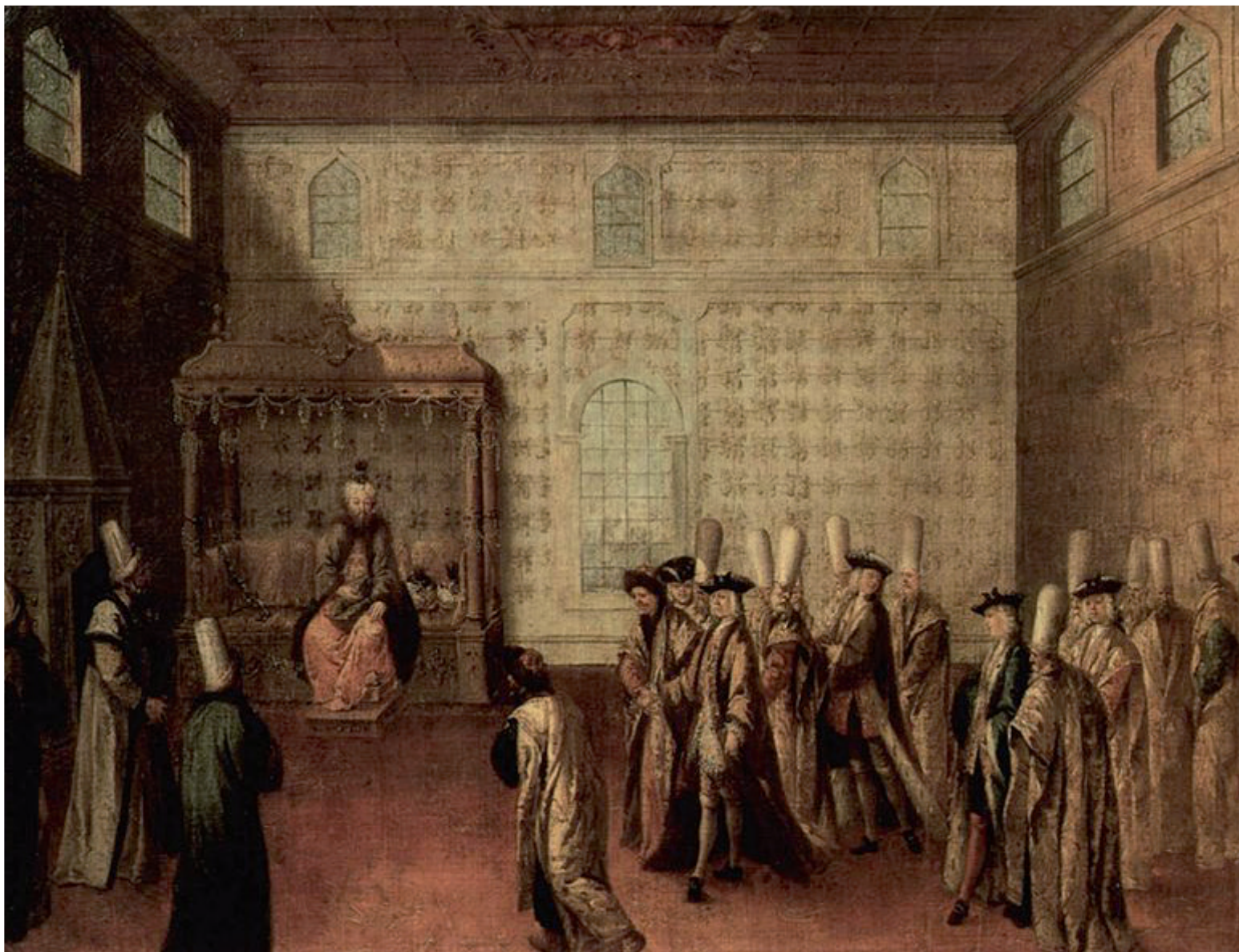




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2016 - Volume 3

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



3/2016

INDICE

DOTTRINA

Unioni civili e obiezione di coscienza

Annamaria Giulia Parisi..... 2

Updates of the current regulation for related party transactions in corporate tax

Maria Crespo Garrido 13

La negoziazione preventiva della responsabilità aquiliana

Bruno Meoli..... 36

Tutela della proprietà industriale e procedimento di mediazione e conciliazione

Clemente Pecoraro 64

STUDI E RICERCHE

La tutela del possesso nei sistemi italiano e inglese78

Carlo Attanasio

NOTE E RECENSIONI

Ordine pubblico costituzionale e *status filiationis* in Italia e negli ordinamenti europei: la normativa e

l'esperienza giurisprudenziale..... 105

GIURISPRUDENZA

Diritto d'autore e diritti connessi – Direttiva 2001/29/CE – Rinvio pregiudiziale.

Corte di Giustizia, Seconda Sezione, 8 settembre 2016 – C 160/15..... 158



3/2016

DOTTRINA

UNIONI CIVILI E OBIEZIONE DI COSCIENZA

ANNAMARIA GIULIA PARISI

La disubbidienza per essere civile dev'essere sincera, rispettosa, contenuta, mai provocatoria, deve basarsi su principi bene assimilati, non dev'essere capricciosa e soprattutto non deve nascondere rancore e odio. (Mahatma Gandhi)

Tutte le volte che un uomo rifiuta, in nome del suo senso morale (coscienza), di divenire complice di una situazione che ritiene ingiusta, o di eseguire certi comandi o certe azioni, si fa obiezione di coscienza. (A. Capitini)

In interiore homine habitat veritas. (S. Agostino)

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La storia. – 3. Norme e fondamento costituzionale. Altre esperienze. – 4. Unioni civili e obiezione di coscienza.

1. Il 2 settembre u. s., a poco più di un mese dall'emanazione del *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile per le unioni civili*¹, C.F. di Gallarate chiede al sindaco della sua città di stipulare l'unione civile col suo compagno. Il sindaco, Andrea Cassani, pur dichiarando di riconoscere i diritti degli omosessuali, rifiuta di applicare la legge 76/2016 che reputa inaccettabile per i suoi principi

¹Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 luglio 2016, n. 144 - *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76*, in G. U. n. 175 del 28 luglio 2016



etici e la sua visione della vita. Invoca il diritto di obiezione di coscienza, fiducioso che anche gli altri componenti del Consiglio comunale seguiranno il suo esempio.

C.F. si rivolge ai giornali e, amareggiato, manifesta l'intenzione di costituire l'unione civile a Milano. Sorge un immediato dibattito sulle reti *social*.

Il caso si ripresenta dopo qualche settimana. Due cittadini di Favria chiedono al sindaco la disponibilità della casa comunale per la costituzione dell'unione civile nel mese di marzo del prossimo anno. Il primo cittadino rifiuta, sulla base delle proprie convinzioni etiche e religiose e, a quanto si legge su *La Stampa* del 26 settembre, si dice contrario a delegare ad un terzo la funzione di ufficiale di stato civile.

Sono veementi le reazioni e le accuse di omofobia che si levano da parte delle associazioni riunite nel *Coordinamento Torino Pride* e dell'*Arcigay* del capoluogo piemontese, che negano la possibilità di obiezione di coscienza e si appellano agli altri principi dell'ordinamento ed alle norme che sanzionano omissione e rifiuto di atti d'ufficio da parte di un pubblico ufficiale. Si sottolinea altresì la pari dignità, a prescindere dalla loro composizione, di tutte le famiglie che si formano nell'odierno contesto sociale.

2. Nell'*Intimsphäre* di ogni individuo c'è una parte più recondita e autentica che risulta irraggiungibile persino per le disposizioni e i precetti dell'ordinamento dello Stato. E ciò è pressoché unanimemente condiviso nella coscienza giuridica della moderna società democratica¹.

Il che si traduce nella pacifica accettazione della impossibilità dell'imposizione *ope legis* di un obbligo di adesione interiore al precetto dell'ordinamento.

Nella nostra legge fondamentale non v'è traccia dell'espressione 'obiezione di coscienza'² e nemmeno del termine coscienza *tout court*. Tuttavia la Corte Costituzionale, proprio nell'affrontare il tema dell'obiezione di coscienza chiarisce che coscienza è la

¹Non a caso l'istituto in discorso è stato definito come *il frutto maturo delle democrazie moderne* (S. BERLINGÒ, *Ordine etico e legge civile: complementarietà e distinzione*, in *Iustitia*, 1996, p. 203). In tema, per una bibliografia essenziale, cfr. G. CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, in *Foro It.*, 1950, II, 47; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, v. I, Padova, 1987; R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza nei sistemi giuridici contemporanei*, Torino, 1967; F. C. PALAZZO, v. *Obiezione di coscienza*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 539; H. ARENDT, *La disobbedienza civile e altri saggi*, tr. it., Milano, 1985; P. MONETA, *Obiezione di coscienza e riconoscimento delle esigenze religiose del cittadino*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982; G. COSÌ, *Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*, Milano, 1984; S. Prisco, *Fedeltà alla repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo stato 'laico'*, Napoli, 1986; F. MARZANO, *Libertà costituzionali, obiezione di coscienza e convertibilità dell'obbligo di legge*, Napoli, 1987; F. ONIDA, *L'obiezione di coscienza nelle prestazioni lavorative*, in AA. VV., *Rapporti di lavoro e fattore religioso*, Napoli, 1988; A. PUGIOTTO, *Alcuni problemi di tutela giurisdizionale in tema di obiezione di coscienza al servizio militare*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988; F. D'AGOSTINO, *Obiezione di coscienza e verità del diritto tra moderno e post-moderno*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1989/2; ID., *L'obiezione di coscienza nella prospettiva di una società democratica avanzata*, in *Dir. Eccles.*, 1992, I, 65; M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, 1990; G. DALLA TORRE, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma, 1992; A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992; V. TURCHI, *L'obiezione di coscienza nell'Evangelium vitae*, in *Iustitia*, XLIX, 1996, 334; A. GARAY-GONI, *Récents développements sur l'objection de conscience en France*, *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1996, 447.

²E ciò diversamente dalla GG (cfr. art. 3, comma 3° e art. 12, comma 2; dalla Costituzione austriaca (art. 9, comma 3; da quella spagnola (art. 30, commi 2 e 3); portoghese (art. 41, comma 5) o dei Paesi Bassi (art. 99), per non citare le Carte costituzionali più recenti.



relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso, che si inverte nella sfera delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili della persona³. È dunque la coscienza una entità trasversale - per taluno un 'valore' -, la matrice in cui si incardinano diritti e libertà.

Allorché la coscienza dell'individuo percepisce l'impossibilità di aderire ad un comportamento determinato imposto dalla legge, ne scaturisce l'imperativo del rifiuto di norme intimamente inaccettabili: talché la scelta è per un comportamento conforme alle proprie intime convinzioni anche a rischio di incorrere nelle sanzioni connesse all'obbligo giuridico disatteso. A tale atteggiamento si dà nome di obiezione di coscienza, le cui ragioni attengono dunque alla persona, alla sua personalità, alla sua *Intimsphäre*, e possono essere d'ordine morale, umanitario, religioso e persino ideologico.

La difficile scelta tra l'obbedire alle leggi scritte dall'uomo e alle leggi non scritte e *non di un'ora fa, né di un giorno, ma ...della vita misteriosamente eterna* fu già risolta emblematicamente da Antigone, la protagonista della tragedia di Sofocle, che accettò la pena capitale imposta dal tiranno pur di compiere i riti prescritti dalla pietà religiosa sul cadavere del fratello Polinice⁴.

Ma la storia ricorda, in epoca romana, in concomitanza con la diffusione del cristianesimo che proibiva ai credenti di *militare ac bellare*⁵, il primo obiettore Massimiliano che rifiutò di sottostare all'obbligo che imponeva ai figli dei graduati dell'esercito di seguire la carriera del padre. L'alternativa per lui era la morte: e così venne giustiziato il 12 marzo del 295 d. C. Al proconsole Dione che esortava il padre a convincere il figlio, il veterano Fabio Vittore così replicava: *Egli sa da sé, con la propria coscienza, ciò che deve fare*⁶. Da qui il primo accostamento del termine coscienza all'obiezione.

La coerenza inflessibile della Chiesa dei primi secoli durò fino all'editto di Costantino: fu allora che, con un *revirement* dal sapore di compromesso, dapprima si consentì ai cristiani di militare nell'esercito dell'imperatore che aveva apposto sulle sue insegne il simbolo della croce, mentre un anno dopo, il Concilio di Arles del 314 obbligava *tout court* anche i cristiani a militare nell'esercito di Costantino.

Da quel momento, e in una crescente abiura delle parole di San Cipriano⁷, la Chiesa giunse a benedire le armi dei Crociati.

Oggi la Chiesa è tornata a considerare l'obiezione di coscienza al servizio militare un dovere morale per il perfetto cristiano⁸.

³Corte Cost. 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. It.*, 1992, I,1, 630; in *Giur. Costit.*, 1991, 3805; in *Giust. Pen.*, 1992, I, 78. Per la Corte, *la sfera intima della coscienza individuale deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana...* Talché, "la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (c.d. obiezione di coscienza)."

⁴ Risale dunque al V secolo a. C. la presa d'atto del contrasto tra le leggi positive dello Stato e le norme di condotta che ogni persona ritrova in sé, appartenenti ad una legislazione celeste e immutabile. Antigone si adegua al principio sacro e intangibile in ossequio del quale i congiunti sono tenuti a tributare ai defunti gli onori della sepoltura, nella consapevolezza incrollabile che l'editto di un uomo non può prevalere sulle leggi non scritte degli dei. Per la dottrina il pensiero di Sofocle incarna il c. d. giusnaturalismo volontaristico (cfr. C. FARALLI, *Le grandi correnti della filosofia del diritto. Dai Greci ad Hart*, 2ª ed., Torino, 2014).

⁵ San Cipriano con veemenza evidenziava come l'omicidio, un crimine se compiuto da un singolo, diveniva virtù e addirittura eroismo se compiuto in nome dello Stato: ed allora *l'impunità dei delitti non è garantita dall'innocenza, ma dalla grandezza della ferocia* (Cipriano, *Ad Donatum*, Cap. VI).

⁶ *Acta Maximiliani*, Cap. II,1-3.

⁷ Cfr. *supra*, nota 6.



Dopo secoli di guerre che insanguinarono le nazioni in nome di valori quali lealtà, fedeltà al proprio sovrano e amor di patria, e dopo l'orrore delle grandi guerre che sotto i vessilli di una pretesa superiorità etnica, dell'odio religioso o di classe, talora in nome di una pace futura, causarono innumerevoli martiri combattenti ed altrettante vittime non belligeranti, si fa strada nell'animo umano la propensione ad una nuova, laica, obiezione di coscienza.

Ne è espressione David Miller, uno studente pacifista di New York, che nel 1965, davanti ad un folto gruppo di manifestanti a favore della fine della guerra nel Sud-Est asiatico, bruciava la cartolina che lo chiamava a combattere in Vietnam. Fu arrestato e condannato da una corte federale a due anni di reclusione, ma il suo gesto era stato ripetuto nello stesso giorno da circa centomila giovani coscritti, in altre quaranta città degli States.

Il dibattito sociale e politico che ne seguì portò, nel 1973, all'abolizione del servizio militare obbligatorio.

In Italia il primo obiettore laico fu Pietro Pinna, che, dopo aver assistito alle stragi della seconda guerra mondiale, fondava il suo rifiuto della leva sul principio di non violenza condiviso anche da Aldo Capitini.

Difeso dall'avvocato Bruno Segre, venne condannato alla detenzione, fino a quando non venne formalmente congedato perché affetto da nevrosi cardiaca.

Il caso Pinna suscitò grande scalpore, in quanto chi rifiutava il servizio militare era considerato renitente alla leva o disertore e veniva tacciato di scarso patriottismo, di viltà o di alto tradimento, tuttavia si originò l'acceso dibattito più che ventennale che portò, nel 1970, alla presentazione della proposta di legge sulla legalizzazione dell'obiezione di coscienza, alla sua approvazione nel 1972 (*legge Marcora*) e, dopo ben cinque anni, alla promulgazione del relativo decreto di attuazione⁹.

La legge Marcora - in attuazione del principio della convertibilità dei doveri pubblici, concedeva agli obiettori il beneficio della sostituzione del servizio militare con un servizio civile obbligatorio che, con palese intento penalizzante, era di otto mesi superiore alla durata della leva¹⁰.

La legge 8 luglio 1998, n. 230, riconosce invece per la prima volta un vero e proprio diritto all'obiezione di coscienza, pur presentando talune conseguenze e restrizioni a danno di chi esercitava di fatto tale diritto¹¹.

⁸L'obiezione di coscienza è praticata, tra gli altri, dagli adepti delle chiese della Riforma notoriamente pacifisti, come i Testimoni di Geova o gli *Avventisti del Settimo Giorno del Movimento di Riforma*.

⁹D.p.r. 28 novembre 1977, n. 1139: *Norme di attuazione della legge 15 dicembre 1972, n. 772, sul riconoscimento dell'obiezione di coscienza*.

¹⁰Il Giudice delle leggi ha ritenuto costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3, 1° comma, Cost., l'art. 5, 1° comma, l. 15 dicembre 1972, n. 772, nella parte in cui prevede che i giovani ammessi a prestare servizio sostitutivo civile debbano prestarlo per un tempo superiore di otto mesi alla durata del servizio di leva cui sarebbero tenuti: cfr. Corte Cost., 31 luglio 1989, n. 470, in *Giur. It.*, 1990, I, 1208; in *Giur. Cost.*, 1989, I, 2161; in *Nuova Rass.*, 1989, 2273 e in *Foro It.*, 1990, I, 36, nota di Messina, Romboli, Rossi.

¹¹Grazie alla l. n. 230/1998 scompare anche il c.d. *Tribunale della coscienza*, ovvero la commissione istituita per l'accertamento della sincerità delle motivazioni addotte dagli obiettori. La legge italiana è successiva Risoluzione sull'obiezione di coscienza negli Stati membri della Comunità del 19 gennaio 1994 (*risoluzione Badrés Molet e Bindi*) ove tra l'altro si afferma che il *Parlamento europeo... considera l'obiezione di coscienza un vero e proprio diritto soggettivo, riconosciuto dalla risoluzione 89/59 della commissione per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite e intimamente connesso all'esercizio delle libertà individuali e ritiene pertanto che si possa servire la collettività sia prestando il servizio militare sia prestando un servizio di tipo civile*. Sul tema, S. BIESEMANS, *L'obiezione di coscienza in Europa*, Bari, 1994.



3. Dopo la sospensione del servizio di leva attuata con la l. 23 agosto 2004, n. 226, è caduta anche l'opzione di usufruire del servizio civile obbligatorio. Tuttavia per gli ex obiettori perduravano le prescrizioni e le limitazioni connesse col precedente esercizio del diritto come, *in primis*, l'irrinunciabilità dell'opzione e la conseguente durata per tutta la vita dello *status* di obiettore, cui conseguiva - tra l'altro - il divieto della richiesta di porto d'armi, di arruolarsi nelle forze armate o nella polizia municipale o l'estrema difficoltà di trovar un impiego nel campo dell'industria della difesa.

La legge 2 agosto 2007, n. 130, ha sostanzialmente ovviato a queste limitazioni riconoscendo al soggetto - già assegnato al servizio civile - la facoltà di rinunciare allo *status* di obiettore presentando, decorsi cinque anni dal congedo dal servizio, la relativa dichiarazione, questa volta irrevocabile, all'Ufficio nazionale per il servizio civile. Per mezzo di tale rinuncia il medesimo soggetto può anche superare il divieto, imposto dal successivo d. lgs 5 marzo 2010 n. 66 (Codice dell'arruolamento militare), di partecipare a qualsiasi concorso, privato o pubblico, relativo ad un impiego che comporti l'uso delle armi.

Dunque la giuridificazione dell'obiezione di coscienza avviene per la prima volta nel nostro ordinamento con riguardo al servizio di leva: infatti è solo grazie all' *interpositio legislatoris* che l'istituto *de quo* da mera posizione soggettiva si trasforma in diritto soggettivo perfetto, azionabile anche in via giurisdizionale.

L'ordinamento ha riconosciuto altre forme di obiezione di coscienza: all'interruzione volontaria della gravidanza, come da l. 22 maggio 1978, n. 194, art. 9; alla sperimentazione animale, giusta la legge 12 ottobre 1993, n. 413 ed alla procreazione medicalmente assistita, ex art. 16, l. 19 febbraio 2004, n. 40 - PMA da un anno estesa dalla Consulta anche alle coppie non sterili che rischierebbero di generare figli affetti da gravi malattie trasmissibili geneticamente¹.

Sono evidenti i principi costituzionali in tal modo salvaguardati, coinvolgendo l'obiezione di coscienza anche diritti fondamentali come il diritto alla vita in tutte le sue forme.

È comunque da rinvenire nel dettato costituzionale², e precisamente negli artt. 2, 3, 10, 13, 19 e 21 Cost., il fondamento dell'obiezione di coscienza: in particolare, l'art. 13 Cost. nell'inviolabilità della libertà personale integra, nella sua unità inscindibile, la dimensione psicofisica della mente e del corpo e include quindi la libertà di coscienza, che per taluno si esplica nella duplice dimensione della inaccettabilità di imposizioni esterne nella costruzione della propria dimensione interiore e nella facoltà di adeguare il

¹Corte Cost. 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro It.*, 2015, 7-8, 1, 2250; in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 10, 930 e in *Corriere Giur.*, 2016, 2, 186. Oltre alle varie obiezioni di natura religiosa e l'obiezione al giuramento, risolte con l'intervento del legislatore (cfr., tra le altre, Corte Cost. 10 ottobre 1979, n. 1178, in *Foro It.*, 1981, I, 625; 30 luglio 1984, n. 234; 8 ottobre 1996, n. 334, in *Corriere Giur.*, 1996, 12, 1421), ne sono sorte altre, in diversi campi: fiscale, del lavoro, educativo, ecc., all'interno dei quali i quali si sono poste questioni specifiche molto varie: ma la loro trattazione esula da questo contributo.

² Peraltro, in sede di Assemblea costituente ed in tema di servizio militare fu respinto l'emendamento che proponeva di aggiungere all'art. 52, comma 2°, Cost., la frase: *sono esenti dal portare le armi coloro i quali vi obiettano per ragioni filosofiche e religiose di coscienza*. Sulla proposta Caporali, cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Vol. III, Camera dei Deputati - Segr. Generale, Roma, 1971pp. 1827; 1900 ss. *Adde*, V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana: illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Milano, 1979, p. 166.



comportamento esterno agli imperativi della propria coscienza³; mentre nell'art. 19 Cost. è insito il fondamento della libertà religiosa, che necessariamente ingloba il diritto alla libertà di coscienza, anche se ne consegue la legittimazione dell'obiezione di coscienza per motivi religiosi e non quella per motivi etici o filosofici; invece l'art. 21 Cost. tutela insieme – nella libera manifestazione del pensiero – anche la libera espressione delle proprie convinzioni religiose, etiche e filosofiche. Talché l'obiezione di coscienza viene quasi a configurarsi come la clausola di salvaguardia dei valori e dei diritti fondamentali della persona, senza incorrere nella lesione del principio di legalità.

Le costituzioni successive alla seconda grande guerra, come quella tedesca e italiana, hanno riorientato il diritto ponendo al centro la persona umana che diviene, nel contempo, scopo dell'intero ordinamento⁴. Anche l'istituzione della Corte costituzionale e del giudizio di costituzionalità riprova che le norme non sono il prodotto esclusivo della volontà della maggioranza, ma sono soggette al limite ed al controllo di costituzionalità.

Ne consegue la perdita della pretesa di autoreferenzialità del diritto stesso che accoglie il confronto di ragionevolezza sui valori fondamentali. Talché il principio di legalità tempera il suo carattere rigido e astratto e si conforma al diritto costituzionalizzato, che accomuna nella sua tutela la libertà di coscienza di chi si oppone alla norma imperativa che tuttavia contrasta con un valore fondamentale: i diritti della persona si atteggiavano ora a dimensione prioritaria della stessa giuridicità, e sono tali anche al di là del loro riconoscimento legale. Dunque la giuridicità risulta disgiunta dalla legalità, la precede e ne costituisce il fondamento: ne conseguirebbe la perfetta assimilazione tra diritti legali e diritti morali e l'illegittimità di una loro violazione da parte dello Stato. Peraltro la giuridicità di un diritto stabilito dalla legge è riconosciuta e condivisa; un diritto morale, invece, è da rivendicare e in attesa di riconoscimento e di condivisione etica. Un dovere morale che si esaurisca nella sfera dei valori e delle credenze personali, privo di una sua giustificazione oggettiva, non attinge alla dimensione giuridica, ricreando il paradosso della contrapposizione tra diritto/dovere morale e diritto/dovere legale: la soluzione è nel riconoscere tale contrapposizione come mera distinzione ed individuarne il possibile rapporto con la giuridicità, trascorrendo da una *logica degli opposti* alla *logica dei distinti*.

Ne deriverebbe che l'obiezione di coscienza non si configura come fatto giuridico in quanto riconosciuta dalla legge, bensì è *secundum legem* proprio perché il rispetto dell'identità personale è un diritto inalienabile e fondamentale⁵.

La libertà di coscienza è riferibile invero a quel *forum internum* che include la sfera delle convinzioni personali e credenze religiose e della loro manifestazione, tutelate anche dall'art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: e il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione implica altresì la libertà di cambiare la propria religione o le proprie convinzioni.

Tuttavia la coscienza non può costituire l'*habitat* dell'opinabile: il *core* della questione non è l'ammissibilità dell'obiezione di coscienza, ma la definizione dei suoi limiti per via legislativa, il che non sempre è agevole a causa del mutevole e variegato aspetto di cui essa si connota nelle diverse situazioni. Tanto più che proprio in tema di libertà di coscienza si

³ Cfr., A. CERRI, v. *Resistenza (diritto di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 1.

⁴ Per una disamina approfondita sui diritti personalissimi con riferimento anche alle principali carte costituzionali, sia consentito il rinvio, tra l'altro, a A. G. PARISI, *Sport e diritti della persona*, Torino, 2009, spec. pp. 86 ss.

⁵ Corte Cost. n. 467/1991, cit.



evidenzia la capacità espansiva - che diviene quasi *eccedenza normativa* - dei valori costituzionali rispetto alle stesse norme scritte della Costituzione⁶. Si discorre, quindi, della forza propulsiva interna della nostra Legge fondamentale⁷ che, seppur rigida, è tale da ricomprendere posizioni soggettive o diritti non testualmente espressi.

Dunque porre dei limiti all'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza o, *rectius*, all'esercizio del diritto della libertà di coscienza⁸, per la salvaguardia di altre situazioni costituzionalmente tutelate spetta al Legislatore e alla Corte Costituzionale, forse su nessun altro tema così produttivamente intervenuta. La medesima Corte, in uno dei suoi interventi⁹, ribadisce che compete al Legislatore il bilanciamento tra l'obbligo generale imposto dalla legge e il diritto alla diversità che promana dallo stesso principio di uguaglianza che, in ossequio al criterio della ragionevolezza, la cui valutazione è riservata al Giudice delle leggi, impone di trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo differente situazioni disuguali.

Se è tutto sommato condivisibile il fatto che l'obiezione si configuri come un *fenomeno socialmente minoritario*¹⁰, in taluni ambiti e specifiche categorie - come nei casi di interruzione volontaria di gravidanza - l'obiezione dei professionisti sanitari può essere tanto diffusa da causare disservizi, quando non la lesione di diritti delle comunità interessate¹¹. Rileva come la stessa l. 22 maggio 1978, n. 194, all'art. 9, comma 4 prescriva come enti ospedalieri e case di cura siano tenuti *in ogni caso* ad assicurare l'espletamento delle procedure per l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza richiesti secondo le modalità previste dalla normativa. Del che la regione *controlla e garantisce l'attuazione, anche attraverso la mobilità del personale*¹².

Proprio in materia d'aborto, ben diversamente la Corte Costituzionale¹³ ha negato ad un magistrato l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza, ravvisando una non uniformità di *status* se non di situazione: più specificamente, nel caso del giudice tutelare tenuto ad intervenire, ai sensi dell'art. 12, comma 2°, della legge n. 194 del 1978, nella

⁶ Sul tema, in senso critico, cfr. A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Politica del Diritto*, 1993, 1, 4.

⁷ Cfr. G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione: analisi e interpretazioni*, Torino, 1995, p. 28.

⁸ Dato che l'obiezione può esser definita propriamente come un *contenuto concreto della libertà di coscienza*, oltre che diritto inviolabile contraddistinto dunque da *originarietà, indisponibilità, intrasmissibilità e imprescrittibilità*: così G. DALLA TORRE, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Milano, 1991, p. 38.

⁹ Per il Giudice delle leggi, "Secondo il paradigma logico proprio dei giudizi di ragionevolezza, nei casi in cui vengano in questione contrapposti interessi di rilievo costituzionale, occorre raffrontare il particolare bilanciamento operato dal legislatore, nell'ipotesi denunciata, con la gerarchia dei valori coinvolti nella scelta legislativa quale risulta stabilita nelle norme costituzionali" (Corte Cost, n. 467/1991, cit).

¹⁰ R. BERTOLINO, *Obiezione di coscienza moderna*, Torino 1994, p. 1.

¹¹ Come è accaduto ad esempio nelle Marche: il che ha causato all'Italia, nel 2014, un severo richiamo da parte di Bruxelles.

¹² Ma, diversamente, all'ente ospedaliero non è consentita "obiezione": il Consiglio di Stato precisa che in capo all'Amministrazione sanitaria sussiste un vero e proprio obbligo di *facere*, poiché solo mediante la prestazione della struttura sanitaria è possibile che il diritto del paziente, di fronte al rifiuto del singolo medico, trovi attuazione (Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460).

¹³ Corte Cost. 25 maggio 1987, n. 196, in *Corriere giur.* n. 7/1987 e in *Foro it.* n. 1, 1988, 759 ss., con nota di ROSSI, *L'obiezione di coscienza del giudice*. Dello stesso tenore, le Ordinanze n. 445 del 1987; n. 293/1993; n. 76/1996; n. 514/2002; n. 416/2007, tutte in ordine ad azioni promosse da giudici tutelari nell'ambito della procedura di autorizzazione all'IVG.



procedura di interruzione della gravidanza di una minore¹⁴. Talché, il Pretore di Napoli, chiamato a decidere sull'interruzione della gravidanza, ritenuto che la propria autorizzazione costituisse parte integrante dell'intera procedura abortiva, e premesso che *le proprie convinzioni scientifiche, filosofiche e religiose lo ponevano in un conflitto insanabile tra la propria coscienza e gli obblighi derivanti dalle sue funzioni*, esponendolo *per la partecipazione alla procedura abortiva alle relative sanzioni previste dal diritto canonico* e che la legge n. 194/1978 attribuisce l'obiezione di coscienza al solo personale medico, dichiarava non manifestamente infondata l'incostituzionalità della norma, per la mancata previsione, nella lettera degli artt. 9 e 12 della legge *de qua*, della possibilità per il giudice tenuto all'adozione del provvedimento richiestogli in qualità di giudice tutelare, di sollevare obiezione di coscienza. E ciò in base alla tutela dei diritti inviolabili di libertà religiosa, di libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero predisposta dagli artt. 19 e 21 Cost. Escludeva, infatti, il magistrato, che le libertà individuali, garantite a tutti gli individui, trovassero nel proprio caso un limite nell'art. 101, comma 2, Cost. ove si afferma che i giudici sono soggetti soltanto alla legge.

La Corte Costituzionale non affronta immediatamente il *focus* della questione, vale a dire l'eventuale conflitto tra il dovere di *jus dicere*, in ossequio alla legge e la libertà religiosa e di coscienza del magistrato, ma si dedica ad analizzare ed a 'neutralizzare' in termini di responsabilità decisionale - peraltro, a parere di chi scrive, in modo poco convincente - , l'apporto del giudice tutelare nel procedimento abortivo. Infatti, la precedente verifica delle condizioni oggettive richieste per procedere all'interruzione della gravidanza, di *competenza delle autorità socio-sanitarie* non rientra nell'intervento del giudice che, integrando la volontà della minore, che a parere della Corte costituisce il momento qualificante del procedimento, è tenuto "soltanto" (sic!) ad autorizzare – oppure no - ossia ad avallare, oppure no - la decisione della donna di abortire. Tanto, nel caso non sia possibile od opportuno chiedere l'assenso dei genitori.

Identificando l'intervento autorizzativo del giudice tutelare sostanzialmente nella semplice valutazione ed integrazione del convincimento della minore, la Consulta esclude che il diritto all'obiezione di coscienza riconosciuto al sanitario e non al magistrato comporti la violazione del principio di uguaglianza.

Rimessa in tali termini la questione, il Giudice delle leggi ricorda che sono *beni parimenti protetti in assoluto* sia la libertà di coscienza e di espressione, sia l'adempimento della funzione giurisdizionale, sia pure in ambito di giurisdizione volontaria. Ed il dettato costituzionale *obbliga il pubblico funzionario ad adempiere il proprio compito con disciplina ed onore*. Ribadita *l'esigenza primaria e inderogabile di rendere giustizia*, la Corte rammenta come al magistrato sia richiesto, altresì, il prudente apprezzamento da dedicare alla valutazione da effettuare *con coscienza ed obiettività, contemperando la soggezione alla legge con l'esigenza di rispettare l'intimo e personale convincimento (!)*. Non esitano, i Giudici costituzionali, a ventilare il ricorso ad *adeguate misure organizzative* che sembra possano consentire di poter tener conto *delle convinzioni proprie di ciascun magistrato nell'organizzazione degli uffici giudiziari*. Il che, seppure non

¹⁴La previsione come noto stabilisce che qualora la richiesta di interruzione della gravidanza provenga da donna di età inferiore ai diciotto anni, e seri motivi impediscano la consultazione dei genitori o del tutore, oppure queste persone, interpellate, rifiutino il proprio assenso o esprimano pareri difformi, il consultorio, la struttura socio-sanitaria ovvero il medico svolgano la procedura istruttoria, rimettano una relazione e richiedano il parere del giudice tutelare che, entro cinque giorni, *sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna a decidere l'interruzione della gravidanza*, ed il suo provvedimento non è soggetto a reclamo.



espresso con chiarezza, sembra riecheggiare in parte il comma 4 dell'art. 9, l. n. 194/1978, che indica alle Regioni di sopperire ai disservizi causati dall'obiezione di coscienza del personale sanitario per via organizzativa, *anche attraverso la mobilità del personale*. Si direbbe che la Corte si è fatta comunque carico, almeno a livello di intima coscienza, del disagio vissuto dal magistrato¹⁵.

Ben più deciso il *Tribunal Supremo*¹⁶, nell'affermare che i magistrati, ossia i funzionari dello Stato a cui è deputata l'applicazione delle leggi, sono sottoposti esclusivamente alla legge: se l'esercizio delle loro funzioni fosse subordinato a valutazioni personali o di coscienza verrebbe meno la tutela dei diritti e degli interessi di tutti. D'altronde, non è ammissibile un diritto generale all'obiezione di coscienza: diversamente, l'efficacia della legge sarebbe subordinata alla sua conformità all'intima coscienza del singolo, al suo *forum interiore*, il che implicherebbe necessariamente il crollo degli stessi fondamenti dello Stato democratico di diritto.

I Supremi giudici si esprimono in tal senso in relazione alle istanze presentate da funzionari dello Stato miranti ad esercitare il diritto all'obiezione di coscienza contro l'applicazione del novellato art. 44 del codice civile spagnolo che ha esteso il matrimonio alle coppie *same sex*.

Tra l'altro, per il Supremo la registrazione delle nozze omosessuali è un atto dovuto, ma di natura indubbiamente tecnica, squisitamente laica e quindi neutra in ordine ad *orientamenti e pratiche di natura religiosa*.

In Francia il *Conseil constitutionnel* ha precisato che il sindaco è un pubblico ufficiale che agisce per conto dello Stato, *in adempimento di una missione di servizio pubblico*, e, nella specie, *assicura l'osservanza e l'applicazione delle leggi dello stato civile*. Oltre a ciò, è lo stesso principio della *neutralità del pubblico servizio* che esclude per il sindaco la possibilità di astenersi dal compimento di un atto cui è tenuto per legge, invocando ragioni religiose o filosofiche: anche per il *Conseil Constitutionnel* la celebrazione del matrimonio *egualitario* tra persone dello stesso sesso si sostanzia nel fatto tecnico di raccogliere il consenso liberamente e pubblicamente espresso da ognuno dei nubendi, al che nulla adduce il fatto che si sia di fronte ad una coppia etero od omosessuale. Alla neutralità del servizio pubblico si associa la neutralità del *gender* degli sposi, che in alcun modo, per il Consiglio, può collidere con il diritto alla libera manifestazione delle proprie convinzioni di cui è titolare il pubblico ufficiale e, in particolare, dell'ufficiale dello stato civile¹⁷.

