, la sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012, che ha agito in qualità di tribunale dei marchi dell'Unione europea, abbia acquistato autorità di cosa giudicata e il suo rispetto si imponga quindi tanto alla quarta commissione di ricorso dell'EUIPO quanto al Tribunale.



31 Va constatato, a tale proposito, che l'eccezione di irricevibilità sollevata dall'EUIPO rientra nella valutazione del merito dei motivi d'impugnazione. Infatti, la questione se la sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles del 28 giugno 2012 abbia effettivamente acquistato autorità di cosa giudicata e il suo rispetto si imponga pertanto alla quarta commissione di ricorso dell'EUIPO è oggetto dell'analisi nel merito dell'impugnazione.

32 L'eccezione di irricevibilità sollevata dall'EUIPO deve essere quindi respinta.

Nel merito

Sul primo e sul secondo motivo

– Argomenti delle parti

33 Con il primo e secondo motivo, che occorre esaminare congiuntamente in ragione del loro legame, le ricorrenti sostengono che il Tribunale è incorso in un errore di diritto nel considerare che la sentenza definitiva del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012 non fosse sufficiente per determinare la decisione che la quarta commissione di ricorso dell'EUIPO era tenuta ad adottare.

34 Esse ritengono nel loro primo motivo, che, nel giudicare, al punto 64 della sentenza impugnata, che il rispetto dell'autorità di cosa giudicata non si impone né alla commissione di ricorso dell'EUIPO né al giudice dell'Unione nell'esercizio del suo sindacato di legittimità e del suo potere di riforma ai sensi dell'articolo 65, paragrafo 3, del regolamento n. 207/2009, il Tribunale si è svincolato, senza giustificazione valida, dal rispetto del principio generale dell'autorità di cosa giudicata. Esse aggiungono, nel secondo motivo, che in tal modo il Tribunale ha violato i principi generali di certezza del diritto, di buona amministrazione e di tutela del legittimo affidamento.

35 Con il primo argomento del primo motivo le ricorrenti ritengono che sia errato e incompleto considerare, come ha ritenuto il Tribunale ai punti 59 e 63 della sentenza impugnata, che la legittimità delle decisioni delle commissioni di ricorso dell'EUIPO debba essere valutata unicamente sulla base del regolamento n. 207/2009, come interpretato dai giudici dell'Unione. Infatti, l'EUIPO non sarebbe esonerato dal rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione, tra i quali rientra il principio dell'autorità di cosa giudicata.

36 Con il secondo argomento del primo motivo le ricorrenti ritengono che, contrariamente a una decisione amministrativa adottata in un procedimento di opposizione, una sentenza come quella del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012 abbia acquistato autorità di cosa giudicata. A tale proposito, solo una decisione definitiva dell'EUIPO in materia di annullamento o decadenza di un marchio già registrato avrebbe autorità di cosa giudicata e vincolerebbe i tribunali dei marchi dell'Unione europea.

37 Con il terzo argomento di tale primo motivo le ricorrenti sostengono che il tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) ha giudicato, in applicazione del regolamento n. 207/2009, nell'ambito del sistema autonomo dei marchi dell'Unione europea di cui fa parte. Tale tribunale, agendo in forza dell'articolo 95 del regolamento n. 207/2009, avrebbe constatato l'esistenza di un rischio di confusione e di pregiudizio ai marchi notori delle ricorrenti in applicazione solo di tale regolamento. Così, il divieto dell'uso del segno denominativo «English pink» sarebbe stato pronunciato per tutto il territorio dell'Unione al fine di tutelare i diritti delle ricorrenti derivanti dal diritto dell'Unione.

38 Le ricorrenti sostengono che, a differenza della situazione che ha dato luogo alla



sentenza Emram/UAMI – Guccio Gucci (G) (T¹⁸⁷/10, EU:T:2011:202), le parti del procedimento dinanzi al tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) e dinanzi all'EUIPO sono le stesse, agiscono allo stesso titolo e si fondano sui medesimi diritti in applicazione unicamente del regolamento n. 207/2009, riguardo il medesimo segno denominativo controverso.

39 Con il quarto argomento del primo motivo le ricorrenti rilevano che il considerando 17 nonché l'articolo 109, paragrafi 2 e 3, di tale regolamento confermano che l'indipendenza del sistema autonomo dei marchi dell'Unione europea deve cedere dinanzi al principio generale dell'autorità di cosa giudicata.

40 Con il quinto argomento di detto motivo le ricorrenti sostengono che, contrariamente a quanto giudicato dal Tribunale ai punti 60 e 63 della sentenza impugnata, l'assenza di disposizioni specifiche nel regolamento n. 207/2009, che indicano che l'EUIPO sarebbe vincolato, nell'ambito di un procedimento di opposizione, da una sentenza di un tribunale dei marchi dell'Unione europea, non può giustificare il rifiuto di applicare il principio dell'autorità di cosa giudicata.

41 A tale proposito, le ricorrenti ritengono che il rifiuto del Tribunale di riformare la decisione controversa sia ancor meno giustificato dal momento che l'economia generale, gli obiettivi e la finalità del regolamento n. 207/2009 prescrivono che le decisioni definitive dei tribunali dei marchi dell'Unione europea non siano rimesse in discussione dall'EUIPO e inversamente, in particolare, quelle pronunciate «tra le medesime parti».

42 Con il sesto argomento del primo motivo le ricorrenti sottolineano che il divieto giudiziario pronunciato dal tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) riguarda l'utilizzo del segno denominativo «English pink» in tutta l'Unione. A tale proposito il Tribunale sarebbe incorso in un errore di diritto nel ritenere, in particolare ai punti 63 e 65 della sentenza impugnata, che il procedimento giudiziario per contraffazione riguardava solo una marchio nazionale o aveva come oggetto solo l'annullamento del marchio Benelux ENGLISH PINK e il divieto di utilizzare tale marchio.

43 Con il settimo argomento di tale motivo le ricorrenti sostengono che, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale ai punti da 65 a 68 della sentenza impugnata, la causa e l'oggetto dell'azione per contraffazione giudicata dal tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) e dell'azione per contraffazione pendente sotto forma di procedimento di opposizione dinanzi all'EUIPO sono identici. Pertanto, il Tribunale avrebbe erroneamente rifiutato l'applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata, come espresso dal regolamento n. 207/2009 e dal regolamento n. 44/2001.

44 Infatti, per quanto riguarda il titolo di queste due azioni, che riguarda la norma giuridica invocata a fondamento della domanda, le ricorrenti considerano che essa non cambi secondo la numerazione degli articoli o dei paragrafi dedotti. A tale proposito, conterebbe solo il fondamento giuridico, ovvero la nozione giuridica applicabile. Orbene, nella fattispecie, il «rischio di confusione» e il «pregiudizio a un marchio dell'Unione europea notorio», ai sensi del regolamento n. 207/2009, sarebbero stati invocati tanto dinanzi al tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) quanto dinanzi all'EUIPO. Si tratterebbe di due nozioni uniche che si ritrovano in tutto il regolamento, a prescindere dalla numerazione dei diversi articoli di detto regolamento.

45 Quanto all'oggetto e allo scopo della domanda, le ricorrenti ritengono che esso non possa essere limitato all'identità formale di una domanda. La domanda dinanzi all'EUIPO e



quella dinanzi al tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) tenderebbero a far riconoscere, in applicazione del regolamento n. 207/2009, i pregiudizi che il segno denominativo «English pink» arreca ai diritti esclusivi delle ricorrenti sui loro marchi dell'Unione europea anteriori. Così, l'oggetto delle due domande sarebbe identico, ovvero determinare la responsabilità della Carolus C. nella violazione dei diritti delle ricorrenti. A tale proposito, il fatto che le autorità sanzionino diversamente tale medesimo oggetto, vale a dire, da un lato, il divieto dell'uso del segno denominativo «English pink» come marchio Benelux e, dall'altro, il rifiuto della registrazione del segno denominativo «English pink» come marchio dell'Unione europea, non modificherebbe per nulla l'oggetto stesso.

46 L'EUIPO ritiene che occorra respingere il primo e il secondo motivo in quanto infondati.

– Giudizio della Corte

47 Con il primo e secondo motivo le ricorrenti affermano, in sostanza, che la sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012 aveva acquisito autorità di cosa giudicata e che, di conseguenza, il suo rispetto si imponeva alla quarta commissione di ricorso dell'EUIPO che ha esaminato la loro domanda di opposizione alla registrazione del segno denominativo «English pink» come marchio dell'Unione europea.

48 In limine, occorre rilevare, come ha indicato l'avvocato generale al paragrafo 51 delle sue conclusioni, che nessuna disposizione del regolamento n. 207/2009 prevede la situazione procedurale della presente causa, ovvero l'interazione tra un'azione per contraffazione dinanzi a un tribunale dei marchi dell'Unione europea riguardante un marchio dell'Unione europea anteriore e un marchio nazionale, da un lato, e, dall'altro, un procedimento di opposizione alla registrazione dinanzi all'EUIPO in cui è invocato lo stesso marchio dell'Unione europea anteriore e lo stesso segno di cui al marchio nazionale in relazione al quale è chiesta la registrazione a livello dell'Unione. Più in particolare, come ha rilevato il Tribunale al punto 60 della sentenza impugnata, il regolamento n. 207/2009 non contiene alcuna disposizione in base alla quale gli organi dell'EUIPO sarebbero vincolati da una decisione di un tribunale dei marchi dell'Unione europea pronunciata nell'ambito di un'azione per contraffazione, seppure diventata definitiva, allorché esercita la propria competenza in materia di registrazione dei marchi dell'Unione europea e allorché esamina le opposizioni alle domande di registrazione di un marchio.

49 Ciò detto, deriva in particolare dai considerando 16 e 17 di detto regolamento che il legislatore dell'Unione ha predisposto meccanismi volti a garantire la tutela uniforme del marchio dell'Unione europea nell'intero territorio dell'Unione, confermando quindi il carattere unitario del marchio dell'Unione europea. Come ha indicato il Tribunale al punto 58 della sentenza impugnata, il legislatore dell'Unione ha istituito, in tale contesto, i tribunali dei marchi dell'Unione europea, investiti della competenza a pronunciare divieti di prosecuzione di atti di contraffazione o di minaccia di contraffazione di un marchio dell'Unione europea che si estendono all'intero territorio dell'Unione.

50 Per contro, deriva dal regolamento n. 207/2009, e in particolare dal titolo IV, relativo al procedimento di registrazione di un marchio dell'Unione europea, che l'EUIPO ha una competenza esclusiva in materia di registrazione e di opposizione a tale registrazione di detto marchio. Il Tribunale ha indicato giustamente, al punto 63 della sentenza impugnata, che, l'EUIPO è il solo organo abilitato dal legislatore dell'Unione ad esaminare le domande



di registrazione e, pertanto, ad autorizzare o negare la registrazione di un marchio dell'Unione europea. L'assenza di disposizioni che prevedono che gli organi dell'EUIPO, allorché esercitano la loro competenza relativa alla registrazione di un marchio dell'Unione europea o all'opposizione a tale registrazione, siano vincolati da una decisione di un tribunale dei marchi dell'Unione europea diventata definitiva risulta quindi come conseguenza della natura esclusiva della competenza dell'EUIPO in tale materia.

51 Inoltre, occorre rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (v. sentenze del 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punto 58, e del 6 ottobre 2015, *Târșia*, C-69/14, EU:C:2015:662, punto 28).

52 A tale proposito, occorre rilevare che, sebbene il regolamento n. 207/2009 non definisca espressamente la nozione di «autorità di cosa giudicata», deriva in particolare dall'articolo 56, paragrafo 3, e dall'articolo 100, paragrafo 2, di tale regolamento che esso impone, affinché decisioni di un giudice di uno Stato membro o dell'EUIPO divenute definitive acquistino autorità di cosa giudicata e possano quindi vincolare tale giudice o l'EUIPO, che i procedimenti paralleli dinanzi ad essi abbiano le stesse parti, lo stesso oggetto e lo stesso titolo.

53 Giacché è pacifico che i procedimenti dinanzi al tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) e dinanzi alla quarta commissione di ricorso dell'EUIPO avevano le stesse parti, si deve, di conseguenza, verificare se esse avessero il medesimo oggetto.

54 Nella fattispecie, gli oggetti, ovvero le rispettive pretese delle cause esaminate dal tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) e dall'EUIPO non sono identici. Infatti, l'azione per contraffazione dinanzi a tale giudice aveva ad oggetto l'annullamento del marchio Benelux ENGLISH PINK e il divieto di utilizzare tale marchio sul territorio dell'Unione, mentre il procedimento dinanzi all'EUIPO aveva ad oggetto l'opposizione alla registrazione del marchio dell'Unione europea ENGLISH PINK.

55 Le ricorrenti sostengono, a tale proposito, che i procedimenti di cui trattasi possono avere il medesimo oggetto anche se si tratta di domande formalmente diverse. La domanda dinanzi all'EUIPO e quella dinanzi al tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) tenderebbero a far riconoscere, in applicazione del regolamento n. 207/2009, i pregiudizi che il segno denominativo «English pink» della Carolus C. provoca ai diritti esclusivi delle ricorrenti sui loro marchi dell'Unione europea anteriori. Così, l'oggetto delle due domande sarebbe identico, ovvero determinare la responsabilità della Carolus C. nella violazione dei diritti delle ricorrenti.

56 Una tale affermazione non può essere accolta. Infatti, per quanto riguarda, da un lato, la registrazione di un marchio come marchio dell'Unione europea, essa tende, come risulta dall'articolo 6 del regolamento n. 207/2009, all'acquisizione di un tale marchio dell'Unione europea. Così, l'opposizione a una tale registrazione ha per oggetto di impedire che il richiedente la citata registrazione possa acquisire il marchio di cui trattasi. A tale proposito, conformemente all'articolo 42, paragrafo 5, di tale regolamento, in seguito all'esame dell'opposizione alla registrazione, o la domanda di registrazione del marchio è



respinta per tutti i prodotti e servizi per i quali è stato richiesto il marchio o l'opposizione è respinta.

57 In tali circostanze, le ricorrenti non possono affermare che il procedimento di opposizione alla registrazione tendesse a determinare la responsabilità della Carolus C. nella violazione dei loro diritti esclusivi sui marchi dell'Unione europea anteriori.

58 Per quanto riguarda, dall'altro lato, l'azione per contraffazione iniziata dinanzi a un giudice nazionale che agisce come tribunale dei marchi dell'Unione europea, il titolare del marchio dell'Unione europea anteriore, con un'azione del genere, chiede di vietare l'utilizzo di un segno che genera rischio di confusione con quello del marchio dell'Unione europea anteriore. Il titolare del marchio dell'Unione europea cerca in tal modo di dimostrare la responsabilità del contraffattore nella violazione dei suoi diritti esclusivi.

59 Nella fattispecie, con la sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012, le ricorrenti hanno ottenuto l'annullamento del marchio Benelux ENGLISH PINK, nonché il divieto di utilizzazione di tale segno nell'Unione europea.

60 Se è vero che, in particolare ai punti 10 e 65 della sentenza impugnata, il Tribunale ha erroneamente descritto tale divieto come il divieto di utilizzare il marchio Benelux ENGLISH PINK sul territorio dell'Unione, tale inesattezza non rimette in discussione la conclusione di cui al punto 54 della presente sentenza secondo la quale gli oggetti rispettivi delle cause esaminate dal tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) e dall'EUIPO non sono identici e, quindi, detta inesattezza non può comportare l'annullamento della sentenza impugnata.

61 Si deve rilevare, peraltro, che la Corte ha già distinto, sebbene in un contesto fattuale diverso, l'oggetto della azioni per contraffazione, di annullamento e in materia di registrazione, derivanti dal regolamento n. 207/2009, nel senso che la possibilità per il titolare di un marchio anteriore dell'Unione europea di proporre un'azione per contraffazione contro il titolare di un marchio dell'Unione europea posteriore non è idonea a vanificare né la presentazione di una domanda di nullità dinanzi all'EUIPO né i meccanismi di controllo preventivo disponibili nell'ambito del procedimento di registrazione di un marchio dell'Unione europea (v., in tal senso, sentenza del 21 febbraio 2013, Fédération Cynologique Internationale, C-561/11, EU:C:2013:91, punto 48).

62 Infatti, per quanto riguarda la competenza esclusiva degli organi dell'EUIPO ad autorizzare o rifiutare la registrazione di un marchio dell'Unione europea, rammentata al punto 50 della presente sentenza, ogni procedimento dinanzi all'EUIPO relativo alla registrazione di un marchio dell'Unione europea o all'opposizione a tale registrazione ha necessariamente un oggetto diverso da qualsiasi procedimento che si svolga dinanzi a un giudice nazionale, anche qualora detto giudice agisca in quanto tribunale dei marchi dell'Unione europea.

63 Si deve pertanto constatare che i procedimenti dinanzi al tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) e dinanzi all'EUIPO avevano oggetti diversi e che, di conseguenza, il Tribunale non è incorso in un errore di diritto nell'effettuare un tale constatazione. Essendo i requisiti dell'identità delle parti, dell'oggetto e della causa cumulativi, un tale constatazione è sufficiente a concludere nel senso dell'assenza di autorità di cosa giudicata della sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012 nei confronti della decisione controversa.

64 Il Tribunale ha quindi potuto dichiarare, senza incorrere in errori di diritto, che dal



principio dell'autorità di cosa giudicata non derivava la conseguenza che la quarta commissione di ricorso dell'EUIPO fosse vincolata dalla sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012.

65 Di conseguenza, occorre rigettare il primo e il secondo motivo in quanto infondati.

Sul terzo motivo

66 Con il terzo motivo le ricorrenti sostengono che il Tribunale, rifiutando di riformare la decisione controversa, ha violato l'articolo 65, paragrafo 3, del regolamento n. 207/2009. Le ricorrenti ritengono che tanto la quarta commissione di ricorso dell'EUIPO quanto il Tribunale fossero tenuti a decidere nello stesso modo della sentenza del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles) del 28 giugno 2012, in forza del principio generale dell'autorità di cosa giudicata e dei principi generali di certezza del diritto, di buona amministrazione e di tutela del legittimo affidamento.