¹⁵Per altri, l'art. 101 Cost. non implica la rigida obbedienza a una norma oggettiva: il contrasto tra morale e funzione non può essere risolto in termini d'interpretazione: talché sembra ammissibile l'astensione facoltativa di cui all'art. 51, comma 2, c.p.c. per il magistrato che segnali al capo dell'ufficio il suo disagio nell'esercizio della funzione giudicante. In tali termini, entro questo limiti, non si tratta di esercitare un diritto a sottrarsi per motivazioni ideologiche, ma di assicurare tutela in due diverse e complementari direzioni: la coscienza, per il singolo, e la giustizia, per la collettività. (Cfr. S. ATTOLLINO, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria della gravidanza: la prevalenza di un'interpretazione restrittiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), n. 33/2013).

¹⁶ *Tribunal Supremo*, n. 69/2007, 11 maggio 2009.

¹⁷Cfr. *Conseil Constitutionnel*, 18 ottobre 2013, in *Quaderni Dir. e Politica ecclesiastica*, 2013, 941.



4. Da quanto già espresso rileva la radicale improponibilità dell'obiezione di coscienza da parte del sindaco o di altro pubblico ufficiale a fronte della costituzione di una unione civile ex l. 76/2016.

In primis, una valutazione d'ordine morale, o semplicemente d'ordine logico: se è inaccettabile la riserva di coscienza per il magistrato cui ripugna aver parte nella soppressione di una vita innocente, posto che le sue intime convinzioni etiche e religiose ritengono persona già il concepito, certamente i Giudici costituzionali non potrebbero discostarsi dalla loro costante opinione quando ciò che turberebbe la serenità della coscienza è un atto d'amore e che comunque celebra la vita, la comunione solidale, l'*affectio*...

Un sindaco, un pubblico ufficiale, l'ufficiale dello stato civile non può venir meno al dovere d'ufficio perché, per motivi di coscienza, non condivide la legge dello Stato che comunque è tenuto ad applicare.

Tanto più che, nel caso specifico della costituzione dell'unione civile, l'*interpositio legislatoris* è già attuata ed operante, seppure *a contrario*.

Durante l'iter che ha condotto alla laboriosa redazione della legge 76, la Commissione Giustizia aveva respinto un emendamento finalizzato ad introdurre, per i funzionari dello Stato, la facoltà di astenersi dalla stipula delle unioni civili: dunque, mancando nel testo della legge la previsione dell'obiezione di coscienza, questa risultava già di per sé inattuabile.

Con la pubblicazione del d.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144, contenente il *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile*, indispensabile per l'effettiva attuazione della nuova normativa, adempimento completato con l'emanazione del decreto del Ministro dell'interno del 28 luglio 2016 recante nell'Allegato A le formule destinate agli ufficiali dello stato civile tenuti a redigere gli atti relativi alle unioni civili, è giunto, ben tempestivamente, il parere positivo del Consiglio di Stato¹ tenuto a verificare che le disposizioni della norma primaria fossero ben attuate.

I giudici sono altresì intervenuti su una questione di carattere generale attinente ai doveri di adempimento, a carico dei Comuni, in ordine alle richieste delle coppie *same sex* e riguardante la possibilità evocata da taluni sindaci di esercitare il diritto di obiezione di coscienza in base alle proprie convinzioni culturali, morali o religiose, così da bloccare l'operatività dell'istituto dell'unione civile.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che una questione di coscienza assume rilievo giuridico quando è *secundum legem*, trovando spazio, cioè, in una norma. Infatti, in un sistema costituzionale e democratico è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge.

Nel caso della legge 76/2016 un emendamento in tal senso è stato addirittura respinto dall'assemblea parlamentare, che ha in tal modo espresso la sua contrarietà - assolutamente non superabile ora in sede di attuazione - all'introduzione dell'istituto dell'obiezione, che viene qui a configurarsi come fenomeno estraneo alla legge e di nessuna efficacia.

E dunque gli adempimenti previsti dalla legge che ha regolamentato le unioni civili costituiscono dovere civico, e sono a carico dell'*ufficiale di stato civile*, ossia di un pubblico ufficiale che può anche essere diverso dalla persona del sindaco. È così individuata

¹ Cons. Stato, Sez. Atti normativi, 21 luglio 2016, n. 1695/2016.



un'ampia categoria di soggetti, fatto che integra anche la possibilità che nel caso in cui per un funzionario rilevi un "impedimento di coscienza", un altro ufficiale di stato civile possa adempiere agli obblighi necessari alla costituzione dell'unione, assicurando una piena tutela all'interesse della coppia richiedente. Talché, il sindaco che non intende adempiere al proprio *munus* potrà delegare agevolmente un altro funzionario. E ciò, senza porre in discussione *il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile*: il che sarebbe *contra legem*, mentre il mancato adempimento dei propri obblighi verrebbe a configurarsi come rifiuto od omissione di atti d'ufficio, perseguibile ai sensi dell'art. 328 c. p.

Entro il prossimo 5 dicembre, ai sensi dell'art. 1 comma 28 della legge n. 76/2016, saranno emanati dal Governo i decreti delegati contenenti le scelte definitive ed organiche sì che il Legislatore, dando una risposta adeguata *alle esigenze di realizzazione esistenziale e relazionale* di molti cittadini, possa consentire loro di ricondurre a un rapporto giuridicamente regolato il desiderio di vivere liberamente una condizione di coppia², *nell'ambito di una comunione di vita presidiata dal riconoscimento dei connessi diritti essenziali e dei correlati doveri di assistenza reciproca e di solidarietà*.

²Giusta decisione Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 3, 179; in *Giur. It.*, 2011, 3, 537; in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 2010, 4, 979; in *Foro It.*, 2010, 5, 1, 1361 e in *Foro It.*, 2010, 6, 1, 1701.



UPDATES OF THE CURRENT REGULATION FOR RELATED PARTY TRANSACTIONS IN CORPORATE TAX¹

MARIA CRESPO GARRIDO²

SOMMARIO: I. Introduction. - II. Applicable legislation. - III. Definition of related party transactions. - 1. Scope of linking. - 2. Accounting definition of linkage. - 3. Fiscal definition of linkage. - IV. Scope of transactions. - 1. Accounting scope. - 2. Fiscal scope. - V. Valuation of related-party transactions. - 1. Valuation methods. - VI. Valuation adjustments. - VII. Documentation. - VII. Infractions and sanctions. - IX. Conclusions. - X. Bibliography.

I. Taxation of transactions between related entities has been amended upon the approval of Law 27/2014, of 27 November and Royal Decree 634/2015, of July 10, which approved the Guidelines for Corporate Tax.

The legislation seeks to regulate transactions between non-independent entities that, taking advantage of the fragmentation of the tax system, seek to defer benefits to countries where taxation is less or, at the Spanish domestic level, intends to favor lower taxation for entities, from that, which corresponded, if these transactions were made among independent operators, proceeding to make the corresponding bilateral adjustments. Usually, at the national level this assessment different from that given by market value, responds to an intention; of transfer losses to entities whose taxable bases are positive, transfer benefits to entities where deductions yet are pending application or negative taxable incomes pending offset yet are about to prescribe, to modify the net turnover so as to become eligible for tax benefits, ...

However, internationally, transactions between related entities in the territory of the European Union, are treated according to the provisions in the context of the Forum on Transfer Pricing, therefore the possible bilateral adjustment can only be made if the operations performed are subject to Spanish territory since otherwise, the Spanish Administration has no authority to make such an adjustment.

¹ This article is the result of Research Project: "Realizing the digital agenda through the schedule transnational cooperation between regions". Grant Agreement "European Project No. 319913 collaborative project Ediregion of the seventh Framework Programme for Research and Innovation of the European Union. I.P. Bill Ogorman.

² Professor of Public Finance University of Alcalá



Regarding operations outside the European environment, these are treated in accordance with the provisions of the OECD and the double taxation Agreements signed with third party countries.

When two or more related entities perform operations that do not adjust to the valuation that would be made between independent parties, it is a behavior that usually responds to an intention to avoid tax (undeclared benefit sharing, application of more favorable tax rates, covert capital injection, artificial generation of fiscal expenditures, ...) though, sometimes these valuations respond to economic constraints (exchange rate fluctuations or risks arising from conjectural situations).

Among the main changes introduced by Law 16/2007 of July 4, concerning the reform and adaptation of the Spanish commercial Law on accounting matters for its international harmonization based on the regulations of the European Union, include the following:

- The market value is reintroduced as an interpretative rule, without prejudice to the subsequent valuation introduced by Law 27/2014, which identifies fair value with market value without exemption of any of the known valuation methods.
- The valuation modification is no jurisdiction of the Tax Authorities.
- New family relationships are introduced, thus the linkage perimeter expands.
- The scrutiny procedure of the market value is modified.
- A reference for entities under income allocation was introduced, as the rule refers to the "participants". This regime includes both entities and commercial companies.
- A new documentation requirement was introduced through the "Master File" and "Country File" or "Local File"³.
- The new sanctioning regime includes the obligation to document related party transactions.
- A Special treatment for cases of compensation of professional partners was established, this regime was modified again on the current regulatory Law for Corporate tax.

The main innovations introduced in the recent legislation are discussed throughout the following pages.

³This article is not about international taxation, for an earlier analysis to the applicable regulation as of January 1, 2015, see: GARCÍA PRATS, F. A. (2009): "The agreement models, its guiding principles and its influence on the double taxation Conventions" *Cronica Tributaria*, no. 133, pp. 101-123.



II. In regulating related-party transactions it is important to make a distinction between the applicable regulation up to December 31, 2014 and that one effective as of January 1, 2015. Regarding all transactions carried out up to December 31, 2014, for their valuation and corresponding correction, according to the provided in the following regulations:

- Article 16 of Royal Decree Law 4/2004, of March 3 (BOE (Official Bulletin, for its initials in Spanish) March 11, 2004).

- Articles 16-29 of Royal Decree 1777/2004 of July 30 (BOE, 6 August 2004), whereby the Corporate Tax Regulation is approved, partially amended by Royal Decree 1793/2008, November 3 April (BOE, November 18, 2008).

Transactions carried out as of January 1, 2015; transactions between related parties are regulated by:

- Article 18 of Law 27/2014, of November 27 (BOE, November 28, 2014) whereby the regulating Corporate Tax Law approved.

- Royal Decree 634/2015, of July 10 (BOE, 11 July 2015) whereby the Corporate Tax Regulations are approved.

On the other hand, the common rules for any related party transactions, regardless of the moment when they have been carried out are contained in the following standards:

- Law 36/2006 of November 29 (BOE, November 30, 2006), Actions for the prevention of tax fraud.

- The accounting and commercial regulations established in Law 16/2007 of July 4, to reform and adapt the Spanish Commercial Law on Accounting Matters for its international harmonization based on the regulations of the European Union and Royal Decree 1514/2007 of November 16, which approves the General Accounting Plan, partially amended by Royal Decree 1159/2010 fixing the NOFCAC (Standards for the Preparation of Consolidated Financial Statements, for its initials in Spanish).

- Works of the EU in the context of the European Forum on Transfer Pricing, inspired by the guidelines and reports of the OECD on transfer pricing.

- Judgments of the Court of Justice of the EU on linked financial transactions, to practices of groups aimed at offshoring income, seeking its location in countries with lower taxation.

- Law 16/2007 of July 4, reforming and adapting Spanish commercial law on accounting matters for its international harmonization based on the regulations of the European Union.

- Royal Decree Law 1/2010, of July 2, approving the Consolidated Capital Companies Act is approved.

III. Article 18.1 of the Law 27/2014 of November 27, states that linked operations are those carried out between related persons or entities (according to the definition of the scope of linkage, which is defined below) and will be assessed according to their market value. It being understood, as that which would have been agreed by independent persons or entities under conditions which respect the principle of free competition.



1. The perimeter of linkage is configured as a basic subjective element for the determination of the applicable rules, for which, Article 18.2 sets the following criteria for consideration of related entities¹:

- a. Internal relationship between society and the personal elements of its organizational structure: partners, counselors, administrators and relatives.
- b. External relationship between society and the personal elements of another entity.
- c. Group of companies Article 42 of the Commercial Code².
- d. Indirect participation requires a share of at least 25% of the taxable capital.
- e. The relationship between the company and its permanent establishments; fiscally this linkage is limited to transactions between resident companies and permanent establishments abroad.

The most frequent linked operations, which often occur in the context of family businesses, are related to the following:

- a). Personal Incomes, corporate incomes done by a partner.
- b). Participative loans made by partners.
- c). Lease or transfer of business premises owned by the partner.
- d). Transactions between companies belonging to the same trade group.

Scheme of the linkage perimeter

Previous elements to consider:

- Entity
- Partners
- Administrators
- Relatives (through third grade)

Group Definition:

- Art. 42 Commercial Code

¹The current legislation does not take into consideration the group of cooperatives within the perimeter of linkage.

²The wording of Article 42 of the Commercial Code consonant to the amendment introduced by Law 16/2007, of July 4 "Any Parent Company of a group of companies will be required to prepare the annual accounts and consolidated management report as provided in this section. There is a group, where a company holds or may directly or indirectly hold control of another or others. Control is presumed to exist, specifically, when a company, which qualify as dominant, is in relation with another company, which qualifies as a dependent, in one of the following situations:

a-holds the majority of voting rights.

b- It has the power to appoint or remove a majority of the members of the board.

c- it can avail under agreements with third parties, most of the voting rights.

d- it has appointed with its votes the majority of the board members, who hold office at the time of formulating consolidated accounts and for the two fiscal. In particular, shall be presumed circumstance when most members of the board of the acquired company are members of the board or senior executives of the parent company or another dominated by it. For the purposes of this section, to the voting rights of the parent company will be added those hold through other subsidiaries, or by other persons acting on their own name, but on behalf of the parent company, or other dependent companies or those available in agreement with any other person. "



- To control
- Vertical Participation

Relationship entity-partner

- Participation $\geq 5\%$ (1% listed)

Relationship entity- management

Relationship entity- spouse and relatives of partners and / or directors of the entity or another group

Relationship of two entities of the same group

Relationship of an entity and the partners of entity partners if they belong to the group

Relationship of an entity and the directors of another group entity

Relationship of one entity and another indirectly owned by 25% or more.

Relationship between two entities in which the partners directly or indirectly have a participation of 25% or more.

Relationship of a resident entity in Spain and its permanent establishments abroad or in Spain.

2. According to the provisions of NECA (Elaboration Standards for Annual Accounts, for its initials in Spanish) 15 defined as related party transactions¹ those carried out between two or more entities in which one exercises or has the ability to exercise directly or indirect control over the other, or, if it exerts significant influence in making financial decisions and in exploiting the other, as in the case of group, multigroup or associate companies.

Specifically, from an accounting² perspective, are considered to be related parties:

a- Companies considered like companies of the group³, associated companies⁴, multigroup⁵ or jointly controlled entities, as defined in NECA PGC 13⁶, unless it is controlled by a Public Administration.

¹Note 23 of the Report contents defines and specifies the minimum information to be supply regarding transactions with related parties. Meanwhile the NRV (Valuation and Registration Guidelines, for its initials in Spanish) 21 determines how to record and evaluate transactions between group companies. In addition, the Law 36/2006 of November 29, on Measures for the Prevention of Tax Fraud amends Article 16 of the CIT (Corporate Income Tax, for its initials in Spanish) Law, ordering the essential principles for the required documentation.

²RD 1514/2007 which approves the General Accounting Plan that came into force on 1 January 2008, and partially modified by RD 1159 / 2010 by which NOFCAC were approved.

³Group Ccompanies include those entities that qualify to form a trade group, according to the provisions of Article 42 of the Commercial Code, i.e., if the General Board of Shareholders controls the votes. The NECA 13 defines the concept of Group Company, associated company and jointly controlled / multigroup company.

⁴Associated companies are those which, although are not part of the group, exert a significant influence over the entity because they have an important role to contribute in their activity, creating a lasting linkage relationship.

Article 47.3 of the Commercial Code defines as significant influence the following:

- must exist participation in it.



b- Individuals who directly or indirectly have any share in the voting rights of the company or the parent company of the same, thus allowing them to carry on one or another significant influence. They are also included close relatives of individuals.

c- The key personnel of the company, defined as those individuals with authority and responsibility for planning, directing and controlling the activities of the company, either directly or indirectly, or of its dominant, including administrators and managers.

d- Regardless of the above two points, companies on which anyone can exercise significant influence.

e- Companies that share any director or officer with the company, unless he/she does not exert a significant influence on the financial and operating policies of both companies.

f- People who have close relatives consideration ⁷ of the representative of the administrator of the company, when this is also has a legal authority.

g- Pension plans for employees of the company or any other which is linked party of this.

- It must create a lasting relationship, not speculative.

- Have the power to intervene in decisions related to financial and operating policies without having the control.

-This should be destined to contribute to the activity of society.

Significant influence is presumed, unless otherwise proved, when one or more group companies hold at least 20% of the voting rights of a company that does not belong to the group.

It can demonstrate the existence of significant influence through:

- Representation that is given to the Board of Directors or to the equivalent governing body of the investee.

- Participation in the policy-setting processes.

- Relevant transactions with the investee.

- Exchange of management personnel.

- Provision of essential technical information.

⁵ Those companies that are not included as subsidiaries but that are managed by one or more companies of the group, participating in their capital stock together with one or several other persons outside of it, exercising joint control.

Multigroup companies: Specifically, when two entities are jointly managed by: one or several companies of the group; or by one or more entities or persons outside the group. In jointly controlled companies exist an agreement in decision-making, even while not having effective control.

According to the stated in Valuation Standard 20th of the General Accounting Plan: "It is a statutory or contractual arrangement whereby two or more people who will be called in this standard " participants " agree to share the power to govern financial policies and operating on an economic activity in order to obtain economic benefits, so that strategic financial and operating activity concerning decisions require the unanimous consent of all participants' policies.

⁶ For the purposes of presentation of annual accounts, it is understood by group:

a-Vertical Group: When two entities are linked by a provision similar to Article 42 of the CC.

b-Horizontal Group: When entities are controlled by any means, or by one or more natural or legal persons acting jointly or being under a single management through agreements or statutory clauses.

⁷ Se entiende por familiares próximos aquellos que podrían ejercer influencia, entre los que se encuentran:

a-El cónyuge o persona con relación análoga de afectividad.

b-Los ascendientes, descendientes y hermanos cónyuges o personas con análoga relación de afectividad.

c-Los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge o personas con análoga relación de afectividad.

d-Las personas a su cargo o a cargo del cónyuge o persona con análoga relación de afectividad.



3. The scope of fiscal linkage was regulated in article 16.3 of LRD (Legislative Royal Decree) 4/2014¹ and now article 18.2 of Law 27/2014 that establishes as linkage perimeter:

a- According to the internal relationship that is maintained: Thus, linked operations are those carried out by an entity or its partners or participants; equally linked are those operations performed by an entity and its advisors or managers and relatives; spouses or persons united by family relationships, in direct or collateral line, by consanguinity or affinity, as far as the third degree of the partners or participants, advisors or managers, except with respect to the remuneration for the performance of their duties.

b- Taking into consideration the external relationship, one is before related party transactions when they are carried out by two entities belonging to the same commercial group or entity and the advisors or managers of another entity belonging to the same group.

c- A corporation and the spouses, or people united by family-relationships, in direct or collateral line, by consanguinity or affinity, as far as the third degree when both entities belong to the same group.

d- In the cases of indirect participation. Related operations are performed by an entity and another entity indirectly owned by the first one in at least 25% of the taxable equity calculated as provided in article 69 of the CTLRT (Corporate Tax Law Refunded Text) and article 60 of the CTL (Corporate Tax Law²). Two entities in which the same partners, participants or their spouses or people united by family relationships, in direct or indirect line, in at least 25% of the social capital or own funds.

e- An entity resident in Spain and its permanent establishments abroad.

Some practical examples of linkage:

There is no linkage between the parties involved:

a. If the economic relationship is given exclusively between natural persons.

b. If the relationships between two entities are given exclusively for the fact of being partners of the same entity.

Example 1³.

¹ They are no longer in the scope of linkage according to the developed by Law 27/2014, with respect to the provisions of the foregoing law:

1. An entity or the partners or participants of another entity, either natural or legal person, when both belong to the same group.

2. An entity nonresident in Spain and its permanent establishments in Spain.

3. Two entities that are part of a group that pay taxes in the regime of cooperative corporations.

² The new legislation suppresses the reference to cooperative corporations.

³ Some examples have been taken from the Conferences organized by REA-REGA Auditors on July 2, 2015, by Mrs. Marisa Rey speaker.



There is no linkage between A and B even though there is a linkage between A and C and between B and C.

A -----40% -----C

B -----35% -----C

There is linkage between the three entities:

A -----40% -----B ----- 80% -----C

Examples.

Example 2.

The AAA Corporation participates in 85% of the social capital of BBB Corporation. At the same time BBB participates in 90% of the social capital of CCC. Do they form a group, according to the provisions in article 42 of the Commercial Code?

Answer: The three corporations form a group, according to the provisions of the Commercial Code and therefore, they are linked.

Example 3

The AAA Corporation participates in 90% of the social capital of BBB Corporation, which in turn participates in 30% of CCC Corporation. Do the three corporations form a group?

Answer: Corporations AAA-BBB-CCC does not form a group because BBB do not control CCC. Nevertheless, they are linked because AAA participates indirectly in CCC in more than a 25% ($90\% \times 30\% = 27\%$).

When the valuation of the transactions do not respond to the market reality, that one usually responds to a defrauding purpose, as following specified:

- 1- An unreported distribution of profits.
- 2- To transfer losses to corporations with positive taxable bases or with deductions pending of application and which are close to losing that right.
- 3- Modify the net turnover to qualify for tax benefits.
- 4- Covert capital contributions.
- 5- A generation of artificial tax expenditures.
- 6- Application of types of burden that favors the company.

However, this valuation may not be identified with the market value in those circumstances in which they pretend to avoid fluctuations in the exchange rate, national type restrictions or risks inherent to current situations, so that they do not always correspond with attempts of tax avoidance.

IV. There is a discrepancy between fiscal and accounting valuation because, while accounting imputation is to be done at fair value, the fiscal imputation must be done at market value.

1. The accounting scope does not specifies the percentage of participation in the linkage between the partner (manager), although, requires that the participation in the voting rights shall be enough in order to exercise significant influence on the entity.

The linkage perimeter for accounting purposes only takes into account relatives as far as the second degree in direct or collateral line, consanguinity or for affinity. However, it includes people that, without being legal relatives stand in a similar situation. Regarding to



the linkage of the advisors they are taken in account, as well as the key personnel of the company or its dominant company, and includes the executive staff and its close relatives.

2. In the fiscal scope the participation percentage varies according to the applicable rule. According to the applicable regulation up to December 31, 2014 it was necessary a 5% of participation if the entity is not listed in the regulated market, decreasing this percentage to 1% for entities listed in a regulated market. The participation percentage changed to 25% as of January 1, 2015.

The linking perimeter for fiscal effects includes relatives as far as third degree included. It also limits the linkage to advisors and their relatives.

Example 4

Determine if related party transactions exist at a fiscal level in the following operations:

Corporation AAA that is not listed in the Stock exchange is part of a group that has performed the following operations throughout the fiscal year:

- a- Has received a loan from the dominant corporation from its commercial group.
- b- Has given a loan to an associate corporation.
- c- It provided services to a brother of the controlling shareholder.
- d- If it received a delivery of goods from a shareholder holding 1% of the shares.
- e- Ditto the above with a corporation manager.
- f- Ditto the above with a high executive of the entity.
- g- Ditto both above, with an employee of the corporation.

Answer:

- a. This is a related party transaction, because the operations performed between a corporation and its dominant, are linked operations.
- b. In the associated companies the same previous criteria is followed.
- c. Related party transactions are those performed with shareholders or their relatives as far as the third degree included, by direct or collateral line. The brother is a relative of second degree.
- d. There are not related party transactions the ones performed with a shareholder holding 1% of the shares.
- e. It is a related party transaction.
- f. It is not a related party transaction.
- g. It is not a related party transaction.

Certainly, according to what is provided in article 18 of CTL, the following amendments are introduced¹:

- a. The assumptions of an entity and the partners or participants of another entity are subject to elimination, when both parties belong to a group, of an entity nonresident in the Spanish territory and its permanent establishments in the mentioned territory; and of two entities that are part of a group that pay taxes in the regime of groups of cooperative entities.

¹ Lefebvre (2015) *Memento Express Tax Novelties 2015*. Francis Lefebvre Editions, pp.17.



b. The participation percentage is increased from a 5% to 25% in the linking cases for the relationship partner-entity, eliminating the linkage at 1% for the case of registered corporations.

c. The remuneration of managers and advisors for the exercise of their functions is exempted from the assumption of linkage between a company and its managers and advisors.

V. With regards to the methods to determine the market value the preference previously existing is eliminated, and other techniques and valuation methods are accepted alternatively, provided that the principle of free competition is respected.

Law 36/2006 establishes in paragraph III of the Proclamation of Motives that “the acquisition price for which these operations should be recorded should correspond to the amount that would be agreed by independent persons or entities in conditions of free competence, understanding for it the market value, if there is a representative market or, otherwise, that derived from applying specific models and techniques of general acceptance and in harmony with the principle of prudence”.

Specific valuation rules are also established for operations of shareholders with corporations of professionals at law level. These rules were already statutorily regulated in similar terms to the current ones¹.

The tax regulations applicable until December 31, 2014 affect related party transactions performed as of February 19, 2009. At a commercial and accounting level, it affects the related party transactions performed as of January 1, 2008. An action to avoid fraud would be attempting to stop, the modification of taxable bases, through related party transactions, with the purpose of evade or pay taxes.

Concerning transactions between related companies, since there are no conflicting interests; when the transactions are linked to the normal business of the entities that participate on these (purchase-sales of goods, provision of services, ...), it is expected, that the fixation of the prices be determined by the general policies of the selling entity if there is no adequate documentation for the determination of the transference prices, so that the fair value can be assessed according to fiscal criteria.

Physically, it is necessary to differentiate the valuation given to related party transactions in the indirect and in the direct taxation.

In the case of the **Value Added Tax**,

The market valuation rule will be applied in the following cases.

- If the addressee of the good or service does not have right to total deduction of the supported VAT and the consideration agreed is lower than the one that would correspond in free competence conditions.
- When the businessman or the professional who delivers the good or renders the service determines the deductions applying the pro rata rule and refers to:

¹ Lefebvre (2015): Memento Express. “*Novedades Tributarias 2015*”. Francis Lefebvre Editions, pp. 17.



- o An operation that do not generate the right to a deduction, if the fixed consideration is lower than the market value.

- o An operation that generates the right to the deduction, if the fixed consideration is higher to the market value.

One considers that there is a link in the Value Added Tax :

- Transactions between taxpayers and people linked to them through commercial or labor relationships.

- Transactions between taxpayers and their spouses or consanguinity relatives as far as the third degree.

- Transactions between non-profit entities and their founders, associates, employers, statutory representatives, members of the government bodies, spouses or relatives as far as the third degree inclusive of any of them.

Regulatory Law 27/2014 for Corporate Tax requires a correct valuation of these operations in the Corporate Tax applying the provisions of article 18 of LIS (for its initials in Spanish). Entities are required to document the related party transactions that they perform and they must keep all the support documentation of the price fixed by these operations, since; it may be required at some point of the verification and investigation² process.

Specifically, article 18.4 of Law 27/2014, of November 27 establishes the following methods for the determination of the market value:

- a) Comparable uncontrolled price method
- b) Increased cost method
- c) Resale price method
- d) Method of profit distribution
- e) Operational net margin method

Which contents will be developed further on.

Special case: professional partners

The relationships between partner and corporation are subject to the principle of legality. For the purposes provided in article 18.6 of the Regulatory Law on Corporate Taxes, the tax payer may consider that the agreed value matches the normal market value in the case of provision of services by a professional partner, physical person, to a related entity as long as the requirements that follow are met in relation to the corporation and the amount of the remunerations:

With regards to the corporation, the entity must be a company smaller than those provided in article 108 of the Tax Law, in which more than 75% of their revenues of the fiscal year come from the development of professional activities. On the other hand, the entity must have adequate material and human resources and the positive results of the

² A review of the new regulations may be consulted at: Lagos Rodríguez, G (2015): "The taxability of the related party transactions in the new Corporate Tax". *Quince Fiscal*, n° 18, pp.19-32.



fiscal year, before the deduction of the remuneration corresponding to all professional partners for providing their services.

Regarding to the amount of the remunerations, the CTL establishes that the remunerations corresponding to all of the professional partners for providing their services to the entity must not be less than 75% of the previous outcome. On the other hand, the amount of the remunerations to each of the professional partners must meet the following requirements:

a- To be determined in function of the contributions made by them to the proper functioning of the corporation, it is necessary that the qualitative and/or quantitative criteria that are applicable are stated in writing.

b- Not to be inferior to 1,5 times the average salary of the employees of the corporation who perform similar functions to those of the professional partners of the entity.

c- In their absence, the amount of the said contributions may not be less than 5 times the Income Public Indicator to Multiple Effects.

Breach of the provided requirement in paragraph b) in relation to any of the professional partners will not preclude the application of the provisions of this paragraph to the remaining professional partners.

In this sense CEAC (Central Economic-Administrative Court) (11-9-14) states that the invoicing of the professional or artist to his corporation, when it counts with human and material resources for the development of the activity, cannot be assessed according to the value fixed by the parties, instead it should be valued at market price. This value must match, in this case, the invoicing prepared by the corporation to third parties, once the opportune corrections to obtain the equivalence are made - such as discounting the expenses necessary for the activity in which the corporation may have incurred.³

When transactions are not linked to the normal business of the entities involved, the fair value substantially weakens as value given to the transaction made between independent parties. In these cases, one has to analyze the value given to the transaction and identify it with a reliable value that could be agreed between independent parties. Being sometimes, necessary going to appraisals and assessments made by independent experts.

³ Lefebvre (2015): *Memento Express*. "Novedades Tributarias 2015". Francis Lefebvre Editions, pp.89.



1. The valuation of related party transactions has its own definitions from a fiscal point of view and from an accounting perspective. Thereby the Commercial Code in article 34.2 establishes that “the accounting of operations will take into consideration not only their economic reality but also their legal form”. Meanwhile, ICAC (Institute of Accounting and Audit of Accounts, for its initials in Spanish) Consultation n° 64 of December provides that the treatment given to intragroup operations on individual accounts should take into account that “when there is no independence between the parties involved in a related party transaction, generally a hybrid result is obtained, one in which is possible to distinguish two different but related operations. A main one, constituted by the transfer of the property or a right and, other secondary, because when the transaction is valued at a different price other than the market one, a movement of assets between the independent parties originates, favoring one or the other, with the difference between the priced agreed and the market price.”

Market value

The identification between market value, fiscally considered, and the fair value, used from the accounting point of view, forces to make a brief reference on the concept of accounting “fair value”

The General Accounting Plan establishes that the transactions between related parties will be accounted for within the conceptual framework that defines the concept of fair value as “*the amount for which an asset could be exchanged or a liability settled, between concerned parties and duly informed, who carry out a transaction in conditions of mutual independence. The fair value will be determined without deducting the costs of the transaction which might arise from its alienation*¹”.

¹ In accordance to the provisions of the Commercial Code the fair value is calculated with reference to a reliable and free market value, by applying valuation models and techniques with the requirements specified in the regulations. In accordance to the provisions in article 38.f of the Commercial Code:

- The assets will be accounted for the purchase price or for the production cost.
- The liabilities for the value of setoff received in exchange of incurring in a debt plus the accrued interest pending of payment.

Provisions will be accounted for the current value of the best estimate of the amount necessary to face the obligation, on the closing date of the balance sheet.

In accordance to provisions in the General Accounting Plan, approved by the RD (Royal Decree) 1514/2007, on November 16, it is in paragraph 6 of the Conceptual Framework, dedicated to the exposition of the assessment criteria and the definitions related to them where it is defined that they must be assessed by the fair value:

- Certain operations of tangible fixed assets and intangible (and real estate investments):
 - o Nonmonetary contributions
 - o Swaps
- Most of the financial instruments. Rule 9.a of financial instruments together with the rule that regulates the so called “Business Combinations” are with no doubts the most relevant novelty in the new General Accounting Plan
- Grants, donations and legacies.
- The business combinations. Rule 19.a regulates the so called business combinations understood as those operations in which a company acquires control of one or several business, in this case the rules governing the accounting treatment of these operations are embodied in the so called “Acquisition Method” (paragraph 2 of the said rule), whereby, in general, the assets acquired and the liabilities assumed by the acquiring company are accounted for its fair value. It also highlight the fact that the commercial fund is not amortized and the eventual negative difference arising in the combination is recorded directly in the account of losses and profits at the date on which the control of the acquired business is taken.
- The transactions between companies of the group.



Generally the fair value is calculated with reference to a reliable market value, in which case, the market value and the fair value will match.

The determination of the market value is not easy, a fact that has been recognized by the Supreme Court in Sentence of 10-1-2007 when emphasizing that “setting a market price is a very difficult task because sometimes, the transactions between related corporations are so singular that there is no clearly defined market of the them in the field of independent business”.

Royal Decree 1514/2007, approving de General Accounting Plan in its Valuation Rule 21 establishes that “in general, and without prejudice of the provisions of the paragraph below, the elements object of the transaction will be accounted at the begining for its fair value. In this case, if the price agreed in an operation differs from its fair value, the difference must be registered according to the economic reality of the operation.

The fair value will be calculated as of the trading price for the elements that are traded in a secondary market and, in other case, through the application of valuating models and techniques. The difference between the fair value and the one effectively agreed between the parties must be reflected in the financial statements, according to an economic point of view, having the corresponding tax repercussion.

The fair value will be determined by the traded price in an active market, understood as such, one on which the following conditions are given:

- The goods and services exchanged in the market are homogeneous.
- There are potential buyers and sellers at any moment for a particular good or service.
- Prices are known and easily accessible to the public.
- They reflect real, current and regular market transactions.

A corporation buys its own shares to another corporation in order to avoid tensions and disagreements produced between shareholder groups that hamper and hinder the management of the corporation. In return, the transferor entity receives a property owned by the entity acquirer of the shares. Even though the sales value of the shares has been agreed, between both corporations, an independent expert has valued the shares acquired at a lower price. The DGT (Tax General Directorate, by its initials in Spanish) (CV (Acronym of Binding Consultation) 17-7-13) deems that even though the operation is carried out between linked corporations, it is considered that the acquirer entity has an instrumental character in the operation, as a solution to a pact between shareholders, in order to reach an agreement to end disputes between the family group owner of 75% of the capital of the corporation and the corporation that owns 25% of it. It is therefore, an

For a more detailed study of the concept of “fair value” refer to Molés Molés, C. (2009): “Financial assets and liabilities assessed at fair value. The Impact of the economic crisis.” State Tax Administration Agency. Dissertation presented at the IV Course of High Specialization in Financial Taxation celebrated at the School of Public Finances of the Institute of Fiscal Studies in the first semester of 2009. (January 2014). Available at: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/09_2010/07.pdf.



operation between independent parties, being subject to the general rules of the Corporate Tax, and to the margin of the documentation required, established for related party transactions, considering it valid, for tax purposes, the value agreed by the partners, independently that an independent expert determine a different value.²

The normal market value is determined by applying one of the five valuation methods established in article 18.4 of CTL that may be synthesized in the following:

Traditional Methods³ :

- Comparable uncontrolled price method.
- Increased cost method.
- Resale price method.

Subsidiary Methods:

- Method of distribution of result.
- Operational net margin method, denomination that replaces the net margin of the

set of operations.

The innovation established by the Law 27/2014, with effects as of January 1, 2015 is the withdrawal of the priority established for the three valuation methods established by OCDE and only when, due to the complexity or the information relative to the operations, none of the first three methods could not be properly applied, then, the subsidiary methods could be applied to determine the market value of the operation.

The choice of the valuation method shall take into account the following factors: the nature of the related party transactions, the availability of reliable information and the degree of comparability between related party transactions and the ones that are not related.

In the situation of not been able to apply the abovementioned methods, other generally accepted valuation methods and techniques respectful of the principle of free competence may be used.

Royal Decree 634/2015 establishes in Section 1a of Chapter VI the specific valuation rules of the market value and in the Section 2a develops the mechanisms of verification of the related party transactions.

Comparable uncontrolled price method

This method compares the market price of a good or service in a related party transaction, with an equivalent, carried out in an unrelated transaction. Depending on the reliable information available, this method facilitates or not the valuation. It is the most complicated in practical application, as it requires a high degree of comparability between the operations, this is the most used method most used in the practice and the one which OCDE considers as the most direct application. On the other hand, it is the only one that values the operations in terms of the price. In the current legislation it has ceased to be the preferred method.

² Lefebvre, F. (2014): Memento Express. “*Novedades Tributarias*” 2014. Ediciones Francis Lefebvre, pp.99.

³ For a deep analysis traditional valuation methods refer to: TUERO FERNÁNDEZ, A. “*Analysis of the regime of the related party transactions in the Corporate Tax*”. Cuadernos de Formación. Collaboration 42/10. Volume 11/2010. Dissertation presented at the XII Course of High Specialization in International Taxation celebrated at the School of Public Finances of the Institute of Fiscal Studies.