67 Come ha ricordato il Tribunale al punto 56 della sentenza impugnata, il potere di riforma riconosciuto al Tribunale non ha come effetto di conferire a quest'ultimo la facoltà di sostituire la propria valutazione a quella della commissione di ricorso dell'EUIPO, e neppure la facoltà di procedere ad una valutazione alla quale tale commissione non ha ancora proceduto (sentenza del 5 luglio 2011, Edwin/UAMI, C-263/09 P, EU:C:2011:452, punto 72).

68 L'esito del terzo motivo dipende quindi, come riconoscono le ricorrenti nella loro impugnazione, dalla fondatezza della posizione da loro sostenuta secondo la quale la quarta commissione di ricorso dell'EUIPO era tenuta a decidere nello stesso modo del tribunal de commerce de Bruxelles (tribunale di commercio di Bruxelles). Dal rigetto del primo e secondo motivo risulta, tuttavia, che così non è.

69 Il terzo motivo dev'essere perciò respinto in quanto infondato.

70 Dalle considerazioni che precedono risulta che, poiché nessun motivo è stato accolto, l'impugnazione deve essere integralmente respinta.

Sulle spese

71 A norma dell'articolo 184, paragrafo 2, del suo regolamento di procedura, quando l'impugnazione è respinta, la Corte statuisce sulle spese. Ai sensi dell'articolo 138, paragrafo 1, di tale regolamento, applicabile al procedimento di impugnazione in forza dell'articolo 184, paragrafo 1, dello stesso, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda.

72 Poiché l'EUIPO ha chiesto la condanna delle ricorrenti e queste ultime sono risultate soccombenti, esse devono essere condannate alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara e statuisce:

1) L'impugnazione è respinta.

2) La Apple and Pear Australia Ltd e la Star Fruits Diffusion sono condannate alle spese.



CORTE DI GIUSTIZIA
SENTENZA DELLA CORTE (QUARTA SEZIONE)
4 MAGGIO 2016

«Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Direttiva 2014/40/UE – Articoli 7, 18 e 24, paragrafi 2 e 3 – Articoli 8, paragrafo 3, 9, paragrafo 3, 10, paragrafo 1, lettere a), c), e g), 13 e 14 – Lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco – Validità – Base giuridica – Articolo 114 TFUE – Principio di proporzionalità – Principio di sussidiarietà – Diritti fondamentali dell’Unione – Libertà d’espressione – Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Articolo 11»

Nella causa C-547/14,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court) (Alta Corte d’Inghilterra e del Galles per questioni di diritto amministrativo, Regno Unito), con decisione del 7 novembre 2014, pervenuta in cancelleria il 1° dicembre 2014, nel procedimento

The Queen, su richiesta di:

Philip Morris Brands SARL,

Philip Morris Ltd,

British American Tobacco UK Ltd,

contro

Secretary of State for Health,

con l’intervento di:

Imperial Tobacco Ltd,

JT International SA,

Gallaher Ltd,

Tann UK Ltd,

Tannpapier GmbH,

V. Mane Fils,

Deutsche Benkert GmbH & Co. KG,

Benkert UK Ltd,

Joh. Wilh. von Eicken GmbH,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta da R. Silva de Lapuerta, presidente della prima sezione, facente funzione di presidente della seconda sezione, J.L. da Cruz Vilaça, A. Arabadjiev (relatore), C. Lycourgos e J.-C. Bonichot, giudici,

avvocato generale: J. Kokott

cancelliere: I. Illéssy, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 1° ottobre 2015,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Philip Morris Brands SARL e la Philip Morris Ltd, da M. Demetriou e K. Nairn, QC, D. Piccinin e J. Egerton-Peters, barrister;
- per la British American Tobacco UK Ltd, da N. Pleming, QC, S. Ford e D. Scannell, barristers, nonché da L. Van Den Hende, advocaat, incaricati da A. Lidbetter, solicitor;
- per la Imperial Tobacco Ltd, da D. Rose, QC, B. Kennelly e J. Pobjoy, barristers, incaricati da E. Sparrow e J. Gale, solicitors;



- per la JT International SA e Gallaher Ltd, da J. MacLeod, D. Anderson e J. Flynn, QC, nonché da V. Wakefield, barrister, incaricati da A. Morfey, T. Snelling e T. Baildam, solicitors;
 - per la Tann UK e la Tannpapier GmbH, da T. Johnston, barrister, incaricato da S. Singleton, solicitor;
 - per la V. Mane Fils, da M. Chamberlain, QC, e Z. Al-Rikabi, barrister, incaricati da P. Wareham e J. Robinson, solicitors;
 - per la Deutsche Benkert GmbH & Co. KG e la Benkert UK Ltd, da A. Henshaw e D. Jowell, QC, incaricati da M. Evans e F. Liberatore, solicitors;
 - per la Joh. Wilh. von Eicken GmbH, da A. Howard, barrister, incaricata da A.-M. Irwin e A. Rook, solicitors;
 - per il governo del Regno Unito, da V. Kaye e C. Brodie, in qualità di agenti, assistite da M. Hoskins e I. Rogers, QC, nonché da S. Abram e E. Metcalfe, barristers;
 - per l'Irlanda, da J. Quaney e A. Joyce, in qualità di agenti, assistiti da E. Barrington e J. Cooke, SC, nonché da E. Carolan, BL;
 - per il governo francese, da D. Colas e R. Coesme, in qualità di agenti;
 - per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P.G. Marrone, avvocato dello Stato;
 - per il governo ungherese, da M.Z. Fehér, G. Koós e M. Bóra, in qualità di agenti;
 - per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;
 - per il governo portoghese, da L. Inez Fernandes e A. Seïça Neves, in qualità di agenti;
 - per il Parlamento europeo, da L. Visaggio, A. Tamás e M. Sammut, in qualità di agenti;
 - per il Consiglio dell'Unione europea, da J. Herrmann, O. Segnana e M. Simm, in qualità di agenti;
 - per la Commissione europea, da M. Van Hoof, J. Tomkin e C. Cattabriga, in qualità di agenti;
 - per il Regno di Norvegia, da K. Moen e K. Kloster, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 23 dicembre 2015, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione e sulla validità di diverse disposizioni della direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE (GU L 127, pag. 1).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di due controversie tra la Philip Morris Brands SARL e la Philip Morris Ltd (in prosieguo: la «PMI») nonché la British American Tobacco UK Ltd (in prosieguo: la «BAT»), da un lato, e il Secretary of State for Health (Ministro della Sanità), in merito alla legittimità dell'«intenzione e/o dell'obbligo» del governo del Regno Unito di recepire la direttiva 2014/40.

Contesto normativo

La Convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale della sanità per la lotta contro il tabagismo

3 Ai termini del preambolo della Convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale



della sanità per la lotta al tabagismo (in prosieguo: la «FCTC»), sottoscritta a Ginevra il 21 maggio 2003, cui aderiscono l'Unione europea e i suoi Stati membri, le parti di tale Convenzione riconoscono che, da un lato, «i dati scientifici hanno stabilito in maniera irrefutabile che il consumo di tabacco e l'esposizione al fumo del tabacco sono causa di decesso, malattia ed inabilità» e, dall'altro, «che le sigarette ed altri prodotti contenenti tabacco sono prodotti molto sofisticati, che mirano a creare e a mantenere la dipendenza, che molti degli elementi che contengono e il fumo che producono sono farmacologicamente attivi, tossici, mutageni e cancerogeni, e che la dipendenza nei confronti del tabacco è oggetto di una classificazione distinta, altrimenti confusa nelle grandi classificazioni internazionali delle malattie (...)».

4 L'articolo 7 della FCTC, recante il titolo «Misure diverse da quelle finanziarie tendenti a ridurre la domanda di tabacco», dispone quanto segue:

«(...) Ogni Parte adotta ed applica misure legislative, esecutive, amministrative o altre misure efficaci necessarie per adempiere agli obblighi contemplati dagli articoli da 8 a 13 e coopera, in caso di necessità, con le altre Parti, direttamente o attraverso organismi internazionali competenti, per farli applicare. La Conferenza delle Parti propone direttive appropriate per l'applicazione delle disposizioni contenute in quegli articoli».

5 L'articolo 9 della FCTC, recante il titolo «Regolamentazione della composizione dei prodotti del tabacco», è così formulato:

«La Conferenza delle Parti, in consultazione con gli organismi internazionali competenti, propone delle direttive per i controlli e l'analisi della composizione e delle emissioni dei prodotti del tabacco, e per la regolamentazione di tale composizione e di tali emissioni. Ogni Parte adotta e applica, su approvazione delle autorità nazionali competenti, misure legislative, esecutive, amministrative e altre misure efficaci riguardanti tali controlli ed analisi e tale regolamentazione».

6 L'articolo 11 della FCTC, recante il titolo «Confezionamento ed etichettatura dei prodotti del tabacco», così recita:

«1. Ogni Parte, entro tre anni dall'entrata in vigore della [FCTC] per quel che la riguarda, adotta ed applica, conformemente alla sua legislazione interna, misure efficaci per fare in modo che:

a) il confezionamento e l'etichettatura dei prodotti del tabacco non contribuiscano alla promozione di un prodotto del tabacco con mezzi fallaci, tendenziosi o ingannevoli, o suscettibili di dare un'impressione errata quanto alle caratteristiche, agli effetti sulla salute, ai rischi o alle emissioni del prodotto, compresi i termini, le descrizioni, i marchi commerciali, le rappresentazioni figurative o altro che diano direttamente o indirettamente l'impressione errata che un particolare prodotto del tabacco sia meno nocivo di altri, come per esempio termini come “con basso tenore di catrame”, “leggera” o “ultra-leggera” o “dolce”; e

b) ogni pacchetto o stecca di prodotti del tabacco e tutte le forme di confezionamento ed etichettatura esterni di tali prodotti comportano altresì avvertenze sanitarie che descrivono gli effetti nocivi del consumo di tabacco e possono inserire altri messaggi appropriati. Queste avvertenze e messaggi:

(...)

iii) sono in caratteri grandi, chiari, visibili e leggibili,

iv) dovrebbero coprire il 50% o più dei lati principali ma non meno del 30%,

v) possono presentarsi sotto forma di disegni o pittogrammi o comprendere tali disegni o pittogrammi».



7 Ai termini della sezione 1.1 degli orientamenti parziali per l'attuazione degli articoli 9 e 10 della Convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale della sanità per la lotta contro il tabagismo (in prosieguo: gli «orientamenti parziali per l'attuazione degli articoli 9 e 10 della FCTC»), le parti «sono (...) incoraggiate ad applicare misure ulteriori rispetto a quelle raccomandate da tali orientamenti».

8 La sezione 3.1.2 di detti orientamenti parziali, intitolata «Ingredienti (regolamentazione)», descrive le misure che le parti contraenti potrebbero adottare per regolamentare gli ingredienti disponendo quanto segue:

«3.1.2.1 Disposizioni generali

La regolamentazione degli ingredienti diretta a ridurre l'attrattiva dei prodotti del tabacco può contribuire a diminuire la diffusione del tabagismo e della dipendenza sia presso i nuovi consumatori che presso i consumatori abituali (...)

3.1.2.2. Prodotti del tabacco

i) Ingredienti impiegati per migliorare il gusto

Il carattere aspro e irritante del fumo del tabacco rappresenta un ostacolo significativo alla sperimentazione e al consumo iniziali. Documenti dell'industria del tabacco attestano il compimento di sforzi notevoli per mitigare tali caratteristiche sgradevoli. L'asprezza del fumo può essere attenuata in vari modi, ad esempio aggiungendo diversi ingredienti, eliminando le sostanze note per avere proprietà irritanti, compensando l'irritazione per mezzo di altri effetti sensoriali gradevoli o modificando le proprietà chimiche delle emissioni del prodotto del tabacco tramite l'aggiunta o l'eliminazione di specifiche sostanze. (...)

Mascherando l'asprezza del fumo del tabacco per mezzo di aromi, si contribuisce a favorire e a mantenere il tabagismo. Gli aromatizzanti impiegati sono ad esempio il benzaldeide, il maltolo, il mentolo e la vanillina.

È anche possibile impiegare spezie ed estratti vegetali per migliorare il gusto dei prodotti del tabacco, ad esempio la cannella, lo zenzero e la menta.

Raccomandazione

Le Parti dovrebbero regolamentare, limitandolo o vietandolo, l'impiego di ingredienti che possano servire a migliorare il gusto dei prodotti del tabacco.

(...)).

9 Ai termini del punto 7 degli orientamenti per l'applicazione dell'articolo 11 (Confezionamento ed etichettatura dei prodotti del tabacco) della Convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale della sanità per la lotta contro il tabagismo (in prosieguo: gli «orientamenti per l'attuazione dell'articolo 11 della FCTC»):

«Nella gamma delle misure efficaci per far conoscere i rischi per la salute e far diminuire il consumo del tabacco rientrano avvertenze relative alla salute e messaggi ben concepiti. I fatti dimostrano che le avvertenze relative alla salute e i messaggi sono più efficaci quando sono maggiormente visibili. Rispetto alle avvertenze di dimensioni ridotte costituite unicamente dal testo, le avvertenze di maggiori dimensioni accompagnate da immagini presentano maggiore probabilità di essere notate, sono più efficaci a far conoscere i rischi per la salute, hanno un impatto emozionale più forte e incoraggiano maggiormente i consumatori del tabacco a ridurre o ad abbandonare il consumo stesso. D'altra parte, le avvertenze di più grandi dimensioni accompagnate da immagini presentano maggiore probabilità di rimanere efficaci nel tempo e sono particolarmente atte a far conoscere gli effetti sulla salute a persone poco istruite, ai bambini ed ai giovani. Tra i fattori che



accregono l'efficacia delle avvertenze relative alla salute e dei messaggi rientrano il fatto che essi siano apposti sui lati principali e sulla parte superiore dei lati principali, l'impiego di colori anziché del bianco e nero, l'obbligo di far figurare contemporaneamente più avvertenze relative alla salute e messaggi nonché la periodica rielaborazione di questi ultimi».

10 Il punto 12 di detti orientamenti, che reca il titolo «Dimensioni», così recita: «L'articolo 11.1. [lettera b), iv),] della [FCTC] prevede che le avvertenze relative alla salute e i messaggi presenti sulle diverse forme di confezionamento e di etichettatura dei prodotti del tabacco debbano coprire il 50% o più dei lati principali, ma non meno del 30%. È noto che l'efficacia delle avvertenze relative alla salute e degli altri messaggi aumenta con le loro dimensioni, le Parti dovrebbero pertanto studiare la possibilità di utilizzare avvertenze relative alla salute e messaggi che coprano una parte superiore al 50% dei lati principali e adoperarsi affinché essi occupino la maggior porzione possibile di tali lati principali. Il testo delle avvertenze relative alla salute e dei messaggi dovrebbe essere stampato in grassetto, avere dimensioni sufficientemente facili da leggere e in uno stile e in un colore (o in colori) particolare(i) idoneo(i) ad assicurare una visibilità ed una leggibilità ottimali».

La direttiva 2014/40

11 La direttiva 2014/40 contiene, in particolare, i seguenti considerando: «(7) L'intervento legislativo a livello dell'Unione è necessario (...) per dare attuazione alla [FCTC], le cui disposizioni sono vincolanti per l'Unione e i suoi Stati membri. Le disposizioni della FCTC sulla regolamentazione della composizione dei prodotti del tabacco, sulla regolamentazione delle informazioni che devono figurare sui prodotti del tabacco, sul confezionamento e l'etichettatura dei prodotti del tabacco, sulla pubblicità e sul commercio illecito dei prodotti del tabacco sono particolarmente rilevanti. Nel corso di varie conferenze, le parti della FCTC, compresi l'Unione e gli Stati membri, hanno adottato per consenso una serie di linee guida per l'attuazione delle disposizioni della FCTC.

(...)

(15) L'assenza di un approccio armonizzato in materia di regolamentazione degli ingredienti dei prodotti del tabacco incide sul buon funzionamento del mercato interno e ha effetti negativi sulla libera circolazione delle merci nell'Unione. Alcuni Stati membri hanno adottato disposizioni legislative o concluso accordi vincolanti con l'industria che autorizzano o vietano determinati ingredienti. Ne consegue che alcuni ingredienti siano regolamentati in taluni Stati membri, ma non in altri. Gli Stati membri seguono inoltre impostazioni diverse per quanto concerne gli additivi nei filtri delle sigarette e gli additivi coloranti del fumo del tabacco. In assenza di armonizzazione, gli ostacoli al regolare funzionamento del mercato interno sono destinati ad aumentare nei prossimi anni, tenendo conto dell'attuazione della FCTC e delle pertinenti linee guida FCTC nell'ambito dell'Unione e alla luce dell'esperienza acquisita in altri ordinamenti al di fuori dell'Unione. Le linee guida FCTC sulla regolamentazione della composizione dei prodotti del tabacco e sulla regolamentazione delle informazioni che devono figurare sui prodotti del tabacco sollecitano, in particolare, l'eliminazione degli ingredienti che migliorano la gradevolezza, creano l'impressione che i prodotti del tabacco producano benefici per la salute, presentano una connotazione di energia e di vitalità o hanno proprietà coloranti.

(16) Una regolamentazione divergente è ancora più probabile per i prodotti del tabacco con un aroma caratterizzante diverso da quello del tabacco, i quali potrebbero facilitare l'iniziazione al consumo del tabacco o incidere sui modelli di consumo. Dovrebbero essere



evitate le misure che introducono differenze di trattamento ingiustificate tra i diversi tipi di sigarette aromatizzate. Tuttavia i prodotti con aromi caratterizzanti con volume delle vendite più elevato dovrebbero essere progressivamente eliminati in un arco di tempo più ampio per lasciare ai consumatori un lasso di tempo adeguato per passare ad altri prodotti.

(17) Il divieto di prodotti del tabacco con aromi caratterizzanti non preclude l'impiego di singoli additivi, bensì impone ai fabbricanti di ridurre l'additivo o la combinazione di additivi in modo che questi non conferiscano più un aroma caratterizzante (...)

(...)

(22) Sussistono ancora disparità tra le disposizioni nazionali in materia di etichettatura dei prodotti del tabacco, in particolare per quanto concerne l'uso di avvertenze combinate relative alla salute costituite da un'immagine e da testo, le informazioni circa i servizi per smettere di fumare e gli elementi promozionali nelle o sulle confezioni unitarie.

(23) Tali disparità possono ostacolare gli scambi e il regolare funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e devono pertanto essere eliminate. Inoltre è possibile che in alcuni Stati membri i consumatori siano informati in merito ai rischi per la salute dei prodotti del tabacco meglio che in altri Stati membri. Senza un'ulteriore azione a livello dell'Unione, le attuali disparità rischiano di accentuarsi nei prossimi anni.

(24) È anche necessario adeguare le disposizioni in materia di etichettatura per allineare le norme che si applicano a livello di Unione all'evoluzione internazionale. Le linee guida FCTC sul confezionamento e l'etichettatura dei prodotti del tabacco, ad esempio, sollecitano avvertenze illustrate di grandi dimensioni su entrambe le principali superfici visibili, informazioni obbligatorie sulla disassuefazione dal fumo e norme rigorose sulle informazioni ingannevoli (...)

(25) Anche le disposizioni in materia di etichettatura dovrebbero essere adeguate in funzione dei nuovi dati scientifici. Ad esempio, per le confezioni unitarie di sigarette l'indicazione dei livelli di emissioni di catrame, nicotina e monossido di carbonio si è dimostrata fuorviante, in quanto induce i consumatori a credere che alcune sigarette siano meno dannose di altre. I dati rivelano anche che le avvertenze combinate relative alla salute di grandi dimensioni comprendenti un'avvertenza testuale e una fotografia a colori corrispondente sono più efficaci delle mere avvertenze testuali. Di conseguenza le avvertenze combinate relative alla salute dovrebbero diventare obbligatorie in tutta l'Unione e coprire parti visibili e rilevanti della superficie della confezione unitaria. Si dovrebbero stabilire dimensioni minime per tutte le avvertenze relative alla salute in modo che siano visibili ed efficaci.

(...)

(27) I prodotti del tabacco o la loro confezione potrebbero indurre in errore i consumatori, in particolare i giovani, ove lasciassero intendere che tali prodotti siano meno nocivi. Questo vale, ad esempio, per alcune diciture o caratteristiche utilizzate, come le parole "a basso tenore di catrame", "light", "ultra-light", "mild", "naturale", "biologico", "senza additivi", "senza aromi" o "slim", o taluni nomi, immagini ed elementi figurativi o altri segni. Altri elementi fuorvianti potrebbero comprendere, tra l'altro, inserti o altri componenti aggiuntivi, quali le etichette permanenti, gli adesivi, gli inserti incollati, i "grattini" e le fascette, o essere collegati alla forma del prodotto del tabacco in sé. Talune confezioni e gli stessi prodotti del tabacco potrebbero ingannare i consumatori anche suggerendo benefici in termini di perdita di peso, sex appeal, status sociale, vita sociale o qualità quali la femminilità, la mascolinità o l'eleganza. Analogamente potrebbero essere la



dimensione e l'aspetto delle singole sigarette a indurre in errore il consumatore creando l'impressione che siano meno nocive (...).

(28) Per garantire l'integrità e la visibilità delle avvertenze relative alla salute e la loro massima efficacia, si dovrebbero stabilire norme riguardanti le dimensioni delle avvertenze relative alla salute e alcuni aspetti delle confezioni unitarie dei prodotti del tabacco, compresi la forma e il meccanismo di apertura (...) Gli Stati membri applicano norme diverse per quanto concerne il numero minimo di sigarette per pacchetto unitario. Queste norme dovrebbero essere uniformate in modo da garantire la libera circolazione dei prodotti interessati.

(...)

(33) Le vendite a distanza transfrontaliere dei prodotti del tabacco potrebbero facilitare l'accesso a prodotti del tabacco non conformi alla presente direttiva. Esiste inoltre un maggior rischio di accesso dei giovani ai prodotti del tabacco e il conseguente rischio che la legislazione in materia di lotta al tabagismo sia pregiudicata. Pertanto, agli Stati membri dovrebbe essere consentito vietare le vendite a distanza transfrontaliere. Qualora le vendite a distanza transfrontaliere non siano vietate, norme comuni sulla registrazione delle rivendite che effettuano tali vendite sono appropriate al fine di garantire l'efficacia della presente direttiva (...).

(...)

(48) Inoltre la presente direttiva non armonizza le norme relative agli ambienti senza fumo (...). Gli Stati membri sono liberi di regolamentare tali aspetti nell'ambito delle loro competenze e sono incoraggiati a farlo.

(...)

(53) Il tabacco e i prodotti correlati conformi alla presente direttiva dovrebbero beneficiare della libera circolazione delle merci. Tuttavia, alla luce dei diversi livelli di armonizzazione raggiunti dalla presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero conservare, a talune condizioni, la facoltà di imporre obblighi ulteriori per taluni aspetti, al fine di tutelare la salute pubblica. È il caso della presentazione e del confezionamento, colori compresi, dei prodotti del tabacco diversi dalle avvertenze relative alla salute, per i quali la presente direttiva prevede una prima serie di norme di base comuni. Di conseguenza, gli Stati membri potrebbero, ad esempio, introdurre disposizioni che comportino l'ulteriore standardizzazione del confezionamento dei prodotti del tabacco, purché tali disposizioni siano compatibili con il TFUE, con gli obblighi che derivano dall'OMC e non incidano sulla piena applicazione della presente direttiva.

(54) Inoltre, per tener conto di eventuali futuri sviluppi del mercato, gli Stati membri dovrebbero anche poter vietare una determinata categoria di tabacco o prodotti correlati, in ragione della situazione specifica nello Stato membro interessato e purché le disposizioni siano giustificate dalla necessità di tutelare la salute pubblica, tenendo conto dell'alto livello di protezione conseguito attraverso la presente direttiva. Gli Stati membri dovrebbero notificare alla Commissione tali disposizioni nazionali più rigorose.

(55) Ogni Stato membro dovrebbe restare libero di mantenere in vigore o introdurre disposizioni legislative nazionali da applicare a tutti i prodotti immessi sul suo mercato nazionale, per gli aspetti non disciplinati dalla presente direttiva, purché esse siano compatibili con il TFUE e non compromettano la piena applicazione della presente direttiva (...).

(...)



(60) Poiché gli obiettivi della presente direttiva, vale a dire ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti la fabbricazione, la presentazione e la vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri ma, a motivo della loro portata e dei loro effetti, possono essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato [UE]. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo».

12 L'articolo 1 della direttiva 2014/40, dal titolo «Oggetto», dispone quanto segue:

«La presente direttiva ha l'obiettivo di ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti:

- a) gli ingredienti e le emissioni dei prodotti del tabacco e i relativi obblighi di segnalazione, compresi [i] livelli massimi di emissioni di catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette;
- b) alcuni aspetti dell'etichettatura e del confezionamento dei prodotti del tabacco, comprese le avvertenze relative alla salute che devono figurare sulle confezioni unitarie dei prodotti del tabacco e sull'eventuale imballaggio esterno, come pure la tracciabilità e gli elementi di sicurezza che sono applicati ai prodotti del tabacco per garantire il rispetto della presente direttiva;
- c) il divieto di immissione sul mercato del tabacco per uso orale;
- d) le vendite a distanza transfrontaliere di prodotti del tabacco;
- e) l'obbligo di effettuare una notifica dei prodotti del tabacco di nuova generazione;
- f) l'immissione sul mercato e l'etichettatura di alcuni prodotti correlati ai prodotti del tabacco, ossia le sigarette elettroniche e i contenitori di liquido di ricarica e i prodotti da fumo a base di erbe,

nell'intento di agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani, e adempiere agli obblighi dell'Unione previsti dalla [FCTC]».

13 Conformemente ai punti 24 e 25 dell'articolo 2 di detta direttiva, intitolato «Definizioni», il termine «aroma» vale a designare «un additivo che conferisce odore e/o gusto», mentre l'espressione «aroma caratterizzante» è definita come «un odore o un gusto chiaramente distinguibile, diverso da uno di tabacco, dovuto a un additivo o una combinazione di additivi, ivi compresi, ma non soltanto, frutta, spezie, erbe, alcool, caramelle, mentolo o vaniglia, che è percepibile prima o durante il consumo del prodotto del tabacco».

14 L'articolo 7 della summenzionata direttiva, intitolato «Regolamentazione degli ingredienti», prevede quanto segue:

1. Gli Stati membri vietano l'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco con un aroma caratterizzante.

(...)

7. Gli Stati membri vietano l'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco contenenti aromi in qualsiasi dei loro elementi quali i filtri, le cartine, le confezioni, le capsule o le caratteristiche tecniche che consentono di modificare l'odore o il gusto dei prodotti del tabacco interessati o la loro intensità di fumo. I filtri, le cartine e le capsule non devono contenere tabacco o nicotina.



(...)

14. Nel caso di prodotti del tabacco con un aroma caratterizzante il cui volume delle vendite a livello di Unione è pari o superiore al 3% in una particolare categoria di prodotto, le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dal 20 maggio 2020».

15. Le disposizioni del Capo II, recante il titolo «Etichettatura e confezionamento», del Titolo II della direttiva 2014/40 contemplano in particolare le norme concernenti le avvertenze relative alla salute che devono essere apposte sull'etichettatura e sulle confezioni unitarie, alla presentazione dei prodotti del tabacco, all'aspetto e al contenuto delle confezioni unitarie, alla tracciabilità di tali prodotti nonché alle caratteristiche di sicurezza che detti prodotti devono presentare.

16. In particolare, l'articolo 8 della stessa direttiva, recante il titolo «Disposizioni generali», al paragrafo 3 prevede quanto segue:

«Gli Stati membri vigilano affinché le avvertenze relative alla salute su una confezione unitaria e l'eventuale imballaggio esterno siano stampate in modo inamovibile, indelebili e pienamente visibili, non essendo parzialmente o completamente dissimulate o troncate da bolli fiscali, etichette del prezzo, elementi di sicurezza, incarti, custodie, scatole o altri elementi al momento dell'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco. Sulle confezioni unitarie dei prodotti del tabacco diversi dalle sigarette e dal tabacco da arrotolare in buste, le avvertenze relative alla salute possono essere apposte mediante adesivi, a condizione che questi siano inamovibili. Le avvertenze relative alla salute rimangono intatte all'apertura della confezione unitaria eccetto per le confezioni con chiusura di tipo flip-top, ove le avvertenze possano essere separate all'apertura della confezione, ma solo in modo da garantire l'integrità grafica e la visibilità del testo, delle fotografie e delle informazioni sulla disassuefazione dal fumo».

17. Ai termini dell'articolo 9 della direttiva 2014/40, intitolato «Avvertenze generali e messaggi informativi per i prodotti del tabacco da fumo»:

«1. Ciascuna confezione unitaria e l'eventuale imballaggio esterno dei prodotti del tabacco da fumo recano una delle seguenti avvertenze generali:

“Il fumo uccide – smetti subito”

oppure

“Il fumo uccide”.

Gli Stati membri determinano quale di tali avvertenze generali di cui al primo comma deve essere utilizzata.

2. Ciascuna confezione unitaria e l'eventuale imballaggio esterno del tabacco da fumo recano il seguente messaggio informativo:

“Il fumo del tabacco contiene oltre 70 sostanze cancerogene”.

3. Per i pacchetti di sigarette e il tabacco da arrotolare in confezioni dalla forma parallelepipedica, l'avvertenza generale figura sulla parte inferiore di una delle superfici laterali della confezione unitaria e il messaggio informativo figura sulla parte inferiore dell'altra superficie laterale. Le avvertenze relative alla salute hanno una lunghezza non inferiore a 20 mm.

Per le confezioni a forma di pacchetto a scatola con chiusura incernierata la cui superficie laterale viene divisa in due quando la confezione è aperta, l'avvertenza generale e il messaggio informativo figurano interamente sulle parti più ampie di tali due superfici. L'avvertenza generale appare altresì all'interno della superficie superiore visibile al momento dell'apertura della confezione.



Le superfici laterali di questo tipo di pacchetto hanno un'altezza non inferiore a 16 mm.

Per il tabacco da arrotolare commercializzato in buste, l'avvertenza generale e il messaggio informativo figurano sulle superfici che garantiscono la piena visibilità di tali avvertenze relative alla salute. Per il tabacco da arrotolare in confezioni di forma cilindrica l'avvertenza generale figura sulla superficie esterna della chiusura e il messaggio informativo sulla sua superficie interna.

Sia l'avvertenza generale sia il messaggio informativo coprono il 50% della superficie sulla quale sono stampati.

(...)».

18 L'articolo 10 della medesima direttiva, recante il titolo «Avvertenze combinate relative alla salute per i prodotti del tabacco da fumo», è così formulato:

«1. Ciascuna confezione unitaria e l'eventuale imballaggio esterno dei prodotti del tabacco da fumo recano avvertenze combinate relative alla salute. Le avvertenze combinate relative alla salute:

a) comprendono una delle avvertenze testuali elencate nell'allegato I e una fotografia a colori corrispondente, compresa nel catalogo delle immagini di cui all'allegato II;

(...)

c) occupano il 65% tanto della superficie esterna del fronte quanto del retro della confezione unitaria e dell'eventuale imballaggio esterno. Le confezioni a forma cilindrica presentano due avvertenze combinate relative alla salute equidistanti l'una dall'altra e ogni avvertenza relativa alla salute occupa il 65% della rispettiva metà della superficie curva;

(...)

g) rispettano, nel caso delle confezioni unitarie di sigarette, le seguenti dimensioni:

i) altezza: non inferiore a 44 mm;

ii) larghezza: non inferiore a 52 mm.

(...)».

19 L'articolo 13 di detta direttiva, intitolato «Presentazione dei prodotti», enuncia quanto segue:

«1. L'etichettatura delle confezioni unitarie e dell'eventuale imballaggio esterno e il prodotto del tabacco in sé non comportano alcun elemento o caratteristica che:

a) promuova un prodotto o ne incoraggi il consumo dando un'impressione errata quanto alle caratteristiche, agli effetti sulla salute, ai rischi o alle emissioni; le etichette non contengono alcuna informazione riguardo al contenuto di nicotina, catrame o monossido di carbonio del prodotto del tabacco;

b) lasci intendere che un determinato prodotto del tabacco sia meno nocivo di altri o miri a ridurre l'effetto di alcuni elementi nocivi del fumo o abbia proprietà rivitalizzanti, energizzanti, curative, di ringiovanimento, naturali, biologiche o produca altri benefici per la salute o lo stile di vita;

c) richiami un gusto, un odore, un aroma o altri additivi o la loro assenza;

d) assomigli a un prodotto alimentare o cosmetico;

e) suggerisca che un determinato prodotto del tabacco presenti una maggiore biodegradabilità o altri vantaggi ambientali.

2. Le confezioni unitarie e l'eventuale imballaggio esterno non suggeriscono vantaggi economici mediante inclusione di materiale stampato con buoni, offerta di distribuzione gratuita, di promozione due per uno o altre offerte analoghe.

3. Gli elementi e le caratteristiche vietati ai sensi dei paragrafi 1 e 2 comprendono, tra



l'altro, le diciture, i simboli, le denominazioni, i marchi, i segni figurativi o di altro tipo».

20 L'articolo 14 della medesima direttiva, recante il titolo «Aspetto e contenuto delle confezioni unitarie», così recita:

«1. Le confezioni unitarie di sigarette hanno forma parallelepipeda. Le confezioni unitarie di tabacco da arrotolare hanno forma parallelepipeda o cilindrica oppure la forma di una busta. Una confezione unitaria di sigarette contiene almeno 20 sigarette. Una confezione unitaria di tabacco da arrotolare contiene non meno di 30 g di tabacco.

2. Una confezione unitaria di sigarette può consistere di materiale duro o morbido e non ha un sistema di apertura richiudibile o risigillabile dopo la prima apertura, salvo una chiusura di tipo flip-top e una chiusura incernierata per i pacchetti a scatola. Per le confezioni con una chiusura di tipo flip-top e con chiusura incernierata, la chiusura può essere incernierata solo sul retro della confezione unitaria».

21 L'articolo 18 della direttiva 2014/40, intitolato «Vendite a distanza transfrontaliere di prodotti del tabacco», prevede quanto segue:

«1. Gli Stati membri possono vietare le vendite a distanza transfrontaliere di prodotti del tabacco ai consumatori. Gli Stati membri cooperano per impedire tali vendite. Le rivendite che effettuano vendite a distanza transfrontaliere di prodotti del tabacco non possono rifornire di tali prodotti i consumatori negli Stati membri in cui tali vendite sono state vietate. Gli Stati membri che non vietano tali vendite impongono che le rivendite che intendono effettuare vendite a distanza transfrontaliere a consumatori dell'Unione si registrino presso le autorità competenti dello Stato membro di stabilimento della rivendita e dello Stato membro in cui si trovano i consumatori effettivi o potenziali (...).

(...)

3. Gli Stati membri di destinazione dei prodotti del tabacco venduti attraverso le vendite a distanza transfrontaliere possono prevedere l'obbligo, per la rivendita che provvede alla fornitura, di nominare una persona fisica responsabile di verificare, prima che i prodotti del tabacco raggiungano il consumatore, la loro conformità alle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva nello Stato membro di destinazione, se tale verifica è necessaria per garantire il rispetto delle norme e facilitarne l'applicazione.

(...))».

22 L'articolo 24 della suddetta direttiva, intitolato «Libera circolazione», dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri non possono, per considerazioni attinenti agli aspetti disciplinati dalla presente direttiva, e fatti salvi i paragrafi 2 e 3 del presente articolo, vietare o limitare l'immissione sul mercato del tabacco o dei prodotti correlati conformi alla presente direttiva.

2. La presente direttiva non pregiudica il diritto di uno Stato membro di mantenere o introdurre ulteriori disposizioni, applicabili a tutti i prodotti immessi sul suo mercato, in relazione alla standardizzazione del confezionamento dei prodotti del tabacco, ove sia giustificato da motivi di salute pubblica, tenendo conto dell'alto livello di protezione della salute umana conseguito attraverso la presente direttiva. Tali misure devono essere proporzionate e non possono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. Tali misure sono notificate alla Commissione unitamente alle motivazioni del loro mantenimento o della loro introduzione.