The National Audience (NA 13-3-14) gave reason to a petitioner, to which the Administration determined the market value of a property consistent with the valuation done by the Technical Department of the Delegation of the EAAT (State Tax Administration Agency, for its initials in Spanish). The entity understands that what is being sold are the rights on the property and since only one portion had been paid, specifically 22.9%, it is on that percentage that the market value has to be determined. The Court considers that the petitioner is right in the sense that the valuation of the Administration refers to the property, while in reality, what is being transferred is a portion of it, that corresponds to the portion paid, therefore the surplus should be calculated over the paid percentage⁴.

Secret Comparable

In those cases where a trading price does not exist in an active market, the fair value will be determined as follows:

- Through the application of valuation models or techniques which determine the amount for which a transaction may be done between interested and dully informed parties, taking in account recent transactions in conditions of mutual independence between the parties.
- These techniques must limit the use of subjective considerations of non-accounting data.
- Effectiveness should be assessed periodically.

The use of the so called secret comparable to determine the ratios corresponding to net sales-consumptions generates powerlessness (TSJ Galicia 25-4-14), since the STAA, based on the confidentiality of the tax data, prevents from knowing the identity of the mercantile partnerships which invoicing volume is taken into consideration for establishing the resale price. Therefore, the use of secret comparable is proscribed in the framework of the procedure of the related party transactions, since such subjective methodology does not meet the requirement arising from the right of defense, consisting of an adequate motivation which allows the affected taxpayer to oppose to the valuation and regularization⁵.

Resale price method

This method is applied to operations of resale of goods, provided that the reseller does not add substantially value to the product, but instead realize simple commercialization operations.

The price is calculated over the gross margin that the reseller would obtain with the resale of similar products, and subtracting from the sale value the gross margin obtained in independent conditions. The gross margin which the businessman had obtained from the resale of goods, deducting the cost of acquisition and the direct costs incurred in the distribution of the goods. Costs in which the provider of goods and services incurred are

⁴ Lefebvre (2015): *Memento Express. Tax Novelties 2015*. Editorial Francis Lefebvre, pp.78.

⁵ Lefebvre (2015): *Memento Express. Tax Novelties 2015*. Editorial Francis Lefebvre, pp.79.



used, increasing the margin that usually is obtained in non-related transactions of similar characteristics. In addition to the provider's costs a margin is also applied, resulting in a benefit.

Increased cost method

This method is based on the gross margin and it is usually used in the valuation of productive activities of goods and services.

Consist in adding to the acquisition value the usual margin in independent operations. A comparison is done to the price of a product purchased to a related party company and resell to an independent company. To the extent that the added value is smaller, it is easier to apply.

Profit split method (Profit Split)

This method consists in assigning each party of the linked operation, the portion of the common profit derived from the operation, in such a way that these reflect the distribution among the independent parties. The profit is divided among the linked parties with regards to the operation and according to risks, assets and functions. It is used in those cases in which the transactions of the two companies are so interrelated that it is necessary to perform an individual analysis of the same. It will also be used when intangibles or highly valuable elements in the related party transactions exist, and which make difficult to obtain information about other type of non-related operations, of similar characteristics.

Operational gross margin method (previously gross margin of the set of operations)

In the practice it is one of most used valuation methods. It analyzes the net profits margin with an appropriate base, comparing it with the margin of benefits in non-related comparable operations or that which would be obtained by an independent company. Adjustments may be done in order to obtain the equivalence and to consider the particularities in the operation. It is often used in wholesale and retail distribution operations.

Valuation by AEAT

The tax payer may request to the Administration a valuation of the related party operations, this request must be accompanied of a proposal based on the market value according to the principle of free competition. This valuation has a validity of four years and there is a possibility of being modified, if the circumstances require such modification. It will be understood that the request has been rejected, by administrative silence, in the term of six months.

The Law 27/2014 establishes that it be could determined if the effects of its operations reach the operations of prior taxable periods, as long as the right of the Administration to determine the tax debt through an opportune settlement has not prescribed, nor a firm settlement that falls on the transactions object of the request exists.

Assuming that there is a significant variation of the economic circumstances existing at the moment of the approval of the agreement from the tax Administration, this may be modified to adequate it to the new economic circumstances.

The resolution that ends the process may:

- a) Approve the valuation proposal submitted by the tax payer.



b) Approve, with the acceptance of the tax payer, a valuation proposal which differs from the one initially submitted.

c) Reject the proposal submitted by the tax payer.

The method to apply will have to take into account the following factors:

- The adequacy of the method according to the comparability analysis.
- The strengths and weaknesses of each method.
- The quality of the available information.

VI. The adjustments that could arise in the related party transactions may be of two types:

a) Primary adjustment: It forces the profit or the loss of the operation performed to pay the taxes in the corporation that has effectively generated them. It is a bilateral adjustment that modifies the taxable base upward or downward, as appropriate.

b) Secondary adjustment ¹: The appropriate qualification is given, according to the nature of the income. Taxes will be paid according to the qualification of the operation and according to the qualification of the difference between the agreed price and the market value that has not reach the transferor corporation. Three cases may occur:

i. That the difference between the agreed value and the market value is given in favor of the partner, in which case this amount will have the consideration of participation in profits for the participant partner, for the portion of the difference that corresponds to the percentage of the participation, having the right until 2014 to a deduction, due to internal double taxation. For the difference that does not correspond to the percentage of the participation, the participant partner will calculate it as return on movable capital in case of natural persons. For the investee entity both parties will be calculated as retribution of equity.

ii. In those cases in which the difference is favorable to the investee entity, this will be charged as contribution received from the partner to equity for the portion of the difference that corresponds to the participation percentage. For the portion of the difference that does not correspond to the participation percentage this will be an income to be incorporated in the taxable base of the tax. In the case of a non-resident entity, the consideration is capital gain. For the equity partner it will have the consideration of increase of acquisition value of the participation, for the difference that corresponds to the participation percentage and the liberality for the portion of the difference that does not correspond to the participation percentage.

¹For a deep analysis of the treatment of the secondary adjustment before the amendments introduced in 2014 refer to: Vadillo Casero, C.C. (2010): "the secondary adjustment in the new regime of related party transactions". Cuadernos de Formación. Collaboration 23/10. Volume 10/2010. Pp. 251-281. Dissertation presented at the X Course of High Specialization in International Taxation celebrated at the School of Public Finances of the Institute of Fiscal Studies.



The Law 27/2014 states that the provisions of the secondary adjustment will not be applied when proceeding to asset restitution between related persons or entities in the terms established statutorily.

Once the market value and the fair value have been determined the following circumstances may be given:

a) That the agreed price coincides with the fair value and it is accounted for that value. In this case there is no hybrid operation, nor is necessary to give another qualification since the fair value and the market value coincide.

b) The price agreed does not match with the fair value but is accounted for this value. In this case there is a hybrid operation and therefore the qualification with accounting record for the difference between the market value and the market value is necessary.

c) The price agreed match with the market value and it is accounted for the price agreed. There is no hybrid operation and the qualification with accounting record is not done. From an accounting perspective, one considers that the price agreed is the fair value and it is recorded that way.

The extra-accountable adjustments are reserved to the assumptions in which the fair value and the fiscal market value used for the determination of the taxable base do not coincide. All this, without prejudice of the possible appraisal on behalf of the Administration.

The valuation rules and the verification procedure of the related party operations is described in articles 17-36 of the Royal Decree 634/2015, as of July 10, by which the Regulations of the Corporate Tax are approved.

VII. The documentation will only be provided to the State Tax Administration Agency in the event that the passive subject is required to do so. This documentation has to be available to the AEAT as of the deadline of the voluntary term of auto liquidation corresponding to the fiscal year in which the operations have been done.

This obligation has a finalist character and must allow the Administration to prove that the valuation done is adjusted to what is established in the effective rule, according to the provided in article 18 of the Law 27/2014. But the need for this documentation does not exhaust the possibility that the Administration may request additional documentation or information, if it is considered appropriate. However, the operations that should not be documented, do not have to be declared in the Corporate Tax.

As of January 1, 2015 the article 18.3 of the Law 27/2014 states that the related persons or entities, whose net amount of turnover, defined in the terms established in article 101 of the Law, is inferior to 45 million Euros, will submit a documentation with a simplified content, that will be applied to the following operations:

1. The ones made by IRPF(Income Tax of Natural Persons) taxpayers who declare their economic activity in objective assessment with entities in which those or their spouses, ancestors or descendants, individually or jointly among all of them, have a percentage equal or higher to 25% of the social capital or of the equity.

2. The operations for business transfers.

3. The operations for transfer of values or representative shares of the participation in equity of any kind of entity not admitted in negotiations in any of the regulated value



markets, or that are admitted in negotiations in regulated markets located in countries or territories qualified as tax heaven.

4. Property operations.
5. Operations on intangible assets.

As of January 1, 2015 the conditions to benefit from the exemption of documentation have been modified, being exonerated from preparing such documentation the following cases:

- a. When the volume of transactions made with related entities for said period does not exceed as a whole 259.000€¹, independently from the size of the company and the internal or international character of the operations carried out.
- b. Linked operations carried out by an entity and its members or with other entities within the same group of fiscal consolidation, constituted by Economic Interest Groups and TBA's (Temporary Business Associations).
- c. Operations done between entities integrated in one same group of fiscal consolidation and that had opted for this special regime.
- d. Operations performed in the ambit of public offers for sale or acquisition of values.

On the other hand, the possibility to submit simplified documentation for those persons or entities whose net amount of the turnover² does not exceed 45 million Euros is established.

In all cases the entities that perform the following transactions are required to submit documentation:

1. Operations for the transfer of values or shares representative of the equity participation of any kind of entities not admitted to negotiate in any of the regulated value markets, or that are allowed to negotiate in regulated markets located in countries or territories qualified as tax heavens.
2. Operations done with natural persons who pay taxes in objective assessment regime for the operations done within their economic activity.
3. Operations for the transfer of business, portfolios, properties or operations with intangible assets that have that qualification according to accounting criteria.

The Corporate Tax Regulation, approved by Royal Decree 634/2015, of July 10, regulates in articles 13, 15 and 16 the requirements for documentation and information which related entities have to accomplish. Article 13, specifically, discusses the information and documentation that has to be included regarding entities and related party transactions. Article 15 refers to the specific documentation of the group to which the tax payer belongs and the documentation regarding to: structure and organization of the group, activities, that which refers to intangible assets, financial activity; and the fiscal and financial situation of the group. Finally, article 16 refers the o specific documentation of the tax payer.

¹ In this amount are not included those operations for which the documentation is demanded in all cases.

² Defined according to article 101 of the Law.



VIII. The Constitutional Court (11-7-13. Rec 3705/11) formally validates the sanction regime for related party transactions introduced by Law 36/2006 and developed by the Regulation approved through RD 1793/2008. Despite the fact Judgment (by Judicial Decree 8-2-2011) defines that the regulatory development of the sanctions regime must ensure that the infractions which determines are in effect serious and consequent, with the severity of the fines legally typified, corresponding to the ordinary jurisdiction verify if proportionality between infractions and sanctions, exists. Likewise, it will correspond to such jurisdiction the control of the fidelity to the regulation of the developed law, as well as the respect to the principle of the lawful sanctioning¹.

Regarding to the tax infractions committed as of January 1, 2015, article 18.13² of LIS establishes as assumptions of serious infractions the following, regardless of whether the tax Administration make corrections or not:

- a) Not contributing or making it in an incomplete or inexact form or with false data or falsifying the required documentation, as legally provided,
- b) To state in the required documentation a market value that does not correspond to reality.

Regarding to the sanctions, in the case that the Tax Administration does not make corrections, the sanction will consist in:

- a) Fixed monetary fine of 1.000 Euros for each data and 10.000 Euros for the set of data, omitted or false, referred to each of the obligations of documentation that will be established statutorily.
- b) The sanction provided in the previous paragraph, will have as maximum limit the lower of the two following amounts:
 - i. The 10% of the joint amount of the operations subjected to Corporate Tax, ITNP or NRIT (Non Resident Income Tax) performed in the tax period.
 - ii. The 1% of the net amount of the turnover.

In those cases in which corrections have to be done by the Administration, the infractions will be sanctioned with a proportional monetary fine of 15% on the amount of the sums that result of the corrections that correspond to each operation.

This sanction is incompatible with that, which, proceeds from the application of articles 191, 192, 193 o 195 of the General Tax Law.

However, the sanctions provided should be compatible with the ones established for resistance, excuse, obstruction or refusal to the acting of the Tax Administrator, provided in article 203 of the GTL (General Tax Law), for the carelessness on the prepared requirements. In any case, the provisions in paragraphs 1.b) and 3 of article 188 of the GTL, will be applied, regarding the reduction of 30% if conformity with the liquidation is signed, and a reduction of 25% for prompt payment.

¹ Lefebvre, F. (2014): *Memento Express. "Novedades tributarias 2014"*. Editions, Francis Lefebvre, pp.88.

² Art. 18.13 1° *It constitutes tax infraction the lack of contribution or the contribution in an incomplete form, or with false data, of the documentation that, according to the provision in paragraph 3 of this article and in its implemented regulations, must keep available to the tax Administration the persons or related entities, when the tax Administration do not make corrections in the application of the provisions of this article.*



IX. The last amendments introduced to the legislation applicable to operations done between non independent parties are aimed at limiting the possible tax advantage that these take from the tax system in order to defer the benefits among entities or the attempt to favor a lower taxation than the applicable among independent parties.

Current legislation differs according on the time of accrual of the operations, being December 31, 2014 the determining date for the application of one legislation, or the other.

Among the amendments introduced by the Law 27/2014 is the definition of the scope of the tax linkage, that leaves out of the scope of linkage some of the operations performed by the entity and its members or participants and those performed with their permanent establishments, when the entity is nonresident in the Spanish territory, as well as the corporations that are a part of a group of cooperative corporations. On the other hand, it is emphasized, that the participation of a member shall be 25% in order to be considered a related party transaction.

Concerning the controversial accounting and tax valuation of the operations performed between related parties, the priority of some valuation methods over others disappear, being able to apply both traditional methods (comparable uncontrolled price, resale price and increased cost) or the subsidiary methods (distribution of income and net margin method from the set of operations) indistinctly.

Concerning to the applicable valuation adjustments, one primary adjustment can be performed, one that modifies the taxable base upward and downward, as appropriate. Or, a secondary adjustment that analyzes the natures of the income and try to give them the qualification that corresponds.

One of the most important amendments is the one that refers to the obligation of documenting the related party transactions and the entities that are exempt of such obligation.

Finally, the infractions and sanctions established for the operations performed as of January 1, 2015, are very similar to the ones contained in the previous legislation and materialize when not providing or not completing the data that must contain the required documentation or register the documentation not corresponding to reality.

X. GARCÍA PRATS, F.A. (2009): “The agreement models, their guiding principles and their influence on the double taxation Agreements” Tax Chronicle, nº 133, Pp. 101-123.

LAGOS RODRÍGUEZ, G (2015): “The taxation of the related party transactions in the new Corporate Tax”. Quincena Fiscal, nº 18, pp. 19-32.

LEFEBVRE, F. (2014): Memento Express. Tax Updates 2014. Francis Lefebvre Editions.

- (2015): Memento Express. Tax Updates 2015. Francis Lefebvre Editions.

MOLES MOLES, C. (2009): “Financial assets and liabilities valued at fair value. Impact of the economic crisis”. State Tax Administration Agency. Dissertation presented at the IV Course of High Specialization in Financial Taxation celebrated at the School of Public Finance of the Institute of Fiscal Studies in the first semester of 2009. (January 2014). Available at:

http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/09_2010/07.pdf



TUERO FERNÁNDEZ, A. (2010): “Analyses of the related party transactions regime in the Corporate Tax”. Cuadernos de Formación. Collaboration 42/10. Volume 11/2010. Pp. 293-309. Dissertation presented at the XII Course of High Specialization in International Taxation celebrated at the School of Public Finance of the Institute of Fiscal Studies.

VADILLO CASERO, C.C. (2010): “The secondary adjustment in the new regime of the related party transactions”. Cuadernos de Formación. Collaboration 23/10. Volume 10/2010. Pp.251-281. Dissertation presented at the X Course of High Specialization in International Taxation celebrated at the School of Public Finance of the Institute of Fiscal Studies.

Legislation

Supreme Court Judgment of 1-10-2007.



LA NEGOZIAZIONE PREVENTIVA DELLA RESPONSABILITÀ AQUILIANA

BRUNO MEOLI

SOMMARIO: 1. La disciplina contrattuale della responsabilità aquiliana: interesse e limiti di un problema. – 2. Responsabilità civile e ordine pubblico. – 3. Assunzione del rischio e patti di esclusione della responsabilità oggettiva. – 4. Danno, rischio, contratto. – 5. Il dolo (e la colpa grave) nel codice italiano e nella giurisprudenza francese: una *sine dolo*? – 6. Le clausole di limitazione della responsabilità contrattuale nella giurisprudenza italiana. – 7. Il limite dell'ordine pubblico tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana. – 8. Dolo (colpa grave) e ordine pubblico nella disciplina delle clausole limitative della responsabilità. – 9. Danno contrattuale e autonomia privata: un cenno al problema della causa penale. – 10. Una conclusione.

1. Il tema del se ed entro quali limiti gli statuti della responsabilità aquiliana siano permeabili alla disciplina contrattuale, impone la chiarificazione di alcuni punti preliminari. Essi sono costituiti - oltre che, ovviamente, dalla necessaria definizione del campo di indagine - per un verso da una verifica in ordine alla esistenza di un interesse applicativo, sufficientemente ampio da giustificare l'analisi, e per altro verso dalla possibilità di ipotizzare una responsabilità che, per essere in qualche modo regolata da un contratto, non divenga essa stessa contrattuale sì da essere ricondotta alla disciplina dettata, con riferimento all'aspetto in esame, per tale settore della responsabilità.¹

Infatti, almeno a prima vista, la questione di fondo che si pone è quella della derogabilità *ex ante* delle regole della responsabilità civile e, dunque, della possibilità di declinarle in termini di norme di tipo dispositivo. Il che, ovviamente, chiama immediatamente in causa la generale ripartizione (dai confini oggi non più profondamente marcati ma pur sempre individuabili) tra la responsabilità contrattuale - per la quale, pur tra limiti, la derogabilità della disciplina è espressamente riconosciuta dalla legge - e la responsabilità aquiliana; fattispecie, quest'ultima, che - pur tralasciandosene il radicamento storico in sistemi dal carattere anche penale - nella sua moderna declinazione con funzione tipicamente compensatoria, non riesce comunque ad affrancarsi dalla rappresentazione in termini di sistema volto a garantire l'attuazione di interessi generali (ad es., la pacificazione sociale) sì da apparire naturalmente refrattaria alla disciplina negoziale.

Riprendendo i punti preliminari sopra cennati - e precisamente quello della individuazione del tema - può dunque notarsi, in termini astratti, che l'incidenza

¹ L'impossibilità di configurare, da un punto di vista strutturale, una pattuizione preventiva che regoli, tra le parti, le conseguenze di un atto illecito non ancora verificatosi è sostenuta, in generale, da C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1960, p. 565. In senso analogo, con particolare sottolineatura circa la capacità del patto in esame di trasformare in contrattuale la responsabilità oggetto di regolazione o rinuncia, si v. già P. ESMEIN, *Meditations sur le conventions d'irresponsabilité en cas de dommage causé à la personne*, in *Melanges R. Savatiers*, 1965, p. 274; G. GUIBERT, *Des clauses d'irresponsabilité*, *Th. Paris V*, 1990, p. 381.



dell'autonomia privata sullo statuto normativo della responsabilità aquiliana, potrebbe appuntarsi su ciascuno dei molteplici elementi costitutivi della stessa, e dunque indurre conseguenze dal contenuto pluriforme, gravide di effetti di segno opposto – e cioè tanto positivi quanto negativi - sugli interessi oggetto di disciplina.

Una convenzione potrebbe infatti riguardare gli elementi costitutivi della responsabilità (quali il criterio di imputazione della stessa e il nesso di causalità) ovvero le conseguenze che essa determina, provocando ricadute sul diritto al risarcimento ovvero sul *quantum* del danno risarcibile, il quale potrebbe essere ridotto ma anche incrementato, in modo da piegarlo, in tale ultimo caso, ad attuare una funzione latamente punitiva.

Sotto altro dei profili su indicati - quello della individuazione di un campo di applicazione delle convenzioni regolatorie della responsabilità, sufficientemente esteso – l'obiezione - formulata soprattutto dalla dottrina d'oltralpe che ha più approfonditamente sondato il tema qui in esame – appare condizionata da una impostazione descrittiva dell'illecito aquiliano, che, nel disegnarlo in termini di occasionale lesione di interessi appartenenti ad un soggetto non legato da alcuna precedente relazione col danneggiante, per ciò stesso porta tendenzialmente ad escludere la configurabilità di ipotesi nelle quali si possa individuare un interesse delle parti alla relativa regolazione, ovvero a ritenere che, nei casi in cui tale interesse possa essere rintracciato, le parti, tramite l'accordo, finiscano per negoziare sui doveri dalla cui violazione derivano le conseguenze risarcitorie, sì da contrattualizzare i doveri medesimi e la connessa responsabilità, con la conseguenza di rendere del tutto inutile l'analisi del tema in questione, data la sua attrazione al campo dell'inadempimento dell'obbligazione.²

Il rilievo mostra di ispirarsi ad un approccio abbastanza univoco, che rimanda alla radice della distinzione tra responsabilità aquiliana e contrattuale e che, proprio per tale motivo, manifesta una rilevanza dal punto di vista operativo, esclusivamente in quegli ordinamenti che - come quello francese dal quale il rilievo medesimo proviene - escludono il concorso tra detti tipi di responsabilità.

In effetti – e procedendo con ordine - deve osservarsi che casi in cui l'illecito aquiliano, pur restando tale, si annidi nell'ambito di relazioni personali tra il possibile danneggiante e il possibile danneggiato, le quali siano (non contrattuali ma pur sempre) specifiche e preesistenti, possono non soltanto essere pensati ma anche essere conformati in modo da giustificare – anche sotto il profilo dell'interesse economico e giuridico, e dunque sotto il profilo della causa contrattuale – la regolazione preventiva del regime della responsabilità, senza con ciò trasformarla in contrattuale. Si può, ad esempio, pensare alle fattispecie di rapporti di vicinato, oppure alle relazioni precontrattuali, se si ritiene (cosa che peraltro la giurisprudenza italiana sembra recentemente negare) che esse non radichino relazioni di tipo contrattuale, sotto forma di doveri di protezione senza obbligo di prestazione. Ma se, come detto, nel secondo dei casi esemplificati la presenza del dovere di protezione radicato nell'obbligo legale di buona fede oggettiva, potrebbe spingere la responsabilità conseguente alla sua violazione nell'ambito contrattuale, e dare con ciò conferma della asserita impossibilità di configurare accordi di regolazione di responsabilità che non perdano il loro carattere aquiliano, per altro verso i rapporti di vicinato - così come quelli condominiali, quelli inerenti alle prestazioni di cortesia, e tutte le relazioni che non

² H., L. E J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, t. 3, II ed. nel volume aggiornato da F. CHABAS, *Montchretien*, 1983, p. 91.



implichino la nascita di doveri di protezione - possono continuare ad essere portati ad esempio di ipotesi nelle quali si configura, in modo chiaro, la fattispecie in analisi.

E non appare, in contrario senso, fondata la tesi la quale, dalla deduzione in un accordo negoziale di una disciplina regolante la struttura o la conseguenza dell'illecito, induce a ritenere che il dovere sotteso all'imperativo del *neminem laedere* si trasfiguri, in tali casi e in conseguenza della sua implicita considerazione nell'accordo, in obbligo contrattuale: ciò perché, con tutta evidenza, se l'accordo regola unicamente le conseguenze della violazione del dovere, la fonte dello stesso è data per presupposta ed è dunque anteriore ad esso e non può che essere radicata in una previsione legale.

Peraltro, come anticipato, proprio dalla casistica di situazioni idonee a stimolare una disciplina delle conseguenze dell'illecito, è possibile scorgere anche l'interesse che le parti potrebbero avere a riguardo del relativo contratto, e che potrebbe vestire quest'ultimo di idonea causa giuridica sì da evitarne la nullità per mancanza di tale elemento essenziale. In disparte i problemi di derogabilità della disciplina legale – prima già cennati e su cui si tornerà dopo – il tema qui in esame mette evidentemente in tensione il sistema del contratto e quello della responsabilità civile, ma di certo non può essere analizzato se riguardato soltanto sotto tale ultimo versante, senza calarlo nel complessivo sistema dell'atto negoziale. Infatti, la disciplina *ex ante* della responsabilità civile, nella misura in cui innesca vicende di tipo abdicativo o dispositivo (si pensi alla rinuncia al diritto al risarcimento ovvero alla modifica del *quantum* del danno risarcibile) deve pur sempre trovare, onde acquisire efficacia, una giustificazione in un adeguato interesse meritevole, che specifichi e sostanzi la funzione concreta del relativo atto contrattuale. L'analisi del profilo in questione – su cui è utile tergiversare unicamente allo scopo di definire un campo di estensione della presente analisi, sufficientemente ampio e dunque degno di interesse – porta ad individuare fattispecie in cui le parti potrebbero essere interessate a regolare *ex ante* le conseguenze della responsabilità, allo scopo, ad esempio, di ottenere una precisa delimitazione del rischio da sottoporre ad assicurazione, onde ricavarne una riduzione dei relativi costi. Ma gli esempi (nel settore della responsabilità precontrattuale, in quello dei rapporti di cortesia, in quello delle attività sportive anche non professionistiche) potrebbero essere vari e sarebbero suscettibili di essere inquadrati sia in atti gratuiti (ma pur sempre sostenuti da idoneo interesse delle parti) sia, in fine, in atti onerosi nei quali la rinuncia alle conseguenze della responsabilità è giustificata da altra controprestazione.

Come detto, la deduzione del regime della responsabilità aquiliana nell'ambito di una pattuizione negoziale, non sembra essere tale da trasfigurarla in termini contrattuali e da determinarne l'assimilazione al relativo regime. Ma – come già anticipato – tale tematica potrebbe risultare priva di addentellato pratico.

La questione trova infatti la sua ragion d'essere nella sopra già rilevata dicotomia del regime giuridico delle due tipologie di responsabilità, e nella espressa previsione – per quella contrattuale ma non per quella aquiliana – della validità di patti negoziali che la limitino o la conformino in modo differente da quello legale. Se le convenzioni qui in esame operassero nel senso di trasformare il regime aquiliano in contrattuale, se ne dovrebbe assumere la relativa assoggettabilità alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione. Il che, ovviamente, priverebbe il tema di qualsiasi interesse.³

³ F. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Tratt. Resp. Contr.* Visentini, I, Torino, 2009, p. 73; G. DI GIANDOMENICO, *La lesione del rapporto giuridico*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2008, p.625; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, p. 12; C. CASTRONUOVO, *Le due specie di*



Se però ciò è vero nei regimi che, come quello francese, distinguono tra le due forme di responsabilità negando – ora espressamente – la possibilità del relativo concorso, altrettanto non potrebbe dirsi per quelli che, come il nostro, detto concorso invece lo ammettono. In tal caso, infatti, l'esclusione della responsabilità contrattuale non potrebbe estendersi alla concorrente responsabilità aquiliana, ove quest'ultima fosse ritenuta inidonea ad una regolazione *ex ante*. Sicché il problema resterebbe comunque aperto perché il danneggiato, pur privato dell'azione radicata nel contratto, potrebbe servirsi di quella radicata nella disciplina dell'illecito.



2. Occorre subito premettere che la maggioranza degli ordinamenti occidentali considera, in via di principio, le regole della responsabilità aquiliana come possibile oggetto di disciplina negoziale *ex ante*, là dove, ovviamente il problema della negoziabilità *ex post* del diritto al risarcimento del danno già maturato in capo al danneggiato, non si pone neppure.¹

Alla autonomia negoziale vengono posti, naturalmente, dei limiti che, come si cercherà di chiarire dopo, trovano il loro ancoraggio e la loro *ratio* giustificatrice sia nelle regole che costituiscono il sistema contrattuale sia in quelle attinenti al sistema della responsabilità.

E' nell'esperienza francese che, invece, permane l'idea – che molti segnali inducono a considerare in via di superamento – del divieto dell'*aménagement conventionnel anticipé* della responsabilità in questione; divieto che giurisprudenza e dottrina radicano nei principi dell'ordine pubblico.²

Non sono necessari soverchi sforzi per individuare la matrice dell'impostazione d'oltralpe e la sua derivazione tecnica dal fenomeno – propugnato dai giusnaturalisti - di generalizzazione della colpa quale criterio cardine del giudizio di responsabilità civile;³ il passaggio dal *damnum iniuria datum* del modello aquiliano, all'illecito visto quale conseguenza della colpa ovvero alla immedesimazione stessa di illecito e *colpa aquiliana*, è evidentemente accompagnato da una lettura moralistica – in senso prima individuale se non religioso, e poi sociale –⁴ della responsabilità stessa, e alla qualificazione dell'obbligo risarcitorio in termini di reazione della *conscience sociale* al turbamento dell'ordine.⁵

Il legame esistente tra *faute* e *ordre publique* e le implicazioni morali che esso comporta, costituiscono la saldatura in grado di trasferire sul piano della morale (e dunque, del giudizio sul comportamento del danneggiante) ovvero della giustizia (e dunque sull'esigenza di tutela del danneggiato o di ripristino dell'ordine violato) le regole della responsabilità civile, elevandole ad un grado di ordine pubblico facilmente conciliabile con qualsiasi delle opzioni teoriche o dalle preferenze, circa la nota da indicare quale caratteristica della

¹ In Common Law, la limitazione della responsabilità o del risarcimento è ammessa tanto nel campo contrattuale quanto nel campo dei torts: H. BEALE, *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Actes du colloque des 13 et 14 déc. 1990*, LGDJ, p. 155. Anche in Germania il patto è generalmente ammesso: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, Berlin, 1979, p. 366. Così anche in Belgio: D. MAZEAUD, *Les clauses limitatives de responsabilités*, in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Dalloz/Bruylant, 1986.

² H., L. E J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, cit. p. 97; G. VINEY – P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., 2001, p. 284; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats*, Dalloz action, 2006/2007 par. 1056; L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2000\2001, par. 1056. In giurisprudenza i riferimenti all'*ordre publique* sono molteplici; in alcuni casi sono messi in relazione i concetti di ordine pubblico e *acte fautif*: Cass., 2^{me} Ch., 29 *mare* 1962, in *Gaz. Pal.*, 1962, 2, p. 151. Per una analisi dei molteplici profili dai quali viene riguardato il concetto di ordine pubblico ai fini della giustificazione del divieto in esame, si v. J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, P.U.A.M., 2008, p. 108 e ss. L'A. mette in evidenza come non tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito siano riconducibili al regime dell'ordine pubblico, ma solamente quelli che hanno la finalità di proteggere il danneggiato.

³ Per tutti M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile. I. L'illecito*, II ed., Milano, 2010, p. 175 e ss., L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, III ed., Librairie Recueil Sirey, 1939, p. 337; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, III ed., Padova, 2005, p. 3 e ss., ed ivi ampi riferimenti dottrinali.

⁴ B. STARCK, *Introduction au droit*, Litec, 1996, p. 22; M. MEKKI, *L'intérêt général e le contract, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., 2004, p. 231 e ss.

⁵ H., L. E J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, cit. p. 105; J. VAN RYN, *Responsabilité Aquilienne et contracts en droit positif*, Rec. Sirey, 1939.



verbalizzazione del *neminem laedere*. E ciò a dispetto anche del fatto che il *code civil* rechi la disciplina di plurime fattispecie di responsabilità oggettiva, la quale è tuttavia attratta al regime e al rango delle norme di ordine pubblico, in forza di un evidente fenomeno di generalizzazione.

E' un'impostazione - quella ora riassunta - che attraversa quasi due secoli di decisioni di giurisprudenza e di conseguenti prese d'atto della dottrina francese, e che proprio sul terreno della derogabilità *ex ante* della disciplina della responsabilità civile, trova la sua concretizzazione in regola operativa; e ciò a differenza di quanto può verificarsi nell'esperienza italiana, la quale infatti, pur recependo - in studi anche non risalenti -⁶ l'idea che fa della responsabilità civile un sistema attuatore delle istanze di affermazione di principi morali ovvero di pacificazione sociale, non trova analoghe ed espresse affermazioni in punto di ascrizione della relativa disciplina all'area della inderogabilità ovvero dell'ordine pubblico.

L'esperienza francese degli ultimi due secoli, come detto, nega invece qualsiasi validità ai contratti che disciplinano la responsabilità civile, nel senso di limitarne l'applicazione sia tramite accordi di non riparazione (incidenti in particolare sul danno risarcibile) sia tramite accordi di non responsabilità (incidenti, a monte, sulla configurazione della stessa).

La giurisprudenza, per la verità, si è interessata principalmente dei secondi, escludendone categoricamente l'ammissibilità in fattispecie di responsabilità per colpa provata.⁷ L'occasione della adozione di simili arresti, va rintracciata anche in pratiche antiche (quale quella dei contratti di pascolo, del diritto minerario ovvero del trasporto di cortesia soprattutto aereo) molte delle quali sono oggi scomparse o sono state regolate da moderne discipline settoriali; ma altri casi, anche più recenti, sono stati decisi con altrettanta, indiscutibile convinzione, nel senso sopra visto.⁸

La dottrina - che come detto non dubita che la ragione della inderogabilità delle norme in esame sia conseguenza della loro natura di ordine pubblico - si è invece posta problematiche (invero tratte dalla casistica del contiguo settore della responsabilità contrattuale) che non pare abbiano trovato riscontri in ambito giurisprudenziale, affrontando in particolare il problema della validità degli accordi volti a stabilire *ex ante* criteri di forfettizzazione del danno; problema risolto, tanto nelle analisi risalenti quanto in quelle più recenti, negativamente; e ciò in ragione della rinvenuta inidoneità di tali accordi

⁶Una rassegna sarebbe ultronea. Ci si limita a richiamare la voce *Responsabilità civile* di R. SCOGNAMIGLIO, nel *Noviss. Dig. It.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 633; e l'opera trattatistica di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 994, p. 533.

⁷Le prime sentenze che hanno affermato il principio riguardano il rapporto di lavoro subordinato: Cass. civ., 15 mars 1876, *Sirey*, 1876, I, p. 337. Altre decisioni risalenti sono state assunte nel campo del trasporto aereo (prima della regolazione della materia da parte delle Convenzioni internazionali) da parte delle corti di merito: Paris, 19 juin 1926, in *Dalloz*, H, 1926, p. 397; le decisioni sono state confermate anche da Cass. 27 mars 1928, in *Dalloz*, P., 1928, I p. 145. In tempi relativamente più recenti, in materia di deroga alla responsabilità extracontrattuale nei rapporti tra vicini, si v. Paris, 1er déc. 1954, in *JCP*, 1955, II, p. 8226. Per le decisioni assunte nel caso della cd. *clause minier* (clausola che esonerava il titolare dello sfruttamento di una miniera dai danni provocati al proprietario della superficie) nonché nel caso del cd. *pacage commun* (clausole che esoneravano i proprietari del bestiame dai danni provocati ad altri animali nel caso di pascolo comune), si v. J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, cit., p. 43 e ss.: in tali casi le pattuizioni venivano considerate valide salvo che si configurasse colpa del danneggiante.

⁸A.S. MUZUAGHI, *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveaux*, L.G.D.I., 1981, p. 207.



ad assicurare un ristoro totale del danno subito dalla vittima dell'illecito.⁹ Come si vede, non la disciplina in sé della responsabilità civile è ricondotta al campo della non negoziabilità e dell'ordine pubblico; ma esclusivamente quelle norme che sono finalizzate ad attribuire il risarcimento al danneggiato e che dunque sono espressione del principio di integrale riparazione del danno: e conferma di ciò la si riceve dal fatto che, pacificamente, la dottrina (ma la questione non ha trovato soluzione nel formante giurisprudenziale) ritiene valide le pattuizioni di clausole penali (valutate quale contrappunto di quelle di forfettizzazione proprio dal punto di vista quantitativo) in ambito extracontrattuale.¹⁰

Come detto, la posizione espressa dalla giurisprudenza e dalla dottrina francese appare abbastanza isolata in ambito europeo; ed essa sembra in procinto di essere abbandonata non tanto nella interpretazione dottrinale, dove le tesi eversive appaiono tuttora minoritarie, quanto nel formante legale.

Nel primo campo (quello dottrinale) si individuano infatti studi intenti a dimostrare che la natura di ordine pubblico debba assegnarsi unicamente alle norme che sanciscono la responsabilità civile per dolo o colpa grave, ovvero a quelle che si rivolgono ad assicurare il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione dei diritti dell'integrità fisica – con ciò trasferendo sul campo della responsabilità civile principi e regole che attengono forse più propriamente al sistema del contratto – sottolineando, negli altri casi, l'asserita efficienza economica del principio di negoziabilità *ex ante* della responsabilità civile.¹¹ Nel formante legale sembrano invece approssimarsi innovazioni che vanno nella direzione di riconoscere espressamente, con una disciplina univoca della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, l'ammissibilità del patto di esclusione della responsabilità, salvo il limite della non disponibilità del diritto leso e salvi ancora l'espresso divieto normativo (come nei casi della responsabilità civile automobilistica o della responsabilità del produttore) nonché l'applicazione della disciplina in materia di rapporti tra professionista e consumatore, là dove l'esclusione della responsabilità (di qualsiasi genere) può costituire una clausola abusiva.¹²

⁹Per la dottrina più risalente, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, cit., p. 337; più recentemente, H. L. E. J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, cit., p. 2640; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats*, cit., par. 1056.

¹⁰G. VINEY – P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, cit., p. 447; D. MAZEAUD, *La notion de clause penal*, L.G.D.J., 1992 p. 492.

¹¹J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, cit., p. 167 e ss.

¹²Si v. artt. 1257\2 e 1281\1 dell'*Avant projet de réforme de la responsabilité civile*, pubblicato per la consultazione nell'aprile del 2016; sul punto di v. J. S. BORGHETTI, *L'avant projet de réforme de la responsabilité civile. Commentaires de principales dispositions*, in *Rec. Dalloz*, 2016, p. 1442.



3. Un particolare interesse, nell'ambito del discorso che si sta svolgendo, può essere assegnato all'esperienza francese in materia di patti di esonero dalla responsabilità oggettiva. Un certo orientamento dottrinale, traendo spunto da alcune fattispecie decise dalla giurisprudenza, ha infatti sostenuto che tali patti, a differenza di quelli relativi alla responsabilità per colpa provata, andrebbero esenti dal suddetto divieto e non incontrerebbero il limite dell'ordine pubblico.¹ La facile osservazione per cui la responsabilità oggettiva, non fondandosi sulla colpa, non sarebbe soggetta ad implicazioni con regole radicate nella morale ovvero nelle esigenze di giustizia, non trova però riscontri effettivi nelle decisioni in questione, e non deve dunque ingannare l'interprete. Ciò non per la ovvia considerazione che la premessa stessa di detta osservazione potrebbe essere messa in discussione, visto che la responsabilità *sans faute* potrebbe essere letta (ed è stata letta) in chiave di repressione di conegni non socialmente apprezzabili (ad esempio, in termini di mancata adozione di precauzioni, ovvero di *culpa in vigilando* e via discorrendo) quanto perché non è in tale tipo di valutazione che sono radicate le decisioni in esame.

E' opportuna, a questo punto, una premessa di carattere storico che potrebbe sembrare estemporanea o non pertinente, ma che forse non lo è. Essa è costituita dalla considerazione che nel diritto romano la rinuncia ai diritti assicurati al danneggiante dalla *lex aquilia*, veniva considerata lecita, nei casi in cui essa riguardasse fatti lesivi - colposi - che costituissero anche inadempimento di obbligazioni contrattuali. In effetti, il diritto romano conosceva il concorso delle azioni in responsabilità, e consentiva conseguentemente la rinuncia ad entrambe le tutele e ad entrambi i risarcimenti, i quali potevano avere una estensione differente, vista la peculiare modalità di liquidazione di quelli aquiliani.² Va dunque rimarcato che la dottrina romanistica dubita che altrettanta autonomia fosse riconosciuta alle parti nei casi in cui si configurassero altre fattispecie di *delicta*. Ed infatti, c'è chi è portato a ritenere che, in tali ipotesi, i patti di rinuncia preventiva alla responsabilità fossero nulli.³ Se così fosse si dovrebbe dedurre che ogni lesione all'integrità fisica e tutti gli illeciti di dolo, fossero esclusi dal campo di estensione della autonomia privata, proprio perché non qualificabili in termini di *damnum iniuria datum*.

Quale che sia la soluzione che il diritto romano desse, in tale ultima ipotesi, alla questione della validità dei patti di rinuncia alla responsabilità, il riconoscimento della stessa nel caso di illecito aquiliano connesso alla esecuzione di un'obbligazione, è rilevante perché è sintomo della tendenziale ammissibilità dei patti in esame, in tutti i casi in cui un soggetto volontariamente si esponga ad un rischio. I contraenti, infatti, si assumono normalmente dei rischi, che implicano anche l'applicazione di regole di responsabilità. In genere, il rischio dell'inadempimento o della violazione degli obblighi contrattuali – ed eventualmente della connessa lesione di un diritto – è allocato sul debitore; esso, però, può essere traslato in forza di accordi che sono tendenzialmente considerati validi, pur se in presenza di determinate condizioni. Assunzione del rischio contrattuale e negoziabilità dello stesso sembrano costituire un binomio; e la prova la si riceve proprio dal fatto che, ove il contratto implichi esposizione a rischio di diritti assoluti, diventano negoziabili anche le regole della responsabilità *ex lege aquilia*.

Proprio tale aspetto consente di comprendere meglio il senso delle decisioni rese dalla giurisprudenza francese nelle fattispecie di rinuncia alla responsabilità civile senza

¹P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et de contrats*, cit., par. 1058.

²Dig. 13,6,18,1; J. VAN RYN, *Responsabilité Aquilienne et contrats en droit positif*, cit., p. 457.

³J. ABRAS, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, cit., p. 124, note 2402 e ss.



colpa. Come detto, in tali casi, la giustificazione della riconosciuta validità di accordi di tal genere, non sembra affatto riposare su considerazioni che portino a deprivere del carattere di ordine pubblico, le regole della responsabilità oggettiva. Anzi – al di fuori di quelle ipotesi in cui la dottrina francese ha potuto individuare le conferme alla tesi secondo cui tale tipo di responsabilità sarebbe negoziabile –⁴ si può percepire una tendenziale conferma del carattere generale del divieto di *aménagement conventionnel de la responsabilité delictuelle*, in molteplici decisioni, come ad esempio in quelle relative a patti inerenti alla responsabilità da quasi delitto, disciplinate dagli artt. 1384 (alinéa 1 e 5) – in casi di danno provocato da cosa o da persona soggetta alla sorveglianza altrui – ovvero dall’art. 1386, nel caso di rovina di edificio.⁵

Le ipotesi in cui la rinuncia è invece ammessa, possono essere spiegate in base a logiche differenti, che vanno inquadrare nella specifica fattispecie decisa. E così, ad esempio, si nota che la validità dell’accordo viene normalmente riconosciuta nel caso di prestazioni sportive ovvero di trasporto di cortesia (si tratta, invero, di decisioni risalenti relative al trasporto aereo); ovvero nei contratti di pascolo comune, tramite i quali gli allevatori sono ammessi a modificare le regole della responsabilità soltanto a condizione che non si provi la loro colpa. Proprio tale esempio – in cui il *discrimen* tra patto ammesso e patto vietato è appunto costituito dalla presenza della colpa – assume particolare rilevanza perché sembra essere sintomatico di un approccio che distingue, ai nostri fini, a seconda del tipo di imputazione della responsabilità. Ma, a ben vedere, si tratta di una conclusione affrettata perché essa non tiene in considerazione che proprio i rapporti di pascolo comune (risalenti forme contrattuali nelle quali gli allevatori si esponevano ai reciproci rischi connessi alla compresenza dei loro animali nel medesimo luogo) se comparati con le altre fattispecie, evidenziano una comune nota costituita appunto dalla volontaria accettazione del rischio di danno da parte del danneggiato. Conferma ulteriore la si riceve dalla giurisprudenza relativa agli accordi inerenti alla responsabilità per fatto del preposto, che la giurisprudenza ritiene validi se relativi ai danni eventualmente provocati a terzi – presumendo che in tal caso l’accordo assuma una funzione latamente assicurativa – ma nulli se relativi alle reciproche responsabilità.⁶ Volontaria assunzione di un rischio e negoziabilità (*ex ante*) delle conseguenze dannose e della connessa responsabilità, costituiscono, anche in tal caso, un binomio nel quale il primo elemento giustifica il secondo, nella misura in cui determina una modificazione dei presupposti stessi di applicazione delle regole della responsabilità.⁷

⁴Si tratta dei casi di *pacage commun* e di *clauses miniers* sopra già visti; oltre ad essi, si registrano decisioni in cui la deroga è stata ritenuta ammissibile in casi di partecipazioni ad attività sportive pericolose: Cass. 2eme, 8 oct. 1975, in *Bull. civ.*, II, n. 246.

⁵Cass., 2eme Ch., 23 janv. 1959, in *Dalloz*, 1959, I. p. 281; Cass., 2eme Ch., 28 nov. 1962, in *J.C.P.*, 1964, II, p. 13710; V. DEPADT – SEBAG, *La justification du maintien de l’art. 1386 du code civil*, L.G.D.J., 2000, p. 2 e ss..

⁶Cass., 2eme Ch., 29 mars 1962, in *Gaz. Pal.*, 2, p. 151.

⁷In tal senso, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. IV, Themis, 1991, par 284 e s.



4. Come già accennato, l'esperienza italiana – al pari di quelle europee – non esprime, nel formante giudiziale, orientamenti quantitativamente paragonabili a quelli rinvenibili nella esperienza francese. L'analisi che la dottrina ha dedicato all'argomento, ha evidenziato la presenza di rare affermazioni di principio circa la illiceità, per violazione dell'ordine pubblico, del patto di esclusione della responsabilità extracontrattuale, peraltro contenute in decisione anteriori alla entrata in vigore del vigente codice del 1942.¹

Ulteriori riferimenti all'argomento si rinvengono in sentenze riferibili alla particolare clausola del patto cd. *di manleva*, il quale, in effetti, non incide sul rapporto tra danneggiante e danneggiato, essendo stipulato con un terzo il quale si assume - nei rapporti interni col danneggiante o anche in quelli esterni col danneggiato medesimo - l'obbligo di assorbire le conseguenze risarcitorie del fatto dannoso; tali sentenze ritengono che la pattuizione (a condizione che sia sostenuta da idoneo interesse) sia valida sotto il profilo oggetto del nostro esame, in quanto non va ad incidere sulla aspettativa di compensazione del soggetto leso; esse dunque evocano, indirettamente, argomenti radicati nel sistema della responsabilità civile, quale quello della asserita inderogabilità della relativa disciplina.²

Più aperte alla derogabilità del regime della responsabilità aquiliana, sono invece quelle decisioni che, ritenendo la sussistenza delle medesime esigenze, e dunque della medesima *ratio*, dichiarano applicabili, ai patti di esclusione della responsabilità aquiliana, i limiti dettati dalla disposizione dell'art. 1229 del codice, in materia contrattuale.³

Il contributo della giurisprudenza in materia, è tutto qui.

Anche i contributi dottrinari sono poco numerosi anche se tutti autorevoli.

Pur non essendo particolarmente diffusa la tesi – più spesso evocata in modo incidentale -⁴ della natura inderogabile della disciplina della responsabilità civile, si è tuttavia sottolineato come la regolazione dei patti di esonero sia, nel codice civile, versata esclusivamente nel campo dell'inadempimento delle obbligazioni, sicché se ne è tratta la conclusione che essa non possa che concernere un rapporto obbligatorio già sorto, e dunque risultare inapplicabile al campo della responsabilità aquiliana. Muovendo però da una concezione della stessa meno rigida di quella orientata a contrattualizzarla in presenza di qualunque, preesistente contatto tra danneggiante e danneggiato, una parte della dottrina ha cercato di impostare in maniera diversa il problema delle clausole di esonero, affermando che se l'ammissione del *pactum de dolo praestetur* contrasta con la tendenza a tutelare le vittime di danni ingiusti arrecati con dolo o colpa, non sussistono ragioni per negare la possibilità di un esonero per colpa lieve, con ciò sostanzialmente confermandosi

¹Il riferimento è alla decisione della Corte di Cassazione di Torino del giorno 8 giugno 2012, in *Riv. Dir. Comm.*, 1913, II, p. 417. In dottrina, sugli aspetti in esame, si v. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero da responsabilità. Studio di diritto comparato*, Milano, 1984; ID. *Le clausole di esonero della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1998, p.852; L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Tratt. Rescigno*, 1984, IX, p. 230; F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971; ID., voce *Clausole di esonero da responsabilità*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, III, Torino 1988, p. 402.

²Cass., 18 maggio 1954, n. 1580, in *Foro it.*, 1955, I, c. 1704; Cass. 21 giugno 1979 n. 3445, in *Rep. Foro it.*, voce *Ferrovie e tramvie*, n. 12; Cass. 8 marzo 1980 n. 1543, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2539.

³Cass. 3 luglio 1968, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2466.

⁴G. ALPA, *Costruzioni di autoveicoli, clausola di esonero e responsabilità dell'impresa. Per una diversa lettura dell'art. 2054 c.c.*, in *Giur. It.*, 1975, I, 1, p. 766. Nella dottrina più risalente si v. G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, Vol. I, Torino, 1903, p. 173. La tesi della nullità degli accordi in esame è stata ripresa anche da dottrina recente: cfr. C. CATRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 535.



la natura di ordine pubblico della disciplina aquiliana, ma limitandola al solo ambito della responsabilità per dolo o colpa grave.⁵

In effetti, molti sono gli indici normativi da cui è possibile dedurre l'assenza di un principio giuridico che vieti le clausole in questione. Tra essi, in primo luogo, l'art. 808 *bis*, cod. proc. civ. che - nel suo testo attualmente vigente - prevede, ad esempio, che le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future, relative ad uno o più rapporti non contrattuali, determinati. Tra tali controversie vanno, naturalmente, annoverate anche quelle inerenti a pretese risarcitorie da atto illecito, che sono, dunque, considerate in sé negoziabili. L'art. 124 del d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (dettato in tema di responsabilità del produttore) prevede, con norma eccezionale e giustificata dall'esigenza di tutela del mercato concorrenziale e dei diritti del consumatore, che *<è nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente, nei confronti del danneggiato, la responsabilità prevista dal presente titolo>*, con ciò dunque confermando che un accordo preventivo di regolazione della responsabilità extracontrattuale sia, in sé, configurabile.⁶

Il dato normativo e la concreta mancanza di indici contrari nel formante giurisprudenziale, sono poi assonanti con una moderna concezione della responsabilità civile, vista quale criterio di allocazione del rischio di danno, piuttosto che quale regola di comportamento; visione che elevando la minima unità effettuale a criterio definitorio dell'istituto, e distinguendo tra funzione giuridica ed efficacia sociale dello stesso, svela al contempo la stretta relazione esistente tra la regola dell'art. 2043 cod. civ. (o di qualsiasi altra verbalizzazione del principio aquiliano) da una parte, e il contratto dall'altra, assumendo che il ricorso alla prima sia giustificato, di *default*, in mancanza dei presupposti per l'utilizzazione dello strumento pattizio.⁷ L'esposizione al rischio - intesa quale condizione ineliminabile del contesto sociale (e cioè del sostrato materiale della regolazione giuridica) e non soltanto quale scelta volontaria, legata alla partecipazione del (possibile) danneggiato alla altrui attività potenzialmente lesiva, ovvero alla assunzione di un vincolo contrattuale - è un naturale oggetto di decisioni allocative che possono essere lasciate - salvi specifici vincoli cogenti - alla preventiva negoziazione (o alla successiva transazione) delle parti e, in mancanza di essa, possono regolate dalla disciplina aquiliana.

Il rapporto che esiste tra (rischio) di danno, responsabilità e contratto non appare essere di reciproca esclusione, bensì di conflitto tra fonti disciplinate da gerarchie che non sono organizzate secondo un ordine consolidato o univoco, ma sono scandite dai limiti e dai vincoli che l'ordinamento pone alla autonomia negoziale in generale da una parte, ed al sistema della responsabilità civile (o della sua provincia) dall'altro.

In tale contesto, ed escludendo dunque che un principio di ordine pubblico renda impermeabile la disciplina aquiliana alla regolazione pattizia, si deve però stabilire se quest'ultima sia assoggettata - in via diretta ovvero analogica - alla disciplina dell'art. 1229 cod. civ. La risposta positiva al quesito - pur sostenuta da parte della dottrina sulla scorta della considerazione tendenzialmente unitaria del sistema della responsabilità - è contrastata

⁵G. CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità* in *Tratt. Resp. Contr.* Visentini Padova, 2009, p. 521.

⁶G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1998, p.852.

⁷La necessità di distinguere tra funzione ed efficacia della regola aquiliana è sottolineata, più di recente, da M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011 p.5.; sul rapporto tra allocazione legale e allocazione transattiva del danno, si v. P. G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni. 3. La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ. Sacco*, Torino, p. 15 e ss. A. DE MAIO, *La tutela civile dei diritti*, 3a ed., Milano, 2001, p. 61.



da chi afferma che il silenzio del legislatore – sostanziatosi nel mancato richiamo della norma al campo extracontrattuale - potrebbe essere interpretato come l'espressione di una volontà di assoggettare le clausole di esonero, ai limiti desumibili unicamente dai principi generali - e in particolare da quello di cui all'art. 1322 cod. civ. - dettati in tema di autonomia negoziale; limiti che si individuerebbero nel caso di lesione dei diritti alla integrità fisica ovvero negli specifici, altri casi stabiliti dalla legislazione speciale, in materia ad esempio di responsabilità del produttore. Mentre resterebbero ammissibili le clausole di esonero in tutte le altre ipotesi;⁸ così come resterebbe modificabile il regime della responsabilità precontrattuale.⁹

⁸Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1981, p. 620 e P. G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, cit. p. 678

⁹V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 179 e ss; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale* in *Tratt. Dir. Priv. Bessone*, XIII, II, Torino, 2000, p.201.



5. L'alternativa accennata nel precedente paragrafo – costituita dalla applicazione nel campo della responsabilità aquiliana, della disposizione di cui all'art. 1229 cod. civ. ovvero della disciplina generale in materia di contratti – impone di analizzare quali siano le effettive distanze tra i due regimi in esame, e dunque di sondare, più in generale, il rapporto che esiste tra autonomia privata e responsabilità contrattuale.

Anche in mancanza di espressi divieti, appartiene alla tradizione francese – versata nella codificazione italiana di metà Ottocento – l'espressione di un generale principio di sfavore per le clausole di irresponsabilità, nell'ipotesi di consapevole inosservanza, da parte del debitore, degli obblighi posti a suo carico dal contratto. Si scorgeva, in particolare, in tali clausole, un certo carattere di immoralità oppure una contraddizione rispetto alla contestuale assunzione di un obbligo;¹ ovvero, ancora, una non accettabile violazione del principio della forza obbligatoria del contratto e dunque dell'atto volitivo liberamente assunto. Pur discutendosi, soprattutto nella dottrina influenzata dalla romanistica, della validità del patto di esclusione della responsabilità per fatto gravemente colposo, non risulta però che ne si sia mai dubitata la validità nel caso di colpa semplice, soprattutto per quelle fattispecie nelle quali sia arduo ipotizzare la capacità del debitore, di fronteggiare eventi imprevisi, capaci di rendere particolarmente difficile l'esecuzione della prestazione, senza tuttavia integrare l'ipotesi di sua impossibilità non imputabile.

Una fattispecie legale di clausola di esonero si rinveniva nell'art. 416 del codice di commercio del 1882, il quale, in materia di trasporto ferroviario di cose. Tale norma ne sanciva la nullità salvo che l'esenzione fosse giustificata da una diminuzione del prezzo stabilito nelle tariffe ordinarie.² Si tratta di una disposizione applicabile a prestazioni contrattuali per le quali sussisteva la previsione normativa di una duplice tariffa; essa si applicava esclusivamente ai trasporti gestiti dallo Stato o dalle Compagnie ferroviarie operanti in regime di monopolio, e non era ritenuta estensibile ad altri settori come ad esempio quello del commercio marittimo, connotato da ampia libertà di concorrenza tra le imprese.³

E' forse opportuno notare che l'art. 1229 cod. civ., pur non recependo il testo della speciale previsione del codice di commercio, è però di certo influenzato dal principio della *equivalenza delle prestazioni*, sotteso alla detta previsione speciale del codice di commercio, e che era peraltro evocato anche dal codice della navigazione in materia di contratto di nolo.⁴

La dottrina è solita interpretare la norma inquadrando principalmente i suoi limiti piuttosto che la parte in cui essa sancisce la regola: che è quella della validità dei patti di limitazione o di esonero dalla responsabilità, che non dipenda da comportamento doloso del debitore, e dunque della abilitazione della autonomia delle parti in ordine alla allocazione del rischio, costituito dalla incapacità del debitore di garantire la effettiva

¹I riferimenti sono alle opere fondamentali di G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, I, *Colpa contrattuale*, cit., p. 500; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, II, Firenze, 1885, p. 67 e ss.; e L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, p.380.

²A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto* (art. 388-416 c. comm.), nel *Commentario al codice di commercio* Bolaffio, Rocco, Vivante, vol. VI, Torino, 1935.

³In tal senso si veda V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 463 *contra* F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, cit., p. 27.

⁴*Ex multis* si veda G. AULETTA, *Limitazioni di responsabilità del vettore marittimo* in *Riv. dir. nav.*, 1952, I, 192 e ss. e M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 336 e ss. Sul punto si veda anche G. CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, cit. p. 342.



esecuzione della prestazione, ancorché essa non sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile. Tale lettura mostra un suo contenuto concreto se si considera che la responsabilità contrattuale assume, nell'ottica del codificatore, una connotazione tendenzialmente obiettiva, nella misura in cui fa gravare sul debitore il rischio della impossibilità della prestazione assunta tramite la sottoscrizione del programma negoziale, salvo che tale impossibilità sia ascrivibile ad una causa da sola sufficiente a produrla.⁵ Non è previsto che la clausola in questione – ai fini della sua validità – debba essere compensata da una specifica controprestazione; ciò perché le parti sono tendenzialmente libere di determinare le condizioni contrattuali, sicché l'interesse che giustifica la peculiare allocazione del rischio per inadempimento, è radicato ed individuato nel complessivo assetto di interessi assunto col contratto istitutivo del rapporto obbligatorio. In sostanza, pare che si debba evitare un errore di prospettiva probabilmente indotto da una non adeguata lettura della disposizione del codice di commercio sopra citata: proprio la previsione di una tariffa fissa, rende impossibile giustificare (sotto il profilo causale) l'esenzione da responsabilità del debitore, in mancanza di una riduzione del corrispettivo per la prestazione. Se però una tariffa fissa non esiste, se cioè le parti sono libere di determinare il valore delle controprestazioni – nel quale un peso specifico è evidentemente attribuito alla allocazione del rischio per impossibilità imputabile della prestazione – si deve presumere che la clausola di esonero trovi una sua giustificazione, nel complessivo e concreto assetto di interessi voluto dalle parti.

In tale ottica va dunque letto il limite generale, che è costituito dall'inadempimento volontario (dolo) al quale, come è noto, è sì equiparata la colpa grave ma – secondo la comune opinione - soltanto a causa della obiettiva difficoltà di distinguere i due stati psicologici nel caso concreto, e della necessità di evitare il pericolo di svuotamento di significato della previsione.⁶ Detto limite, nella opinione maggioritaria, è collegato all'esigenza di tutela del credito, assecondata tramite l'imposizione al debitore di un minimo ed inderogabile impegno di diligente cooperazione, per il soddisfacimento delle legittime aspettative del creditore, in conformità ai principi di lealtà e correttezza.⁷

Una lettura della disciplina in esame - al netto delle implicazioni di carattere morale evocate tramite il riferimento alla correttezza e alla buona fede, già diffuso nella dottrina di inizio secolo scorso - non può che portare a inquadrare il limite del dolo nell'ambito generale della teoria del contratto e, in particolare, della causa, e a sostituirla la relativa verbalizzazione con il termine di potestatività. In tale ottica, una clausola che esoneri il

⁵ Le tesi registrate in dottrina circa la natura della responsabilità contrattuale sono, come è noto, molteplici, articolate e risalenti. La caratterizzazione obiettiva, che, secondo taluni orientamenti, sarebbe stata accolta dal legislatore nella previsione dell'art. 1218 cod. civ., è stata sostenuta da Giuseppe Osti: cfr. G. OSTI, voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. VIII, Torino, 1957, p. 295 e ss. Essa, con varie articolazioni e varianti, è ancora ampiamente diffusa: cfr. G. VISINTINI, *Riflessioni sugli scritti di G. Osti*. In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 213; M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 329 e ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. II, Padova, 2009, p. 54. Anche le tesi che caratterizzano in modo obiettivo la responsabilità del debitore, ritengono però che l'impossibilità oggettiva che esonera il debitore, vada qualificata in termini economici, intendendosi per tale quella che non può essere vinta con l'impegno esigibile dal debitore nel particolare tipo di obbligazione da assunta: cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. I, Milano, 1953 p. 65 e ss.; G. ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 619.

⁶ Così V. SCIALOJA, *Lezioni sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1989, p.342.

⁷ L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, cit. p. 227 e ss; G. ALPA-M. BESSONE, *I fatti illeciti in Tratt. Rescigno*, XIV, Torino, 1982, p. 265 e ss; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 473 e ss.



debitore da responsabilità per inadempimento volontario (anche soltanto obiettivamente qualificabile come volontario in quanto caratterizzato da inescusabile imperizia o negligenza) altro non rappresenta se non una indiretta attribuzione al debitore della potestativa facoltà di sciogliersi dal vincolo giuridico.⁸ Ed è dunque non applicabile all'accordo in cui è radicata l'obbligazione, perché lo renderebbe priva di causa.

Peraltro, l'inquadramento del limite di cui all'art. 1229 cod. civ. nel più generale quadro dei vincoli posti alla autonomia privata, trova un suo riscontro anche nella esperienza francese che, in mancanza di una specifica disposizione di legge contenuta nel *code civil*, ha affermato la generale ammissibilità della deroga negoziale alle disposizioni in materia di danno contrattuale, evidenziando i tratti differenziali delle varie fattispecie di pattuizioni esemplificate, a seconda del loro effetto (di ampliamento ovvero di limitazione/esclusione della responsabilità) o del loro oggetto (che può riguardare qualsiasi degli elementi costitutivi del giudizio di responsabilità, compresa la qualificazione della obbligazione come di mezzi o di risultati, le condizioni di imputazione dell'inadempimento, la definizione della *cause étrangère*, il termine di prescrizione che in quell'esperienza è modificabile) o ancora, la quantificazione del danno. Anche gli aspetti processuali (ad es. quanto alle modalità e ai tempi di proposizione della domanda ovvero alla distribuzione dell'onere della prova e ai tipi di prova ammessi) possono essere oggetto di clausola – più che di limitazione – di gestione (*aménagement*) convenzionale della responsabilità contrattuale, intesa quale criterio di allocazione dei rischi di inesecuzione del contratto.⁹

La validità della clausola incontra, però, un limite, la cui natura e la cui caratterizzazione hanno subito, negli ultimi dieci anni, più che un processo di metamorfosi, una sorta progressiva chiarificazione.

Alla base del limite, nella giurisprudenza della fine del secolo scorso, viene, in osservanza della tradizione romanistica, posto l'elemento soggettivo della colpa grave, sì che i patti di limitazione della responsabilità contrattuale si ritengono non scritti allorché l'inadempimento del debitore sia inescusabile. Va osservato che la giurisprudenza adotta – ai fini in esame - un criterio di accertamento di tipo oggettivo, assumendo che la colpa grave sia desumibile non già alla stregua di un giudizio sul comportamento tenuto dal debitore, quanto dal fatto che la prestazione mancata abbia carattere essenziale o fondamentale;¹⁰ carattere che è stato, ad esempio, individuato nel caso in cui una banca permetta ad un agente di entrare nel *caveau* sì da consentirgli di svuotare una cassetta di sicurezza; oppure nel caso in cui venga omessa la menzione del numero di telefono di un artigiano nell'elenco telefonico, da parte del relativo gestore.¹¹ Nella serie di sentenze che hanno invece riguardato i casi cc.dd. *Chronopost*, la Cassazione commerciale prima e la *Chambre Mixte* poi, hanno modificato il proprio orientamento, affrancandosi, in via generale, dall'utilizzazione del criterio della colpa ai fini del sindacato delle clausole di esonero. La questione riguardava la validità di una pattuizione versata in un contratto di

⁸Di incompatibilità della clausola con la vincolatività propria del rapporto giuridico obbligatorio, discorreva già L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 380. Sul tema della potestatività nel rapporto obbligatorio, si v. P. STANZIONE, *Situazioni creditorie meramente potestative*, Napoli, 1982.

⁹G. VINEY – P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, cit., par. 180 e ss.; F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, XI ed., 2013, *Dalloz*, par. 611; A. MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, 2009, p. 56 e ss.

¹⁰Cass. Civ. 1^{re}, 18 janv. 1984, in *JCP*, 1985, II, p. 20372;

¹¹Cass. Civ. 1^{re}, 15 nov. 1988, in *JCP*, 1989, IV, p. 19; Cass. Com., 9 mai 1990, in *Bull. civ.*, IV, n. 142; P. JURDAIN, *Faute lourde et obligation essentielle*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1990, p. 666



trasporto di cose, che limitava il risarcimento del danno per il caso di ritardo nella consegna, ad un importo pari al costo della spedizione. Con una prima sentenza della sezione commerciale del 22 ottobre 1996, la clausola è stata ritenuta nulla per mancanza di causa e dunque per violazione della previsione di cui all'art. 1131 *code civil*, in quanto idonea a contraddire la portata giuridica dell'impegno assunto col contratto. La rilevanza della decisione sta non solamente nella sostituzione – ai fini qui in esame – dell'elemento (oggettivo) della causa dell'obbligazione, a quello (soggettivo) della colpa; ma anche nel fatto che la nullità viene riferita ad una prestazione (relativa al tempo della consegna) tutto sommato accessoria rispetto a quella fondamentale costituita dalla consegna in sé.¹² La decisione – che non è andata esente da critiche le quali si sono appuntate soprattutto sull'utilizzazione ritenuta impropria del concetto di causa –¹³ va probabilmente letta nell'ambito del particolare contesto in cui essa è calata, e cioè in un contratto in cui il tempo di consegna particolarmente celere del plico, giustifica un aumento del costo di spedizione, sì da divenire di per sé essenziale del consenso del mittente.¹⁴ Essa si è però prestata ad una interpretazione di tipo generalizzante. La stessa *Chambre commerciale* della Cassazione, infatti, in una decisione del 2002, ha stabilito che la clausola contrattuale ritenuta nulla per mancanza di causa, andasse però sostituita dalla clausola versata nel contratto-tipo approvato, dal decreto n. 99-269 del 1999, in materia di *transports publics routiers de marchandise*, il quale reca una limitazione della responsabilità, di fatto analoga a quella prevista dal contratto *Chronopost*. Detto decreto, peraltro, è stato ritenuto, dal *Conseil d'Etat*, non contrastare con la disciplina dettata in materia di clausole abusive a cagione del fatto che al mittente è data la possibilità di sottrarsi alla clausola, tramite il pagamento di un maggior prezzo, quale contropartita della garanzia circa una consegna immediata del pacco.¹⁵ In tali casi, però, si è ritenuto che la responsabilità del vettore permanga comunque, nei casi di inadempimento connotato dai caratteri della colpa grave o del dolo; caratteri che però, non potendo essere desunti dal semplice ritardo nella consegna – configurandosi altrimenti una vera e propria violazione delle disposizioni del decreto – vanno accertati – secondo la *Chambre Mixte* investita della questione –¹⁶ in termini soggettivi,

¹²Cass. Com., 22 oct., 1996 in *Bull. Civ.*, IV, n. 258.

¹³L'uso del concetto di causa finalizzato a creare spazi di tutela di una delle parti contraenti da clausole particolarmente inique, percorre la giurisprudenza della Cassazione francese negli ultimi anni del secolo scorso e nei primi del secolo presente. Se ne ricorderà una applicazione nel caso delle clausole cc.dd. *Claims Made* nella decisione della Cass. Civ., 1re, 19 déc. 1990, in *JCP*, 1991, II, p. 21656, ovvero nel caso delle clausole di antergazione delle valute utilizzate nella prassi bancaria (Cass. Com., 6 avr. 1994, in *Bull. civ.*, IV, n. 258). In entrambi i casi, proprio dal concetto di causa è stata dedotta la nullità delle viste pattuizioni, là dove esse, rispettivamente, deprivavano l'assicurato del diritto di copertura per i sinistri originatisi nel corso di vigenza della polizza (anche se manifestatisi successivamente) sì da rendere privo di giustificazione il pagamento dei canoni, ovvero mettevano in condizione il correntista di dover sopportare costi e interessi in conseguenza della fittizia creazione di un debito a suo carico conseguente alla antergazione della valuta della poste passive rispetto a quelle attive. L'utilizzo del concetto di causa – che nei casi visti può essere qualificato in termini di modalità di gestione dei conflitti sorti nell'ambito di una fattispecie di c. terzo contratto – ha trovato oppositori tra coloro che ne hanno soprattutto evidenziato la funzione di tutela del contraente nei soli casi di assoluta mancanza di una controprestazione; cosa che in tutti i casi visti, compreso quello dell'*affaire Chronopost*, non si individuerrebbe. Sul punto si v. D. MAZEAUD, *Saga Chronopost: les maîtres du temps perdent une manche...*, in *Rec. Dalloz*, 2006, p. 2288 e ss.

¹⁴E' questa l'osservazione di J. MESTRE, *L'art. 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1997, p. 418.

¹⁵Si v. la sentenza 6 juill. 2005, in *Dalloz J.*, p. 2094.

¹⁶Cass. Com., 22 avr. 2005, in *Rec. Dalloz*, 2005, p. 1864.



individuandosi essi in una negligenza di tale gravità da denotare la inattitudine del debitore ad adempiere la prestazione contrattuale.

In tutti i casi nei quali, però, non si applica la normativa del contratto-tipo (come ad esempio nel caso di trasporto aereo) il principio della nullità della clausola di esonero per mancanza di causa, resta confermato;¹⁷ sicché il concetto stesso di colpa grave diviene di fatto inutile ai fini del giudizio sulla clausola medesima, così come diviene non essenziale il fatto che l'inadempimento abbia avuto o meno ad oggetto la prestazione principale del contratto.¹⁸

Una ripresa dell'importanza di tali elementi sembra però individuarsi nella giurisprudenza più recente.¹⁹ Tutto ciò legittima probabilmente l'osservazione di chi ha affermato come la giurisprudenza *Chronopost* sia andata troppo lontano nella dissociazione tra colpa grave e obbligazione principale, omettendo di considerare che la seconda è sintomo dell'esistenza della prima.²⁰ Ma, soprattutto, mette in chiaro il ruolo di sineddoche che può essere attribuito al richiamo – nella giurisprudenza francese come nel testo dell'art. 1229 cod. civ. o anche nel BGB –²¹ all'elemento soggettivo (dolo o colpa grave), se lo si intende quale sintesi del riferimento alla potestativa facoltà per il debitore di rendersi inadempiente all'obbligazione, e alla valutazione negativa che di essa viene data dall'ordinamento attese la sua capacità di negare la portata giuridica del vincolo e la sua stessa esistenza. Sineddoche che torna, peraltro, anche nei progetti di riforma delle norme del *code civil* dedicate alla responsabilità.²²

¹⁷Cass. Com., 30 mai, 2006, in Bull. Civ., IV, n. 43.

¹⁸L'orientamento ha trovato molteplici conferme anche in contratti diversi da quello di trasporto di merci: si v. Cass. Com., 17 Juill., 2001, in JCP, 2002, I, p. 148 in tema di manutenzione di materiale informatico; Cass, 1re ch., 22 juin 2004, in Rv. Trim. Dr. Civ., I, 2005, p. 270 n materia di contratto di trasporto di persone.

¹⁹ Cass. Com., 18 déc. 2007, in Bull. Civ. IV, n. 265; Cass. Com., 4 mars 2008 e Cass. Com., 9 juin 2009 n. 08.10.350, entrambe in Rev. Trim. Dr. Civ., 2009, p. 1359 con osservazioni di D. Mazeaud; Cass. Com. 29 juin 2010, in Bull. civ., IV, n. 115. In dottrina, M.M. MEKKI – C. GRIMALDI, *Les clauses portantes sur une obligation essentielle*, in Rev. Trim. Dr. Civ., 2008, p. 1095. P. JOURDAIN, *Clauses restrictives de responsabilité et obligation essentielle: une précision et des incertitudes*, in Rev. Trim. Dr. Civ., 2008, p. 310.

²⁰ G. VINEY, *Existence d'un contrat-type approuvé par décret et définition de la faute lourde écartant les limitations de responsabilité*, in *Rév. Lamy dr. aff.*, 2005 (sept.), p. 8.

²¹La scelta a suo tempo operata nell'ordinamento tedesco dal §276, Satz 2, BGB, dispone la nullità della clausola di esonero solo per l'ipotesi di inadempimento doloso.

²²La *Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 (di riforma del diritto dei contratti e del regime generale delle obbligazioni) che è entrata in vigore il 1° ottobre 2016, non ha inciso sulla disciplina della responsabilità civile. Come sopra detto, però, l'*Avant projet de réforme de la responsabilité civile* regola i patti di esclusione della responsabilità contrattuale e, oltre a quello della disponibilità del diritto, pone, quali ulteriori limiti alla ammissibilità della clausole di esclusione della responsabilità, sia la contraddizione con la portata di una obbligazione principale, sia il dolo che, però, non essendo riferito solamente alle obbligazioni principali, può riguardare anche quelle accessorie e dunque tutte le obbligazioni contrattuali.



6. A fronte di una disposizione di legge – quella di cui all’art. 1229 cod. civ. - dal contenuto chiaro e dalla portata generale, nel formante della giurisprudenza italiana si registrano pochi orientamenti cui possa essere assegnata particolare significatività sotto il profilo generale.