3. Uno Stato membro può inoltre vietare una determinata categoria di tabacco o prodotti correlati, in ragione della situazione specifica in tale Stato membro e purché le



disposizioni siano giustificate dalla necessità di tutelare la salute pubblica, tenendo conto dell'alto livello di protezione della salute umana conseguito attraverso la presente direttiva. Tali disposizioni nazionali sono notificate alla Commissione unitamente alle motivazioni della loro introduzione. Entro sei mesi dalla data di ricezione della notifica prevista nel presente paragrafo, la Commissione approva o respinge le disposizioni nazionali dopo aver verificato, alla luce del livello elevato di protezione della salute umana conseguito tramite la presente direttiva, se tali disposizioni siano giustificate, necessarie e proporzionate rispetto alla loro finalità e se costituiscano uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. In assenza di una decisione della Commissione entro il periodo di sei mesi, le misure nazionali si considerano approvate».

23 L'articolo 28 della direttiva 2014/40, intitolato «Relazione» precisa, al paragrafo 2, lettera a), che nella relazione sull'applicazione della direttiva stessa la Commissione riferisce, in particolare, «l'esperienza acquisita per quanto concerne la grafica delle superfici delle confezioni non contemplate dalla presente direttiva, tenendo conto degli sviluppi giuridici, economici e scientifici, a livello nazionale e internazionale».

24 In forza dell'articolo 29 di detta direttiva, le sue disposizioni devono essere recepite negli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri entro il 20 maggio 2016 ed entrare in vigore in tale data.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

25 La PMI e la BAT hanno presentato dinanzi al giudice del rinvio taluni ricorsi diretti al controllo della legittimità («judicial review») dell'«intenzione e/o dell'obbligo» del governo del Regno Unito di recepire la direttiva 2014/40 nell'ordinamento giuridico nazionale.

26 Esse fanno valere che tale direttiva è invalida in tutto o in parte, in quanto viola gli articoli 114 TFUE, 290 TFUE e 291 TFUE, i principi di proporzionalità e di sussidiarietà nonché l'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»).

27 Il giudice del rinvio ritiene che le argomentazioni addotte dalle ricorrenti nel procedimento principale «possano ragionevolmente dare adito a discussione».

28 In tale contesto, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Alta Corte d'Inghilterra e del Galles per questioni di diritto amministrativo), ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la direttiva [2014/40] sia invalida in tutto o in parte in quanto l'articolo 114 TFUE non fornisce una base giuridica adeguata. In particolare:

a) in relazione all'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva [2014/40]:

i) sulla base della sua corretta interpretazione, in che misura consenta agli Stati membri di adottare norme più severe in relazione a questioni concernenti la “standardizzazione” del confezionamento dei prodotti del tabacco, e

ii) alla luce di tale interpretazione, se l'articolo 24, paragrafo 2, sia invalido in quanto l'articolo 114 TFUE non costituisce una base giuridica adeguata.

b) Se l'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva [2014/40], che consente agli Stati membri di vietare una determinata categoria di prodotti del tabacco o di prodotti correlati in circostanze particolari, sia invalido in quanto l'articolo 114 TFUE non costituisce una base giuridica adeguata.

c) Se le seguenti disposizioni siano invalide in quanto l'articolo 114 TFUE non



costituisce una base giuridica adeguata:

- i) le disposizioni del Capo II del Titolo II della direttiva [2014/40], relative al confezionamento e all'etichettatura;
 - ii) l'articolo 7 della direttiva [2014/40], nei limiti in cui vieta le sigarette al mentolo e i prodotti del tabacco con un aroma caratterizzante;
 - iii) l'articolo 18 della direttiva [2014/40], che consente agli Stati membri di vietare le vendite a distanza transfrontaliere di prodotti del tabacco, e
 - iv) gli articoli 3, paragrafo 4, e 4, paragrafo 5, della direttiva [2014/40], che delegano poteri alla Commissione in relazione ai livelli di emissione.
- 2) In relazione all'articolo 13 della direttiva [2014/40]:
- a) se, sulla base della sua corretta interpretazione, vieti informazioni veritiere e non ingannevoli relative ai prodotti del tabacco poste sull'imballaggio del prodotto, e
 - b) in caso affermativo, se sia invalido in quanto viola il principio di proporzionalità e/o l'articolo 11 della Carta (...).
- 3) Se le seguenti disposizioni della direttiva [2014/40] siano, in tutto o in parte, invalide in quanto violano il principio di proporzionalità:
- a) l'articolo 7, paragrafi 1 e 7, nei limiti in cui vieta l'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco che hanno il mentolo come aroma caratterizzante e l'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco contenenti aromi in qualsiasi delle loro componenti;
 - b) gli articoli 8, paragrafo 3, 9, paragrafo 3, 10, paragrafo 1, lettera g), e 14, nei limiti in cui impongono diversi requisiti di standardizzazione del confezionamento, e
 - c) l'articolo 10, paragrafo 1, lettere a) e c), nella misura in cui impone che le avvertenze relative alla salute occupino il 65% della superficie esterna del fronte e del retro della confezione unitaria e dell'eventuale imballaggio esterno.
- 4) Se le seguenti disposizioni della direttiva [2014/40] siano, in tutto o in parte, invalide in quanto violano l'articolo 290 TFUE:
- a) l'articolo 3, paragrafi 2 e 4, relativo ai livelli massimi di emissioni;
 - b) l'articolo 4, paragrafo 5, relativo ai metodi di misurazione delle emissioni;
 - c) l'articolo 7, paragrafi 5, 11 e 12, relativo alla regolamentazione degli ingredienti;
 - d) gli articoli 9, paragrafo 5, 10, paragrafi 1, lettera f), e 3, 11, paragrafo 6, 12, paragrafo 3, e 20, paragrafo 12, sulle avvertenze relative alla salute;
 - e) l'articolo 20, paragrafo 11, relativo al divieto di sigarette elettroniche e/o contenitori di liquido di ricarica, e/o
 - f) l'articolo 15, paragrafo 12, relativo ai contratti di archiviazione dei dati.
- 5) Se gli articoli 3, paragrafo 4, e 4, paragrafo 5, della direttiva [2014/40] siano invalidi in quanto violano il principio di certezza del diritto e/o delegano indebitamente poteri a organismi esterni non soggetti alle garanzie procedurali imposte dal diritto dell'Unione.
- 6) Se le seguenti disposizioni della direttiva [2014/40] siano invalide, in tutto o in parte, in quanto violano l'articolo 291 TFUE:
- a) l'articolo 6, paragrafo 1, relativo agli obblighi di segnalazione;
 - b) l'articolo 7, paragrafi da 2 a 4 e paragrafo 10, relativi agli atti di esecuzione concernenti il divieto di prodotti del tabacco in determinate circostanze;
 - c) gli articoli 9, paragrafo 6, e 10, paragrafo 4, sulle avvertenze relative alla salute.
- 7) Se la direttiva e, in particolare, gli articoli 7, 8, paragrafo 3, 9, paragrafo 3, 10, paragrafo 1, lettera g), 13 e 14 siano invalidi per il mancato rispetto del principio di sussidiarietà».



Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità

29 Il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione nonché il governo francese sostengono che la domanda di pronuncia pregiudiziale è in tutto o in parte irricevibile.

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale nella sua interezza

30 La domanda di pronuncia pregiudiziale sarebbe irricevibile nella sua interezza in quanto, da un lato, non sussiste tra le parti una controversia reale e, dall'altro, il ricorso diretto al controllo della legittimità («judicial review») dell'«intenzione e/o dell'obbligo» del governo del Regno Unito di recepire una direttiva costituisce un modo per aggirare il sistema dei mezzi di ricorso istituito dal Trattato FUE.

31 Si deve rilevare a questo proposito che spetta esclusivamente al giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione o sulla validità di una norma giuridica dell'Unione la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire (sentenza *Gauweiler e a.*, C-62/14, EU:C:2015:400, punto 24).

32 Ne consegue che le questioni relative al diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione o l'esame di validità richiesto relativamente ad una norma dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia nel procedimento principale, oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni che le vengono sottoposte (sentenza *Gauweiler e a.*, C-62/14, EU:C:2015:400, punto 25).

33 Per quanto riguarda, in primo luogo, la realtà effettiva della controversia principale, occorre rilevare che il ricorso diretto al controllo della legittimità dell'«intenzione e/o dell'obbligo» del governo del Regno Unito di recepire la direttiva 2014/40, presentato dalle ricorrenti nel procedimento principale dinanzi al giudice del rinvio, è stato dichiarato ricevibile da parte di quest'ultimo, anche se, al momento della proposizione di tale ricorso, il termine prescritto previsto per il recepimento di tale direttiva non era ancora scaduto e non era stata adottata alcuna misura nazionale di recepimento della direttiva medesima. Inoltre, le ricorrenti nel procedimento principale e il Ministro della Sanità sono in disaccordo quanto alla fondatezza dei ricorsi summenzionati. Poiché il giudice del rinvio è stato chiamato a dirimere tale disaccordo, non risulta in modo manifesto che la controversia principale non sia reale [v., per analogia, sentenza *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punti 36 e 38].

34 Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'argomento secondo cui il ricorso diretto al controllo della legittimità («judicial review») dell'«intenzione e/o dell'obbligo» del Regno Unito di recepire una direttiva configura un metodo per aggirare il sistema dei mezzi di ricorso istituito dal Trattato FUE, occorre ricordare che la Corte ha già dichiarato ricevibili diverse domande di pronuncia pregiudiziale vertenti sulla validità di atti di diritto derivato formulate nell'ambito di tali ricorsi, in particolare nelle cause conclusesi con le sentenze *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741),



Intertanko e a. (C-308/06, EU:C:2008:312), nonché Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419).

35 Peraltro, la possibilità per i singoli di invocare dinanzi ai giudici nazionali l'invalidità di un atto dell'Unione di portata generale non è subordinata alla condizione che tale atto sia già stato effettivamente oggetto di misure di applicazione adottate in forza del diritto nazionale. A tale proposito è sufficiente che al giudice nazionale sia sottoposta una controversia effettiva in cui si pone, incidentalmente, la questione della validità di un simile atto. Ebbene, come emerge dal punto 33 della presente sentenza, tale condizione è soddisfatta per quanto concerne la controversia di cui al procedimento principale [v., per analogia, sentenze *British American Tobacco (Investments)* e *Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 40, e *Gauweiler e a.*, C-62/14, EU:C:2015:400, punto 29].

36 Ciò premesso, la domanda di pronuncia pregiudiziale non può essere dichiarata irricevibile nella sua interezza.

Sulla ricevibilità di talune questioni pregiudiziali

37 La ricevibilità di talune questioni pregiudiziali deve essere analizzata con riferimento, anzitutto, all'argomentazione secondo cui la prima questione, lettere a), b) e c), iii), vertente sull'interpretazione e sulla validità degli articoli 18 e 24, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/40, è ipotetica e priva di rapporto con l'oggetto della controversia principale.

38 Si deve rilevare che le suddette disposizioni si rivolgono agli Stati membri autorizzandoli, in sostanza, ad introdurre o mantenere nel loro ordinamento giuridico interno determinati divieti o ulteriori disposizioni. Sebbene sia vero che le disposizioni in questione prevedono in tal modo una facoltà offerta agli Stati membri e non già un obbligo di agire, resta tuttavia il fatto che esse possono assumere rilevanza al momento dell'adozione delle misure nazionali di trasposizione della direttiva medesima. Infatti, la natura, il contenuto e la portata di simili misure potrebbero variare in funzione dell'interpretazione e della validità degli articoli 18 e 24, paragrafi 2 e 3, di detta direttiva.

39 Il fatto che la decisione di rinvio non rechi alcuna indicazione circa l'intenzione del Regno Unito di avvalersi di tali disposizioni al momento della trasposizione della direttiva 2014/40 nel suo ordinamento giuridico interno non significa che le questioni relative alla loro interpretazione e alla loro validità siano di natura puramente ipotetica. Difatti, la decisione di ricorrere a dette disposizioni potrebbe dipendere dall'esito del procedimento principale, che verte per l'appunto sull'intenzione e/o sull'obbligo del Regno Unito di trasporre tale direttiva.

40 Pertanto, non risulta in modo manifesto che l'interpretazione e la valutazione della validità delle disposizioni in questione non abbiano alcun rapporto con l'oggetto della controversia principale o che le problematiche sollevate abbiano natura ipotetica.

41 La prima questione, lettere a), b) e c), iii), è pertanto ricevibile.

42 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la ricevibilità della prima questione, lettera c), iv), nonché della quarta, della quinta e della sesta questione, occorre rilevare che queste vertono sulla validità degli articoli 3, paragrafi 2 e 4, 4, paragrafo 5, 6, paragrafo 1, 7, paragrafi da 2 a 5 e da 10 a 12, 9, paragrafi 5 e 6, 10, paragrafi 1, lettera f), 3 e 4, 11, paragrafo 6, 12, paragrafo 3, 15, paragrafo 12, e 20, paragrafi 11 e 12 della direttiva 2014/40. Tali disposizioni conferiscono alla Commissione il potere di adottare diversi atti delegati o di esecuzione.

43 Orbene, si deve necessariamente constatare che nessuna delle suddette disposizioni



ha come destinatari gli Stati membri. Pertanto, esse non concernono la trasposizione di detta direttiva nell'ordinamento giuridico interno di questi ultimi.

44 Inoltre, non è stato affermato che l'invalidità di una o più delle summenzionate disposizioni comporterebbe l'invalidità di altre disposizioni della direttiva in parola che implicano trasposizione.

45 In tali circostanze, è manifesto che la prima questione, lettera c), iv), nonché la quarta, la quinta e la sesta questione non hanno alcuna relazione con l'intenzione e/o obbligo del Regno Unito di trasporre la direttiva 2014/40, che costituiscono l'oggetto della controversia principale.

46 Pertanto, la prima questione, lettera c), iv), nonché la quarta, la quinta e la sesta questione devono essere dichiarate irricevibili.

47 Per quanto riguarda, in terzo luogo, la ricevibilità della settima questione, attinente alla validità degli articoli 7, 8, paragrafo 3, 9, paragrafo 3, 10, paragrafo 1, lettera g), 13 e 14 della direttiva 2014/40, occorre ricordare che dallo spirito di cooperazione che deve caratterizzare il funzionamento del rinvio pregiudiziale discende che è indispensabile che il giudice nazionale esponga nella sua decisione di rinvio i motivi precisi per cui ritiene che una risposta alle sue questioni sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione sia necessaria alla soluzione della controversia (v. in tal senso, in particolare, sentenze Bertini e a., 98/85, 162/85 e 258/85, EU:C:1986:246, punto 6; ABNA e a., C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, EU:C:2005:741, punto 46, nonché IATA e ELFAA, C-344/04, EU:C:2006:10, punto 31).

48 È quindi importante che il giudice nazionale indichi segnatamente i motivi precisi che l'hanno portato a interrogarsi sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione ed esponga i motivi di invalidità che gli appaiono conseguentemente fondati (v., in tal senso, in particolare, sentenze Greenpeace France e a., C-6/99, EU:C:2000:148, punto 55, nonché ordinanza Adiamix, C-368/12, EU:C:2013:257, punto 22). Una simile esigenza emerge anche dall'articolo 94, lettera c), del regolamento di procedura della Corte.

49 Inoltre, secondo una giurisprudenza costante della Corte, le informazioni contenute nelle decisioni di rinvio servono non solo a consentire alla Corte di fornire soluzioni utili, ma anche a offrire ai governi degli Stati membri e alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea. Spetta a quest'ultima vigilare affinché tale possibilità sia salvaguardata, tenuto conto del fatto che, a norma di detto articolo, vengono notificate alle parti interessate solo le decisioni di rinvio corredate da una traduzione nella lingua ufficiale di ciascuno Stato membro, ad esclusione del fascicolo nazionale eventualmente trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio (v., in particolare, sentenze Holdijk e a., da 141/81 a 143/81, EU:C:1982:122, punto 6; Lehtonen e Castors Braine, C-176/96, EU:C:2000:201, punto 23, nonché ordinanza Adiamix, C-368/12, EU:C:2013:257, punto 24).

50 Da quanto precede discende da una parte che, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, la Corte esamina la validità di un atto dell'Unione o di determinate disposizioni di quest'ultimo alla luce dei motivi di invalidità riportati nella decisione di rinvio. Dall'altra, la totale mancanza di un'indicazione dei motivi precisi che hanno indotto il giudice del rinvio ad interrogarsi sulla validità di tale atto o di tali disposizioni comporta l'irricevibilità delle questioni relative alla validità degli stessi.

51 Nel caso specifico il giudice del rinvio non espone i motivi per cui esso ha deciso, nell'ambito della sua settima questione, di interrogare la Corte in merito alla validità degli



articoli 8, paragrafo 3, 9, paragrafo 3, 10, paragrafo 1, lettera g), 13 e 14 della direttiva 2014/40. Infatti, tutti gli elementi contenuti nella decisione di rinvio e relativi a tale questione si riferiscono esclusivamente all'articolo 7 di detta direttiva.

52 In tali circostanze, la settima questione è ricevibile unicamente per quanto riguarda l'articolo 7 della direttiva 2014/40.

53 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre dichiarare irricevibili la prima questione, lettera c), iv), la quarta, la quinta e la sesta questione nonché la settima questione, nella parte in cui riguarda gli articoli 8, paragrafo 3, 9, paragrafo 3, 10, paragrafo 1, lettera g), 13 e 14 della direttiva 2014.

Sulla prima questione

54 Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2014/40 sia invalida in tutto o in parte, in ragione del fatto che l'articolo 114 TFUE non costituisce un'appropriata base giuridica per la stessa. In particolare, detto giudice s'interroga sulla validità degli articoli 7, 18, 24, paragrafi 2 e 3, di detta direttiva nonché delle disposizioni del Titolo II, Capo II, della medesima.

55 Va rilevato che, malgrado la formulazione della prima questione, la decisione di rinvio non menziona alcun motivo preciso di invalidità della direttiva 2014/40 nel suo complesso. Infatti, le considerazioni che figurano in tale decisione si riferiscono esclusivamente alla validità di ciascuna delle disposizioni elencate al punto precedente della presente sentenza, singolarmente considerate.

56 Pertanto, si deve rispondere alla prima questione analizzando i motivi di invalidità dedotti contro ciascuna delle disposizioni in questione. Qualora, in esito a tale analisi, una di dette disposizioni dovesse essere dichiarata invalida, occorrerebbe verificare se siffatta invalidità infici la validità della direttiva 2014/40 nella sua interezza.