Quanto alla determinazione del perimetro applicativo della disposizione del codice, si segnala – in dottrina più che in giurisprudenza – l’interrogativo circa la possibilità di estenderla – come sostenuto da un’opinione che potremmo definire *classica* e che muove da una considerazione ampia del termine responsabilità -¹ a qualsiasi clausola che precluda al creditore di avvalersi dei rimedi previsti per il caso di inadempimento del debitore, quali la domanda di risoluzione per inadempimento ovvero le eccezioni dilatorie.²

Nella prassi contrattuale, poi, si individuano spesso clausole cd. *omnicomprensive*, le quali prevedono che il debitore sia esonerato da qualsiasi responsabilità derivante dall’inadempimento dell’obbligazione ovvero da fatto illecito. Siffatte pattuizioni – che potremmo definire di *immunità* – sono state da taluno considerate come clausole di stile; ciò però non le priva di sostanza ed efficacia giuridica, sicché per esse si pone, lo stesso, un problema di validità.³

Come sopra già detto, la giurisprudenza italiana si è confrontata con le clausole di manleva, le quali trasferiscono su un terzo il peso del risarcimento; esse sono ritenute lecite e non scontano il divieto posto dall’art. 1229 cod. civ. perché, di fatto, le pretese risarcitorie del danneggiato risultano salvaguardate.⁴ L’esonero del debitore dall’obbligo risarcitorio non può comportare, però, la sottrazione dai doveri di diligenza e di rispetto di norme poste a protezione dell’incolumità di terzi.⁵

Sempre la giurisprudenza ha, poi, sondato il tema della distinzione tra clausole che circoscrivono la responsabilità contrattuale del debitore, e clausole che delimitano l’oggetto del contratto, prevedendo che il debitore sia tenuto ad alcune prestazioni e non ad altre. Naturalmente, soltanto alle prime risulta applicabile il limite dell’art. 1229 cod. civ.

E’ diffusa l’idea secondo la quale una previsione negoziale delimita l’oggetto del contratto se attiene alle prestazioni primarie dedotte nel sinallagma, là dove essa è da considerarsi come meramente limitativa della responsabilità, se incida unicamente

¹F. BENATTI, *op. cit.*, p. 400. Con riferimento alla clausola di rinuncia all’azione di riduzione del prezzo prevista nei contratti di compravendita, C. M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit. p. 66. In giurisprudenza si v. Cass., 23 gennaio 1993, n.3418, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 291, che qualifica la clausola come vessatoria se dedotta in un contratto per adesione.

² Una soluzione più articolata si individua al Ch. III. 3:105 DCFR. Esso regola al I comma la nullità dei soli patti di esonero dalla responsabilità per danni alla persona causati con dolo o colpa grave, ed al II comma afferma che i patti che limitano i rimedi per l’inadempimento anche se validi non possono essere invocati se contrari alla buona fede. Soluzione analoga è prospettata dall’art. 8:109 dei Principi di diritto europeo dei contratti della Commissione Lando.

³ In tal senso G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità civile, Studio di diritto comparato*, p. 250: se pure sia vero che una clausola di esonero cd. *omnicomprensiva* sia una clausola di stile, è però senz’altro vero anche che le clausole di stile sono considerate inefficaci quando introducano una deviazione rispetto alle comuni regole riguardanti il rapporto obbligatorio, che non sia dotata del carattere della determinatezza e della specificità, mostrandosi quale mera espressione di prassi stilistica; ciò non può, però, dirsi delle clausole *omnicomprensive* inserite nei contratti c.d. *standard* essendo determinate e corrispondenti ad uno specifico interesse dei contraenti.

⁴Cass., 21 novembre 1988, n. 6267, in *Rep. Foro it.*, voce *Appalto*, n. 71.

⁵ Cass., 23 luglio 1991 n.8244, cit.; Trib. Firenze, 17 maggio 1965 in *Giur. toscana*, 1965, p. 437.



sull'*obbligo secondario del risarcimento*.⁶ Probabilmente, ruolo fondamentale ai fini della distinzione in esame deve essere assegnato al concetto di causa, nel senso che la previsione che limita la responsabilità deve limitarsi a distribuire il rischio di inadempimento tra le parti, senza toccare la funzione tipica assoluta dal contratto o perseguita dalle parti.

Tale pare essere, peraltro, il criterio distintivo utilizzato dalla giurisprudenza di Cassazione, con riferimento alla nota decisione assunta in materia di *NUB* che fissano un limite massimo di valore per gli oggetti conservati in una cassetta di sicurezza, adeguando a detto importo l'entità del danno risarcibile da parte della Banca, per il caso di furto o di perdita del valore conservato.⁷ Nel ragionamento della Corte, infatti, la clausola attua una limitazione della responsabilità proprio perché essa non potrebbe incidere sulla causa perseguita dal contratto, attesa l'inderogabile segretezza del contenuto del deposito che la caratterizza, e che rende impossibile, per la banca, pretendere l'osservanza di un limite massimo di valore dei beni custoditi.⁸

Altro contratto nel quale, seppure da diverso punto di osservazione, la giurisprudenza ha individuato clausole che in qualche modo limitano la responsabilità del debitore, è costituito dal *leasing* finanziario, in cui, come è noto, si registra una fattispecie di collegamento negoziale tra la locazione e la fornitura del bene; collegamento che giustifica la clausola (diffusa in tutti i formulari) che impedisce al conduttore di eccepire - nei confronti del locatore - la mancata consegna del bene o i vizi da cui esso è affetto, nonché di chiedere, al riguardo, un risarcimento di danni.⁹ L'orientamento che ritiene valide tali pattuizioni – giustificato sotto il profilo pratico per il fatto che la scelta del fornitore viene di norma effettuata dal conduttore e, sotto il profilo giuridico, per il fatto che a quest'ultimo vengono di norma cedute le azioni e le garanzie radicate nel contratto di fornitura – non collide con la disposizione dell'art. 1229 cod. civ., proprio in quanto non esclude il diritto al risarcimento del creditore (utilizzatore) esaltando al contempo la funzione di finanziamento assoluta dal *leasing*.¹⁰

⁶Così F. DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto* in *I Contratti*, 1997, II, p. 255. In giurisprudenza, Cass., Sez. Unite, 1° luglio 1994, n.6225 in *Corr. giur.*, 1994, p. 967.

⁷Si v. nota precedente. Il contratto di deposito in cassetta di sicurezza si qualifica in termini locazione di cose ovvero *locatio operis*: si v. cfr. Cass., 19 febbraio 1997, n.1537, in *Rep. Foro it.*, voce *Albergo*, n. 7. Il depositario risponde ex art. 1839 cod. civ. verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta. La sua responsabilità trova limite nel caso fortuito che non può essere individuato nel furto o nella rapina, data la prevedibilità dell'evento.

⁸Si veda E. GABRIELLI, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza* in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1984, I, p. 567 e ss.

⁹L'orientamento giurisprudenziale, assunto da diversi anni, è stato recentemente puntualizzato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza del 5 ottobre 2015 n. 19785 (in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Contratti in genere*, n. 313), così massimata: <In tema di vizi della cosa concessa in locazione finanziaria che la rendano inidonea all'uso, occorre distinguere l'ipotesi in cui gli stessi siano emersi prima della consegna (rifiutata dall'utilizzatore) da quella in cui siano emersi successivamente alla stessa perché nascosti o taciuti in mala fede dal fornitore; il primo caso va assimilato a quello della mancata consegna, con la conseguenza che il concedente, in forza del principio di buona fede, una volta informato della rifiutata consegna, ha il dovere di sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore e, ricorrendone i presupposti, di agire verso quest'ultimo per la risoluzione del contratto di fornitura o per la riduzione del prezzo; nel secondo caso, l'utilizzatore ha azione diretta verso il fornitore per l'eliminazione dei vizi o la sostituzione della cosa, mentre il concedente, una volta informato, ha i medesimi doveri di cui al precedente caso; in ogni ipotesi, l'utilizzatore può agire contro il fornitore per il risarcimento dei danni, compresa la restituzione della somma corrispondente ai canoni già eventualmente pagati al concedente>.

¹⁰Sulla qualificazione del contratto di *leasing* in termini di contratto di finanziamento, il dibattito è oggi abbastanza aperto; ciò anche in considerazione delle recenti riforme apportate alla legge fallimentare (tramite l'introduzione dell'art. 72 *quater* L.F.). La questione esorbita naturalmente il tema di questo studio, ma è evidente che la validità della clausola in esame è strettamente connessa proprio al profilo finanziario



dell'operazione, che alloca sul locatore esclusivamente il rischio di insolvenza del conduttore e non i rischi connessi alla funzionalità o alla utilizzabilità del bene oggetto di locazione. Sul punto, in dottrina, si v. V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, Milano, 2008, p. 88 e ss.; M. RABITTI, *il <leasing>*, in *I contratti per l'impresa* (a cura di Gitti, Maugeri, Notari), Bologna, 2012, p. 268.



7. Meno sondato risulta essere, tanto nel nostro ordinamento quanto in quello francese, l'altro limite posto dal codice civile (e ricostruito in via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza d'oltralpe) alle clausole limitative della responsabilità, il quale è costituito dalla necessità che la clausola non contrasti con i principi dell'ordine pubblico. In ambiente francese, ad esempio, esso viene individuato in specifici divieti di legge, compresi quelli che regolano la stipula di clausole di limitazione della responsabilità nel rapporto coi consumatori.¹

In Italia, la sua principale – se non l'unica – concreta applicazione sembra essere riferita alla tutela della integrità fisica: la giurisprudenza ad esempio – con particolare riferimento ad un contratto di locazione – ha ritenuto che sia nulla qualsiasi clausola tendente a ridurre o escludere il risarcimento per il caso di lesione della salute del conduttore.²

In dottrina, alla stregua di una concezione cd. *normativa* che si avvale di contributi teorici della seconda metà del secolo scorso, sono considerate contrarie all'ordine pubblico – e conseguentemente nulle anche in ipotesi di colpa lieve – le clausole di esonero dalla responsabilità contrastanti con norme imperative (anche deducibili dal settore penale) ovvero relative a diritti assoluti indisponibili.³

Al limite in esame è dunque assegnata una duplice valenza: di presidio di regole organizzative inderogabili che trovino confluenza nel campo della responsabilità contrattuale; di tutela di diritti individuali non negoziabili, che potrebbero essere indirettamente lesi da un comportamento non diligente del debitore. In quest'ultima prospettiva, è ovvio che – data la tutela aquiliana che detti diritti ricevono – l'ordine pubblico opera, contemporaneamente, anche in tale settore della responsabilità. Ed infatti, è proprio in quest'ambito che vengono individuati i casi esemplificativi della sua applicazione.

Alla prima delle due ipotesi – ad esempio – va ascritto il divieto che espressamente la legge pone ai patti di esonero in materia di responsabilità del produttore, i quali, come è noto, riguardano sia il caso di lesioni fisiche sia quello di pregiudizi patrimoniali (art. 124 del cod. cons.). Anche questa previsione si riferisce a clausole di esonero da responsabilità prettamente aquiliana, ancorché, in effetti, la direttiva da cui essa trae origine, non qualifichi il campo cui si riferisce, e si applica indipendentemente dal fatto che sia configurata o meno una relazione contrattuale tra le parti o che sia, comunque, riconosciuta un'azione *ex contractu* al consumatore danneggiato.⁴ La sua inderogabilità è ovviamente legata alle esigenze di tutela di interessi che esorbitano quelli delle singole parti – e che attengono alla struttura stessa del mercato concorrenziale – piuttosto che alla indisponibilità dei diritti del

¹I limiti sono posti, ad esempio, in materia di deposito in hotel (art. 1953, *al.* 2 cod. civ.) in materia di trasporto terrestre (art. L. 133-1 cod. com). Le clausole limitative della responsabilità possono essere considerate abusive nei rapporti tra professionista e consumatore (artt. L. 132-1, R. 132-1 e R. 132-2- cod. cons.) oppure possono essere considerate squilibrate nei rapporti tra professionisti (art. L. 442-6 cod. com).

²Cass. 3 febbraio 1999, n. 915, in *Giur. it.*, 2000, p. 510. La tutela della salute quale limite esterno alle clausole in esame è peraltro desumibile dalla disposizione di cui all'art. 1681 comma II cod. civ.,

³Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 5 e ss.; M. Nuzzo, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1974 p. 81 e ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1988, p. 309 ss.; L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, cit. p. 435; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. Dir. civ.*, 1995, p. 101.

⁴A. PRINCIPALLI, *La responsabilità civile. Principi generali*, in N. Lipari (a cura di) *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, vol. II, p. 989.



consumatore la quale, probabilmente, assume valore soltanto strumentale. Analoga considerazione va fatta – data la comune matrice consumeristica – per le disposizioni che qualificano come vessatorie le clausole di limitazione della responsabilità (per il caso di morte o danno alla persona del consumatore) ovvero di esclusione di azioni o diritti (per il caso di inadempimento totale) nei rapporti tra professionista e consumatore.⁵

Alla seconda delle ipotesi sopra viste – quelle nelle quali il limite è giustificato dalla indisponibilità del diritto esposto a rischio – vanno ascritti i casi – valutati anche in giurisprudenza – di clausola di esonero per il cui tramite sia messa a repentaglio l'integrità fisica del creditore. In generale, il divieto viene considerato assoluto (ad esempio, nel campo della responsabilità medica). In altri casi, invece, esso non si dimostra ineludibile: è noto, ad esempio, che nell'esercizio dell'attività sportiva non trova applicazione se il danno è stato provocato con colpa semplice e nel rispetto delle cc.dd. *regole del gioco*.⁶ Anche in tal ipotesi – e come già visto sopra con riferimento agli orientamenti della giurisprudenza francese, resi in ambito di responsabilità oggettiva e collegati addirittura a radici di tipo romanistico – l'accettazione del rischio viene assimilata ad una clausola di limitazione di responsabilità, ovvero ad una scriminante (atipica o radicata nel consenso dell'avente diritto) dalla efficacia poliforme a seconda del tipo di sport praticato (a cd. *violenza eventuale* o *necessaria*) e delle concrete modalità con cui la lesione è stata inferta.⁷ Il tutto, nell'ambito di un rapporto di tipo non contrattuale, salvo che si individui un contatto sociale tale da comportare doveri di protezione che implicino responsabilità di tipo contrattuale.⁸

⁵Art. 33, comma I, cod. cons. Per un'accurata rassegna delle norme che, applicando la *ratio* dell'art. 1229, comma II, cod. civ. prevedono la nullità di clausole di esonero da responsabilità per inadempimento di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico, si veda G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, p. 146 e ss. G. ALPA, *Costruzione di autoveicolo, clausole di esonero e responsabilità dell'impresa*, cit., p. 191. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 535; U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974, p. 390 e ss. Articolata la distinzione di G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità civile*, cit. p. 1 e ss., il quale distingue tra danni all'integrità fisica e danni al patrimonio: per i primi l'Autore afferma la nullità della clausola di esonero sulla base di una generalizzazione della regola dell'art. 1861 Codice Civile che nel contratto di trasporto di persone esprime un principio di ordine pubblico, per i danni meramente patrimoniali egli ritiene invece valide le clausole di esonero solo nei limiti dell'art. 1229, I comma Codice Civile.

⁶Cass. civ., 8 agosto 2002, n. 12012, in *Foro it.*, 2003, I, c. 168; Cass. civ., 22 ottobre 2004, n. 20597, in *Danno resp.*, 2005, p. 509; Cass. civ., 16 febbraio 2011, n. 7247, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 2250.

⁷Per l'applicazione della scriminante in ambito penale, si v. Cass. pen., Sez. V, 30 aprile 1992, in *Foro it.*, 1993, II, 79.

⁸Sul tema, si v. G. ALPA, *La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1984, p. 487; M. BONA- A. CASTELNUOVO- P.G. MONATERI, *La responsabilità civile nello sport*, Milano, 2002, *passim*; A. SCIALOJA, voce *Responsabilità sportiva*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., XVII, Torino, 1988, p. 410 ss.; S. SICA, *Lesioni cagionate in attività sportive e sistema di responsabilità*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 737; G. VIDIRI, *La responsabilità civile nell'esercizio delle attività sportive*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 199; A. G. PARISI, *Responsabilità da attività sportive*, in *Tratt. Resp. Civ. Stanzone*, Padova, 2012, II, p. 731.



8. Come si è visto, la *rationes* poste a fondamento dei limiti di validità delle clausole di esonero da responsabilità contrattuale, sono molteplici.

A volte esse attengono al profilo funzionale del contratto e alla necessità di assicurare l'effettività del vincolo giuridico assunto dal debitore e, conseguentemente, la fisiologia del sinallagma (o del diverso assetto di interessi) dedotto nel contratto. Appartengono a questa categoria i limiti che si appoggiano al concetto di causa ovvero che legano la nullità della clausola al fatto che essa riguardi una prestazione essenziale. Limiti che emergono nel formante giurisprudenziale francese ma anche nella disciplina positiva del BGB.¹ Si è detto che si può proporre una interpretazione che individuando nel riferimento al dolo l'indicazione della parte per il tutto – là dove il tutto è costituito dalla mancanza di rilevanza giuridica che consegue alla facoltà potestativa di non adempimento attribuita al debitore – annovera anche detto limite tra quelli facenti parte della categoria in questione.

Esistono poi altri limiti che si giustificano per esigenze di attuazione di interessi generali o collettivi (ad esempio, nel campo della responsabilità del produttore, dove, come detto, l'interesse tutelato è costituito dall'integrità del mercato) oppure per evitare un'indiretta compromissione di diritti soggettivi non alienabili. In questi casi, il divieto è espresso tramite il riferimento al concetto di ordine pubblico.

La vista distinzione – che pare confermarsi negli ordinamenti di *civil law* -² porta a evidenziare che i due tipi di limiti sono in effetti non omogenei, e conseguentemente a dubitare della fondatezza di quegli orientamenti che tendono ad evidenziarne la comune radice etica, ascrivendoli al piano della tutela del credito oppure a quello di un asserito interesse pubblico che, in un contesto sociale che vede l'impresa (o il mercato) come uno dei punti di attrazione della tutela giuridica, garantirebbe tempestività e regolarità degli adempimenti, assicurando al creditore rapidità nell'esecuzione dei contratti.³

Pur apparendo evidente la comune natura di limiti alla autonomia contrattuale – in senso ampio -⁴ quelli in esame rispondono a logiche differenti: logiche interne alla struttura e alla funzione del contratto e collegate alla necessità di garantire effettività al vincolo giuridico; ovvero logiche esterne a tale ambito, che impingono nella tutela dei diritti

¹Il par. 309 n. 7 dispone che, nella redazione di un contratto non è lecito escludere la responsabilità delle parti nel caso di danni alla salute e alla persona e, in ogni caso, nei casi di colpa grave o dolo. Sono altresì considerate nulle le clausole che escludono la responsabilità di un contraente che abbia violato un'obbligazione fondamentale del contratto.

²Più sfumate sono le ragioni che possono essere sottese, in ambito anglosassone, alla validità della *exclusion clauses* che, ai sensi della disposizioni dell'UCTA sono assoggettate a sindacato di ragionevolezza. L'utilizzazione di una clausola generale – nell'ambito di un tessuto normativo tendenzialmente orientato alla tutela di un contraente debole – può infatti consentire di piegare il divieto a differenti *policies*.

³G. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 177 secondo cui il fondamento del divieto si ravvisa “nell'interesse pubblico a che nel traffico sociale si osservi sempre un minimo di diligenza”. D. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, pp. 60-61. L'assimilabilità – sotto il profilo dell'ordine pubblico – dei limiti sanciti dai due, diversi commi dell'art. 1229 cod. civ., è sostenuta da risalente giurisprudenza: Cass., 24 aprile 1962, n.818, in *Foro it.*, 1962, c. 1711, secondo cui <Il concetto di ordine pubblico, al quale occorre riferire il precetto dell'art. 31 delle Disposizioni sulla legge in generale, non va inteso in senso internazionale, astratto e universale, ma trova il suo limite nell'ordinamento giuridico nazionale e mira ad assicurare, in ogni caso, il rispetto dei più elevati ed essenziali interessi del predetto ordinamento>. In dottrina, anche G. CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, cit, p. 476.

⁴Sul carattere dei limiti in esame e sulla loro riconducibilità all'area dei limiti alla autonomia privata, si v. C. MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 30 e ss. In generale, poi, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur.it.*, 1999, I, p. 229 e ss.



indisponibili ovvero, in generale, nei principi (senz'altro di ordine pubblico) connessi all'attuazione di interesse generali o di sistema (integrità del mercato e via discorrendo).⁵

⁵Sul rapporto esistente tra principio dell'ordine pubblico e regole di ordine pubblico, si v. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero della responsabilità civile*, Milano, 1984, p.204 e ss.



9. Prima di tracciare qualche conclusione circa l'oggetto della presente indagine, può accennarsi ad una suggestione che proviene dall'analisi della clausola penale. Anch'essa – pur in posizione in un certo senso opposta a quella in cui è collocato il patto di esenzione da responsabilità – implica un problema di rapporto tra autonomia privata e determinazione del danno; problema cui si connette quello dell'ulteriore relazione esistente tra autonomia e sanzione (privata).

La tradizione del *code civil* e il *Common Law* distinguono tra clausola penale e clausola di determinazione negoziale del danno, assegnando, almeno in via di principio, alla prima una funzione sanzionatoria dell'inadempimento (e dunque deterrente) e alla seconda la funzione liquidatoria del pregiudizio (e dunque di riduzione dei costi transattivi).

Nelle esperienze di *Civil Law*, in via generale, la clausola penale è valutata in termini positivi, anche se sono stabiliti limiti per il caso in cui essa sia eccessiva, i quali determinano conseguenze non in termini di invalidità della pattuizione ma di sua riduzione ad equità.¹

Il *Common Law* espone una risalente regola – oggi notevolmente ammorbidita – di divieto delle (sole) clausole penali (la cd. *rule against penalty*) che vengono distinte dalle (ammesse) *Liquidated and Ascertained Clauses* (*LADs clauses*). Il *discrimen* tra le due fattispecie va individuato nel fatto che le prime sono quelle che prevedono il pagamento – a carico del debitore inadempiente – di importi eccessivi rispetto all'ammontare o alla gravità del danno, ovvero nel fatto che il danno non sia determinabile; là dove le seconde sono quelle che non superano i detti limiti.²

Anche i regimi di *Civil Law* – che sono propensi ad ammettere la clausola penale – sanciscono una serie di vincoli, tutti connessi al fatto che il suo ammontare sia in qualche modo sproporzionato rispetto al danno contrattuale. In Francia, a partire dal 1975 e cioè a seguito della modifica apportata alla disposizione dell'art. 1152 del *code*, il giudice è abilitato a ridurre la penale eccessiva e ad aumentare quella irrisoria.

Il codice civile italiano – così come il § 343 del BGB – prevede soltanto la riduzione giudiziale della penale eccessiva.³

¹E' noto che il *code civil* disciplinava, all'art. 1152, le clausole di determinazione preventiva del danno contrattuale e, all'art. 1226, le clausole penali, tramite le quali il debitore si obbliga a pagare alcunché *pour assurer l'exécution d'une convention*. Naturalmente, in tale ultima pattuizione, era individuata una vera e propria penale con funzione sanzionatoria e dunque deterrente. La modifica apportata, nel 1975, alla previsione dell'art. 1152, tramite cui è stato introdotto il potere giudiziale di mitigazione della clausola eccessiva (e di aumento di quella irrisoria) ha, in un certo senso, determinato una riduzione della distanza tra le due clausole previste dal codice, atteso che, ovviamente, il nuovo testo dell'art. 1152 è stato ritenuto applicabile anche alla penale di cui all'art. 1226 cod. civ. La recente riforma del *code* – già sopra cennata – ha unificato la disciplina nell'art. 1231-5, senza sostanziali modificazioni. Il legislatore francese prevede poi una serie di clausole penali vietate ovvero limitate ad un *plafond* massimo (in materia, ad esempio, di immobili da costruire – art. L261-14 *Cod. Const. Hab.* – in materia di assicurazione – art. L113-10 *Cod. Ass.* – in materia di credito immobiliare – art. L 23-22 *Cod. Cons.*) e nei contratti con i consumatori esse sono considerate non scritte quando eccessivamente onerose. Salvo che nei casi in cui esistono limiti legali, la giurisprudenza è tendenzialmente incline ad assegnare alla penale una funzione mista ovvero una pluralità di funzioni, di tipo sia indennitario che sanzionatorio: Cass., 1^{re} Ch., 3 *janv.* 1985, in *Bull. Civ.*, I, n. 4; Cass. 3^{me} Ch., 21 *mai* 2008, n. 07.12.848, *ivi*, III, n. 94. in dottrina, PH. DELEBECQUE – D. MAZEAUD, *Le clauses de responsabilité*, in *Le sanctions d'enexécution des obligations contractuelles*, LGDJ, 2001, p. 361; A. PINTO MONTEIRO, *La clause pénale in Europe*, in *Le contrat au début du XXI siècle*, LGDJ, 2001, p. 719.

²La *rule against penalty* viene fatta risalire al precedente *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd* (1915), AC 79.

³Omettendo altri riferimenti, ci si limita a evidenziare come anche nella giurisprudenza italiana si individuino indirizzi che assegnano alla penale natura composita: Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c.



Non apporterebbe alcun'utilità al discorso che qui viene svolto, sondare il terreno della ammissibilità di vere e proprie clausole con funzione penale, che dunque attuino trasferimenti di ricchezza dal debitore inadempiente al creditore con funzione deterrente dell'inadempimento. Una risposta che, guardando alla regola operativa, si alimenti del solo dato riveniente della casistica giurisprudenziale, dovrebbe evidentemente attenere ai criteri utilizzati per l'accertamento della eccessività dell'ammontare previsto dalla pattuizione: quanto più tali criteri utilizzino, per detto accertamento, il *quantum* del danno risarcibile, tanto più si può sostenere che la pena privata non sia ammessa. Ma è noto che un'analisi di tal genere non porta – nelle esperienze di *Civil Law* – a risultati univoci, né la dottrina fornisce una soluzione dirimente, vista la distanza esistente tra le posizioni che dal principio di autonomia negoziale fanno discendere la legittimità di clausole effettivamente sanzionatorie (salva la riduzione fondata sull'equità) e quelle altre posizioni che, invece, dalla asserita natura compensatoria della pattuizione in esame, tendono a dedurne il limite esterno nel *quantum* del danno risarcibile (come avviene nel regime della *rule against penalty*).

Come che sia, è però da sottolineare un profilo che appare più evidente in *Common Law*: esso è costituito dalla emersione di un ulteriore elemento di valutazione delle clausole – idoneo a disegnare il confine tra quelle valide e quelle non ammesse o eccessive – costituito dall'interesse commerciale (*commercial justification*) alla prestazione di cui è titolare il creditore, piuttosto che al concreto danno da lui ricevuto (*pure pre-estimate of loss*).⁴

La sostituzione del primo criterio al secondo, nel sindacato sulle *LADs clauses*, manifestatasi a partire dalla fine del secolo scorso, offre un'apertura sostanziale all'ammissione di un patto che, per l'ipotesi di inadempimento del debitore, imponga a quest'ultimo un pagamento non equivalente al danno, ma pur sempre ancorato al programma contrattuale e al complessivo interesse economico del creditore.

Recentemente peraltro, la *Supreme Court of the United Kingdom* ha assunto un orientamento che appare abbastanza coerente con quello sopra cennato; orientamento che è stato letto nei termini dell'affievolimento (anche se non del superamento, come la Corte stessa ha inteso espressamente precisare) della *rule against penalty*, nella misura in cui esso la ribadisce ma solamente se la penale sia qualificabile come prestazione accessoria (*secondary obligation*) e non attenga dunque a quella principale – aspetto questo tutt'altro che facile da individuare – e se il relativo importo si dimostri sproporzionato e non giustificato dal *legitimate business interest* del creditore.⁵

Probabilmente, i due casi decisi dalla *Supreme Court* consentiranno – non di ribaltare il rapporto tra gli approcci di *Common Law* britannico e di *Civil Law*, al tema della clausola penale – ma in un certo senso di avvicinarli nella misura in cui pongono il limite della relativa ammissibilità non all'esterno del contratto (ad es., nell'equità ovvero nella non negoziabilità della sanzione privata) ma all'interno dello stesso e dunque nell'interesse (meritevole o *legitimate*) che giustifichi la previsione della penale.

1460, secondo cui « la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria »; Cass. 21 maggio 2001 n. 6927, in *Rep. Foro It.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 447.

⁴*High Court, Lordsvale Finance Plc vs Bank of Zambia* [1996] QB, 752; si v. poi *Court of Appeal in Cine Bes Filmcilik vs Yapimcilik v United International Pictures* [2003], *EWCA Civ* 1669, e in *Euro London Appointments Ltd v Claessens International Ltd* [2006] *EWCA Civ* 385.

⁵*Canendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi et ParkingEye Limited v. Beavis* (2015) *UKSC* 67; *ParkingEye Ltd v. Beavis* (2015) *EWCA Civ* 402.



Questa dunque la suggestione che se ne ricava: salvi i vincoli di ordine pubblico, la ricostruzione dei limiti alla autonomia privata in tema di determinazione del danno (o della penale) o di rinuncia ad esso, può essere radicata nel contratto e nell'interesse da esso amministrato. Ciò sia al fine di leggere la *ratio* della disciplina dettata in tema di clausole di esenzione da responsabilità, sia a quello di individuare il *discrimen* tra clausole penali valide\non riducibili ovvero invalide\riducibili.

10. L'analisi della clausola di esonero da responsabilità – e il breve riferimento alla clausola penale – ha evidenziato come, accanto ai limiti di ordine pubblico individuati in espressi divieti ovvero nella indisponibilità del diritto leso, contribuiscano ad individuarne il campo di ammissibilità, anche limiti radicati nel contratto, nella sua funzione, negli interessi ad esso sottesi.

E' a tale ambito che va probabilmente ricondotto il divieto di patti di esclusione della responsabilità per dolo (o colpa grave), piuttosto che ad un quadro di norme di ordine pubblico tratte dal sistema della responsabilità civile in sé.

E' per tale motivo che dunque non pare estensibile al campo della responsabilità aquiliana la disciplina dell'art. 1229 cod.civ. Il tema della distinzione tra delitto e torto assume dunque poco rilievo. E' obiettivamente non revocabile in dubbio il fatto che la relativa linea di demarcazione si sia notevolmente affievolita. Ciò per una serie di motivazioni che attengono sia al campo aquiliano sia a quello contrattuale.¹ Tra esse, l'affrancamento del torto dalla lesione del diritto soggettivo, la caratterizzazione in senso professionale di alcuni standard di diligenza utilizzati nel giudizio di colpevolezza (si pensi alle ipotesi cc.dd. di *responsabilità da status*) il dilagare dell'uso della obbligazione senza obbligo primario di prestazione. Tutte, dette motivazioni hanno senz'altro avvicinato l'illecito aquiliano all'inadempimento e viceversa, a volte creando anche punti di confluenza (si pensi alle varie ipotesi di concorso del terzo alla rottura del contratto) tra le due conseguenti responsabilità, che comunque restano tuttora distanti e autonome sotto altri, importanti profili (il danno risarcibile, i criteri di imputazione) ancorché in alcune esperienze si propugni l'opportunità di uno statuto per molti versi comune (come già si è detto sopra, con riferimento al progetto di riforma *Viney* in Francia).

Comunque sia, tutto ciò ha a che vedere col tema in esame fino ad un certo punto. Il mancato richiamo della norma dell'art. 1229 al campo aquiliano, indipendentemente dalle intenzioni del legislatore, ha ancora ragion d'essere. Nel senso che se i vincoli di ordine pubblico – e non potrebbe essere diversamente – senz'altro valgono in campo contrattuale come in quello extracontrattuale, atteso che essi sanciscono un minimo inderogabile di responsabilità finalizzato alla tutela di interessi individuali o di struttura (general) non negoziabili, ciò non può dirsi per i limiti che tendono a garantire la funzione del contratto da cui promana l'obbligazione e che sono, dunque, radicati nella negoziazione e nella sua funzione.

Trasposto nel campo della responsabilità aquiliana, un patto di esclusione - a condizione che risponda ad un concreto interesse della parti, individuabile anche in un corrispettivo - non ha ragione di essere escluso per i casi di dolo o colpa grave, sempre che

¹Basti il rinvio a F. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit.; e, volendo, a B. MEOLI, *La responsabilità civile tra contratto e torto*, in *Tratt. Resp. Civ. Stanzione*, Padova, 2012, II, p. 121 e ss.



non si tocchino diritti indisponibili; ciò perché se la potestatività è incompatibile con l'obbligo giuridico, non lo è con la facoltà di abuso dell'interesse altrui.



TUTELA DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE E PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE

CLEMENTE PECORARO

SOMMARIO: 1. Sulla mediazione alle liti civili e commerciali: diritti reali e privativa industriale. - 2. Valutazioni preliminari sulla mediazione nelle controversie concernenti la privativa industriale. - 2.1. La mediazione obbligatoria delle controversie relative alla proprietà industriale: contrasto in dottrina. - 3. Privativa industriale come oggetto di proprietà: epilogo della trasformazione del diritto di proprietà. - 4. Dalla proprietà dominicale alla proprietà industriale: un'associazione dal valore limitato. - 5. Osservazioni conclusive sulla relazione tra diritti della proprietà industriale e regime della mediazione obbligatoria.

1. Il procedimento di mediazione finalizzato alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale – originariamente introdotto dal d. lgs. 4 marzo 2010 n. 28, e successivamente modificato con il d. l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazione dalla l. 9 agosto 2013 n. 98 – rientra idealmente nel novero dei sistemi di *alternative dispute resolution* (ADR), rispetto ai quali assume una posizione di sicuro rilievo.

In via preliminare, preme osservare che nel corpo del provvedimento legislativo sono stati previsti regimi diversi di mediazione delle controversie. In particolare, dal combinato disposto degli artt. 2 e 5 si desume come:

a) da un lato, le parti hanno *facoltà* di accedere alla mediazione per la conciliazione di qualsiasi controversia civile e commerciale, purché vertente su diritti disponibili (mediazione cd. facoltativa)¹;

b) dall'altro lato, le parti che intendono esercitare un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, *diritti reali*, divisione, successione ereditaria, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di azienda, risarcimento del danno derivante dalla responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, sono obbligate ad esperire il procedimento di mediazione (mediazione cd. obbligatoria)².

L'introduzione del regime della mediazione cd. obbligatoria ha avuto un *iter* alquanto travagliato. Inserito nell'originario testo del d. lgs. 28/10, esso è stato dapprima abrogato

¹G. MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, in AA. VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Padova, 2011, p. 83.

²G.P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, p. 49 ss.; G. MINELLI, *Condizione, cit.*, p. 139 ss.; A. CAPUTO, *Mediazione nelle controversie civili e commerciali. Il decreto di attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69*, in A. CAPUTO-P.G. MISTO, *Mediazione, Adr, Arbitrato*, Torino, 2010, p. 191 ss.; G. ROMUALDI, *La conciliazione nell'ordinamento italiano*, in *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR* a cura di G. Così e G. Romualdi, Torino, 2010, p. 151 s.



per effetto della dichiarazione di incostituzionalità del comma primo dell'art. 5³, e da ultimo riproposto nuovamente con l'introduzione nell'art. 5 del comma 1-*bis*. L'alternarsi delle fonti non ha però sostanzialmente prodotto una variazione né delle materie oggetto della mediazione obbligatoria né del procedimento di mediazione. La proposizione della domanda giudiziale su materie predeterminate dall'odierno comma 1-*bis*, infatti, dovrà essere necessariamente preceduta da una valutazione incentrata sulla natura del diritto controverso e, laddove questo fosse disponibile, il professionista avrà l'obbligo di *informare* l'assistito della possibilità di tentare la mediazione azionando il procedimento di mediazione. Quando il diritto disponibile è tutelato attraverso la proposizione di una delle azioni (o interferisce con le materie) elencate al comma 1-*bis* dell'art. 5, pertanto, l'avvocato sarà obbligato ad informare l'assistito che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ma soprattutto spetterà alla parte tentare preliminarmente la mediazione⁴.

Nei primi commenti dedicati alla disposizione legislativa non è parso però sempre agevole cogliere le ragioni della discriminazione tra materie per le quali la mediazione è rimessa alla spontanea iniziativa delle parti e materie per le quali il tentativo di mediazione è stato invece inteso alla stregua di una condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁵.

Le riserve sono state espresse anche sul modo, per alcuni versi generico, attraverso cui il legislatore ha proceduto ad individuare le materie sottoposte obbligatoriamente al tentativo di conciliazione. In questa sede, l'attenzione va riferita elettivamente all'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione per le controversie concernenti *diritti reali*. La previsione, ad onta della portata apparentemente inequivoca, è contraddistinta da numerose incertezze applicative in parte originate giustappunto dalla contesa qualificazione dei diritti raggruppabili nell'ambito della categoria descritta. La norma sconta infatti di un limite intrinseco alla tecnica legislativa impiegata. Non v'è infatti chi non veda la forzatura operata ogni qualvolta il legislatore si proponga di definire una fattispecie invocando direttamente categorie dottrinali, le quali rappresentano pur sempre dei criteri o paradigmi teorici proposti dagli autori allo scopo di ordinare la realtà normativa, sintetizzandone i diversi convincimenti e talvolta le contrapposte sensibilità⁶.

Venendo al particolare che ci occupa, la tecnica legislativa ha peraltro prodotto non poche incertezze in ordine all'esatta identificazione delle cd. "controversie su diritti reali". La formazione del testo normativo pone infatti un dubbio sulla riferibilità del regime della mediazione obbligatoria esclusivamente al contenzioso concernente diritti reali sui beni descritti dall'art. 812 cod. civ., o per converso a qualsiasi lite riguardante anche i diritti sulle *new properties*, compresi i cd. diritti di proprietà industriale.

³ E vedi infatti Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 272.

⁴ G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 618 s.

⁵ A. CAPUTO, *Mediazione*, cit., p. 191 s.

⁶ Cfr. A. GUARNERI, *Le categorie ordinanti del diritto civile (a proposito di Rodolfo Sacco, Il fatto, l'atto, il negozio)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 558 ss.; G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, p. 63 ss.



2. Allo scopo d'illustrare in quale relazione si ponga il procedimento di mediazione e conciliazione alle liti con la tutela della privativa industriale sarà opportuno delimitare preliminarmente l'oggetto della presente indagine.

Non può certo negarsi che il contenzioso in materia di privativa industriale possa essere assorbito nel sistema di composizione delle liti alternativo al giudizio previsto e disciplinato dal d. lgs. 28/10, il quale ricomprende ai sensi dell'art. 2 tutte le controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili. Il procedimento di mediazione rimane inapplicabile unicamente nei casi, non frequenti nella materia *de qua*, in cui la tutela della privativa industriale esula dall'interesse di un singolo soggetto. Ciò avviene, a titolo meramente esemplificativo, ogni qualvolta si controverte sulla nullità o decadenza di un titolo della proprietà industriale, nel qual caso chiunque ne abbia interesse è legittimato a promuovere l'azione, compreso il pubblico ministero tramite iniziativa esercitata d'ufficio ai sensi dell'art. 122 c.p.i.: e per quanto la nullità e la decadenza assoluta costituirebbero fattispecie generali ai fini delle citate evidenze normative, in concreto le menzionate ipotesi conservano una portata invece residuale, esigendo l'avveramento di circostanze pur sempre eccezionali (es.: segno distintivo contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o buon costume).

Nella prevalenza dei casi, invece, la lite deriva dalla presunta violazione o contraffazione del titolo di proprietà industriale da altri già acquistato nelle forme stabilite e riconosciute dalla legge, sicché l'azione giudiziale verrebbe esercitata per tutelare un *interesse disponibile* del singolo piuttosto che un interesse di rilevanza pubblica. Il meccanismo della mediazione alle liti civili e commerciali, pertanto, può concretamente lambire il segmento del diritto industriale, ma non per questo si potrà ritenere che le controversie concernenti la privativa industriale ne rappresentano il campo elettivo di applicazione. Il ricorso al procedimento di composizione stragiudiziale, anzi, non è favorito dal concorso di una serie di circostanze:

i) parrebbe arduo confidare sul fatto che, nella normalità dei casi, il mediatore possieda conoscenze specialistiche per trattare le suddette vertenze, e sarebbe in ogni caso inopportuno sacrificare la complessità delle questioni tecniche da affrontare richiedendone una valutazione all'interno delle procedure *semplificate* previste dal d. lgs. 28/10 per l'esperimento del tentativo di mediazione;

ii) anche quando il conciliatore sia assistito da uno o più ausiliari ai sensi del primo comma dell'art. 8, d. lgs. 28/10, è difficile pensare che la disquisizione degli aspetti tecnici riguardanti la questione possa essere eseguita nel termine di tre mesi, ed in ogni caso sarà altamente improbabile che le parti rinunzino a farsi comunque assistere da propri consulenti al fine di presentare controdeduzioni, con ripercussioni inevitabili sui tempi e costi del procedimento, sviato conseguentemente dalle funzioni ad esso originariamente assegnate ⁽¹⁾;

iii) le peculiarità della materia hanno indotto il legislatore a sottrarre la prevalenza delle vertenze concernenti la privativa industriale alla giurisdizione ordinaria, assegnando la relativa competenza a sezioni specializzate ⁽²⁾ e con l'intenzione di offrire garanzie – in

¹Critica le concrete potenzialità della mediazione come strumento deflattivo del carico giudiziale E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 653 ss.

²Ad onor del vero, secondo Cass. civ., 15 gennaio 2009, n. 912, in *Foro it.*, 2009, 3, 1, p. 714, la competenza delle sezioni specializzate si estenderebbe alle azioni di concorrenza sleale interferenti con la tutela della



termini di professionalità dei giudici e semplificazione del processo – che rendono corrispondentemente poco allettante il ricorso al procedimento di conciliazione;

iv) la tutela dei diritti di proprietà industriale è realizzata, nella prevalenza delle ipotesi, facendo preliminarmente ricorso a provvedimenti cautelari, i quali sono esclusi dall'ambito di applicazione della conciliazione ai sensi del comma terzo, dell'art. 5, d. lgs. 28/10, a prescindere che si tratti di provvedimenti stabilizzanti o non stabilizzanti: nel primo caso, peraltro, l'attore non avrà interesse a promuovere il giudizio ordinario e (dunque) neppure ad esperire il tentativo di conciliazione, nel secondo, invece, il ritardo nell'avvio del giudizio ordinario potrebbe compromettere gravemente l'effettività della tutela ⁽³⁾;

v) nelle vertenze sulla privativa industriale, inoltre, è frequente che in via riconvenzionale sia esercitata l'azione di nullità o decadenza la quale, ai sensi dell'art. 122, comma quarto, c.p.i., impone di estendere il contraddittorio verso tutti coloro che risultino annotati nel registro quali aventi diritto: da qui la difficoltà di coordinare l'esperimento dell'azione riconvenzionale con lo svolgimento del procedimento di mediazione, visto che nel d.lgs. 28/10 non è presa in considerazione l'eventualità che il convenuto introduca elementi di difesa in via riconvenzionale ⁽⁴⁾, ed ove mai venisse effettivamente ampliato l'oggetto della domanda originaria risulterebbe con ogni probabilità contrario allo spirito della semplificazione pretendere dai soggetti l'esperimento di nuovi tentativi di conciliazione ⁽⁵⁾.

2.1. Le ragioni per le quali è disincentivato il ricorso alla mediazione nelle controversie concernenti la proprietà industriale richiedono di sciogliere il dubbio sulla necessità di anticipare l'introduzione della lite attraverso il preventivo esperimento del tentativo di conciliazione. Il quesito non è di agevole risoluzione, potendo essere peraltro letto da angolazioni differenti, ovvero considerando:

a) per un verso, le vertenze concernenti il risarcimento del danno da concorrenza sleale diffamatoria o denigratoria, qualora l'azione da intraprendere sia assimilabile alla domanda di risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità ⁽⁶⁾;

proprietà industriale (*contra* però Trib. Vicenza, 17 marzo 2005, in *Dir. ind.*, 2006, 2, p. 162). Cfr. Cass. civ., 3 agosto 2016, n. 16272; Cass. civ., 9 novembre 2015, n. 22584.

³Sulle disfunzioni derivanti dal passaggio procedimentale, v. già A. VANZETTI, *Diritti reali e proprietà industriale (...e mediazione obbligatoria)*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I, p. 182; cfr. M. CARTELLA, *La mediazione obbligatoria nel processo industrialistico: prime osservazioni*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I, p. 191.

⁴Non è infatti previsto un obbligo di estendere in questa fase extragiudiziale il contraddittorio a terzi, pur rimanendo il loro coinvolgimento un tassello essenziale per la riuscita della conciliazione: così M. CARTELLA, *La mediazione*, cit., p. 190, il quale osserva come l'esito della mediazione dipende principalmente dal fatto che entrambe le parti espongano e facciano valere tutte le azioni.

⁵In questo senso deve intendersi il pensiero di G. P. CALIFANO, *Procedura*, cit., p. 51, il quale alla nota 7 illustra però la diversa posizione assunta dalla giurisprudenza in occasione della conciliazione obbligatoria per vertenze di lavoro.

⁶In senso favorevole alla possibilità di ricomprendere queste vertenze nel regime prevista dall'art. 5, già M. CARTELLA, *La mediazione*, cit., p. 187.



b) per altro verso, le vertenze concernenti la successione ereditaria o il comodato avente ad oggetto (anche) titoli della proprietà industriale o, al limite, l'affitto di azienda comprensiva dei diritti della proprietà industriale ⁽⁷⁾;

c) infine, le controversie che - prescindendo da eventuali sovrapposizioni con una delle azioni descritte ai punti a) e b) - hanno come oggetto l'accertamento, la violazione o la contraffazione dei diritti di proprietà industriale, per le quali residua la possibilità di assimilare queste situazioni giuridiche ai *diritti reali* cui allude l'art. 5, comma 1-bis, del citato decreto.

Con riferimento all'ultimo profilo, sul quale si appunterà l'attenzione in queste note, deve peraltro discriminarsi a seconda che la vertenza venga sollevata da un soggetto titolare del diritto morale o per converso del diritto patrimoniale sull'oggetto della proprietà industriale. La previsione di un diritto morale non è esclusiva della proprietà intellettuale (dove ricorre il noto diritto morale d'autore): è bene osservare, infatti, che anche sull'invenzione brevettabile il c.p.i. riconosce un diritto morale in capo all'autore che, diversamente dai diritti patrimoniali, non è corrispondentemente alienabile né trasmissibile (artt. 62 e 63).

Mentre per il diritto morale sulla privativa non si pone affatto un problema d'inquadramento nella categoria dei diritti reali di cui parla l'art. 5, non altrettanto potrà dirsi con riferimento al diritto a godere e disporre in modo esclusivo del titolo della proprietà industriale, sia esso un segno distintivo o un'invenzione brevettata. Il quesito non è sfuggito agli specialisti della materia, sebbene siano state proposte soluzioni non sempre univoche. L'associazione con i diritti reali parrebbe discendere dal fatto che il codice della proprietà industriale fa esplicitamente riferimento alla privativa industriale come diritti di proprietà. Non è contestabile, in questa prospettiva, che il bene sul quale insiste la proprietà non è solo quello materiale (*res*), ma specie nell'era della modernità una rilevanza non deteriore viene riconosciuta ai beni immateriali. Sul piano sistematico, inoltre, l'associazione intercetterebbe l'interesse a coltivare procedure di risoluzione bonaria anche delle vertenze riguardanti i diritti della proprietà industriale, interesse invero indirettamente consacrato dalla modifica apportata di recente al c.p.i. per effetto della quale si è proceduto alla sostituzione della misura cautela di cui all'art. 128 con la previsione di una norma che disciplina l'espletamento della *consulenza tecnica preventiva* ai fini dell'accertamento della sussistenza e della violazione del diritto ⁽⁸⁾.

Sulla scia anche dei superiori elementi di riflessione, peraltro, un Autore ha ritenuto che "i titoli e i diritti di proprietà industriale di cui al Codice della Proprietà Industriale sono sicuramente oggetto di proprietà e quindi di diritti reali, così come lo sono i diritti sulle opere dell'ingegno" ⁽⁹⁾. La tesi è stata sostenuta ricorrendo a diversi argomenti, compreso il

⁷In senso favorevole alla possibilità di ricomprendere queste vertenze nel regime previsto dall'art. 5, già M. CARTELLA, *La mediazione*, cit., p. 186.

⁸Cfr. M. SCUFFI, *Consulenza tecnica preventiva ed istituti deflattivi del contenzioso industrialistico*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 523 s.; G. CASABURI, *Il processo industrialistico rinnovato*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 515 s.

È stato peraltro già rimarcata una certa omogeneità funzionale tra il procedimento di consulenza tecnica preventiva ed il procedimento di mediazione, talvolta per affermare (correttamente) l'inoperatività dell'obbligo della mediazione ex art. 5 al caso in cui si proponesse una domanda di accertamento tecnico preventivo (Trib. Milano, 24 aprile 2012; Trib. Varese, dec. 21 aprile 2011; Trib. Pisa, 3 agosto 2011), altre volte per sostenere la tesi contraria della improcedibilità anche della domanda di accertamento preventivo su materie elencate dall'art. 5, comma 1-bis (Trib. Siracusa, 11 giugno 2012).

⁹M. CARTELLA, *La mediazione*, cit., p. 186.



richiamo all'orientamento giurisprudenziale, ormai dominante, che riconosce natura reale alle azioni di contraffazione (in contrapposizione evidentemente alla natura personale delle azioni di concorrenza sleale) ⁽¹⁰⁾, perché dirette alla tutela di un diritto assoluto sui segni distintivi dall'appropriazione o imitazione, indipendentemente dalla confondibilità dei prodotti, dall'elemento intenzionale e dal verificarsi di un danno effettivo ⁽¹¹⁾.

In senso opposto, il ragionamento è stato decisamente respinto da una parte della dottrina, secondo la quale le controversie concernenti l'accertamento, la violazione o la contraffazione dei diritti di proprietà industriale non sarebbero assimilabili a quelle sui diritti reali di cui al primo comma dell'art. 5, e, almeno sotto questo profilo, le stesse debbano considerarsi sottratte al regime della mediazione obbligatoria ⁽¹²⁾.

¹⁰Vedi, in luogo di molti, Cass. civ., 13 febbraio 2009, n. 3639, in *Foro it.*, 2009, 4, 1, p. 1037; Cass. civ., 19 giugno 2008, n. 16647, in *Dir. ind.*, 2008, 5, p. 469; App. Napoli, 4 gennaio 2010; Trib. Torino, 28 dicembre 2009.

¹¹M. CARTELLA, *La mediazione*, cit., p. 187.

¹²G. SENA, *Note critiche sul procedimento di mediazione e conciliazione: sua disapplicazione alla proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I, p. 170; A. VANZETTI, *Diritti reali*, cit., p. 180 ss.



3. È ormai risalente il dibattito sulla costruzione giuridica della privativa industriale. Non può naturalmente ignorarsi il carattere ideologico della contesa. Lo sforzo dell'elaborazione dottrinale è stato infatti finalizzato al riconoscimento della privativa industriale quale oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo, così da superare la primitiva concezione di *privilegio* connaturata a quel modello culturale nel quale la privativa industriale era associata al riconoscimento di una situazione di monopolio.

In una visione storiografica, il riconoscimento della privativa industriale si afferma come mera *patente* concessa discrezionalmente in base ad un provvedimento amministrativo dello Stato sovrano al singolo, beneficiario del privilegio di utilizzare l'invenzione o il segno distintivo nell'esercizio di un'attività d'impresa. Ragionando in questa prospettiva, naturalmente, i diritti di privativa non potevano essere considerati che eccezionali, oggetto di una categoria a numero chiuso, ma soprattutto la loro tutela veniva rimessa alle limitazioni preventivamente convenute nella concessione amministrativa, tanto più che gli stessi diritti avevano come contenuto un *facere* sebbene in relazione ad una *res* e scopo del provvedimento era abilitare in via esclusiva ad un *facere* ed al contempo impedire che altri potessero fare la stessa cosa senza il consenso o concessione del titolare della *patente* stessa ⁽¹⁾.

Questa concezione iniziò a sgretolarsi con il progressivo radicamento d'istanze individualistiche, esplose nel corso dell'ottocento e consolidatesi nel secolo scorso anche grazie all'ancoraggio ai principi consacrati nelle carte fondamentali di molti Paesi, le quali hanno portato a sovvertire quel paradigma teorico della privativa che ne faceva un diritto fondato esclusivamente sul rilascio di una concessione amministrativa. Allo scopo di rafforzare la posizione giuridica dell'individuo è stato ritenuto necessario ricorrere ad tutela che prescindesse dall'esistenza di un atto discrezionale dell'apparato pubblico e che fosse capace di consacrarsi in un diritto soggettivo all'utilizzo esclusivo della privativa industriale.

Il passaggio epocale da una concezione della privativa industriale nella quale l'esclusività derivava dal riconoscimento di un regime di monopolio a quella in cui la stessa esclusività avrebbe coinciso con l'affermazione di un diritto soggettivo del singolo ha indotto ad interrogarsi sulla natura del diritto, talvolta associato alla tutela della personalità, altre assimilarlo ad un vero e proprio diritto di proprietà. In una prima fase dell'evoluzione del pensiero giuridico, invero, è stato teorizzato di assumere la tutela della privativa industriale nella categoria dei diritti della persona, immaginando di giustificare l'invenzione (come pure la creazione del segno distintivo) al pari di una qualsiasi manifestazione del pensiero umano, quale espressione della personalità dell'individuo. La costruzione giuridica – di cui non s'ignora la vicinanza con l'approccio filosofico della scuola kantiana – riconduce il diritto all'affermazione della libera esplicazione della personalità e giustifica la natura personale del rapporto sulla base anche della predeterminazione in favore dell'inventore di un diritto che preesiste alla brevettazione ⁽²⁾. Le tesi non ebbero

¹Per un approfondimento delle radici storiche della privativa industriale si veda, tra gli altri, R. FRANCESCHELLI, *Struttura monopolistica degli istituti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, p. 137 ss.; ID., *Beni immateriali. Saggio di una critica del concetto*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, p. 382 ss.; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, p. 297 ss.; G. FERRI, *Creazioni intellettuali e beni immateriali*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, II, Milano, 1969, p. 629 ss.; O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 445 ss.

²Ampi riferimento a queste teorie in E. PIOLA CASELLI, voce *Privativa per invenzione industriale*, nel *Nuovo Digesto Italiano*, v. X, Torino, Utet, p. 416; ID., voce *Diritto d'autore*, in *Nuovo Dig. Ital.*, v. IV, Torino, Utet, 1954, p. 998.



particolare successo. Esse pretendevano di comprimere il complesso fenomeno della privativa industriale nell'ambito di una categoria capace di rappresentare solamente aspetti marginali. Se è vero che l'invenzione industriale, o più in generale la creazione intellettuale, è primariamente ed originariamente espressione della personalità dell'individuo, è però fuori discussione che la rilevanza giuridica della privativa industriale dipende principalmente dallo sfruttamento commerciale del ritrovato o dell'invenzione. Il richiamo al concetto dei diritti della persona, pertanto, non spiegherebbe né la natura dell'esclusività dell'uso ma neppure avrebbe potuto servire allo scopo di dare una collocazione sistematica alla regolamentazione positiva, in quanto incentrata prevalentemente su interessi diversi da quello morale al mero riconoscimento della paternità dell'invenzione ⁽³⁾.

Anche per queste ragioni, l'approdo naturale alle rivendicazioni individualistiche è stato quello dell'assorbimento della privativa industriale nello schema dominicale della proprietà ⁽⁴⁾. La proprietà ha infatti rappresentato un paradigma concettuale storicamente caratterizzato dalla capacità di sintetizzare ed intercettare esigenze tipiche delle società liberali nella regolamentazione dell'accesso alle risorse economiche, nella direzione di garantire la certezza delle libertà individuali avuto riguardo anche all'approvvigionamento di utilità e all'intangibilità del diritto al godimento esclusivo ⁽⁵⁾.

La proposta di ridurre la privativa industriale ad oggetto del diritto soggettivo per eccellenza - il diritto di proprietà, per l'appunto - è stata favorita dal parallelo processo di progressiva oggettivizzazione della risorsa economica, culminato nella concettualizzazione della privativa quale bene immateriale su cui poter estendere il paradigma dominicale e riconoscere al proprietario il diritto al godimento esclusivo. In letteratura abbondano i riferimenti alla concettualizzazione della privativa come bene giuridico dalla natura immateriale quale passaggio intermedio rispetto alla sussunzione nel paradigma proprietario: se l'esclusività costituisce una prerogativa comune al monopolio come alla proprietà, solo nel secondo caso questa esclusività riguarderà l'*habere* piuttosto che il *facere* ⁽⁶⁾. Una delle critiche mosse alla concezione monopolistica risiede infatti nella constatazione secondo la quale la privativa industriale tutela la "probabilità di guadagno conseguibile attraverso l'utilizzazione della creazione", talché più che discenderne il divieto di esercitare un'attività (come sarebbe stato naturale attendersi in un regime di monopolio) in essa si rinviene un diritto del titolare a sfruttare in via esclusiva le probabilità di guadagno ⁽⁷⁾. Questo diritto ha una struttura che lo rende prossimo al paradigma proprietario proprio perché la esclusività - anziché riferita ad una generica attività o condizionata da un'attribuzione discrezionale dell'autorità amministrativa - è assicurata dall'accertamento di

³L'opzione interpretativa è stata accolta in dottrina soprattutto per inquadrare il diritto d'autore, ed ha portato a svilire la rilevanza della facoltà per l'inventore di sfruttare economicamente la creazione intellettuale (cfr. F. CARNELUTTI, *L'editore*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, I, Padova, 1953, p. 8; G. FERRI, *Creazioni intellettuali*, cit., p. 630) o comprimere questo diritto nell'ambito di una tutela di interessi non patrimoniali (cfr. A. CANDIAN, *Il diritto di autore nel sistema giuridico*, Varese-Milano, 1953, p. 33 ss.).

⁴In luogo di molti, v. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, p. 297 ss., ed in particolare pp. 318 ss., dove però anche la considerazione che il godimento del bene immateriale passa necessariamente dallo svolgimento di un'attività economica con terzi; F. FERRARA jr., *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982, rist. della II ed., p. 156.

⁵Sulla rivendicazione di una prospettiva marcatamente individualistica, G. OPPO, *Creazione ed esclusività nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 187 ss.

⁶E vedi infatti G. FERRI, *Creazioni intellettuali*, cit., p. 627.

⁷Così, in particolare, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., p. 312.



presupposti oggettivi, rinvenuti nell'individuazione dei tipi di creazione intellettuali nei cui confronti è prevista l'esclusiva e nella contestuale costituzione di un bene individualizzato. In termini diversi, la creazione intellettuale/industriale per quanto originariamente espressione di una manifestazione della persona, in forza del riconoscimento in uno dei tipi di *creazione* tutelati dalla normativa di riferimento, diventa bene esterno al soggetto, assume rilevanza di bene immateriale sul quale si appunta il diritto assoluto allo sfruttamento della privativa industriale, il cui ambito oggettivo sarà conseguentemente delimitato giustappunto dall'oggetto illustrato⁸.

Il tentativo di concettualizzare la privativa industriale come bene immateriale al quale estendere il diritto di proprietà è stato indubbiamente favorito dalla centralità che l'istituto della proprietà ha assunto nella tradizione e nella cultura giuridica. È invero noto come la proprietà, al pari di altri istituti posti a fondamento dell'ordinamento socio-economico della nostra comunità, nell'opera di sistematizzazione scientifica sia divenuta modello primario, archetipo, capace di attrarre nella sua orbita strumenti di regolamentazione delle risorse tra loro radicalmente diversi⁹. Se l'evoluzione del capitalismo moderno, determinando un mutamento profondo delle logiche che presiedono alla distribuzione della ricchezza, ha portato all'affermazione di nuove tecniche di regolamentazione riguardanti nella prevalenza dei casi entità immateriali, l'attenzione dell'interprete sovente è stata rivolta al tentativo di assimilare questi istituti allo schema tradizionale della proprietà dominicale, e ciò ricorrendo al duplice e consequenziale passaggio argomentativo: introducendo nella nozione di cosa un'entità diversa dalla *res*, in modo da dilatare l'originaria concezione di oggetto del diritto reale, e, conseguentemente, estendendo i caratteri della realtà a diritti insistenti su cose diverse dalla *res*, come sono per l'appunto i diritti di proprietà industriale¹⁰.

L'associazione ha una connotazione evidentemente storica sulla quale - piace notarlo - si misura il pensiero di illustri civilisti. Si deve anche al Nicolò l'attenzione alla centralità dello studio dell'*oggetto* del diritto (di proprietà), che sembrò a questo Maestro non adeguatamente esplorato dalla letteratura dell'epoca, con la proposta di riconsiderare il tema soprattutto in conseguenza della formazione e del consolidamento di un rinnovato ordine economico. In assenza di questo sforzo di adeguamento, infatti, le vecchie categorie sarebbero risultate incapaci di riconoscere e dare evidenza giuridica alle nuove forme di ricchezza del capitalismo moderno¹¹. Il riconoscimento delle nuove forme di ricchezza non è avvenuto attraverso l'introduzione di nuovi istituti, ma procedendo ad un corrispondente adattamento dello schema generale ed universale del diritto di proprietà, ovvero riscrivendone il contenuto. Il risultato è stato quello di un progressivo allargamento dei confini della proprietà ad oggetti diversi, sempre più eterogenei, dal quale è peraltro derivata l'alterazione del diritto di proprietà. In corrispondenza alle peculiarità dell'oggetto sarebbe naturalmente mutato il potere del proprietario di godere e disporre con esclusività

⁸M. ARE, voce *Beni immateriali. A) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, v. V, 1959, p. 244 ss., e specie a pag. 258 ss.

⁹F. D'ALESSANDRO, *I titoli di partecipazione*, Milano, 1968, ed. provv., p. 38.

¹⁰Sul processo di oggettivizzazione delle nuove forme di ricchezza introdotte dallo sviluppo economico, si veda, in luogo di molti, D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 205 ss.; S. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi* - Atti del Convegno di Studio (Pavia 11-12 giugno 1974), Padova, 1976, p. 99 ss.; O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme*, cit., p. 84 ss. Di recente, uno sforzo di analisi della tematica, tutta irta di insidie e difficoltà, è stato condotto da G. CARAPEZZA FIGLIA, *Oggettivizzazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008, p. 7 ss.

¹¹R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 179. Cfr., dello stesso Autore, già *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 70.



– nonché le modalità di esercizio di queste facoltà – ed ovviamente le stesse funzioni del diritto. Questo processo di generalizzazione della proprietà mentre assicurava centralità all’istituto nel contesto dell’ordinamento giuridico, al contempo ne distillava il nucleo ideologico e lo trasformava in uno strumento funzionalmente neutro. Proprio questa *neutralità* ha infatti permesso di ricorrere alla proprietà per regolare l’accesso a ricchezze economiche nuove e dalla natura tra loro anche profondamente diverse, rispetto alle quali l’istituto giuridico avrebbe potuto operare per singoli effetti giuridici in modo differente. La conseguenza di questo processo è stata la sostanziale frantumazione dell’unitario modo di concepire la proprietà, felicemente riassunta nella formula del Pugliatti “dalla proprietà alle proprietà”¹². Ed è proprio questa costante rincorsa a nuovi confini dell’istituto ha rilevare lo storicismo intriso nell’epocale passaggio “dalla proprietà alle proprietà”. L’adeguamento alle mutevoli condizioni dell’oggetto del godimento, anziché assecondare malintese esigenze di sistematizzazione, testimoniava il limitato rilievo che assume il paradigma proprietario (concepito originariamente per giustificare il dominio sulla terra o altre forme di ricchezze comunque tradizionali) in termini di modello generale ed astratto, e, al contempo, riprovava il valore esclusivamente storico della sua importanza, poiché (sul piano rigorosamente logico-concettuale) la proprietà rappresenta pur sempre solamente una delle possibili tecniche per regolare in un mercato concorrenziale l’eccesso alle riserve economiche¹³.

¹² E vedi infatti S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, rist., Milano, 1964, p. 146 ss.

¹³ Il concetto è efficacemente sviluppato da S. RODOTA’, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, p. 146 ss.



4. Lo storicismo che ha accompagnato la progressiva espansione del paradigma proprietario e, nel caso che si occupa, il corrispondente assorbimento nel diritto di proprietà del regime di esclusività tipico dei segni distintivi e delle invenzioni, inducono a mostrare un atteggiamento critico nei confronti del tentativo di assimilazione ai diritti di privativa industriale, in quanto frutto di una tecnica di ragionamento che procede nella costruzione per paradigmi di concetti dogmatici.

Quanti riducono il dominio riconosciuto al soggetto su titoli della privativa industriale alla categoria dei diritti reali non tengono conto che la realtà costituisce solamente proiezione astratta ed ideale di una tipologia di proprietà¹, quella che attribuisce un potere di signoria su cose materiali². Il tentativo di assimilare alla *res* un bene giuridico diverso da una cosa materiale - nella specie il bene immateriale rappresentato dal segno distintivo o dall'invenzione brevettata - si risolve per contro nella sostanziale *alterazione* di quella categoria alla quale i diritti della proprietà industriale avrebbero dovuto essere assorbiti³.

Neppure deve trascurarsi un secondo rilievo. Già con riferimento alla proprietà fondiaria, il carattere della realtà è stato attentato con la proposta di un'elaborazione alternativa in corrispondenza alla quale la categoria dei diritti reali finirebbe col perdere l'originario valore precettivo; e ciò, stando alla dottrina secondo la quale il contenuto di un diritto soggettivo, anche quando reale, riguarda la sfera dei comportamenti in ordine ai quali il titolare acquista facoltà e di quelli per i quali gli altri soggiacciono ad obblighi di astensione, mentre la *res* degraderebbe a mero riferimento - neppure necessario - per determinare il contenuto dei suddetti comportamenti⁴. Non sarà naturalmente possibile in questa sede darsi carico di esprimere valutazioni né ragionare sulla nozione di cosa come eventuale oggetto giuridico del diritto; e tuttavia, pare interessante osservare che, almeno per la proprietà industriale, è in atto una tendenza a ricostruire l'esclusività come regolamentazione dei comportamenti inerenti lo sfruttamento di entità immateriali consentiti al titolare del diritto e vietati agli altri soggetti⁵.

Né, al contempo, possono essere sottaciute le riserve, autorevolmente espresse in dottrina, sulla scelta di richiamare nel testo dell'art. 5 d. lgs. 28/10 termini propri del linguaggio della dogmatica giuridica, il cui significato sia oltretutto controverso o comunque

¹ G. SENA, *Note, cit.*, p. 170.

² Si rinvia, sul punto, al dibattito ormai risalente sulla definizione di cosa come bene giuridico diverso da quello immateriale: su questo dibattito vedi, tra gli altri, da S. PUGLIATTI, *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 27 ss.; B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato diritto civile*, Vassalli, IV, I, seconda edizione, 1956, p. 5; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, rist. del 1985, p. 731 s.; F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario al codice civile* Scialoja e Branca, 4 edizione, Bologna-Roma, 1976, p. 3.

³ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà, cit.*, p. 250, sono reali solo i diritti assoluti vertenti su cose materiali, in quanto la proprietà si modella sulla relazione materiale con la cosa, per cui quando si prescinde da codesta relazione - come nei casi in cui l'oggetto sia immateriale - non si può più parlare di proprietà se non per via di traslati e di indebite generalizzazioni. In senso conforme vedi anche O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme, cit.*, p. 460 ss. Con specifico riferimento alla privativa industriale, v. R. FRANCESCHELLI, *Struttura monopolistica, cit.*, p. 156 ss. Sull'impossibilità di ridurre l'oggetto dei diritti entro una categoria unitaria, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, IX ed. rist., p. 56.

⁴ Riferimenti sul tema in F. D'ALESSANDRO, *I titoli, cit.*, p. 43 ss.

⁵ Spunti in C. GALLI, *Proprietà intellettuale, un diritto per il futuro: le tendenze della giurisprudenza e le linee di evoluzione della normativa*, relazione presentata in occasione della pubblicazione della *Guida Convey-ItaliaOggi2010*, consultabile dal sito *Patnet.it*; P. AUTERI, *Le tutele reali*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale. Profili sostanziali e processuali*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2005, p. 8.



nient'affatto piano, come è per l'appunto con l'espressione "diritti reali"⁶. Più convincente pare allora soppesare il richiamo normativo in chiave limitatamente *descrittiva* ed intendere il riferimento ai diritti reali alla stregua di una formula verbale riassuntiva di una certa realtà giuridica; nel caso di specie, peraltro, che la realtà giuridica alla quale allude la previsione normativa sia costituita dai diritti soggettivi regolati nel libro terzo del codice civile, esclusi i diritti di proprietà industriale, pare altrimenti confermato anche dai rilievi che seguono.

L'identificazione dei titoli della proprietà industriale allo schema del diritto reale di proprietà presupporrebbe, *in limine*, che quanto l'ordinamento giuridico dispone per gli uni sarebbe senz'altro riferito anche agli altri. Pur tuttavia, manca una vera e propria omologazione sotto il profilo normativo, salvo il riferimento a previsioni concernenti singole vicende giuridiche: si pensi alla circolazione della privativa industriale o alla creazione sui titoli della proprietà industriale di diritti minori di garanzia o di godimento (es.: usufrutto)⁷. Di là dalle analogie che pure possono essere tracciate con riferimento a queste vicende, la privativa industriale è sottoposta ad una disciplina diversa da quella dettata per il diritto reale di proprietà. La riduzione entro il concetto del diritto reale di proprietà importerebbe, di conseguenza, un'indebita compressione della realtà giuridica rappresentata dalla privativa industriale. Ne deriva che una simile associazione, se concepita sul piano precettivo, determinerebbe l'interprete a costruire la disciplina in funzione di malintese ragioni di razionalità logica alle quali è tradizionalmente asservita l'opera di sistematizzazione degli istituti, frustrando intollerabilmente gli effettivi interessi che pulsano nella materia della privativa industriale; se prospettata per ragioni di mera classificazione dei fenomeni giuridici, l'introduzione di entità eterogenee nella categoria dogmatica ne svilirebbe invece il valore gnoseologico-descrittivo altrimenti posseduto⁸.

Quando, come avviene nel c.p.i., si ha riguardo alla privativa industriale come oggetto di un diritto di proprietà, il riferimento in sé non va inteso come volontà del legislatore o argomento giuridico sulla base del quale teorizzare l'assimilazione al diritto reale di proprietà. Il linguaggio giuridico, come di recente avvertito da una dottrina autorevole, è spesso metaforico, determinato cioè dalla "trasposizione della parola dal significato suo proprio ad altro significato, onde cogliere la somiglianza fra ciò che, nel significato proprio, la parola designa e ciò che, per traslato, è destinata a designare"⁹.

Le somiglianze che legittimano il ricorso alla metafora della *proprietà* industriale si arrestano a rappresentarne il carattere dell'assolutezza, trattandosi di diritto esercitabile nei confronti di chiunque, da qui la similitudine con il diritto reale di proprietà. In questo senso, ad esempio, il contributo apportato dalla giurisprudenza per affermare il carattere reale dell'azione a tutela della proprietà industriale coglie solamente una somiglianza con la categoria dei diritti reali, fuori da qualsiasi malintesa identificazione concettuale: la somiglianza, in altri termini, rimane neutra sul piano della natura reale o meno del diritto¹⁰. La conclusione ha il sostegno di precise acquisizioni tratte dalla teoria generale. Il carattere

⁶ A. VANZETTI, *Diritti reali*, cit., p. 185.

⁷ Cfr. G. PIEPOLI, *Autonomia privata e garanzie reali sulla proprietà industriale*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 627 ss.

⁸ In ordine al superamento della dogmatica giuridica, intesa quale tecnica per ricavare sillogisticamente dalla sussunzione entro gli schermi o categorie ordinatorie, la disciplina degli istituti, si rinvia, in luogo di molti, a L. MENGONI, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, Treccani, XII, Roma, 1989, p. 2 ss.; E. PARESCE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 678 ss., 693 ss.

⁹ F. GALGANO, *Le metafore nel diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 285; ID., *I dogmi nel diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 923 s.

¹⁰ G. SENA, *Note*, cit., p. 171; A. VANZETTI, *Diritti reali*, cit., p. 175 ss.



dell'assolutezza, in primo luogo, non costituisce prerogativa esclusiva dei diritti reali se è vero che assoluti sono anche i diritti della personalità e, come ammetteva autorevolissima dottrina, i diritti su beni immateriali¹¹; gli autori, peraltro, hanno opportunamente osservato che il c.p.i., sebbene parli della privativa industriale in termini di proprietà, in nessun caso qualifica questo diritto con l'aggettivo "reale"¹². L'assolutezza, in secondo luogo, si traduce nella rappresentazione di una esclusività nel godere e disporre dei titoli della proprietà industriale che, a ben vedere, può anche essere reconsiderata come situazione giuridica diversa ed alternativa al diritto soggettivo. Il riferimento è naturalmente al monopolio, il quale condivide con la proprietà una somiglianza strutturale: in entrambi i casi, infatti, un certo comportamento (lo sfruttamento del bene) è permesso ad un soggetto e *vietato* invece a tutti gli altri¹³.

L'abbandono dello schema del diritto di proprietà per spiegare l'esclusività nel godimento e l'assolutezza del diritto sarebbe, secondo una corrente di pensiero che pare prevalere nell'odierna fase storica, anche una inevitabile conseguenza del riconoscimento di un interesse in senso meramente oggettivo sotteso alla tutela della privativa industriale, dove il godimento del bene immateriale è intrinsecamente connesso alla valorizzazione dell'investimento imprenditoriale nelle "attività produttive che propiziano o condizionano l'innovazione tecnica o artistica"¹⁴. La tutela della proprietà industriale devia, e per certi versi supera, il paradigma proprietario tradizionale dando la prospettiva di una proprietà che involge anche in una "funzione", orientata sì a garantire all'impresa innovatrice una *chance* di guadagno differenziale ma al contempo gravata da pregnanti obblighi di collaborazione in capo all'imprenditore/utilizzatore¹⁵.