57 L'articolo 114, paragrafo 1, TFUE stabilisce che il Parlamento ed il Consiglio adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

58 Al riguardo, se la semplice constatazione della sussistenza di disparità tra le normative nazionali non è sufficiente a giustificare il ricorso all'articolo 114 TFUE, lo stesso non può dirsi in caso di divergenze tra le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri tali da ostacolare le libertà fondamentali e, quindi, da incidere direttamente sul funzionamento del mercato interno [v., in questo senso, sentenze Germania/Parlamento e Consiglio, C-376/98, EU:C:2000:544, punti 84 e 95; British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, C-491/01, EU:C:2002:741, punti 59 e 60; Arnold André, C-434/02, EU:C:2004:800, punto 30; Swedish Match, C-210/03, EU:C:2004:802, punto 29; Germania/Parlamento e Consiglio, C-380/03, EU:C:2006:772, punto 37, nonché Vodafone e a., C-58/08, EU:C:2010:321, punto 32].

59 Da giurisprudenza costante emerge parimenti che, anche se il ricorso all'articolo 114 TFUE come base giuridica è possibile al fine di prevenire futuri ostacoli agli scambi dovuti allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali, l'insorgere di tali ostacoli deve apparire probabile e la misura di cui trattasi deve avere ad oggetto la loro prevenzione [sentenze British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 61; Arnold André, C-434/02, EU:C:2004:800, punto 31; Swedish Match, C-210/03, EU:C:2004:802, punto 30; Germania/Parlamento e Consiglio,



C-380/03, EU:C:2006:772, punto 38, nonché Vodafone e a., C-58/08, EU:C:2010:321, punto 33].

60 La Corte ha inoltre dichiarato che, qualora le condizioni per fare ricorso all'articolo 114 TFUE quale base giuridica siano soddisfatte, al legislatore dell'Unione non può impedirsi di fondarsi su tale base giuridica per il fatto che la tutela della salute è determinante nelle scelte da operare [sentenze *British American Tobacco (Investments)* e *Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 62; *Arnold André*, C-434/02, EU:C:2004:800, punto 32; *Swedish Match*, C-210/03, EU:C:2004:802, punto 31, nonché *Germania/Parlamento e Consiglio*, C-380/03, EU:C:2006:772, punto 39].

61 Occorre poi sottolineare che l'articolo 168, paragrafo 1, primo comma, TFUE prevede che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione sia garantito un livello elevato di protezione della salute umana e che l'articolo 114, paragrafo 3, TFUE esige espressamente che nell'attuazione dell'armonizzazione sia garantito un livello elevato di protezione della salute delle persone [sentenze *British American Tobacco (Investments)* e *Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 62; *Arnold André*, C-434/02, EU:C:2004:800, punto 33; *Swedish Match*, C-210/03, EU:C:2004:802, punto 32, nonché *Germania/Parlamento e Consiglio*, C-380/03, EU:C:2006:772, punto 40].

62 Risulta da quanto precede che, qualora sussistano ostacoli agli scambi, ovvero risulti probabile l'insorgere di tali ostacoli in futuro, per il fatto che gli Stati membri hanno assunto o stanno per assumere, con riferimento ad un prodotto o a una categoria di prodotti, provvedimenti divergenti tali da garantire un diverso livello di protezione e tali da ostacolare, perciò, la libera circolazione dei prodotti in questione all'interno dell'Unione, l'articolo 114 TFUE consente al legislatore dell'Unione di intervenire assumendo le misure appropriate nel rispetto, da un lato, del paragrafo 3 di detto articolo e, dall'altro, dei principi giuridici sanciti dal Trattato FUE ovvero elaborati dalla giurisprudenza, segnatamente del principio di proporzionalità (sentenze *Arnold André*, C-434/02, EU:C:2004:800, punto 34; *Swedish Match*, C-210/03, EU:C:2004:802, punto 33, nonché *Germania/Parlamento e Consiglio*, C-380/03, EU:C:2006:772, punto 41).

63 Occorre inoltre rilevare che, con l'espressione «misure relative al ravvicinamento» di cui all'articolo 114 TFUE, gli autori del Trattato hanno voluto attribuire al legislatore dell'Unione, in funzione del contesto generale e delle circostanze specifiche della materia da armonizzare, un margine di discrezionalità in merito alla tecnica di ravvicinamento più appropriata per ottenere il risultato auspicato, in particolare in settori caratterizzati da particolarità tecniche complesse (sentenze *Germania/Parlamento e Consiglio*, C-380/03, EU:C:2006:772, punto 42, nonché *Regno Unito/Parlamento e Consiglio*, C-270/12, EU:C:2014:18, punto 102). Il legislatore dell'Unione potrebbe quindi, nell'esercizio di tale potere discrezionale, procedere ad un'armonizzazione solo per tappe e imporre soltanto una soppressione progressiva dei provvedimenti unilaterali adottati dagli Stati membri (sentenza *Rewe-Zentrale*, 37/83, EU:C:1984:89, punto 20).

64 A seconda delle circostanze, le misure di cui all'articolo 114, paragrafo 1, TFUE, possono consistere nell'obbligare tutti gli Stati membri ad autorizzare la commercializzazione del prodotto o dei prodotti interessati, nel sottoporre a talune condizioni il detto obbligo di autorizzazione, ovvero nel vietare, in via provvisoria o definitiva, la commercializzazione di uno o più prodotti (sentenze *Arnold André*, C-434/02, EU:C:2004:800, punto 35; *Swedish Match*, C-210/03, EU:C:2004:802, punto



34, nonché Germania/Parlamento e Consiglio, C-380/03, EU:C:2006:772, punto 43).

65 È alla luce dei principi sopra illustrati che occorre verificare la ricorrenza delle condizioni necessarie per avvalersi dell'articolo 114 TFUE quale base giuridica delle disposizioni della direttiva 2014/40 di cui alla prima questione.

Sulla prima questione, lettera a)

66 Con la sua prima questione, lettera a), il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40 debba essere interpretato nel senso che consente agli Stati membri di adottare norme in materia di standardizzazione del confezionamento dei prodotti del tabacco più restrittive rispetto a quelle previste da detta direttiva e se, alla luce di tale interpretazione, la suddetta disposizione sia invalida per il motivo che l'articolo 114 TFUE non configura una base giuridica appropriata per la stessa.

67 In virtù dell'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2014/40, gli Stati membri non possono, per considerazioni attinenti agli aspetti disciplinati dalla direttiva in parola, e fatti salvi i paragrafi 2 e 3 dello stesso articolo 24, vietare o limitare l'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco o dei prodotti correlati conformi alla medesima direttiva. Secondo il paragrafo 2 dell'articolo 24 in questione, la direttiva 2014/40 non pregiudica il diritto di uno Stato membro di mantenere o introdurre, a determinate condizioni, «ulteriori disposizioni, applicabili a tutti i prodotti immessi sul suo mercato, in relazione alla standardizzazione del confezionamento dei prodotti del tabacco».

68 Le parti nel procedimento principale, l'Irlanda, il governo del Regno Unito e il governo norvegese ritengono che l'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40 autorizzi gli Stati membri a mantenere o a introdurre ulteriori disposizioni relative a tutti gli aspetti del confezionamento dei prodotti del tabacco, indipendentemente dal fatto che questo sia disciplinato o meno da tale direttiva. Invece, il governo portoghese, il Parlamento, il Consiglio e la Commissione ritengono che una simile facoltà possa estendersi soltanto agli aspetti del confezionamento non armonizzati dalla direttiva di cui trattasi.

69 In proposito si deve rilevare che l'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40 può effettivamente prestarsi a diverse interpretazioni, di modo che l'esatta portata della facoltà così concessa agli Stati membri non risulta priva di ambiguità. Infatti, da un lato, tale direttiva non fornisce una definizione delle espressioni «ulteriori disposizioni» e «standardizzazione», impiegate all'articolo 24, paragrafo 2, della stessa. Dall'altro, la disposizione in esame non indica se detta facoltà si estenda o meno agli aspetti del confezionamento dei prodotti del tabacco che sono stati armonizzati dalla direttiva di cui trattasi.

70 Orbene, secondo giurisprudenza costante, qualora un testo del diritto derivato ammetta più di un'interpretazione, si deve dare la preferenza a quella che rende la disposizione conforme al Trattato rispetto a quella che porti a constatarne l'incompatibilità con lo stesso (v., in particolare, sentenza *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.*, C-305/05, EU:C:2007:383, punto 28).

71 L'interpretazione dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40, secondo cui tale norma consentirebbe agli Stati membri di mantenere o introdurre ulteriori disposizioni relative a tutti gli aspetti del confezionamento dei prodotti del tabacco, compresi quelli che sono stati armonizzati da tale direttiva, produrrebbe sostanzialmente l'effetto di rimettere in discussione l'armonizzazione da quest'ultima operata in materia di confezionamento di detti prodotti. Infatti, una simile interpretazione avrebbe la conseguenza di autorizzare gli Stati membri a sostituire alle prescrizioni in materia di confezionamento che sono state



armonizzate da detta direttiva altre prescrizioni, introdotte a livello nazionale, in violazione delle norme relative al mantenimento e all'introduzione di disposizioni nazionali in deroga ad una misura di armonizzazione, di cui all'articolo 114, paragrafi da 4 a 10, TFUE.

72 Un'interpretazione di tal sorta renderebbe l'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40 incompatibile con l'articolo 114 TFUE.

73 Tuttavia, l'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40 può essere parimenti interpretato nel senso che tale disposizione autorizza gli Stati membri a mantenere o a introdurre ulteriori disposizioni soltanto per quanto riguarda gli aspetti della standardizzazione del confezionamento dei prodotti del tabacco che non siano stati armonizzati da tale direttiva. Sebbene sia vero che il testo del citato articolo 24, paragrafo 2, non contenga una simile precisazione, un'interpretazione di questo tipo è tuttavia conforme all'obiettivo e all'economia generale della direttiva in discorso.

74 Infatti, dall'articolo 1, lettera b), della direttiva 2014/40 risulta che essa ha l'obiettivo di ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti «alcuni» aspetti dell'etichettatura e del confezionamento dei prodotti del tabacco. Ne consegue che tale direttiva non mira ad armonizzare tutti gli aspetti dell'etichettatura e del confezionamento di detti prodotti.

75 Siffatta conclusione è corroborata dall'articolo 28, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2014/40, ai termini del quale la Commissione, nell'elaborazione della relazione di cui all'articolo 28, paragrafo 1, della stessa direttiva, presta un'attenzione particolare, segnatamente, all'«esperienza acquisita per quanto concerne la grafica delle superfici delle confezioni non contemplate dalla [medesima] direttiva».

76 Al riguardo il considerando 53 della direttiva 2014/40 precisa che, alla luce dei diversi livelli di armonizzazione raggiunti dalla direttiva in parola, gli Stati membri dovrebbero conservare la facoltà di imporre obblighi relativi, ad esempio, ai colori dei confezionamenti dei prodotti del tabacco o di prevedere un'ulteriore standardizzazione di tali confezionamenti. Infatti, nessuna disposizione della direttiva di cui trattasi prevede o vieta una simile standardizzazione né disciplina i colori del confezionamento dei prodotti del tabacco, fatto salvo quanto disposto dall'articolo 13 di essa.

77 Inoltre, dall'economia generale della direttiva 2014/40 risulta che essa non procede ad un'armonizzazione esauriente in materia di lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati. Ciò è in particolare attestato dai considerando 47 e 48 della stessa direttiva, che citano vari aspetti da essa non disciplinati. Allo stesso modo, il considerando 55 della direttiva in esame sancisce che gli Stati membri dovrebbero restare liberi di mantenere in vigore o introdurre disposizioni legislative nazionali da applicare a tutti i prodotti immessi sul proprio mercato nazionale, «per gli aspetti non disciplinati dalla [stessa] direttiva».

78 Occorre pertanto esaminare la questione se l'interpretazione dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40 prospettata al punto 73 della presente sentenza renda tale disposizione conforme all'articolo 114 TFUE.

79 È senz'altro vero che, autorizzando gli Stati membri a mantenere o a introdurre ulteriori disposizioni sugli aspetti del confezionamento che non siano stati armonizzati dalla direttiva 2014/40, l'articolo 24, paragrafo 2, di quest'ultima non garantisce che i prodotti il cui confezionamento sia conforme ai requisiti posti da tale direttiva possano circolare liberamente nel mercato interno.

80 Tuttavia, tale circostanza è l'inevitabile conseguenza della tecnica di armonizzazione



prescelta, nello specifico, dal legislatore dell'Unione. Come rammentato al punto 63 della presente sentenza, questi dispone di un margine di discrezionalità, in particolare per quanto riguarda la possibilità di procedere ad un'armonizzazione solo per tappe ed imporre soltanto una soppressione progressiva dei provvedimenti unilaterali adottati dagli Stati membri.

81 Orbene, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 119 delle sue conclusioni, una misura di armonizzazione parziale in materia di etichettatura e di confezionamento dei prodotti del tabacco, come quella realizzata dalla direttiva 2014/40, non favorisce meno il funzionamento del mercato interno, posto che elimina se non tutti gli ostacoli agli scambi, quantomeno un certo numero di essi.

82 Infatti, a differenza della direttiva oggetto della causa conclusasi con la sentenza Germania/Parlamento e Consiglio (C-376/98, EU:C:2000:544), il paragrafo 1 dell'articolo 24 della direttiva 2014/40 in combinato disposto con il paragrafo 2 dello stesso articolo, nell'interpretazione fornita al punto 73 della presente sentenza, vieta agli Stati membri di opporsi, per considerazioni relative agli aspetti del confezionamento che la direttiva di cui trattasi armonizza, all'importazione, alla vendita e al consumo dei prodotti del tabacco conformi ai requisiti posti dalla direttiva stessa. Pertanto, tali disposizioni contribuiscono alla realizzazione dell'obiettivo di miglioramento delle condizioni di funzionamento del mercato interno e sono quindi conformi all'articolo 114 TFUE [v., per analogia, sentenza British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 74].

83 Ne consegue che l'interpretazione dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40, secondo cui tale disposizione autorizza gli Stati membri a mantenere o a introdurre ulteriori disposizioni per quanto riguarda i soli aspetti del confezionamento dei prodotti del tabacco che non siano armonizzati da tale direttiva, consente di rendere la suddetta disposizione conforme all'articolo 114 TFUE. Di conseguenza, in applicazione della giurisprudenza citata al punto 70 della presente sentenza, tale interpretazione deve essere accolta.

84 Alla luce di tutte le considerazioni sopra esposte, si deve rispondere alla prima questione, lettera a), nei seguenti termini:

– L'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40 deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori disposizioni per quanto riguarda gli aspetti del confezionamento dei prodotti del tabacco che non siano armonizzati da tale direttiva;

– L'esame di tale questione non ha messo in luce elementi tali da inficiare la validità della disposizione di cui trattasi.

Sulla prima questione, lettera b)

85 Con la sua prima questione, lettera b), il giudice del rinvio chiede se l'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva 2014/40 sia invalido per il motivo che l'articolo 114 TFUE non costituisce una base giuridica appropriata per tale disposizione.

86 L'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva 2014/40 prevede segnatamente che uno Stato membro possa vietare una «determinata categoria» di prodotti del tabacco o di prodotti correlati, in ragione della situazione specifica in tale Stato membro e purché le disposizioni siano giustificate dalla necessità di tutelare la salute pubblica, tenendo conto dell'alto livello di protezione della salute umana conseguito attraverso la direttiva in parola.

87 È certamente vero che, consentendo agli Stati membri di vietare una determinata



categoria di prodotti del tabacco o di prodotti correlati, anche allorché questi siano conformi ai requisiti posti dalla direttiva 2014/40, l'articolo 24, paragrafo 3, di quest'ultima è atto ad ostacolare la libera circolazione di tali prodotti.

88 Tuttavia, si deve rilevare che la direttiva 2014/40 non ha l'obiettivo di interferire con le politiche degli Stati membri in materia di liceità dei prodotti del tabacco in quanto tali.

89 Infatti, il considerando 48 della direttiva 2014/40 precisa che quest'ultima «non armonizza le norme relative agli ambienti senza fumo». Simili norme potrebbero andare dal divieto di fumare in certi luoghi al divieto d'immissione sul mercato di un'intera categoria di prodotti del tabacco.

90 Ne consegue che l'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva 2014/40 verte su un aspetto che non è stato oggetto delle misure di armonizzazione da essa stabilite e che, pertanto, non deve essere sottoposto alle norme relative all'introduzione di disposizioni nazionali in deroga ad una misura di armonizzazione, di cui all'articolo 114, paragrafi da 4 a 10, TFUE.

91 Il paragrafo 3 dell'articolo 24 della direttiva 2014/40, in combinato disposto con il paragrafo 1 dello stesso articolo, mira dunque a delimitare l'ambito di applicazione della direttiva in questione, chiarendo che i prodotti del tabacco e i prodotti correlati conformi ai requisiti posti dalla direttiva di cui trattasi possono circolare liberamente nel mercato interno, a condizione che detti prodotti rientrino in una categoria di prodotti del tabacco o di prodotti correlati che sia lecita, in quanto tale, nello Stato membro della loro commercializzazione.

92 Al riguardo va sottolineato che il legislatore dell'Unione può validamente decidere di prevedere, in un atto legislativo adottato sul fondamento dell'articolo 114 TFUE, disposizioni intese a esplicitare le questioni che non siano oggetto delle misure di armonizzazione adottate, tanto più che l'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva 2014/40 prevede talune condizioni nonché un meccanismo diretto a prevenire discriminazioni arbitrarie o restrizioni dissimulate del commercio tra gli Stati membri, nell'interesse del buon funzionamento del mercato interno sotteso al citato articolo 114 TFUE.

93 Deve essere parimenti respinta l'argomentazione relativa all'incoerenza che sussisterebbe tra l'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva 2014/40 e l'articolo 7 di questa, per il fatto che, da una parte, il divieto degli aromi caratterizzanti di cui a quest'ultima disposizione avrebbe l'obiettivo di eliminare le disparità tra le normative degli Stati membri, mentre, dall'altra, detto articolo 24, paragrafo 3, agevolerebbe l'insorgere di siffatte disparità.