In ogni caso, il dato caratterizzante che si coglie dall'analisi dei diritti della proprietà industriale è dato dall'insopprimibile e congenita ecletticità della privativa, dalla quale discende l'impossibilità di ridurre questo titolo entro una delle categorie giuridiche di matrice ottocentesca, fenomeno spiegabile efficacemente prendendo in prestito proprie le parole di una sentenza che ha fatto la storia - il caso *Folsom v. Marsh* del 1841 - nella quale (con riferimento però alla proprietà intellettuale) si evoca una materia che "*...si avvicina, più di ogni altra classe di casi che appartengano alle discussioni forensi, a quelle che potremmo chiamare la metafisica del diritto, dove le distinzioni sono, o almeno possono essere, molto sottili e raffinate, e, qualche volta, quasi evanescenti...*".

¹¹F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 58; ma v. già S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, p. 28; il riferimento è oggi ripreso, ai fini dell'analisi della questione rappresentata nel testo, da A. VANZETTI, *Diritti reali*, cit., p. 180.

¹²G. SENA, *Note*, cit., p. 170; A. VANZETTI, *Diritti reali*, cit., p. 178.

¹³Ampi riferimenti in F. D'ALESSANDRO, *I titoli*, cit., p. 58 ss.; ma con riferimento ai diritti di privativa industriale, v. R. FRANCESCHELLI, *Struttura monopolistica*, cit., p. 152 ss.; G. FERRI, *Creazioni*, cit., p. 630 ss.

¹⁴P. SPADA, *Creazione ed esclusività, trent'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 215; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2008², p. 8 ss.

¹⁵M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, presentato al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", "L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvataggio del valore nella crisi", Roma, 21.22 febbraio 2014, p. 24.



5. Il riferimento alla natura della privativa industriale come ipotetica situazione giuridica *alternativa* al diritto soggettivo di proprietà è stato in questa sede esposto con la limitata funzione di rappresentare l'esistenza di diverse tecniche di regolamentazione dell'accesso alle risorse astrattamente in grado di spiegare il carattere dell'esclusività nello sfruttamento di entità immateriali.

Sebbene non sia possibile darsi carico di ragionare compiutamente sulla natura della privativa industriale, non è parso in ogni caso avventato escluderne l'assorbimento nella categoria dei diritti reali e meno che mai è sembrato plausibile prospettare un'associazione con questi diritti attraverso un processo di astrazione. Il rilievo rende pertanto giustizia all'impossibilità di applicare alla privativa industriale la disciplina prevista per il diritto reale di proprietà se non con esclusivo riferimento agli aspetti oggetto di una concreta similitudine e, naturalmente, nel rispetto dei principi che presiedono all'interpretazione delle norme.

Con specifico riferimento all'applicazione dell'art. 5, comma 1-*bis*, d. lgs. 28/10, deve evidentemente escludersi che i diritti della proprietà industriale possano essere considerati omologhi a quelli reali.

Non sovviene infatti alcuna ragionevole somiglianza a questi fini disciplinari, ovvero non c'è identità di *ratio* che avrebbe dovuto altrimenti legittimare il ricorso al procedimento analogico per estendere alle controversie concernenti i titoli della proprietà industriale il tentativo di conciliazione obbligatorio. Tra le ragioni che hanno indotto a ricomprendere nell'elenco del novellato comma 1-*bis* dell'art. 5 le controversie sui diritti reali, una spinta decisiva è stata offerta dall'evidenza che queste vertenze coinvolgono – sovente - membri della stessa famiglia, dello stesso gruppo sociale o area territoriale, da qui l'interesse a prevenire una lite capace di protrarsi anche per decenni ed incentivarne per converso la composizione bonaria¹; ebbene, il contenzioso in materia industriale presenta dinamiche assolutamente diverse, ed anzi pare anche per queste ragioni assolutamente opportuno evitare una acritica trasposizione e soggezione alla regola processuale dettata per liti di vicinato².

Esclusa la somiglianza tra fattispecie e negata altresì l'eventuale convergenza degli interessi rilevanti ai fini dell'applicazione diretta del regime sulla mediazione obbligatoria, non rimane infine da precisare che un ipotetico ricorso al procedimento analogico resterebbe parimenti precluso a monte dal carattere eccezionale della disposizione contenuta nell'art. 5, comma 1-*bis*, e pertanto insuscettibile di applicazione analogica ai sensi dell'art. 14 prel. al cod. civ.³.

¹ A. CAPUTO, *Mediazione nelle controversie*, cit., p. 191.

² A. VANZETTI, *Diritti reali*, cit., p. 173 s.

³ A. VANZETTI, *Diritti reali*, cit., p. 182.



STUDI E RICERCHE

LA TUTELA DEL POSSESSO NEI SISTEMI ITALIANO E INGLESE

CARLO ATTANASIO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Cenni sulla tutela del possesso nell'ordinamento italiano: l'azione di reintegrazione. - 2.1. Segue: l'azione di manutenzione. - 2.2. Segue: il risarcimento del danno possessorio. - 3. La tutela del possesso nell'ordinamento inglese: brevi cenni sulla correlazione tra *possession* e *ownership* nel sistema della *property*. - 3.1. Segue: i rimedi a tutela del possesso. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Il tema della tutela del possesso presenta spunti di notevole interesse in un'ottica di comparazione tra il sistema giuridico italiano e quello inglese. Posto che, come si vedrà, si tratta di due ordinamenti che accolgono nozioni diametralmente opposte del diritto di proprietà, nonché presuppongono due differenti modelli di possesso, obbiettivo del presente lavoro sarà quello di mettere in luce le correlazioni e le eventuali differenze tra gli strumenti preposti, in entrambi gli ordinamenti, a tutela della situazione possessoria.

Un primo elemento comune, che merita di essere evidenziato, è sicuramente il ruolo di preminente importanza che il possesso assume nei due sistemi giuridici considerati, seppur con una giustificazione del tutto differente.

Nell'ordinamento italiano, il possesso è tutelato in quanto situazione giuridica autonoma e distinta dal diritto di proprietà. Tale protezione trova il suo fondamento esclusivamente nella relazione di fatto che viene ad instaurarsi tra il possessore e il bene. L'art. 1140 cod. civ., infatti, definisce il possesso come «potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale». È proprio l'attività, fattuale ed effettiva, esercitata su un bene a garantire al possessore la tutela della propria situazione giuridica, prescindendo dalla titolarità di qualsivoglia diritto reale. Da ciò deriva la possibilità di ipotizzare eventuali conflitti tra il proprietario e il possessore, ossia tra l'astratto titolare del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) e colui che, pur non essendo titolare di alcun diritto reale, esercita sul bene un potere di fatto corrispondente ad uno di questi. Le ragioni che giustificano la tutela possessoria esulano dal discorso che ci proponiamo di affrontare in questa sede. Tuttavia, è sufficiente accennare che la protezione del potere di fatto consente al possessore di difendersi sia nei confronti dei terzi, davanti ai quali appare come se fosse il proprietario, sia nei confronti del proprietario effettivo, il quale a sua volta potrà ottenere tutela nei confronti del possessore sperando i rimedi previsti in ambito petitorio.

Nell'ordinamento inglese, al contrario, il concetto di *possession* non indica una situazione giuridica distinta dalla proprietà (che, come si vedrà, nei sistemi di *common law* si articola in maniera completamente diversa rispetto alla concezione del “*dominium rei*” di



derivazione romanistica), bensì l'elemento costitutivo della stessa: non vi può essere proprietà senza possesso e, allo stesso tempo, non vi può essere possesso senza proprietà. In primo luogo, ciò comporta che, nel sistema della *property*, l'esercizio effettivo di un potere di fatto su un bene, rende di per sé il possessore *owner*, titolare cioè di un *right to possess* su quel determinato bene. Ciò consente a quest'ultimo, in via generale, di prevalere su tutti coloro che non possono provare un *better right to possess*, fondato su un possesso anteriore. In secondo luogo, nel sistema inglese – a differenza del nostro – non è concepita una situazione proprietaria astratta: chi non possiede, o chi non ha posseduto anteriormente, non può in nessun caso essere considerato proprietario. La situazione di fatto e quella di diritto sono inscindibilmente legate tra loro. Ne discende, come sarà approfondito in corso di trattazione, che in tale sistema non è configurabile una contrapposizione tra possessore e proprietario, in quanto il possessore è di per sé *owner*. Tutt'al più, si potrà parlare di conflitto tra più *owners*, il quale sarà risolto, in genere, in favore del titolare del *better right to possess*.

In estrema sintesi, si vedrà come – seppur per ragioni completamente differenti – la relazione di fatto tra un soggetto e una cosa assume nei due ordinamenti una grande importanza: nel nostro ordinamento costituisce oggetto di tutela in quanto situazione di fatto dotata di rilevanza giuridica autonoma, mentre nel sistema inglese in quanto elemento essenziale dell'*ownership*.

Ciò premesso, obiettivo della presente indagine sarà quello di verificare se alle contrapposte concezioni del fenomeno possessorio, assunte nei due ordinamenti considerati, corrisponde, altresì, una diversità ed eterogeneità degli strumenti preposti alla sua difesa, ovvero se, al contrario, in considerazione dell'eminente rilievo che la situazione possessoria assume in entrambi i sistemi, debba piuttosto ravvisarsi un'omogeneità di tutela, la quale si traduce nell'adozione di rimedi che, seppur con differenti peculiarità, finiscono in definitiva per perseguire il medesimo scopo. A tal fine, sarà dapprima delineato un quadro generale dei rimedi possessorî nell'ordinamento italiano, cui seguirà l'analisi della tutela riconosciuta e garantita al possesso nel sistema inglese.

2. L'ordinamento italiano riconosce alla situazione possessoria un'ampia tutela che si concretizza sia nelle c.d. azioni possessorie tipiche, disciplinate agli artt. 1168-1170 cod. civ., sia nella possibilità di richiedere il risarcimento del danno subito in conseguenza della lesione al possesso. Per dovere di completezza, è necessario evidenziare che rientrano nell'ambito della tutela garantita al possessore anche le c.d. azioni di nunciazione, ossia la denuncia di nuova opera, prevista dall'art. 1171 cod. civ. e la denuncia di danno temuto *ex* art. 1172 cod. civ. Tuttavia, quest'ultime, in quanto non esclusivamente poste a tutela del possesso, ma riconosciute altresì al proprietario e al titolare di un diritto reale di godimento¹, non fanno parte a pieno titolo della categoria delle azioni possessorie², pur essendo – tradizionalmente³ – trattate unitamente alla materia possessoria. Per tali motivi, in questa sede, nell'esaminare i rimedi possessorî previsti dal nostro ordinamento, saranno

¹A. MONTEL, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 2ª ed., Torino, 1962, p. 555.

²Cfr. A. TOMASSETTI, *Il possesso*, Torino, 2005, p. 440. Nonostante ciò, la giurisprudenza ha talvolta ricompreso le c.d. azioni di nunciazione tra le azioni possessorie. Cfr. in tal senso, a titolo di esempio, Cass. 27 gennaio 1959, n. 243, in *Mass. giust. civ.*, 1959, p. 92.

³Si riferiscono espressamente alla tradizione R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 2ª ed., Milano, 2000, p. 431.



volutamente tralasciate le azioni *ex artt.* 1171 e 1172 cod. civ. Pertanto, parlando di azioni possessorie s'intende far riferimento esclusivamente all'azione di reintegrazione, o di spoglio, disciplinata all'art. 1168 cod. civ., nonché alla c.d. azione di manutenzione, prevista all'art. 1170 cod. civ.

In particolare, per ciò che concerne l'azione di reintegrazione, il citato art. 1168 espressamente prevede che «chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso può entro un anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso la reintegrazione nel possesso medesimo» e ancora «L'azione è concessa altresì a chi ha la detenzione della cosa, tranne il caso che l'abbia per ragioni di servizio o per ospitalità». Tale azione mira ad ottenere il ristabilimento della situazione possessoria⁴, attraverso la reintegrazione⁵ della situazione di fatto violata dalla condotta di un terzo, sfociata nella privazione del «*corpus possessionis*»⁶. Alla luce di ciò, è possibile definire lo spoglio come «il comportamento di taluno, che fa perdere al possessore il potere di fatto sulla cosa»⁷.

Gli elementi costitutivi dello spoglio sono, da un lato, il comportamento materiale di un terzo diretto a privare, in modo totale o parziale, il possessore del suo potere di fatto, dall'altro lato, la volontà dell'agente⁸, ossia il c.d. *animus spoliandi*⁹, per ciò intendendosi la consapevolezza¹⁰ di compiere un atto arbitrario, contro la volontà espressa o presunta del

⁴F. S. GENTILE, *Possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1974, p. 289.

⁵Secondo R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 371 la reintegrazione si concretizza attraverso la concessione di un provvedimento di reimmersione in possesso, per mezzo del quale si attua, là dove possibile, la restituzione del possesso del bene al possessore spogliato. Da ciò discenderebbe l'improponibilità dell'azione in esame nell'ipotesi in cui tale restituzione non sia più possibile, ad esempio perché il bene spogliato è andato distrutto. Nel medesimo senso si veda F. S. GENTILE, *Possesso e azioni possessorie*, cit., p. 289, A. MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 479-480 e E. PROTETTI, *Le azioni possessorie (la responsabilità e il procedimento in materia possessoria)*, 9ª ed., Milano, 1998, p. 203. Sul punto cfr. anche Cass. 16 maggio 2006, n.11386, in *Mass. giust. civ.*, 2006, p. 1314. In senso contrario, invece, si veda Cass. 24 gennaio 1985, n. 317, *Mass. Foro it.*, 1985, c. 75, ripresa da C. RISI, *Il possesso*, Milano, 2012, p. 765, secondo cui l'azione di reintegrazione, essendo un'azione di condanna, conterrebbe in sé la domanda di accertamento degli elementi di fatto necessari all'attribuzione del bene richiesto. Pertanto, il giudice, di fronte all'impossibilità di accogliere la parte della domanda relativa alla reintegrazione nel possesso, anziché respingere completamente la stessa, sarà tenuto a dichiarare il carattere illecito della condotta del convenuto, ai fini della sua condanna al risarcimento del danno, anche in separato giudizio.

⁶F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, 2ª ed., Padova, 2010, p. 424.

⁷Così, dopo aver sottolineato l'assenza di una definizione normativa di spoglio, R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 270. Sulla perdita del possesso quale necessario effetto dello spoglio cfr. anche A. MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 517-518, il quale ritiene che non basti, al fine di configurare uno spoglio, la diminuzione o la maggiore difficoltà dell'esplicazione del possesso. Tuttavia, l'autore, solleva dei dubbi relativamente a quelle ipotesi in cui, pur non venendo meno definitivamente il potere di fatto del possessore sul bene, la consistenza di questo sia talmente alterata da «escludere o limitare grandemente le possibilità d'uso». Nello stesso senso anche F. S. GENTILE, *Possesso e azioni possessorie*, cit., p. 269, il quale però – dopo aver definito il possessore spogliato come colui che è stato privato del possesso – sottolinea che, comunque, assurgono a spoglio «fatti nei quali potrebbe ravvisarsi solo il fondamento per un'*actio iniuriarum*».

⁸A. LEVONI, *La tutela del possesso*, vol. I, Milano, 1979, p. 257.

⁹Sul punto è importante evidenziare la particolare tendenza della giurisprudenza che se da un lato afferma che non ci può essere spoglio senza intento di spogliare, dall'altro lato considera l'*animus* insito nel fatto materiale della privazione del possesso, vanificando così la rilevanza dell'elemento soggettivo dello spoglio, ritenuto assorbito nell'elemento oggettivo. A tal proposito cfr. R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., pp. 303-304 e C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 688.

¹⁰Di coscienza e volontà dell'azione parla F. S. GENTILE, *Possesso e azioni possessorie*, cit., p. 271.



possessore¹¹, al fine di attentare al possesso di quest'ultimo¹². A tali due elementi, che si possono ritenere principali, si aggiungono poi il nesso di causalità tra la condotta e il fatto lesivo e la mancanza di cause di giustificazione, idonee ad escludere l'illiceità del fatto¹³.

Tuttavia, la stessa lettera della norma subordina l'esercizio dell'azione di reintegrazione alla sussistenza di uno spoglio violento ovvero clandestino. Si pone dunque il problema di definire il concetto di violenza riferito allo spoglio. Mentre la giurisprudenza dominante¹⁴ ritiene che debba considerarsi violenta qualsiasi azione arbitraria diretta contro la volontà espressa o presunta del possessore, a prescindere dal fatto che vi concorrano veri e propri atti di violenza materiale, in dottrina si ravvisano opinioni contrapposte. Se taluno ha affermato che «l'imposizione del requisito della violenza come condizione per la repressione dello spoglio non renderebbe validi servizi alla società odierna»¹⁵, altri autori, fondando la propria tesi sulla distinzione, operata dal codice civile del 1942, tra «spoglio violento», tutelabile per mezzo dell'azione di reintegrazione, e «spoglio semplice», tutelabile *ex art.* 1170 cod. civ., affermano la necessità che lo spoglio reintegrabile sia caratterizzato dal requisito della violenza, proprio al fine di distinguere le due fattispecie spoliative¹⁶. Infatti, se si seguisse la strada tracciata dalla giurisprudenza e, pertanto, si riducesse la violenza al semplice agire contro la volontà espressa o presunta del possessore, tale requisito sarebbe rinvenibile non solo nella fattispecie *ex art.* 1168 cod. civ., ma anche in quella *ex art.* 1170, co. 3, cod. civ. E' evidente che anche colui che opera uno spossessamento senza violenza, né clandestinità, agisce contro la volontà del possessore, altrimenti non si configurerebbe alcuna ipotesi di spoglio. Ne discenderebbe, pertanto, una vera e propria equiparazione tra le due fattispecie che non trova però riscontro nella previsione di due diversi sistemi rimediali: l'azione di reintegrazione per lo spoglio violento e l'azione di manutenzione per quello semplice. Da ciò discende che, come autorevolmente sostenuto, «lo spoglio violento deve essere qualche cosa di più grave dello spoglio non violento», ossia deve essere accompagnato da «vera e propria violenza»¹⁷. Pertanto, stante la necessità che lo spoglio *ex art.* 1168 cod. civ. sia accompagnato da una violenza effettiva, occorre sottolineare che alla violenza fisica contro le cose o le persone¹⁸ deve equipararsi la violenza morale¹⁹, la quale, potendo essere diretta solamente contro la persona, si sostanzia in «una minaccia, grave, ingiusta, notevole, oggettivamente temibile[...]»²⁰, o comunque in ogni qualsiasi atto diretto ad indurre il possessore all'abbandono del bene²¹.

¹¹Sull'identificazione dell'*animus spoliandi* con la consapevolezza di agire contro la volontà espressa o presunta del possessore si veda innanzitutto A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 519, ma anche C. RISI, *Il possesso*, cit., pp. 686 e 688.

¹²E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 221.

¹³E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 203.

¹⁴Per una rassegna giurisprudenziale si veda A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 284, nota n. 72; E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 329, nota n. 11, nonché R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 296, nota n. 88.

¹⁵Si fa riferimento alla posizione di R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., pp. 295-296.

¹⁶Sul tema cfr. A. MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 525-526; A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., pp. 284-285; C. RISI, *Il possesso*, pp. 676-677.

¹⁷A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 526.

¹⁸Cfr. E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 330-331; nel medesimo senso anche A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., 285, il quale però parla di violenza materiale.

¹⁹A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 526.

²⁰E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 331.

²¹A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 285; cfr. altresì F. S. GENTILE, *Possesso e azioni possessorie*, cit., p. 274.



Anche sul requisito di clandestinità vi è incertezza. In giurisprudenza si sono principalmente avvicendati due distinti orientamenti²². Il più risalente riteneva sufficiente, per configurare il suddetto requisito, che lo spoglio fosse avvenuto all'insaputa del possessore; al contrario, secondo l'orientamento più recente, la clandestinità sussisterebbe solamente là dove il possessore non potesse, nemmeno utilizzando l'ordinaria diligenza, venire a conoscenza dello spossessamento²³. In dottrina si ravvisano voci discordanti: vi è chi, da un lato, sostiene che sia sufficiente l'ignoranza dello spoglio da parte della vittima, in quanto questi non avrebbe alcun obbligo di conoscenza²⁴, dall'altro lato, vi è chi, al contrario, riferisce la clandestinità non all'ignoranza da parte della vittima, bensì all'azione dell'agente, richiedendo che questa sia «oggettivamente compiuta con l'apprezzabile obbiettivo di esser tenuta celata al possessore»²⁵, affermando così la necessità del c.d. *animus celandi*.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva all'azione di reintegrazione, l'art. 1168 cod. civ. stabilisce che essa può essere proposta non solo dal possessore spogliato del possesso violentemente od occultamente, ma anche – in presenza dei medesimi requisiti – dal detentore c.d. autonomo, ossia colui che non sia tale per ragioni di servizio o di ospitalità. Il possessore *solo animo*, ossia il possessore mediato, ha azione non solo contro i terzi, ma anche contro lo stesso detentore che realizzi lo spoglio per mezzo dell'interversione del possesso²⁶. Addirittura, nella pratica è stata riconosciuta l'azione di reintegrazione al possessore mediato non per il recupero del solo nudo possesso ma, in luogo del detentore, per reagire, nei confronti di terzi, allo spoglio della detenzione²⁷. Sulla legittimazione del detentore all'azione di reintegra, tuttavia, occorre fare una precisazione: si deve distinguere la posizione del detentore autonomo, che esercita il potere di fatto nell'interesse proprio (c.d. detentore autonomo qualificato), ad esempio il conduttore, da quella di colui che, invece, detiene la cosa nell'interesse altrui (c.d. detentore autonomo non qualificato), ad esempio il mandatario o il depositario. Al detentore autonomo qualificato è riconosciuta l'azione di reintegrazione nei confronti di chiunque, anche dello stesso possessore; al contrario, il detentore autonomo non qualificato potrebbe esperire la suddetta azione nei confronti di tutti i terzi, ma non già nei confronti del possessore²⁸.

L'azione in esame è proponibile, ai sensi dell'art. 1168 cod. civ., contro l'autore dello spoglio. È considerato autore sia il c.d. "autore materiale", ossia il soggetto che, di sua iniziativa oppure su mandato ricevuto da altri²⁹, ha materialmente leso la situazione

²²Si veda la rassegna giurisprudenziale citata in R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 298, note nn. 94 e 95.

²³Cfr. C. RISI, *Il possesso*, cit., pp. 678-679.

²⁴E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 342.

²⁵A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 290.

²⁶C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 696.

²⁷R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 403.

²⁸Cfr. R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 190; E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., pp. 370-371; A. MONTELLI, *Il possesso*, cit., pp. 490 ss. In senso contrario, invece, A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., pp. 210 ss., secondo cui non sarebbe convincente l'adozione di un criterio risolutivo quale quello dell'interesse, con la conseguenza che, secondo l'autore, «ogni detentore che sia tale non per ragioni di servizio o di ospitalità, è fornito di legittimazione alla reintegra contro lo spoglio violento o clandestino perpetrato da chiunque, incluso il possessore, ed indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo».

²⁹C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 701; nello stesso senso anche E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 425.



possessoria altrui³⁰, sia il c.d. “autore morale”, per tale intendendosi non soltanto colui che ha programmato e ordinato lo spoglio, ma anche chi lo abbia autorizzato o *ex post* approvato³¹, traendo da esso un profitto «in piena coscienza dell’illiceità del fatto di cui si giova»³². Ai soggetti indicati, l’art. 1169 cod. civ. aggiunge un ulteriore legittimato passivo, ossia colui che, essendo a conoscenza³³ dell’avvenuto spoglio e in virtù di un acquisto a titolo particolare, si trova attualmente nel possesso del bene spogliato. Ne consegue che, se in seguito allo spoglio, l’autore dello stesso ha ceduto il bene ad un terzo consapevole della sua provenienza, la vittima della lesione possessoria potrà esercitare l’azione di reintegrazione sia, indifferentemente³⁴, nei confronti dell’autore morale o materiale³⁵, sia nei confronti dell’attuale possessore al momento della proposizione della domanda³⁶.

Infine, per ciò che concerne il termine per l’esercizio dell’azione *ex* art. 1168 cod. civ., dalla lettura della norma emerge che essa può essere proposta, a pena di decadenza, entro un anno dallo spoglio, fatto salvo il caso di spoglio clandestino; in tale ultima ipotesi, infatti, il termine annuale per la proposizione dell’azione decorre dal momento in cui lo spoglio viene scoperto³⁷. Se lo spoglio è realizzato con un solo atto, da questo decorre il termine annuale di decadenza. Nell’ipotesi in cui si verifichino più atti successivi di spoglio, ma questi siano tra loro collegati «in modo da costituire una progressione del primo atto»³⁸, si fa riferimento, quale termine iniziale della decorrenza, al primo atto spoliativo, ancorché

³⁰In proposito A. MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 506-507 distingue la figura dell’autore materiale da quella dell’esecutore materiale: mentre il primo è colui che, al fine di conseguire un vantaggio o eliminare una limitazione al proprio diritto, modifica la situazione possessoria altrui, il secondo – salvo che sia provata la sua consapevolezza dell’illiceità del fatto – non è che «uno strumento che opera a servizio della volontà di chi dispone», dovendosi pertanto escludere la sua legittimazione passiva. Tale distinzione è stata tuttavia criticata (si veda, in proposito, C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 702), in quanto la differenza tra le due citate figure risiederebbe esclusivamente nell’esistenza o meno dell’autonomia di azione, circostanza che – seppur rilevante nei rapporti interni tra le parti – non sarebbe opponibile alla vittima della lesione, nei cui confronti l’attività esecutiva avrebbe la medesima portata lesiva.

³¹Cfr. E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 426; R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 416.

³²A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 249.

³³Secondo C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 711, la conoscenza richiesta dall’art. 1169 cod. civ. deve sostanziarsi in una «consapevolezza effettiva e concreta della provenienza della cosa».

³⁴C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 703. L’autore morale e l’autore materiale potranno anche essere citati insieme e ciascuno risponderà del suo fatto illecito, ma non ricorre un’ipotesi di litisconsorzio necessario (si veda A. TOMASSETTI, *Il possesso*, cit., p. 324).

³⁵La legittimazione passiva dell’autore dello spoglio non viene meno neppure nel caso in cui quest’ultimo perda il possesso del bene anteriormente alla proposizione della domanda di reintegrazione. Sul punto cfr. R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 417, dove si afferma che «se lo spogliatore è responsabile in quanto autore della lesione (e non, invece, in quanto possessore), la sua responsabilità deve permanere anche quando cede il possesso della cosa al terzo acquirente di cui all’art. 1169[...]; nello stesso senso anche A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 252 che riconosce la fonte «ineliminabile» della legittimazione passiva dello spogliatore nella sua condotta illecita, nonché A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 512, il quale a sostegno di tale posizione richiama il fatto che l’art. 1168 cod. civ., nel riferirsi all’autore dello spoglio non richiede che lo stesso «sia tuttora nel possesso o nella detenzione della cosa».

³⁶La disposizione *ex* art. 1169 cod. civ. si giustifica con la finalità di ripristinare la situazione possessoria preesistente allo spoglio, attraverso il sacrificio della situazione dell’attuale possessore, avente causa a titolo particolare dello *spoliator* e consapevole, al momento del suo acquisto, dell’avvenuto spoglio. Sul punto cfr. R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 414.

³⁷Cfr. A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 514, il quale equipara l’effettiva scoperta dello spoglio con la possibilità di scoperta da parte di un possessore di normale diligenza.

³⁸E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., pp. 439-440.



non sia di per sé idoneo a determinare la perdita del possesso. Se, invece, la lesione del possesso dipende da più atti successivi, tra loro autonomi ed indipendenti, il termine decadenziale decorrerebbe a partire dall'ultimo di questi³⁹.

2.1. L'art. 1170 cod. civ. disciplina la c.d. azione di manutenzione, prevedendo che «chi è stato molestato nel possesso di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o di un'universalità di mobili può, entro l'anno dalla turbativa, chiedere la manutenzione del possesso medesimo» e ancora che «l'azione è data se il possesso dura da oltre un anno, continuo e non interrotto, e non è stato acquistato violentemente o clandestinamente. Qualora il possesso sia stato acquistato in modo violento o clandestino, l'azione può nondimeno esercitarsi, decorso un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità è cessata», per poi concludere che «anche colui che ha subito uno spoglio non violento o clandestino può chiedere di essere rimesso nel possesso, se ricorrono le condizioni indicate al comma precedente». A differenza dell'azione di reintegrazione, l'azione in esame non avrebbe carattere recuperatorio, bensì conservativo⁴⁰, in quanto mirerebbe «alla conservazione inalterata del possesso contro le molestie o turbative di terzi estranei»⁴¹.

Come accennato, l'azione *ex* art. 1170 cod. civ. presuppone una molestia o una turbativa, di fatto o di diritto⁴², oppure uno spoglio né violento né clandestino, come previsto all'ultimo comma della disposizione in esame. È possibile definire la molestia come qualsiasi atto, compiuto contro la volontà del possessore e con l'intenzione di agire contro di lui, che ostacoli il possesso o ne muti, limitandole, le modalità con cui lo stesso era precedentemente esercitato⁴³. Rientrano nell'ambito delle molestie tutti quegli atti, aventi i caratteri suddetti, che – seppur non superando la soglia dello spoglio⁴⁴ –

³⁹*Ibidem*. In senso contrario cfr. R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., pp. 398-399 secondo cui il termine non decorre da un atto, bensì da un evento, come – ad esempio – la perdita del possesso. Pertanto, secondo gli autori, poiché la perdita del possesso è un evento istantaneo, questo potrà considerarsi reiterato solo là dove ogni singola perdita sia seguita da un recupero del potere di fatto. Solo in tale ultima ipotesi, infatti, una nuova lesione può costituire un illecito a sé stante, dando luogo al decorso di un nuovo termine di decadenza.

⁴⁰Cfr. E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 449. Secondo l'autore, infatti, la fattispecie dello spoglio semplice, disciplinata all'ultimo comma dell'art. 1170 cod. civ., non sarebbe tutelabile con l'azione di manutenzione, bensì per mezzo dell'azione di reintegrazione, alla quale però si applicherebbero le norme che tutelano il possesso dalle molestie (pp. 450-451). In realtà, secondo alcuni autori, l'azione di manutenzione avrebbe una doppia anima: una conservativa, con la quale si reagisce alle molestie e alle turbative del possesso, attraverso l'inibitoria delle stesse; una recuperatoria, volta appunto al recupero del possesso in caso di spoglio semplice (sul punto cfr. C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 749). Su posizioni distinte dalle precedenti, invece, A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 552, secondo cui l'azione che tutela lo spoglio semplice sarebbe una terza azione possessoria rispetto all'azione di reintegrazione e a quella di manutenzione.

⁴¹Così F. S. GENTILE, *Possesso e azioni possessorie*, cit., p. 295.

⁴²Per molestia di fatto s'intende un atto d'ingerenza materiale nell'altrui situazione possessoria (si veda C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 734). Al contrario, costituisce molestia di diritto ogni atto giudiziale o stragiudiziale con il quale si contesta l'altrui possesso (R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 292), quando è diretto a far mutare lo stato di fatto e non già al mero esercizio di un diritto (E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 487).

⁴³A. MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 538-539.

⁴⁴Cfr. C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 728.



comportano un «apprezzabile contenuto di disturbo»⁴⁵ all'esercizio del possesso, in quanto, altrimenti, dovrebbe piuttosto parlarsi di ingerenza lecita nell'altrui situazione possessoria⁴⁶.

Anche l'azione in esame richiede un elemento soggettivo, ossia l'*animus turbandi*, consistente nella coscienza e volontà di porre in essere una condotta lesiva dell'altrui situazione possessoria, contro la volontà espressa o presunta del possessore⁴⁷. In proposito è opportuno rilevare che, conformemente a quanto detto in tema di *animus spoliandi*⁴⁸, anche l'elemento soggettivo dell'azione di manutenzione è sovente ritenuto insito «nella materiale privazione o turbativa del godimento della cosa altrui»⁴⁹, con la conseguente perdita di rilevanza dello stesso, posto che la sua specifica prova non sarebbe necessaria in presenza del semplice accertamento dell'atto materiale⁵⁰.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva, occorre precisare che l'azione in oggetto non è data al semplice detentore⁵¹, ancorché nell'interesse proprio, ma nemmeno a qualsiasi possessore. L'art. 1170 cod. civ., infatti, prevede specifici requisiti per la concessione della manutenzione. Innanzitutto, deve trattarsi di un possesso avente ad oggetto, esclusivamente, beni immobili, universalità di mobili, ovvero diritti reali di godimento relativi ai suddetti, dovendosi pertanto ritenere escluso il possesso di beni mobili⁵². Tale possesso, inoltre, deve durare da almeno un anno⁵³, essere continuato e non interrotto⁵⁴, nonché acquistato senza violenza o clandestinità⁵⁵.

⁴⁵Così, in giurisprudenza, si è espressa Cass. 13 settembre 2000, n. 12080, in *Riv. giur. edil.*, 2000, I, p. 1053. In proposito C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 728 secondo cui l'atto di turbativa deve avere un minimo di «consistenza pregiudizievole».

⁴⁶R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, cit., p. 287.

⁴⁷Cfr. C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 737, nonché E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 455, secondo cui l'*animus turbandi* deve sussistere nel momento in cui la turbativa viene posta in essere.

⁴⁸Si veda nota n. 9.

⁴⁹C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 736, il quale però sottolinea la presenza, in tale orientamento, di una «intrinseca contraddizione», dovuta al fatto che, da un lato, si afferma l'importanza dell'*animus turbandi* quale elemento essenziale della molestia e, dall'altro lato, tale elemento viene considerato *in re ipsa* rispetto al mero fatto materiale della stessa, con conseguente vanificazione dell'elemento volitivo.

⁵⁰Cfr. C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 738; in senso contrario, invece, A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 393, il quale richiede che l'*animus* sia oggetto di autonomo accertamento, da effettuare caso per caso.

⁵¹E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 491.

⁵²Cfr. A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 542, nonché C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 726.

⁵³Il requisito dell'ultrannualità, che deve sussistere nel momento in cui si verifica la molestia (cfr. A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 375), ha l'obiettivo di evitare che la situazione possessoria manutenibile possa essere eventualmente oggetto di un'azione di reintegrazione, esperita da un precedente possessore spogliato violentemente od occultamente. Il trascorrere di un anno dall'acquisto del possesso, infatti, rende quest'ultimo inattaccabile da chiunque, ancorché risulti viziosamente acquistato. Sul punto cfr. A. MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 542-543.

⁵⁴Cfr. A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 378, secondo cui la distinzione tra continuità e non interruzione del possesso risiede nel fatto che «la prima attiene al comportamento spontaneo del possessore, mentre la seconda è riferita al fatto di terzi, che abbia il risultato di privare il soggetto medesimo dell'esercizio del possesso». In senso conforme si veda anche F. S. GENTILE, *Possesso e azioni possessorie*, cit., pp. 211-212, secondo cui la discontinuità deriva dalla «irregolare attività del possessore, che non compie, al momento dovuto, l'atto essenziale di possesso», mentre l'interruzione afferisce all'ipotesi in cui «il possessore è stato privato, senza il suo consenso, del possesso, per effetto dell'interferenza di terzi: è stato, cioè, spogliato».

⁵⁵Per quanto riguarda i requisiti della violenza e della clandestinità si rimanda, in quanto concetti sovrapponibili, a quanto già detto in tema di azione di reintegrazione. Ad ogni modo, è opportuno ricordare che, in base al dettato dell'art. 1170 cod. civ., anche se il possesso è acquistato violentemente od occultamente, il possessore può comunque esercitare, in caso di molestie o turbative, l'azione di manutenzione, purché sia trascorso un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità è cessata. Secondo



In tema di legittimazione passiva, invece, non v'è nulla da aggiungere rispetto a quanto già detto a proposito dell'azione di spoglio. Pertanto, anche l'azione *ex art.* 1170 cod. civ. può proporsi indifferentemente contro l'autore materiale o contro l'autore morale dello spoglio semplice o della molestia⁵⁶, i quali risponderanno personalmente del proprio fatto illecito, non ricorrendo alcuna ipotesi di litisconsorzio necessario⁵⁷.

Infine, anche l'azione di manutenzione, come già in precedenza visto per l'azione di reintegrazione, è soggetta ad un termine di decadenza annuale, il quale decorre a partire dal giorno della molestia, ossia dal giorno in cui l'atto molesto determina la lesione del possesso⁵⁸.

2.2. Per un'adeguata, seppur sintetica⁵⁹, descrizione del tema relativo al risarcimento del danno da lesione del possesso, che forse rappresenta l'aspetto più problematico nell'ambito della tutela possessoria, si rende opportuna, in via preliminare, una succinta analisi delle diverse posizioni dottrinali che si sono espresse circa la sua natura ed il suo fondamento normativo.