94 Invero, la suddetta argomentazione si fonda su un'erronea comprensione dell'articolazione sussistente tra gli articoli 7 e 24, paragrafo 3, della direttiva 2014/40. Tali disposizioni non entrano affatto in contraddizione, ma sono complementari. Infatti, vietando i prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante, il summenzionato articolo 7 mira ad eliminare le disparità esistenti al riguardo tra le normative degli Stati membri nell'intento, segnatamente, di assicurare la libera circolazione dei prodotti del tabacco in generale. In forza dell'articolo 24, paragrafo 1, di detta direttiva, simili prodotti, qualora siano conformi, in particolare, al suddetto articolo 7, fruiscono della libera circolazione nel mercato interno fintantoché la categoria di prodotti del tabacco a cui essi appartengono non sia vietata in quanto tale nello Stato membro della loro commercializzazione, come risulta dall'articolo 24, paragrafo 3, della medesima direttiva.

95 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve constatare che l'esame della



prima questione, lettera b), non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità dell'articolo 24, paragrafo 3, della direttiva 2014/40.

Sulla prima questione, lettera c), i)

96 Con la sua prima questione, lettera c), il giudice del rinvio chiede se le disposizioni del Titolo II, Capo II, della direttiva 2014/40 nonché gli articoli 7 e 18 della medesima siano invalidi per il motivo che l'articolo 114 TFUE non costituisce una base giuridica appropriata per tali disposizioni.

– Sulla prima questione, lettera c)

97 I motivi d'invalidità dedotti nella decisione di rinvio relativamente alle disposizioni del Capo II, recante il titolo «Etichettatura e confezionamento», del Titolo II della direttiva 2014/40 vertono, in primo luogo, sull'asserita mancanza di divergenze, o del rischio che si producano simili divergenze, tra le normative nazionali in materia di confezionamento e di etichettatura dei prodotti del tabacco, tali da ostacolare la libera circolazione di questi ultimi. Infatti, le differenze esistenti sarebbero dovute non già a simili divergenze, ma alla strategia commerciale dei fabbricanti, consistente nell'adeguare il confezionamento e l'etichettatura dei loro prodotti alle preferenze dei consumatori, le quali varierebbero da uno Stato membro all'altro.

98 In proposito occorre rilevare che dai considerando 22, 23 e 28 della direttiva 2014/40 nonché dall'analisi d'impatto del 19 dicembre 2012, elaborata dalla Commissione e allegata alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati [SWD(2012) 452 final, 1^a parte, pag. 30 e seguenti], risulta che, al momento dell'adozione della direttiva 2014/40, sussistevano significative divergenze tra le normative nazionali in materia di etichettatura e di confezionamento dei prodotti del tabacco. Mentre, in particolare, taluni Stati membri prescrivevano avvertenze combinate relative alla salute, costituite da un'immagine e da un messaggio, altri si limitavano ad imporre avvertenze costituite da un messaggio. Inoltre, a livello nazionale sussistevano divergenze quanto alle dimensioni dei pacchetti di sigarette, al numero minimo di sigarette per confezione unitaria nonché agli elementi pubblicitari autorizzati su dette confezioni unitarie.

99 D'altra parte, come risulta dai considerando 23 e 24 della direttiva 2014/40, in difetto di un'ulteriore azione a livello dell'Unione, tali disparità rischiavano di accentuarsi nel corso degli anni, in particolare tenendo conto della necessità di adeguare la normativa relativa all'etichettatura agli sviluppi internazionali in materia, come quelli figuranti negli orientamenti della FCTC relativi al confezionamento e all'etichettatura dei prodotti del tabacco.

100 Dal momento che il mercato dei prodotti del tabacco è un mercato nel quale gli scambi tra Stati membri rappresentano una quota relativamente importante, le norme nazionali relative ai requisiti ai quali detti prodotti devono essere conformi, in particolare quelli che riguardano la loro denominazione, la loro composizione e la loro etichettatura, per loro natura possono, in difetto di un'armonizzazione a livello dell'Unione, costituire ostacoli alla libera circolazione delle merci [v., in questo senso, sentenza *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 64].

101 Orbene, conformemente alla giurisprudenza citata al punto 62 della presente sentenza, qualora sussistano ostacoli agli scambi, ovvero risulti probabile l'insorgere di tali



ostacoli in futuro, per il fatto che gli Stati membri hanno assunto o stanno per assumere, riguardo a un prodotto o a una categoria di prodotti, provvedimenti divergenti tali da garantire un diverso livello di protezione e da ostacolare, perciò, la libera circolazione del prodotto o dei prodotti in questione all'interno dell'Unione, l'articolo 114 TFUE consente al legislatore dell'Unione di intervenire.

102 In secondo luogo, la validità delle disposizioni del Titolo II, Capo II, della direttiva 2014/40 viene contestata per il motivo che le stesse non contribuirebbero all'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei prodotti del tabacco, giacché talune di dette disposizioni imporrebbero, in ogni caso, ai fabbricanti l'obbligo di produrre confezioni diverse per ciascuno Stato membro. Ciò si verificherebbe in particolare per quanto riguarda le norme in materia di bolli fiscali, i quali sono diversi per ciascuno Stato membro, o ancora per quelle attinenti alle avvertenze relative alla salute, che devono essere redatte nella/e lingua/e ufficiale/i dello Stato membro di commercializzazione.

103 Anche se determinate disposizioni del Titolo II, Capo II, della direttiva 2014/40 prescrivono che taluni elementi dell'etichettatura e del confezionamento dei prodotti del tabacco siano adeguati in funzione, segnatamente, della/e lingua/e ufficiale/i o della normativa fiscale dello Stato membro di commercializzazione, tale direttiva armonizza nondimeno altri elementi dell'etichettatura e del confezionamento di siffatti prodotti, quali la forma delle confezioni unitarie, il numero minimo di sigarette per confezione unitaria, le dimensioni e il carattere combinato delle avvertenze relative alla salute. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 98 delle sue conclusioni, le misure in discorso concorrono quindi all'eliminazione degli ostacoli agli scambi, in quanto consentono alle imprese interessate di ridurre i costi realizzando economie di scala.

104 Per quanto attiene, in terzo luogo, all'argomentazione secondo cui le disposizioni del Titolo II, Capo II, della direttiva 2014/40 possono creare distorsioni della concorrenza tali da ostacolare la capacità dei fabbricanti di differenziare i propri prodotti, deve ritenersi che essa riguardi il rispetto del principio di proporzionalità, oggetto della terza questione, lettere b) e c).

105 Dalle considerazioni che precedono risulta che l'esame della prima questione, lettera c), i), non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità delle disposizioni del Titolo II, Capo II, della direttiva 2014/40.

– Sulla prima questione, lettera c), ii)

106 Dalla decisione di rinvio risulta che la validità dell'articolo 7 della direttiva 2014/40, che vieta l'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco con un aroma caratterizzante, viene contestata per il motivo che, in primo luogo, non sussisterebbero divergenze effettive o probabili tra le normative degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, l'utilizzazione del mentolo, atte a creare ostacoli agli scambi.

107 Tale argomentazione riguarda specificamente l'impiego del mentolo quale aroma caratterizzante e non quello di tutti gli aromi oggetto del divieto di cui trattasi. Detta argomentazione si fonda sulla premessa secondo cui l'articolo 114 TFUE fa obbligo al legislatore dell'Unione di dimostrare l'esistenza di differenze effettive o probabili tra le normative degli Stati membri per quanto attiene all'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco contenenti, segnatamente, mentolo.

108 Al riguardo occorre tuttavia rilevare che il legislatore dell'Unione ha deciso di adottare norme uniformi per tutti i prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante. Esso, come emerge dal considerando 16 della direttiva 2014/40, ha ritenuto



che detti prodotti possano facilitare l'iniziazione al consumo del tabacco o incidere sui modelli di consumo.

109 Inoltre, come attesta il considerando 15 della medesima direttiva, il legislatore dell'Unione ha tenuto conto degli orientamenti parziali per l'attuazione degli articoli 9 e 10 della FCTC, che sollecitano, in particolare, l'eliminazione degli ingredienti che migliorano la gradevolezza del prodotto, creano l'impressione che i prodotti del tabacco producano benefici per la salute, degli ingredienti che presentano una connotazione di energia e di vitalità o quelli che hanno proprietà coloranti.

110 Deve rilevarsi al riguardo che i summenzionati orientamenti parziali non pongono neppure distinzioni tra i diversi aromi che possono essere aggiunti nei prodotti del tabacco. Al contrario, viene raccomandato nella sezione 3.1.2.2. di detti orientamenti parziali di regolamentare, limitandolo o vietandolo, l'impiego di ingredienti che possono servire a migliorare il gusto dei prodotti del tabacco. In proposito viene fatto esplicito riferimento al mentolo quale aroma che maschera l'asprezza del fumo del tabacco e che contribuisce a favorire e a mantenere il tabagismo.

111 Sebbene sia vero che gli orientamenti della FCTC non sono vincolanti, essi hanno tuttavia ad oggetto, conformemente agli articoli 7 e 9 della FCTC, l'assistenza delle parti contraenti nell'applicazione delle disposizioni vincolanti di tale convenzione.

112 Peraltro, detti orientamenti si fondano sui più avanzati dati scientifici disponibili nonché sull'esperienza delle parti della FCTC, come si evince dal punto 1.1 degli stessi, e sono stati adottati per consenso anche dall'Unione e dai suoi Stati membri, come rilevato al considerando 7 della direttiva 2014/40.

113 Pertanto, le raccomandazioni così elaborate possono incidere in modo determinante sul contenuto della regolamentazione adottata nel settore considerato, come dimostra l'esplicita decisione del legislatore dell'Unione di tenerne conto in sede di adozione della direttiva 2014/40, circostanza di cui si dà atto ai considerando 7 e 15 di questa.

114 Da quanto precede risulta che i prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante, che si tratti del mentolo o di un altro aroma, presentano, da un lato, caratteristiche oggettive analoghe e, dall'altro, effetti simili sull'iniziazione al consumo di tabacco e sul mantenimento del tabagismo.

115 Ciò premesso, il legislatore dell'Unione poteva legittimamente sottoporre tutti gli aromi caratterizzanti allo stesso regime giuridico.

116 Di conseguenza, affinché l'articolo 114 TFUE possa configurare una base giuridica idonea per l'articolo 7 della direttiva 2014/40, è sufficiente dimostrare l'esistenza di divergenze tra le regolamentazioni nazionali relative ai prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante, complessivamente considerati, tali da ostacolare la libera circolazione di detti prodotti, o la probabile insorgenza in futuro di simili divergenze.

117 Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'argomentazione secondo cui il divieto di cui all'articolo 7 della direttiva 2014/40 non mira a facilitare il buon funzionamento del mercato interno, si deve rilevare che dal considerando 15 della stessa direttiva, nonché dall'analisi d'impatto menzionata al punto 98 della presente sentenza (1^a parte, pag. 34, e 4^a parte, pag. 6 e seguenti), risulta che, quando la direttiva in discorso è stata adottata, sussistevano significative divergenze tra le regolamentazioni degli Stati membri, in quanto alcuni di essi avevano predisposto diversi elenchi di aromi autorizzati o vietati, mentre altri non avevano adottato al riguardo alcuna regolamentazione specifica.

118 Era inoltre verosimile che, in assenza di misure adottate a livello dell'Unione, a livello



nazionale sarebbero stati messi in atto regimi diversi applicabili ai prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante, tra cui il mentolo.

119 Infatti, come rilevato al punto 110 della presente sentenza, gli orientamenti parziali per l'attuazione degli articoli 9 e 10 della FCTC raccomandano alle parti di tale Convenzione quadro di «regolamentare, limitandolo o vietandolo, l'impiego di ingredienti che possano servire a migliorare il gusto dei prodotti del tabacco», tra cui il mentolo.

120 Lasciando così un notevole margine di discrezionalità alle parti contraenti, i suddetti orientamenti parziali consentono di prevedere con sufficiente probabilità che, in assenza di misure adottate a livello dell'Unione, le regolamentazioni nazionali in materia potrebbero mostrare uno sviluppo eterogeneo, anche per quanto riguarda l'utilizzo del mentolo.

121 Orbene, vietando l'immissione in commercio di prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante, l'articolo 7 della direttiva 2014/40 previene proprio un siffatto sviluppo eterogeneo delle regolamentazioni degli Stati membri.

122 Conformemente alla giurisprudenza citata al punto 59 della presente sentenza, il ricorso all'articolo 114 TFUE come base giuridica è possibile al fine di prevenire futuri ostacoli agli scambi dovuti allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali, qualora l'insorgere di tali ostacoli sia probabile e la misura di cui trattasi abbia ad oggetto la prevenzione degli stessi.

123 Inoltre, come già rilevato al punto 100 della presente sentenza, il mercato dei prodotti del tabacco è un mercato nel quale gli scambi tra Stati membri rappresentano una quota relativamente importante e che, pertanto, le norme nazionali relative ai requisiti ai quali devono conformarsi tali prodotti, segnatamente quelle che riguardano la loro composizione, per loro natura possono, in difetto di un'armonizzazione a livello dell'Unione, costituire ostacoli alla libera circolazione delle merci.

124 Si deve altresì ricordare che, conformemente alla giurisprudenza citata al punto 64 della presente sentenza, le misure adottabili sulla base dell'articolo 114 TFUE possono in particolare consistere nel vietare, provvisoriamente o definitivamente, la commercializzazione di uno o di taluni prodotti.

125 Ne consegue che l'eliminazione delle differenze tra le normative nazionali per quanto riguarda la composizione dei prodotti del tabacco, o la prevenzione di uno sviluppo eterogeneo di queste, anche mediante il divieto a livello dell'Unione di determinati additivi, mira a facilitare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti considerati.

126 Alla luce delle considerazioni che precedono si deve rilevare che l'esame della prima questione, lettera c), ii), non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità dell'articolo 7 della direttiva 2014/40.

– Sulla prima questione, lettera c), iii)

127 Dalla decisione di rinvio risulta che la validità dell'articolo 18 della direttiva 2014/40 viene contestata per il motivo che esso non contribuirebbe al miglioramento del funzionamento del mercato interno, ma, al contrario, faciliterebbe l'insorgere di differenze tra le normative nazionali, sicché l'articolo 114 TFUE non costituirebbe una base giuridica appropriata per tale articolo 18.

128 L'articolo 18 della direttiva 2014/40 prevede, da un lato, che gli Stati membri possano vietare la vendita a distanza transfrontaliera di prodotti del tabacco ai consumatori e impone, dall'altro, una serie di norme comuni agli Stati membri che autorizzano tale modalità di commercializzazione.

129 La ragion d'essere di detto articolo 18 si evince dal considerando 33 della direttiva



2014/40, secondo cui le vendite a distanza transfrontaliere dei prodotti del tabacco potrebbero, per un verso, facilitare l'accesso a prodotti del tabacco non conformi alla medesima direttiva e, per un altro, comportano un maggior rischio di accesso dei giovani ai prodotti in questione.

130 La suddetta disposizione mira pertanto ad impedire l'elusione delle norme di conformità stabilite dalla direttiva 2014/40, al contempo fondandosi su un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani.

131 Orbene, la Corte ha già avuto occasione di sottolineare che un atto dell'Unione adottato sul fondamento dell'articolo 114 TFUE può includere disposizioni dirette ad evitare l'elusione delle prescrizioni aventi l'obiettivo di migliorare le condizioni di funzionamento del mercato interno [v., in questo senso, sentenze Germania/Parlamento e Consiglio, C-376/98, EU:C:2000:544, punto 100, nonché British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 82].

132 Quanto all'obiezione secondo cui l'articolo 18 della direttiva 2014/40 determinerebbe l'insorgere di differenze tra le normative nazionali in materia, in ragione del fatto che taluni Stati membri potrebbero decidere di vietare le vendite a distanza transfrontaliere, mentre altri potrebbero continuare ad autorizzarle, si deve ricordare che il regime relativo alle vendite a distanza transfrontaliere di prodotti del tabacco non era stato oggetto di misure di armonizzazione a livello dell'Unione prima dell'adozione della direttiva in questione. Conseguentemente, gli Stati membri applicavano già differenti regimi in materia, così come attestato dall'analisi d'impatto citata ai punti 98 e 117 della presente sentenza (4^a parte, pag. 8). L'argomento secondo cui l'articolo 18 di detta direttiva sarebbe all'origine di tali differenze, pertanto, non può essere accolto.

133 Inoltre, come rilevato al punto 128 della presente sentenza, detto articolo 18 sancisce parimenti una serie di norme comuni che si impongono a tutti gli Stati membri che non vietino siffatte vendite, in tal modo ravvicinando le loro disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia, ai sensi dell'articolo 114 TFUE.

134 Si deve ricordare al riguardo che, conformemente alla giurisprudenza citata al punto 63 della presente sentenza, l'articolo 114 TFUE conferisce al legislatore dell'Unione un margine di discrezionalità, in particolare, per quanto riguarda la possibilità di procedere ad un'armonizzazione per tappe e di imporre soltanto un'eliminazione progressiva dei provvedimenti unilaterali adottati dagli Stati membri.

135 Pertanto, nel rispetto di tale margine di discrezionalità, il legislatore ha potuto procedere legittimamente all'armonizzazione di taluni aspetti delle vendite transfrontaliere dei prodotti del tabacco, lasciandone allo stesso tempo altri alla valutazione degli Stati membri.

136 Dalle considerazioni che precedono risulta che l'esame della prima questione, lettera c), iii), non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità dell'articolo 18 della direttiva 2014/40.

Sulla seconda questione

137 Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 debba essere interpretato nel senso che vieta l'apposizione sull'etichettatura delle confezioni unitarie, sull'imballaggio esterno nonché sui prodotti del tabacco in sé di talune informazioni, anche se materialmente esatte, e, in caso di risposta affermativa, se tale disposizione sia invalida in quanto viola l'articolo 11 della Carta e il principio di proporzionalità.



Sull'interpretazione dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40

138 L'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 vieta, sostanzialmente, l'apposizione sull'etichettatura delle confezioni unitarie, sull'imballaggio esterno e sul prodotto del tabacco in sé di qualunque elemento o caratteristica che promuova simili prodotti o ne incoraggi il consumo.

139 Occorre rilevare al riguardo che il fatto di promuovere o incoraggiare tale consumo può risultare da talune diciture o indicazioni, anche allorché queste siano materialmente esatte.

140 A titolo d'esempio, ai termini l'articolo 13, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/40, «le etichette non contengono alcuna informazione riguardo al contenuto di nicotina, catrame o monossido di carbonio del prodotto del tabacco». Tale disposizione non riconosce, evidentemente, alcuna rilevanza alla questione se il tipo d'informazioni di cui trattasi sia materialmente esatto o meno. Simile irrilevanza dipende dal fatto, di cui viene fatta esplicita menzione al considerando 25 della medesima direttiva, che tale tipo d'indicazioni può indurre in errore, inducendo i consumatori a credere che alcune sigarette siano meno dannose di altre.

141 Analogamente, i divieti di qualunque elemento o caratteristica che lasci intendere che un determinato prodotto del tabacco sia meno nocivo di altri, di cui all'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/40, o che richiami un gusto, un odore, un aroma o altri additivi, di cui all'articolo 13, paragrafo 1, lettera c), di questa, o ancora che suggerisca che un determinato prodotto del tabacco presenti una maggiore biodegradabilità o altri vantaggi ambientali, di cui all'articolo 13, paragrafo 1, lettera e), della stessa direttiva, si applicano parimenti a prescindere dal fatto che le indicazioni in questione siano materialmente esatte.

142 Infatti, come indicato al considerando 27 della direttiva 2014/40, alcuni termini o espressioni, come «a basso tenore di catrame», «light», «ultra-light», «mild», «naturale», «biologico», «senza additivi», «senza aromi» o «slim», al pari di altri elementi o caratteristiche potrebbero indurre in errore i consumatori, segnatamente i giovani, suggerendone una minore nocività ovvero effetti benefici.

143 Siffatta interpretazione è conforme all'obiettivo perseguito dalla direttiva 2014/40 consistente, ai sensi del suo articolo 1, nell'agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani.

144 Un simile livello elevato di protezione esige infatti che i consumatori dei prodotti del tabacco, che costituiscono una categoria di consumatori particolarmente vulnerabile a causa degli effetti in termini di dipendenza provocati dalla nicotina, non siano ulteriormente indotti a consumare simili prodotti per mezzo di informazioni, anche materialmente esatte, che gli stessi possano interpretare nel senso che attestano una riduzione dei rischi connessi alle loro abitudini o che sono tali da conferire ai suddetti prodotti determinati effetti benefici.

145 Di conseguenza, l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 deve essere interpretato nel senso che vieta l'apposizione sull'etichettatura delle confezioni unitarie, sull'imballaggio esterno nonché sui prodotti del tabacco in sé delle informazioni oggetto di tale disposizione, anche se materialmente esatte.

Sulla validità dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40

146 Il giudice del rinvio chiede alla Corte di esaminare la validità dell'articolo 13,



paragrafo 1, della direttiva 2014/40, alla luce dell'articolo 11 della Carta e del principio di proporzionalità.

147 L'articolo 11 della Carta sancisce la libertà di espressione e di informazione. Tale libertà è altresì tutelata ai sensi dell'articolo 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, che si applica in particolare, come risulta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla diffusione da parte di un imprenditore di informazioni di carattere commerciale, segnatamente sotto forma di messaggi pubblicitari. Ebbene, dal momento che la libertà di espressione e d'informazione di cui all'articolo 11 della Carta, come risulta dall'articolo 52, paragrafo 3, della Carta e dalle spiegazioni relative alla medesima in merito al suo articolo 11, ha lo stesso significato e la stessa portata della medesima libertà garantita dalla CEDU, si deve constatare che detta libertà si estende all'impiego, da parte di un imprenditore, sulle confezioni e sulle etichette dei prodotti del tabacco, di indicazioni come quelle oggetto dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 (sentenza *Neptune Distribution*, C-157/14, EU:C:2015:823, punti 64 e 65).

148 In proposito va rilevato che il divieto di far figurare sull'etichettatura delle confezioni unitarie, sull'imballaggio esterno nonché sul prodotto del tabacco stesso gli elementi e le caratteristiche indicati all'articolo 13, paragrafo 1, di tale direttiva costituisce, in effetti, un'ingerenza nella libertà di espressione e di informazione dell'imprenditore.

149 Conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà da essa riconosciuti devono essere previste per legge, rispettarne il contenuto essenziale e, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

150 In proposito occorre osservare, in primo luogo, che l'ingerenza rilevata al punto 148 della presente sentenza deve essere considerata prevista dalla legge, in quanto riconducibile ad una disposizione adottata dal legislatore dell'Unione.

151 In secondo luogo, il contenuto essenziale della libertà di espressione e d'informazione dell'imprenditore non è pregiudicato dal suddetto articolo 13, paragrafo 1, atteso che tale disposizione, lungi dal proibire la comunicazione di qualunque informazione sul prodotto, si limita, in un settore ben circoscritto, a disciplinare l'etichettatura di tali prodotti, vietando unicamente l'apposizione di determinati elementi e caratteristiche (v., per analogia, sentenze *Deutsches Weintor*, C-544/10, EU:C:2012:526, punto 57, e *Neptune Distribution*, C-157/14, EU:C:2015:823, punto 71).

152 In terzo luogo, l'ingerenza rilevata risponde ad un obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione, vale a dire la protezione della salute. Infatti, posto che è pacifico che il consumo del tabacco e l'esposizione al fumo del tabacco sono cause di decesso, malattia e inabilità, il divieto sancito dall'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 contribuisce al conseguimento di detto obiettivo impedendo che i prodotti del tabacco siano promossi e che il loro consumo sia incoraggiato.

153 In quarto luogo, quanto alla proporzionalità dell'ingerenza rilevata, si deve sottolineare che l'articolo 35, seconda frase, della Carta, al pari degli articoli 9 TFUE, 114, paragrafo 3, TFUE e 168, paragrafo 1, TFUE esigono che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e azioni dell'Unione sia garantito un livello elevato di tutela della salute umana.



154 Ciò posto, la valutazione della validità dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 deve essere effettuata in modo da assicurare la necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela di questi diversi diritti fondamentali ed obiettivi legittimi di interesse generale protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione ed un giusto equilibrio tra di essi (v., in tal senso, sentenza *Neptune Distribution*, C-157/14, EU:C:2015:823, punto 75).

155 Al riguardo occorre rilevare che il potere discrezionale di cui dispone il legislatore dell'Unione, per quanto riguarda la determinazione di tale giusto equilibrio, varia in funzione dei diversi obiettivi che giustificano la limitazione di detto diritto e a seconda della natura delle attività di cui trattasi. Nel caso specifico, le ricorrenti nel procedimento principale fanno in sostanza valere, sulla base dell'articolo 11 della Carta, la libertà di diffondere informazioni finalizzate al perseguimento dei loro interessi commerciali.

156 Si deve tuttavia sottolineare che la protezione della salute umana in un settore caratterizzato dalla notevole nocività accertata del consumo dei prodotti del tabacco, per gli effetti di questi ultimi in termini di dipendenza e per l'insorgenza di malattie gravi provocate da composti farmacologicamente attivi, tossici, mutageni e cancerogeni contenuti in tali prodotti, riveste un'importanza superiore rispetto agli interessi addotti dalle ricorrenti nel procedimento principale.

157 Infatti, e come emerge dall'articolo 35, seconda frase, della Carta nonché dagli articoli 9 TFUE, 114, paragrafo 3, TFUE e 168, paragrafo 1, TFUE, nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed azioni dell'Unione deve essere garantito un livello elevato di tutela della salute umana.

158 Alla luce di quanto precede va rilevato che il divieto di cui all'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 è, da una parte, idoneo a proteggere i consumatori contro i rischi correlati al tabagismo, come si evince dal punto 152 della presente sentenza, e che, dall'altra, tale divieto non eccede i limiti di quanto necessario alla realizzazione dell'obiettivo perseguito.

159 In proposito non può accogliersi l'argomento secondo cui il suddetto divieto non sarebbe necessario, dato che la protezione dei consumatori sarebbe già sufficientemente garantita dalle avvertenze obbligatorie relative alla salute che menzionano i rischi connessi al tabagismo. Infatti, la consapevolezza di simili rischi può, al contrario, essere attenuata dalle indicazioni che possono suggerire che il prodotto interessato sia meno nocivo o che sia benefico sotto alcuni aspetti.

160 Neppure può essere accolto l'argomento secondo cui l'obiettivo perseguito potrebbe essere conseguito mediante altre misure meno vincolanti, quali la regolamentazione dell'utilizzo degli elementi e delle caratteristiche prevista dall'articolo 13 della direttiva 2014/40, anziché il divieto di questi, o l'aggiunta di determinate ulteriori avvertenze relative alla salute. Siffatte misure non sarebbero altrettanto efficaci per garantire la protezione della salute dei consumatori, atteso che gli elementi e le caratteristiche citati al suddetto articolo 13 sono, per loro natura, tali da incoraggiare il tabagismo [v., in questo senso, sentenza *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 140]. Infatti, non può ammettersi che simili elementi e caratteristiche possano essere apposti in un intento di informazione chiara e precisa dei consumatori, dato che essi sono destinati in misura maggiore a sfruttare la vulnerabilità dei consumatori dei prodotti del tabacco che, in ragione della loro dipendenza dalla nicotina, sono particolarmente ricettivi nei confronti di qualunque elemento che suggerisca un qualsivoglia effetto benefico legato



al tabagismo, per giustificare o attenuare i rischi correlati alle loro abitudini.

161 Ciò posto, si deve rilevare che, vietando l'apposizione sull'etichettatura delle confezioni unitarie, sull'imballaggio esterno nonché sul prodotto del tabacco in sé degli elementi e delle caratteristiche di cui all'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40, anche allorché contengano informazioni materialmente esatte, il legislatore dell'Unione non si è discostato da un giusto equilibrio tra le esigenze connesse alla tutela della libertà di espressione e di informazione e quelle connesse alla protezione della salute umana.

162 Pertanto, l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 non viola né l'articolo 11 della Carta né il principio di proporzionalità.

163 Alla luce delle considerazioni che precedono si deve constatare che l'esame della seconda questione non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40.

Sulla terza questione

164 Con la sua terza questione il giudice del rinvio chiede se gli articoli 7, paragrafi 1 e 7, 8, paragrafo 3, 9, paragrafo 3, 10, paragrafo 1, lettere a), c), e g), e 14 della direttiva 2014/40 siano invalidi in quanto violano il principio di proporzionalità.

165 Secondo una giurisprudenza costante, tale principio esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non eccedano i limiti di quanto è necessario alla realizzazione di tali obiettivi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti [v., in questo senso, sentenze *British American Tobacco (Investments)* e *Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 122; *ERG e a.*, C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, punto 86, nonché *Gauweiler e a.*, C-62/14, EU:C:2015:400, punti 67 e 91].

166 Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale delle condizioni menzionate al punto precedente della presente sentenza, occorre riconoscere al legislatore dell'Unione un ampio potere discrezionale in un settore come quello di cui al procedimento principale, che richiede da parte sua scelte di natura politica, economica e sociale e rispetto al quale è chiamato ad effettuare valutazioni complesse. Di conseguenza, solo la manifesta inidoneità di una misura adottata in tale ambito, in relazione allo scopo che le istituzioni competenti intendono perseguire, può inficiare la legittimità di tale misura [v., in questo senso, sentenza *British American Tobacco (Investments)* e *Imperial Tobacco*, C-491/01, EU:C:2002:741, punto 123].

167 È alla luce di tali principi che occorre verificare se le disposizioni della direttiva 2014/40 oggetto della terza questione violino il principio di proporzionalità.

Sulla terza questione, lettera a)

168 La terza questione, lettera a), verte sulla validità dell'articolo 7, paragrafi 1 e 7, della direttiva 2014/40, alla luce del principio di proporzionalità. Tali disposizioni vietano l'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante o contenenti aromi in qualsiasi dei loro elementi quali i filtri, le cartine, le confezioni, le capsule o le caratteristiche tecniche che consentono di modificare l'odore o il gusto dei prodotti del tabacco interessati o la loro intensità di fumo.

169 Dalla decisione di rinvio risulta che la validità di dette disposizioni viene contestata in quanto il divieto dell'utilizzazione del mentolo non sarebbe né adeguato né necessario per conseguire l'obiettivo perseguito da tale direttiva e in quanto l'impatto di un simile divieto



sarebbe sproporzionato.

170 Per quanto riguarda, in primo luogo, il carattere adeguato del divieto dell'immissione sul mercato di prodotti del tabacco contenenti mentolo, in sostanza si afferma che detto divieto non è atto a conseguire l'obiettivo di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani, in ragione del fatto che il mentolo non eserciterebbe alcuna attrattiva su questi ultimi e, conseguentemente, il suo impiego non potrebbe agevolare l'iniziazione al consumo di tabacco.

171 Si deve ricordare in proposito che, ai sensi del suo articolo 1, la direttiva 2014/40 persegue un duplice obiettivo, consistente nell'agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani.

172 A questo proposito va rilevato, da un lato, che, come emerge dal punto 125 della presente sentenza, il divieto d'immissione sul mercato di prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante è idoneo ad agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati.

173 Dall'altro lato, detto divieto è altresì adeguato per garantire un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani. Infatti, è pacifico che determinati aromi esercitino una particolare attrattiva su questi ultimi e che incoraggino l'iniziazione al consumo del tabacco.

174 Per quanto concerne l'affermazione secondo cui i giovani non troverebbero attraente il mentolo e l'utilizzo di quest'ultimo non faciliterebbe la suddetta iniziazione, al punto 115 della presente sentenza si è già rilevato che il legislatore dell'Unione poteva legittimamente sottoporre tutti gli aromi caratterizzanti allo stesso regime giuridico. Ne consegue che l'idoneità di tale divieto rispetto al conseguimento dell'obiettivo di protezione della salute umana non può essere rimessa in discussione per quanto riguarda soltanto un determinato aroma.

175 Occorre inoltre rilevare che, secondo gli orientamenti parziali per l'attuazione degli articoli 9 e 10 della FCTC, cui deve riconoscersi forza probatoria particolarmente elevata sulla base dei rilievi di cui al punto 112 della presente sentenza, il mentolo, come altri aromi, contribuisce a favorire e a mantenere il tabagismo e, per la sua gradevolezza, ha lo scopo di rendere i prodotti del tabacco più desiderabili per i consumatori.

176 Inoltre, la direttiva 2014/40 mira ad assicurare un livello elevato di protezione della salute per tutti i consumatori, di conseguenza la sua idoneità a conseguire tale obiettivo non può essere valutata unicamente rispetto ad una sola categoria di consumatori.

177 Pertanto, il divieto previsto all'articolo 7 della direttiva 2014/40 non può essere considerato manifestamente inadeguato al conseguimento dell'obiettivo consistente nell'agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani.

178 Per quanto riguarda, in secondo luogo, il carattere necessario del divieto in discorso, si deve ricordare da una parte che, come già rilevato al punto 110 della presente sentenza, gli orientamenti parziali per l'attuazione degli articoli 9 e 10 della FCTC raccomandano alle parti della FCTC, in particolare, di vietare l'utilizzo di ingredienti, quali il mentolo, che possano servire a migliorare il gusto dei prodotti del tabacco. Inoltre, conformemente alla sezione 1.1 di detti orientamenti parziali, le parti della summenzionata Convenzione quadro sono incoraggiate ad applicare misure ulteriori rispetto a quelle raccomandate dai medesimi



orientamenti.

179 Il legislatore dell'Unione quindi, tenendo conto delle summenzionate raccomandazioni e nell'esercizio del suo ampio potere discrezionale, poteva legittimamente imporre un divieto esteso a tutti gli aromi caratterizzanti.

180 Dall'altra parte, per quanto riguarda le misure meno vincolanti indicate da talune delle parti nel procedimento principale, va rilevato che esse non appaiono altrettanto idonee a realizzare l'obiettivo perseguito.

181 Infatti, l'innalzamento, per i soli prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante, del limite di età a partire dal quale sia consentito il consumo non è idoneo a ridurre l'attrattività di tali prodotti e, quindi, a prevenire l'iniziazione al consumo di tabacco delle persone la cui età sia superiore al limite stabilito. Oltretutto, il divieto di vendita risultante dall'innalzamento di tale limite di età può, comunque, essere facilmente aggirato nella commercializzazione di detti prodotti.

182 L'organizzazione di campagne informative mirate sulla pericolosità dei prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante non è, in quanto tale, atta ad eliminare le differenze tra le normative nazionali in relazione all'immissione sul mercato di siffatti prodotti e, dunque, a migliorare le condizioni di funzionamento del mercato interno.

183 Quanto all'adozione di elenchi di aromi vietati od autorizzati, una misura del genere potrebbe produrre differenze di trattamento ingiustificate tra i diversi tipi di prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante. Inoltre, simili elenchi possono diventare rapidamente obsoleti a causa della costante evoluzione delle strategie commerciali dei produttori o possono essere agevolmente aggirati.

184 Pertanto, occorre constatare che il divieto di immissione sul mercato dei prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante non va manifestamente al di là di quanto necessario per conseguire l'obiettivo considerato.

185 Per quanto riguarda, in terzo luogo, gli effetti asseritamente sproporzionati del divieto dell'utilizzazione del mentolo quale aroma caratterizzante, a causa delle conseguenze economiche e sociali negative che tale divieto comporterebbe, si deve ricordare che, anche in presenza, come nel caso specifico, di un ampio potere normativo, il legislatore dell'Unione è tenuto a fondare la propria scelta su criteri obiettivi e a verificare se gli obiettivi perseguiti dalla misura adottata siano idonei a giustificare conseguenze economiche negative, anche considerevoli, per taluni operatori (v., in tal senso, sentenza Lussemburgo/Parlamento e Consiglio, C-176/09, EU:C:2011:290, punto 63 nonché giurisprudenza ivi citata).

186 Infatti, in forza dell'articolo 5, del protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità allegato al Trattato UE e al Trattato FUE, i progetti di atti normativi devono tener conto della necessità di fare in modo che qualunque onere posto a carico degli operatori economici sia il meno gravoso possibile e che sia proporzionato all'obiettivo da conseguire.

187 Nel caso di specie va constatato che il legislatore dell'Unione ha fatto sì che le conseguenze economiche e sociali negative del divieto dell'immissione sul mercato di prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante siano attenuate.

188 Infatti, in primo luogo, allo scopo di concedere sia all'industria del tabacco che ai consumatori un periodo di adeguamento, l'articolo 7, paragrafo 14, della direttiva 2014/40 prevede che, nel caso dei prodotti del tabacco con un aroma caratterizzante particolare, il cui volume delle vendite a livello dell'Unione sia pari o superiore al 3% in una particolare



categoria di prodotto, il divieto di immissione sul mercato dell'Unione di tali prodotti si applichi soltanto a decorrere dal 20 maggio 2020.

189 In secondo luogo, dall'analisi d'impatto citata ai punti 98, 117 e 132 della presente sentenza (1^a parte, pag. 114, e 6^a parte, pag. 2), che sul punto non viene contestata, risulta che il suddetto divieto si tradurrebbe in una diminuzione dallo 0,5% allo 0,8% del consumo di sigarette nell'Unione in un periodo di cinque anni.

190 Tali elementi attestano che il legislatore dell'Unione ha provveduto a un controbilanciamento tra, da un lato, le conseguenze economiche del divieto di cui trattasi e, dall'altro, l'imperativo consistente nell'assicurare, conformemente all'articolo 35, seconda frase, della Carta, nonché agli articoli 9 TFUE, 114, paragrafo 3, TFUE e 168, paragrafo 1, TFUE, un livello elevato di protezione della salute umana per quanto riguarda un prodotto caratterizzato dalle sue proprietà cancerogene, mutagene e tossiche per la riproduzione. L'impatto del divieto previsto all'articolo 7 della direttiva 2014/40 non risulta quindi manifestamente sproporzionato.

191 Alla luce delle considerazioni suesposte si deve rilevare che l'esame della terza questione, lettera a), non ha messo in luce alcun elemento idoneo a inficiare la validità dell'articolo 7, paragrafi 1 e 7, della direttiva 2014/40.

Sulla terza questione, lettera b)

192 Le disposizioni oggetto della terza questione, lettera b), contemplano diverse norme relative all'etichettatura e al confezionamento dei prodotti del tabacco, concernenti, in sostanza, l'integrità delle avvertenze relative alla salute dopo l'apertura del pacchetto, prescritta dall'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2014/40; la collocazione e le dimensioni minime dell'avvertenza generale relativa alla salute del messaggio informativo, di cui all'articolo 9, paragrafo 3, della stessa direttiva; le dimensioni minime delle avvertenze combinate relative alla salute, stabilite dall'articolo 10, paragrafo 1, lettera g), di detta direttiva, nonché la forma delle confezioni unitarie delle sigarette e il numero minimo di sigarette per confezione unitaria, stabilita dall'articolo 14 della medesima direttiva.

193 Dalla decisione di rinvio risulta che la validità di tutte le disposizioni succitate viene contestata, in modo estremamente sommario e generico, per il motivo che, innanzi tutto, queste non sarebbero né adeguate né necessarie al conseguimento dell'obiettivo di protezione della salute pubblica. Infatti, al posto delle previste prescrizioni, considerate assai invasive, esisterebbero misure meno vincolanti, quali, segnatamente, il requisito secondo cui le avvertenze relative alla salute devono essere pienamente visibili e non possono essere alterate dalla forma del pacchetto. Poi, i requisiti contestati osterebbero alla differenziazione dei prodotti del tabacco e sarebbero produttivi di distorsioni di concorrenza. Infine, il requisito di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2014/40, secondo cui una confezione unitaria per sigarette deve contenere almeno 20 sigarette, non potrebbe trovare giustificazione nella protezione della salute pubblica.

194 La maggior parte delle obiezioni citate mette in discussione la proporzionalità delle suddette disposizioni esclusivamente con riferimento all'obiettivo di assicurare un livello elevato di protezione della salute umana, prescindendo da quello diretto ad agevolare il buon funzionamento del mercato interno, trascurando così il fatto che la direttiva di cui trattasi e, in particolare, le disposizioni oggetto della terza questione, lettera b), perseguono tale duplice finalità.

195 Orbene, da un lato, come rilevato ai punti da 97 a 105 della presente sentenza, le disposizioni del Titolo II, Capo II, della direttiva 2014/40, di cui fanno parte le disposizioni



oggetto della questione in esame, concorrono al miglioramento delle condizioni di funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco, eliminando le divergenze in materia tra le regolamentazioni degli Stati membri.

196 Lo stesso vale per quanto riguarda il numero minimo di sigarette per pacchetto, imposto dall'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 e al quale la decisione di rinvio fa specifico riferimento. Infatti, tale requisito mira principalmente a sopprimere le divergenze tra le regolamentazioni degli Stati membri, come attesta il considerando 28 della stessa direttiva.

197 D'altro lato, le prescrizioni di cui trattasi contribuiscono alla realizzazione dell'obiettivo consistente nel garantire un livello elevato di protezione della salute umana. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 191 e 192 delle sue conclusioni, forme innovative, inedite od originali possono concorrere a mantenere l'attrattiva del prodotto e ad incoraggiarne il consumo. Analogamente, determinate forme di confezionamento possono pregiudicare la visibilità delle avvertenze relative alla salute e, di conseguenza, ridurne l'efficacia, come risulta dai considerando 25 e 28 della direttiva 2014/40. Quanto al requisito in base al quale una confezione unitaria deve contenere almeno venti sigarette, esso dipende dal fatto che le piccole unità di vendita incoraggiano maggiormente ad iniziare a consumare tabacco, in quanto il consumatore è incline a ritenere che esse siano meno costose, meno impegnative e psicologicamente più accettabili.

198 Quanto alla misura meno vincolante menzionata al punto 193 della presente sentenza, è sufficiente rilevare che essa non ha l'intento di eliminare le divergenze tra le regolamentazioni degli Stati membri in materia di etichettatura e di confezionamento dei prodotti del tabacco e, quindi, non è atta a realizzare l'obiettivo consistente nel migliorare il funzionamento del mercato interno.

199 Sebbene sia vero che i requisiti sopra descritti siano, per la loro stessa natura, in una certa misura idonei ad aumentare la somiglianza tra i prodotti del tabacco, essi riguardano tuttavia soltanto taluni aspetti dell'etichettatura e del confezionamento di tali prodotti, di modo che lasciano sussistere sufficienti possibilità di differenziazione dei prodotti considerati.

200 Alla luce delle considerazioni che precedono, non si può ritenere che i requisiti prescritti dagli articoli 8, paragrafo 3, 9, paragrafo 3, 10, paragrafo 1, lettera g), e 14 della direttiva 2014/40 siano manifestamente inadeguati o vadano manifestamente al di là di quanto necessario per conseguire l'obiettivo consistente nel migliorare le condizioni di funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani.

201 Pertanto, si deve constatare che l'esame della prima questione, lettera b), non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità di tali disposizioni.

Sulla terza questione, lettera c)

202 L'articolo 10, paragrafo 1, lettere a) e c), della direttiva 2014/40, oggetto della terza questione, lettera c), prevede, essenzialmente, che ciascuna confezione unitaria o imballaggio esterno debba recare avvertenze combinate relative alla salute costituite da uno dei messaggi elencati nell'allegato I di detta direttiva e da una fotografia a colori corrispondente figurante nell'allegato II della stessa, i quali devono occupare il 65% della superficie esterna tanto del fronte quanto del retro di ciascuna confezione unitaria.

203 La validità di dette disposizioni viene contestata sostanzialmente a causa dell'ampiezza dello spazio riservato alle predette avvertenze. Infatti, viene anzitutto



affermato che una tale ampiezza non è né adeguata, né necessaria per conseguire l'obiettivo di protezione della salute pubblica, poi, che tale porzione del 65% è arbitraria e non può trovare giustificazione nelle raccomandazioni della FCTC e, infine, che i suoi effetti sono manifestamente sproporzionati.

204 Per quanto riguarda, innanzitutto, il carattere adeguato delle avvertenze combinate relative alla salute di grandi dimensioni, si deve rilevare che gli orientamenti per l'attuazione dell'articolo 11 della FCTC chiariscono, al punto, 7 che, a differenza delle avvertenze di dimensioni ridotte recanti esclusivamente un messaggio testuale, quelle di maggiori dimensioni accompagnate da immagini presentano maggiore probabilità di essere notate, sono più efficaci a far conoscere i rischi per la salute, hanno un impatto emozionale più forte e incoraggiano maggiormente i consumatori del tabacco a ridurre o ad abbandonare il loro consumo. Simili avvertenze presentano maggiore probabilità di rimanere efficaci nel tempo e sono particolarmente atte a far conoscere gli effetti sulla salute a persone poco istruite, ai bambini ed ai giovani.

205 L'apposizione di avvertenze combinate relative alla salute di grandi dimensioni non risulta pertanto manifestamente inadeguata per conseguire l'obiettivo considerato.

206 Per quanto riguarda poi il carattere asseritamente arbitrario dell'ampiezza dello spazio riservato alle avvertenze combinate relative alla salute, in forza dell'articolo 10, paragrafo 1, lettere a) e c), della direttiva 2014/40, occorre rilevare che, conformemente all'articolo 11, paragrafo 1, lettera b), iv), della FCTC, tali avvertenze dovrebbero occupare il «50% o più» dei lati principali delle confezioni unitarie, ma non meno del 30%.

207 A questo proposito, gli orientamenti per l'attuazione dell'articolo 11 della FCTC, al punto 12, raccomandano alle parti contraenti di studiare la possibilità di impiegare avvertenze sanitarie e messaggi che coprano «il 50% o più» dei lati principali e di adoperarsi affinché le stesse occupino «la maggior parte possibile» di tali lati principali, giacché secondo le prove esistenti «l'efficacia delle avvertenze relative alla salute e degli altri messaggi aumenta con le loro dimensioni».

208 Ciò premesso, non può rimproverarsi al legislatore dell'Unione di aver agito in modo arbitrario stabilendo una porzione del 65% per lo spazio riservato alle avvertenze combinate relative alla salute in forza dell'articolo 10, paragrafo 1, lettere a) e c), della direttiva 2014/40. Infatti, tale scelta si fonda su criteri riconducibili alle raccomandazioni della FCTC ed è operata, inoltre, nel rispetto dell'ampio potere discrezionale, ricordato al punto 166 della presente sentenza, di cui detto legislatore dispone.

209 Per quanto attiene infine al carattere necessario della misura in questione e ai suoi effetti asseritamente sproporzionati sulla capacità dei produttori di comunicare ai consumatori le informazioni relative al prodotto interessato, si deve rilevare, da un lato, che la parte riservata a tali avvertenze lascia uno spazio sufficientemente ampio per questo tipo di informazioni sulle confezioni unitarie.

210 Dall'altro, le restrizioni così imposte devono essere commisurate all'imperativo consistente nell'assicurare un livello elevato di protezione della salute umana in un settore caratterizzato dalla tossicità del prodotto interessato e dagli effetti di questo in termini di dipendenza.

211 Alla luce delle considerazioni che precedono, non risulta che, adottando l'articolo 10, paragrafo 1, lettere a) e c), della direttiva 2014/40, il legislatore dell'Unione abbia manifestamente oltrepassato i limiti di quanto è adeguato e necessario per conseguire l'obiettivo di migliorare le condizioni di funzionamento del mercato interno dei prodotti



del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani.

212 Pertanto, occorre rilevare che l'esame della terza questione, lettera c), non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità dell'articolo 10, paragrafo 1, lettere a) e c), della direttiva 2014/40.

Sulla settima questione

213 Alla luce di quanto rilevato al punto 52 della presente sentenza, si deve rispondere alla settima questione solo nella parte in cui essa verte sulla validità dell'articolo 7 della direttiva 2014/40 alla luce del principio di sussidiarietà.

214 Al riguardo si deve precisare che la decisione di rinvio non indica alcun motivo di invalidità relativo a tale principio e riferito alla suddetta direttiva nella sua interezza. Infatti, la validità dell'articolo 7 di questa viene contestata unicamente per il motivo che tale articolo vieta l'immissione sul mercato dell'Unione di prodotti del tabacco contenenti mentolo quale aroma caratterizzante. Si sostiene che il legislatore dell'Unione si è limitato ad affermare, in modo stereotipato, che il principio di sussidiarietà fosse rispettato, senza dimostrare che i benefici per il mercato interno riconducibili a tale divieto fossero tali da giustificare l'azione dell'Unione. Infatti, l'obiettivo di protezione della salute pubblica avrebbe potuto essere sufficientemente realizzato a livello degli Stati membri.

215 Il principio di sussidiarietà è sancito dall'articolo 5, paragrafo 3, TUE, ai sensi del quale l'Unione, nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, interviene soltanto se e nei limiti in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione prospettata, possano essere meglio realizzati a livello dell'Unione. Inoltre, il protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità allegato al Trattato UE e al Trattato FUE stabilisce, all'articolo 5, gli orientamenti per accertare se tali requisiti siano soddisfatti (sentenza Estonia/Parlamento e Consiglio, C-508/13, EU:C:2015:403, punto 44).

216 Il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà è esercitato, in prima battuta, a livello politico, da parte dei parlamenti nazionali secondo le procedure stabilite a tal fine da detto protocollo.

217 In seconda battuta, tale controllo spetta al giudice dell'Unione, che deve verificare tanto il rispetto delle condizioni sostanziali enunciate all'articolo 5, paragrafo 3, TUE, quanto il rispetto delle garanzie procedurali previste dal protocollo medesimo.

218 Per quanto riguarda, in primo luogo, il controllo giurisdizionale del rispetto delle condizioni sostanziali previste dall'articolo 5, paragrafo 3, TUE, la Corte deve verificare se il legislatore dell'Unione poteva ritenere, sulla base di elementi circostanziati, che l'obiettivo perseguito dall'azione considerata potesse essere meglio realizzato a livello dell'Unione.

219 Nel caso di specie, trattandosi di un settore quale il miglioramento del funzionamento del mercato interno, che non figura tra quelli in cui l'Unione dispone di una competenza esclusiva, occorre esaminare se l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2014/40 potesse essere meglio realizzato a livello dell'Unione [v., in questo senso, sentenza British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco, C-491/01, EU:C:2002:741, punti 179 e 180].

220 Al riguardo, come indicato al punto 143 della presente sentenza, la direttiva 2014/40 persegue un duplice obiettivo, consistente nell'agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, assicurando al contempo



un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani.

221 Orbene, anche supponendo che la seconda parte di detto obiettivo possa essere meglio realizzata a livello degli Stati membri, il perseguimento dell'obiettivo in discorso a tale livello potrebbe nondimeno consolidare, se non addirittura generare, situazioni in cui taluni Stati membri autorizzano l'immissione sul mercato di prodotti del tabacco contenenti alcuni aromi caratterizzanti, mentre altri la vietano, andando così nella direzione esattamente opposta rispetto all'obiettivo primario della direttiva 2014/40, vale a dire il miglioramento del funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati.

222 Dall'interdipendenza dei due obiettivi considerati dalla direttiva di cui trattasi risulta che il legislatore dell'Unione poteva legittimamente ritenere che la sua azione dovesse implicare l'introduzione di un regime di immissione sul mercato dell'Unione dei prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante e che, in ragione di tale interdipendenza, questo doppio obiettivo potesse essere meglio realizzato a livello dell'Unione (v., per analogia, sentenze Vodafone e a., C-58/08, EU:C:2010:321, punto 78, nonché Estonia/Parlamento e Consiglio, C-508/13, EU:C:2015:403, punto 48).

223 Inoltre, come rilevato al punto 115 della presente sentenza, il legislatore dell'Unione poteva legittimamente sottoporre tutti gli aromi caratterizzanti allo stesso regime giuridico.

224 Di conseguenza, gli argomenti volti a dimostrare che l'obiettivo di protezione della salute umana avrebbe potuto essere meglio realizzato a livello nazionale, per quanto riguarda in modo specifico il divieto dell'immissione sul mercato di prodotti del tabacco contenenti un aroma caratterizzante, devono essere respinti.

225 Per quanto concerne, in secondo luogo, il rispetto dei requisiti di forma e, in particolare, della motivazione della direttiva 2014/40 alla luce del principio di sussidiarietà, va ricordato che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, il rispetto dell'obbligo di motivazione deve essere valutato non soltanto con riferimento alla lettera dell'atto contestato, ma anche del suo contesto e delle circostanze del caso di specie (v., in tal senso, sentenza Estonia/Parlamento e Consiglio, C-508/13, EU:C:2015:403, punto 61).

226 Nel caso specifico è pacifico che la proposta di direttiva presentata dalla Commissione nonché l'analisi di impatto da essa elaborata contengano elementi sufficienti tali da far emergere in modo chiaro e non equivoco i vantaggi connessi ad un'azione intrapresa a livello dell'Unione piuttosto che a livello degli Stati membri.

227 Ciò posto, è dimostrato in modo giuridicamente valido che tali elementi hanno consentito tanto al legislatore dell'Unione quanto ai parlamenti nazionali di valutare se detta proposta fosse conforme al principio di sussidiarietà e, al contempo, fosse atta a consentire ai singoli di venire a conoscenza dei motivi relativi a detto principio e alla Corte di esercitare il suo controllo.

228 Alla luce delle considerazioni suesposte si deve rilevare che l'esame della settima questione non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità dell'articolo 7 della direttiva 2014/40.

Sulle spese

229 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:



- 1) L'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE, deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori disposizioni per quanto riguarda gli aspetti del confezionamento dei prodotti del tabacco che non siano armonizzati da tale direttiva.
- 2) L'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/40 deve essere interpretato nel senso che vieta l'apposizione sull'etichettatura delle confezioni unitarie, sull'imballaggio esterno nonché sui prodotti del tabacco in sé delle informazioni oggetto di tale disposizione, anche se materialmente esatte.
- 3) L'esame delle questioni pregiudiziali poste dalla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Alta Corte d'Inghilterra e del Galles per questioni di diritto amministrativo), non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità degli articoli 7, 18 e 24, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/40, né quella delle disposizioni di cui al Titolo II, Capo II, della stessa direttiva.