Le principali teorie aventi ad oggetto l'argomento in esame possono essenzialmente ricondursi a due distinte categorie: quella che sostiene la natura possessoria dell'azione per il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione del possesso⁶⁰; quelle che, al contrario, ne afferma la natura aquiliana⁶¹.

La prima si caratterizza per ricondurre il fondamento normativo della pretesa risarcitoria per i danni possessorî agli stessi artt. 1168 e 1170 cod. civ., i quali non si limiterebbero alla disciplina della reintegrazione e della manutenzione del possesso, ma ricomprenderebbero anche il risarcimento del danno eventualmente cagionato dallo spoglio

A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 382 la violenza cessa nel momento in cui vengano meno tutte quelle «residue manifestazioni» dirette a dissuadere il soggetto spossessato dal compiere tentativi di recupero, mentre – al contrario – la clandestinità verrebbe meno nel momento in cui il possesso «si continua ad esercitare pur non pubblicamente, ma in modo ordinariamente percepibile, secondo la natura e destinazione ordinaria della cosa [...]».

⁵⁶Cfr. E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p.498; A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 386; C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 753.

⁵⁷C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 754.

⁵⁸E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p.498. L'autore (p. 499) precisa altresì che, qualora la molestia sia caratterizzata da più atti successivi, occorrerebbe distinguere se gli stessi possano o meno essere ricondotti ad unità: in caso positivo, il termine decorrerebbe dal primo di essi, in caso negativo, al contrario, decorrerebbe da uno qualsiasi degli stessi. Inoltre, trattandosi di termine previsto a pena di decadenza, la prova in ordine alla tempestività dell'azione è posta in capo all'attore.

⁵⁹Per un'analisi più approfondita del tema in oggetto si rimanda a C. ATTANASIO, *Note in tema di tutela aquiliana del possesso*, in corso di pubblicazione.

⁶⁰Cfr. A. MONTEL, *Il possesso*, cit., pp. 470 ss.; M. ZUCALÀ, *La difesa del possesso*, Piacenza, 1956, pp. 136 ss., secondo cui il diritto al risarcimento del danno è corollario necessario ad ogni provvedimento di reintegra; F. S. GENTILE, *Possesso e azioni possessorie*, cit., p. 290.

⁶¹Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale: codici e norme complementari*, vol. II, 9ª ed. riveduta e aggiornata (ristampa emendata), Milano, 1965, pp. 285 ss.; E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., pp. 635 ss.; F. DE MARTINO, *Del possesso: della denunzia di nuova opera e di danno temuto; art. 1140 – 1172*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli, 5ª ed., Bologna, 1984, pp. 138-139; A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 292; U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992, pp. 339 ss.



o dalla molestia, esauendo di fatto tutta la tutela che l'ordinamento riconosce al possesso⁶². Obiettivo della suddetta tutela, infatti, sarebbe quello di garantire al possessore vittima della lesione il c.d. *id quod interest*, sia per il mancato o limitato godimento del bene nel tempo intercorrente tra la lesione e l'esecuzione del provvedimento di reintegra o di manutenzione, attraverso il risarcimento del c.d. danno integrativo, sia attraverso il riconoscimento del c.d. danno sostitutivo, nell'ipotesi in cui la restaurazione della situazione possessoria anteriore non sia più oggettivamente possibile⁶³. Solo in questo modo si perfezionerebbe il ripristino dello *status quo ante*, attraverso la neutralizzazione di tutti gli effetti negativi che la condotta lesiva produce nella sfera giuridica della vittima.

Così argomentando, l'azione risarcitoria per i danni possessorî troverebbe, al pari delle azioni possessorie, il proprio fondamento nel fatto stesso della lesione possessoria, la quale dovrà essere accertata dal giudice sia nell'ipotesi di condanna alla reintegrazione (o alla cessazione delle molestie e all'inibitoria per le turbative future), sia in caso di condanna al risarcimento del danno⁶⁴. Ne conseguirebbe una connessione tra le due domande (quella possessoria e quella risarcitoria) talmente forte che dal rigetto della prima, per ragioni procedurali o di merito, deriverebbe inevitabilmente anche il rigetto della domanda risarcitoria proposta nel medesimo giudizio⁶⁵. Naturale conseguenza di quanto detto è che, dal punto di vista processuale, posta la suddetta connessione, il risarcimento potrebbe benissimo essere richiesto in sede possessoria, non solo unitamente, ma anche separatamente e successivamente all'esercizio delle azioni possessorie, purché sia rispettato il termine di decadenza di quest'ultime, ossia un anno dalla lesione⁶⁶. In ogni caso, sarebbe possibile proporre la domanda risarcitoria anche in un autonomo giudizio, nel rispetto del termine prescrizione previsto, in tema di danno da fatto illecito, dall'art. 2947 cod. civ., purché sia data prova del titolo che legittima il possesso, nonché del comportamento doloso o colposo del convenuto⁶⁷.

Il principale beneficio derivante da una tale prospettazione sarebbe quello di consentire alla vittima di proporre la domanda risarcitoria direttamente nel giudizio possessorio⁶⁸, autonomamente o unitamente alla domanda di reintegrazione o di manutenzione, prescindendo in questo modo dall'onere di provare la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 2043 cod. civ.

La maggior critica che può essere mossa alla tesi in esame è che, nel nostro ordinamento, stante il principio di atipicità dell'illecito civile che lo caratterizza, ogni istanza risarcitoria per danni extracontrattuali deve necessariamente conformarsi al dettato dell'art. 2043 cod. civ., che costituisce una vera e propria clausola generale in tal senso. Al contrario, gli artt. 1168 e 1170 cod. civ., non disponendo nulla in tema di risarcimento dei danni

⁶²Sul punto A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 470 espressamente afferma che le azioni possessorie ex artt. 1168 e 1170 cod. civ. «non sono complete se non vengono accompagnate dalla attribuzione del risarcimento dei danni conseguiti alla lesione del possesso».

⁶³A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 472-473.

⁶⁴C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989, p. 476 ss.

⁶⁵Cfr. Cass. 27 marzo 1963, n. 774, in *Mass. Foro it.*, 1963, c. 219.

⁶⁶Cfr. Cass. 19 febbraio 1959, n. 508, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 1783.

⁶⁷C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, cit., p. 17.

⁶⁸Ciò a patto che, come afferma C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, cit., p.17, «la relativa domanda segua le norme processuali proprie di questa tutela e sia proposta entro l'anno dallo spoglio o dalla molestia».



conseguenti allo spoglio o alla turbativa, si limitano a prevedere – là dove ne ricorrano i presupposti – rispettivamente, la reintegrazione e la manutenzione nel possesso.

Per tali motivi, la teoria aquiliana è oggi quella prevalentemente accolta in dottrina⁶⁹. Essa, come accennato, si caratterizza per ricondurre ai principî generali della responsabilità aquiliana, il fondamento della risarcibilità dei danni possessorî.

La principale critica che, tradizionalmente, veniva riferita a tale prospettazione riguardava l'inapplicabilità al possesso della disciplina *ex* artt. 2043 ss. cod. civ., posto che – per più di cent'anni, quasi dogmaticamente⁷⁰ – si è ritenuto che il fatto illecito coincidesse esclusivamente con la lesione di un diritto soggettivo, dapprima assoluto⁷¹ e poi anche relativo⁷². Pertanto, posto che il possesso non può definirsi un diritto soggettivo, bensì una situazione di fatto produttiva di effetti giuridici⁷³, la riconducibilità dello stesso alla disciplina aquiliana era, in passato, radicalmente esclusa.

Tuttavia, proprio partendo dal superamento della dicotomia fatto illecito – lesione di un diritto soggettivo assoluto, attraverso il riconoscimento della risarcibilità dei diritti di credito, si è giunti successivamente a considerare risarcibili i danni derivanti dalla lesione non solo di diritti soggettivi, ma anche di interessi giuridicamente rilevanti, tra i quali deve ritenersi incluso il possesso⁷⁴.

Detto che, ormai, la suddetta critica non trova più alcun fondamento, è opportuno sottolineare che, in realtà, la teoria aquiliana non si presenta come omogenea, ma – al suo interno – è possibile individuare due autonome e distinte posizioni: la teoria c.d. unitaria e la teoria che, invece, distingue tra azioni possessorie e l'azione risarcitoria.

La prima delle suddette si caratterizza per il fatto di considerare la lesione del possesso come un fatto illecito extracontrattuale e, pertanto, lo spoglio e la molestia sarebbero di per sé idonei a generare l'obbligo risarcitorio per il loro carattere di atti illeciti⁷⁵, senza necessità di ulteriori accertamenti. Pertanto, secondo tale tesi, non solo il

⁶⁹Conferme sulla prevalenza in dottrina di tale teoria si riscontrano in C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, cit., p. 3, in A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 292 e in C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 764.

⁷⁰C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, cit., p. 26.

⁷¹Sul punto M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 55 espressamente afferma che la disciplina tradizionale «aveva sempre considerato risarcibile soltanto la lesione di un diritto soggettivo assoluto, trascurando di qualificare come danno aquiliano ogni altra lesione dell'altrui sfera giuridica».

⁷²In tema di risarcibilità del danno derivante dalla lesione di un diritto di credito cfr. F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, che ha dato il via al *revirement* giurisprudenziale (partendo dall'importantissima Cass., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro It.*, 1971, I, cc. 342 ss.) che ha definitivamente affermato la risarcibilità delle lesioni ai diritti relativi.

⁷³A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, 21ª ed., Milano, 2013, p. 333.

⁷⁴Nel senso della meritevolezza e dell'importanza che il possesso assume nel nostro ordinamento depone sicuramente la presenza di un'apposita e puntuale normativa che disciplina una situazione di fatto, prevedendone addirittura la tutela in caso di spoglio o turbativa. Sul punto cfr. C. M. BIANCA, *Problemi attuali di diritto privato e processuale nel confronto fra cassazione, foro e dottrina*, a cura di C. M. Bianca, G. E. Longo, P. Troiano, Padova, 1994, p. 116, il quale riconosce il possesso tra le posizioni giuridicamente tutelate nella vita di relazione, la cui lesione determina un danno ingiusto, nonché G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, vol. I, Padova, 1987, p. 359, secondo cui «La presenza di norme protettive di questi interessi, che pure non sono da qualificare alla stregua di diritti soggettivi, dovrebbe servire ad ancorare il giudizio sulla responsabilità *ex* art. 2043 c.c. a dati normativi».

⁷⁵A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 293, il quale definisce lo spoglio come atto illecito in senso ordinario, idoneo «a generare l'obbligo del risarcimento in sé e per sé, per la sua natura normativa di atto illecito».



risarcimento del danno, ma anche la stessa tutela possessoria troverebbe in realtà fondamento nella disciplina aquiliana. In quest'ottica, dunque, le azioni possessorie di reintegrazione e di manutenzione non servirebbero ad altro se non a realizzare un risarcimento in forma specifica dei danni causati dalla condotta illecita di un terzo⁷⁶.

In tale ricostruzione, l'elemento soggettivo e quello oggettivo, requisiti necessari per ottenere il risarcimento del danno *ex art.* 2043 cod. civ., vengono dalla suddetta dottrina considerati insiti nella stessa fattispecie dello spoglio o della molestia. Infatti, mentre l'elemento oggettivo, ossia il "danno ingiusto", veniva individuato nella mera lesione del possesso⁷⁷, il dolo o la colpa erano ritenuti presunti, in quanto normalmente presenti nelle tipiche condotte lesive del possesso⁷⁸, non essendo richiesta, pertanto, una loro prova specifica. La teoria in esame giunge così ad operare una vera e propria equiparazione tra l'*animus spoliandi* e *turbandi* – che rappresentano l'elemento volitivo necessario per poter configurare le fattispecie di cui, rispettivamente, agli artt. 1168 e 1170 cod. civ. – e il dolo e la colpa, che invece costituiscono l'elemento soggettivo del fatto illecito⁷⁹.

Proprio questa equiparazione, ideata dalla presente dottrina, presta il fianco a notevoli critiche, le quali – fondandosi soprattutto sul ruolo ormai assunto dall'*animus* in ambito possessorio⁸⁰ – fanno propendere per l'abbandono della teoria unitaria. Infatti, se l'*animus* si considera insito nella lesione possessoria, sarebbe sufficiente il mero accertamento dell'atto materiale lesivo per far sorgere automaticamente la responsabilità, sul piano possessorio, in capo all'autore dello spoglio o della molestia, con sua conseguente condanna alla reintegrazione o alla cessazione delle molestie. In tal modo, si assisterebbe ad una vera e propria vanificazione dell'elemento volitivo, il quale finirebbe per essere considerato *in re ipsa* nel suddetto atto materiale. L'elemento psicologico, pertanto, non costituendo requisito a sé, perderebbe ogni rilevanza autonoma rispetto all'elemento puramente obiettivo della fattispecie lesiva⁸¹. Pertanto, se si afferma che l'elemento

⁷⁶E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 5.

⁷⁷Tale ricostruzione, tuttavia, si contrappone a quella, generalmente accolta, secondo cui per danni risarcibili ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. non s'intendono i c.d. danni-evento, ossia le lesioni *contra ius* e *non iure* di interessi tutelati dall'ordinamento, bensì i c.d. danni-conseguenza, definiti «i pregiudizi concretamente sofferti dalla vittima in conseguenza del danno-evento» (si veda A. TORRENTE E P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, 22^a ed., Milano, 2015, p. 942). Pertanto, in assenza di un danno-conseguenza, non sorgerebbe alcun obbligo risarcitorio. Seguendo tale prospettiva, dunque, la mera lesione del possesso, intesa nel senso di danno-evento, non potrà essere di per sé risarcita, mentre saranno risarcibili gli eventuali danni-conseguenza che dalla stessa derivino. Tuttavia, è bene chiarire che la lesione possessoria produce in ogni caso, in via diretta ed automatica, il c.d. danno meramente possessorio, il quale può consistere, ad esempio, nel mancato utilizzo della cosa, causato dall'interruzione della relazione fattuale tra il possessore e il bene. Non v'è dubbio che si tratti di un danno-conseguenza risarcibile, la cui peculiarità risiederebbe nel fatto che, essendo conseguenza automatica della lesione, non necessiterebbe di essere specificamente provato in caso di accertamento di quest'ultima.

Se, al contrario, si intende far valere in sede risarcitoria ulteriori pregiudizi sofferti dalla "vittima" in virtù della lesione del possesso, questi non possono considerarsi necessarie conseguenze dello spoglio o della molestia e, dunque, devono essere debitamente provati (cfr. Cass. 23 luglio 1964, n. 1965, in *Mass. Foro it.*, 1963-1964, c. 509). Cfr. anche E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 652.

⁷⁸A. TOMASSETTI, *Il possesso*, cit., p. 348.

⁷⁹Cfr. A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 293.

⁸⁰Si intende fare riferimento a quella tendenza giurisprudenziale, di cui si è detto – in riferimento all'*animus spoliandi* – nella nota n. 9, che considera ormai l'*animus* insito nel fatto materiale della privazione o della molestia del possesso.

⁸¹C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, cit., p. 34.



psicologico è ormai privo di ogni rilevanza ai fini della configurabilità della tutela possessoria *ex* artt. 1168 e 1170 cod. civ., non si può di certo sostenere l'accennata equiparazione tra l'*animus*, da una parte, e il dolo e la colpa, dall'altra, visto che, al contrario, l'elemento soggettivo è imprescindibile ed assume un ruolo di assoluto rilievo nella nozione del fatto illecito.

La seconda teoria aquiliana, ossia quella che, invece, distingue tra azioni possessorie e azione risarcitoria, sostiene che solo quest'ultima trarrebbe origine dall'illecito aquiliano⁸². Tale distinzione sarebbe necessitata, in primo luogo, dalla differente funzione attribuita alle due azioni: da un lato l'azione risarcitoria è diretta a colpire chi pone in essere, con dolo o colpa, una condotta in violazione del precetto del *neminem laedere*, determinando così un danno ingiusto ad un terzo, dall'altro lato, le azioni possessorie hanno invece l'obiettivo di salvaguardare lo stato di fatto esistente, prescindendo dalla colpa dell'attentatore⁸³, il quale risponde per il solo fatto di avere turbato il possesso.

La presente teoria è, tra le tesi prospettate, quella che, a parere di chi scrive, si lascia decisamente preferire, non fosse altro perché, tra tutte, è l'unica che risulta effettivamente coerente con il nostro ordinamento giuridico; opera giustamente una netta distinzione tra la tutela possessoria e quella risarcitoria, le quali, caratterizzandosi per una notevole diversità funzionale, non sono suscettibili di essere equiparate. Allo stesso modo, la lesione del possesso viene riferita ad un ambito a lei più confacente, ossia quello dell'illecito. Lo spoglio e la molestia, condotte antigiusdiziarie in quanto contrarie agli artt. 1168 e 1170 cod. civ., legittimano il ricorso ai rimedi della reintegrazione e della manutenzione del possesso, con i quali l'ordinamento mira non già a soddisfare una pretesa risarcitoria, bensì al ripristino del potere giuridico da tali illeciti violato⁸⁴.

Ne consegue che la tutela possessoria viene allontanata dalla sfera del fatto illecito, nella quale però rimane attratta la pretesa risarcitoria per i danni causati dalla lesione del possesso, la quale trova il proprio fondamento nella disciplina della responsabilità aquiliana. Infatti, in un sistema di *atipicità* dell'illecito come il nostro ordinamento, è la clausola generale *ex* art. 2043 cod. civ. a rappresentare l'unico strumento previsto dal nostro ordinamento per ottenere il risarcimento del danno extracontrattuale, salvo che ulteriori norme provvedano esplicitamente sul punto, ma non è questo il caso del possesso, la cui normativa nulla dice sul punto.

In tema di risarcimento del danno possessorio, è altresì opportuno richiamare l'attenzione sui principali orientamenti giurisprudenziali, che – molto spesso – risultano tra loro confliggenti.

Va premesso, innanzitutto, che pare ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale volto ad individuare il fondamento dell'azione risarcitoria per danno al possesso nella disciplina della responsabilità aquiliana⁸⁵. In particolar modo, sembrerebbe sia stata accolta, in giurisprudenza, la tesi che distingue le azioni possessorie dall'azione risarcitoria, con la conseguenza che, per ottenere il risarcimento, è necessaria l'osservanza dei requisiti *ex* art. 2043 cod. civ. e, dunque, che sia data prova – oltre che della lesione

⁸² C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, cit., p. 3.

⁸³ In proposito F. DE MARTINO, *Del possesso*, cit., p. 138, afferma espressamente che «La tutela possessoria prescinde dalla colpa di chi attenta al possesso, essa mira a reintegrare lo stato di fatto esistente e basta».

⁸⁴ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 474.

⁸⁵ In particolare, si vedano Cass. Sez. U. 24 febbraio 1998, n. 1984, cit., p. 1060 e Cass. 27 luglio 1980, n. 4776, in *Mass. Foro it.*, 1980, c. 927.



possessoria – anche del danno, del nesso eziologico e, soprattutto dell'elemento soggettivo⁸⁶.

Tuttavia permangono dei profili su cui la giurisprudenza continua a non concordare. Uno di questi è sicuramente quello relativo al termine per la proposizione dell'azione risarcitoria. Detto che, ormai da epoca risalente, la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento per i danni al possesso direttamente nel giudizio possessorio⁸⁷, si pone il problema di individuare il termine entro cui la pretesa risarcitoria possa essere fatta valere, soprattutto se si considera che le azioni possessorie si caratterizzano per un termine decadenziale annuale, mentre l'azione per il risarcimento del danno extracontrattuale si prescrive in cinque anni, ai sensi dell'art. 2947 cod. civ. Sul punto meritano di essere citati due diversi orientamenti giurisprudenziali.

Il primo dei suddetti⁸⁸ si fonda sull'importante sentenza Cass. 28 febbraio 1989, n. 1093⁸⁹. Tale pronuncia, seguendo un'impostazione sostenuta in passato da autorevole dottrina⁹⁰, distingueva, in prima battuta, il danno propriamente possessorio (o danno

⁸⁶Cfr. Cass. 13 settembre 2000, n. 12080, in *Riv. giur. edil.*, 2000, I, pp. 1053 ss., la quale sostiene che «[...] come del resto osserva la migliore dottrina – le azioni possessorie vanno nettamente differenziate dall'azione di risarcimento del danno e soltanto quest'ultima si fonda sull'illecito aquiliano: la funzione dei rimedi possessori non mira, infatti, a colpire il contegno riprovevole tenuto dall'aggressore in violazione del precetto del *neminem laedere*, bensì a salvaguardare lo stato di fatto esistente; la tutela prescinde, pertanto, dalla colpa dell'attentatore, il quale risponde solo per il fatto oggettivo di avere turbato il possesso. L'indagine sull'esistenza della colpa o sull'ingiustizia del fatto modificativo del possesso risulterebbe invece necessaria per la condanna al risarcimento, dovuto al possessore leso sulla base della regola generale in tema di responsabilità aquiliana».

⁸⁷In particolare si vedano, tra le altre: Cass. 22 luglio 1968, n. 2630, in *Mass. Foro it.*, 1968, II, cc. 688-689 e Cass. 2 agosto 1968, n. 2761, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce "Possesso", n. 136, p. 1952.

⁸⁸Cfr. sul tema Cass. 5 dicembre 2006, n. 25899, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 2134 e Cass. 23 marzo 1995, n. 3377, in *Mass. Foro it.*, 1995, c. 427.

⁸⁹Cass. 28 febbraio 1989, n. 1093, *Rep. Foro it.*, 1989, voce "Possesso", n. 29, p. 2256.

⁹⁰A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., pp. 293 ss., il quale deriva dallo spoglio un duplice tipo di danno: in primo luogo, quello che «dipende dalla violazione del possesso in senso puro, dal mancato esercizio del potere giuridico o del potere di fatto in sé e per sé, quello per dimostrare il quale altro non occorre che la prova della lesione del possesso così come definito dall'art. 1140 c.c. o della detenzione pura e semplice, senza ulteriori qualificazioni, in una parola il possesso *ad interdicta*», il quale viene definito «danno propriamente possessorio»; in secondo luogo, quello che «dipende non solo dal diritto alla conservazione del possesso *ad interdicta*, ma dalla lesione di una situazione giuridica più articolata e complessa, quella che comprende i godimenti patrimoniali che tale possesso di per sé certamente non attribuisce e che nascono invece dagli eventuali diritti del possessore di buona fede, del proprietario, del titolare di un diritto personale di godimento; un danno, sotto il profilo empirico e statistico, di ben maggiore importanza economica del primo». L'autore giunge così alla conclusione secondo cui «il danno possessorio puro è direttamente connesso ed accessorio allo spoglio, mentre il secondo dipende da quell'effetto di esso che si risolve nella sottrazione, possessorialmente illecita, di facoltà petitorialmente qualificabili di godimento» e che pertanto «il danno possessorio trova causa e prova nello spoglio, mentre il danno ulteriore va accertato, sia quanto alla esistenza sia quanto alla natura e misura, per mezzo di indagini, che attingono elementi di chiara natura petitoria». Data questa premessa, dal punto di vista processuale l'autore sostiene che solamente l'azione risarcitoria dei danni propriamente possessori, essendo accessoria alla domanda di reintegrazione o di manutenzione, è proponibile nell'ambito del giudizio possessorio, seguendo le sorti della domanda principale. Invece, l'azione per il risarcimento dei danni al possesso qualificato da una situazione sostanziale, non essendo accessoria alla reintegra, trae dall'illecito di spoglio il suo fondamento, ma, riguardando una situazione protetta di contenuto più complesso rispetto al mero possesso o alla mera detenzione *ad interdicta*, gode di vita propria ed è soltanto legata alle vicende del diritto obbligatorio a cui corrisponde, inclusa la prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria.



possessorio puro), consistente nella pura e semplice perdita del possesso oppure nel più difficoltoso godimento del bene oggetto di spoglio o molestia, la cui azione risarcitoria – avendo contenuto possessorio – si presenterebbe come «costitutiva dell'azione di reintegra», essendo pertanto soggetta alla medesima disciplina procedurale prevista per le azioni possessorie. In seconda battuta, invece, la pronuncia in esame evidenziava il danno (non qualificabile come propriamente possessorio) derivante dalla lesione «non già del solo possesso, ma di altri diritti dello spogliato, sicché la privazione del possesso non esaurisce il danno, ma si presenta come causa di altre lesioni patrimoniali subite dallo spogliato»⁹¹. In tale ultima ipotesi, l'azione risarcitoria, non avendo natura possessoria, rientrerebbe nell'ambito generale dell'art. 2043 cod. civ., sottraendosi alle norme procedurali delle azioni possessorie.

Quindi, in definitiva, l'azione risarcitoria dei danni propriamente possessorî, in quanto avrebbe contenuto possessorio, potrebbe esercitarsi esclusivamente nel termine di un anno dall'evento lesivo, in conformità agli artt. 1168 e 1170 cod. civ. Al contrario, l'azione risarcitoria per quei danni che non possono essere definiti propriamente possessorî, potrebbe esercitarsi nel termine prescrizione quinquennale, come statuito dall'art. 2947 cod. civ.

Tuttavia, un diverso orientamento giurisprudenziale⁹², interpretando la citata sentenza Cass. 28 febbraio 1989, n. 1093, sostiene che la trattazione in sede possessoria dell'azione risarcitoria per i danni possessorî puri sia semplicemente possibile e non già necessaria. Pertanto, solamente nel caso in cui si voglia proporre l'azione risarcitoria nel giudizio possessorio deve essere rispettato il termine decadenziale di un anno. Altrimenti, la domanda di risarcimento potrebbe ben essere proposta in un autonomo giudizio a cognizione piena nel più ampio termine prescrizione previsto per l'azione risarcitoria extracontrattuale.

Un altro problema rilevante in materia di risarcimento dei danni possessorî è quello riguardante la determinazione e la quantificazione del danno effettivamente risarcibile in conseguenza alla lesione del possesso. Tale problematica riguarda essenzialmente il c.d. danno propriamente possessorio⁹³, il quale può distinguersi in danno integrativo o danno sostitutivo, a seconda che il bene spossessato sia stato effettivamente recuperato o meno.

⁹¹ Cass, 28 febbraio 1989, n. 1093, cit., p. 2256.

⁹²Cfr. Cass. 2 dicembre 2013, n. 26985, in *Mass. Foro it.*, 2013, cc. 916-917, secondo cui «posto che il possesso costituisce una situazione di fatto avente propria rilevanza giuridica, la cui compromissione dà luogo di per sé all'insorgenza di un obbligo risarcitorio, la conseguente domanda risarcitoria può essere proposta congiuntamente all'azione di reintegra o di manutenzione, senza, tuttavia, che trovi applicazione rispetto ad essa il termine annuale di decadenza di cui all'art. 1168 cod. civ., poiché i danni arrecati al possesso dallo spoglio o dalle molestie integrano gli estremi dell'illecito extracontrattuale, e sono come tali soggetti alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 cod. civ.»; nello stesso senso anche Cass. 27 ottobre 2005, n. 20875, in *Mass. Foro it.*, 2005, c. 1624, per la quale «la domanda di risarcimento del danno consistente nella diminuzione patrimoniale sofferta per il tempo in cui si è protratto lo spoglio o la turbativa del possesso, avendo contenuto possessorio può essere proposta congiuntamente all'azione di reintegra o di manutenzione del possesso; essa, tuttavia, non rimane soggetta alla preclusione annuale di cui all'art. 1168 c.c., trovando applicazione, in tema di illecito extracontrattuale, il termine di prescrizione stabilito dall'art. 2947 c.c.».

⁹³Come accennato, per danno propriamente (o meramente) possessorio si intende quello «riconducibile alla sola lesione del possesso in sé, riparabile attraverso le azioni possessorie e l'utilità dalle stesse garantita, specie con il ripristino dello *status quo ante*» (C. RISI, *Il possesso*, cit., p. 761); al contrario, il danno non qualificabile come propriamente possessorio non riguarda direttamente la perdita del possesso, bensì il venir meno di quei godimenti patrimoniali che il possesso di per sé non attribuisce, ma che trovano fondamento negli «eventuali



Nonostante, come è stato sottolineato in passato da autorevole dottrina⁹⁴, sia particolarmente difficile determinare e quantificare il danno derivante dalla mancata o limitata disponibilità materiale di un bene, vi è chi ha tentato di quantificare il danno propriamente possessorio. Partendo dalla considerazione che il danno si concretizza nella mancata utilizzazione della cosa oggetto di possesso, è stato ritenuto che esso debba consistere esclusivamente in un pregiudizio meramente patrimoniale, con esclusione del danno morale. I danni patrimoniali sarebbero a loro volta quelli stessi che subirebbe un usufruttuario che venisse privato del godimento dell'immobile⁹⁵. In sintesi, dunque, secondo tale impostazione, il danno per il mancato o limitato godimento del bene può ritenersi corrispondente alla mancata o limitata percezione dei frutti.

Ne conseguirebbe che, qualora il bene spossessato o molestato non fosse fruttifero, nessun risarcimento sarebbe dovuto al soggetto leso, salvo che questi sia in grado di provare un danno ulteriore rispetto alla mera perdita o limitazione del possesso.

In ogni caso, alla luce dei criteri appena delineati, il problema della quantificazione non si porrebbe per il danno integrativo – l'ammontare del quale potrebbe sempre essere determinato, accogliendo la teoria succitata, riferendosi alla mancata percezione dei frutti nel periodo esaminato, nonché ad eventuali ed ulteriori danni patrimoniali debitamente provati in giudizio – bensì per il danno sostitutivo, il quale trova il proprio fondamento nell'impossibilità di recuperare il possesso del bene spogliato. In un'ipotesi del genere, infatti, la quantificazione del relativo danno assume contorni eccessivamente generici.

Molto importante, sul punto, è stata una pronuncia della Corte di Cassazione⁹⁶ del 1987 che – per prima – ha enucleato e distinto due differenti ipotesi: quella in cui il convenuto nel giudizio possessorio non accampi diritti sulla cosa e quella in cui, invece, il medesimo convenuto assuma di essere proprietario del bene spossessato.

Nel primo caso, ossia quando autore dell'illecito è un terzo che non accampa alcun diritto sulla cosa, la citata sentenza ha ritenuto espressamente che, non potendo avere ingresso la questione della proprietà del bene⁹⁷, il possessore abbia sicuramente il diritto di ottenere l'integrale risarcimento del danno, ossia l'intero valore del bene e i relativi frutti.

In merito alla seconda ipotesi, ossia quella in cui l'autore dell'illecito sostenga di aver agito secondo diritto, in quanto proprietario del bene spogliato, è stato autorevolmente sostenuto che il possessore possa chiedere esclusivamente il risarcimento per il pregiudizio

diritti del possessore di buona fede, del proprietario, del titolare di un diritto personale di godimento» (Cosi A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 294).

⁹⁴A. LEVONI, *La tutela del possesso*, cit., p. 295.

⁹⁵Sostiene, a tal proposito, E. PROTETTI, *Le azioni possessorie*, cit., p. 648 «se è vero che il possesso si concreta in un'attività corrispondente al diritto di proprietà e ad altri diritti reali, il danno si concreta solo nella mancanza di godimento, a meno che non sia in grado il possessore spogliato di poter dimostrare il maggior danno».

⁹⁶Cfr. Cass. 12 maggio 1987, n. 4367, in *Rep. foro it.*, 1987, voce "Possesso", n. 68, p. 2492, dove si afferma che «il principio secondo il quale chi ha subito la perdita definitiva del possesso per effetto dello spoglio non ha diritto al controvalore del bene perduto, ma solo al danno relativo alla privazione del possesso sino alla pronuncia, dovendosi provvedere per il resto nella sede petitoria destinata ad accertare a chi apparteneva il diritto reale su detto bene, non trova applicazione nel caso in cui l'autore dello spoglio non accampi diritti sulla cosa, non potendo avere ingresso un ulteriore giudizio risarcitorio in relazione alla proprietà; in tal caso, il risarcimento del danno conseguente allo spoglio, avendo il suo fondamento nell'art. 2043 c.c., ove ne esistano gli estremi, compete senza limitazioni al soggetto danneggiato, indipendentemente dall'esistenza di un diritto reale sul bene così sottrattogli».

⁹⁷Cass. 12 maggio 1987, n. 4367, cit., p. 2492.



derivante dalla privazione del suo possesso⁹⁸, il quale andrebbe quantificato in base alla presunta durata che lo stesso avrebbe avuto se non fosse intervenuto il fatto lesivo del terzo⁹⁹. Tuttavia, vi è in dottrina chi sostiene una tesi completamente opposta, riconoscendo anche in questo caso alla vittima l'intero valore del bene perduto¹⁰⁰.

⁹⁸In riferimento all'ipotesi in esame R. SACCO E R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 3^a ed., Milano, 2014, p. 357, richiamano la pronuncia Cass. 24 gennaio 1957, n. 225, in *Mass. Foro it.*, 1957, c. 47, secondo cui il possessore non potrebbe richiedere «se non il risarcimento di quel pregiudizio economico che si rimanda alla perdita del possesso ed al protrarsi di tale privazione; pregiudizio che, ovviamente, è diverso da quello derivante dalla definitiva perdita della cosa o del suo valore, e che può essere fatto valere come titolo di risarcimento solo in via petitoria e a condizione che lo spogliato dimostri, in quella sede, di essere titolare del diritto di proprietà».

⁹⁹A. MONTEL, *Il possesso*, cit., p. 473; cfr. anche A. TOMASSETTI, *Il possesso*, cit., p. 366 secondo cui «Il risarcimento del danno (da lesione del possesso in senso proprio) dovrà allora limitarsi al mancato godimento del bene per il periodo di tempo per il quale tale godimento è mancato (in caso di restituzione), ovvero per il periodo di tempo per il quale il godimento era destinato a durare (in caso di impossibile restituzione), secondo una quantificazione riconducibile all'equo apprezzamento del giudice chiamato a valutare la controversia sul danno».

¹⁰⁰Cfr. C. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, cit., p. 179.



3. Passando all'analisi dei rimedi previsti, nell'ordinamento inglese, a tutela del possesso, è opportuno soffermarsi, preliminarmente, sull'istituto denominato *possession* e sul suo rapporto con il diritto di proprietà, che – come accennato in premessa – nel sistema giuridico inglese si articola in maniera radicalmente diversa rispetto agli ordinamenti di *civil law*. Infatti, a differenza dei suddetti ordinamenti, nel sistema della *property* inglese la titolarità di un bene è legata inscindibilmente al suo possesso, secondo un rapporto che non trova alcun omologo negli ordinamenti continentali. Ciò comporta che nel sistema giuridico in esame non può esistere un contrasto tra possesso e proprietà, nel senso di contrapposizione tra situazione di fatto e situazione di diritto, poiché la *possession* rappresenta, come si vedrà, l'elemento fondante e imprescindibile dell'*ownership* che, seppur con i distinguo di cui si dirà poco appresso, possiamo assimilare al diritto di proprietà di matrice continentale.

Per i motivi anzidetti è opportuno premettere brevemente alcuni cenni sui caratteri e sull'evoluzione del diritto di proprietà nell'ordinamento giuridico inglese, solo in questo modo risulterà chiaro il ruolo assunto in tale ordinamento dal possesso, nonché la sua correlazione con l'*ownership*. In primo luogo è bene sottolineare che il sistema della *property* inglese non adotta una concezione del diritto di proprietà come diritto assoluto, ossia dominio incondizionato su un determinato bene (*dominium rei*). Infatti, il significato del termine *ownership* non può ritenersi del tutto corrispondente al nostro concetto di proprietà, inteso come massimo diritto su una cosa, bensì deve essere interpretato in senso relativo, come «diritto di grado più elevato al possesso della cosa»¹.

Inoltre, in Inghilterra vige ancora oggi – seppur formalmente – un principio antichissimo, risalente all'epoca della conquista normanna, secondo cui tutto il territorio costituiva *terra regis*, di proprietà della Corona (*ultimate ownership*), attribuito in concessione ai singoli proprietari terrieri (*landowner*). La conseguenza di un tale sistema è che quest'ultimi acquisivano non già la proprietà del suolo, bensì un mero diritto di possedere, direttamente o indirettamente dal sovrano, sulla base di un rapporto di concessione feudale che veniva chiamato *tenure*². Pertanto, ancora oggi, in teoria può dirsi, almeno astrattamente, che nessuno è, in via assoluta, proprietario di una terra, può solamente averne il possesso.

Tuttavia, come detto, questo principio, ad oggi, opera per lo più solo formalmente, dato che le ripercussioni pratiche sono ormai nulle. Un raro esempio in cui viene ancora fatta valere l'*ultimate ownership* sui *landowners* è quello della consolidazione della proprietà piena, in capo alla Corona, dei suoli nei quali siano stati rinvenuti giacimenti di minerali preziosi³, ma – al di là di questo e di pochi altri casi pratici – è possibile sostenere che l'affermazione dell'*ultimate ownership* del sovrano avesse più un valore politico che non giuridico⁴.

Nonostante tale costruzione, infatti, era indubbio fin dal medioevo che la posizione del *tenant* (ossia colui che possedeva un fondo in base al citato rapporto di *tenure*) fosse equiparabile a quella di un *dominus rei* di tipo romanistico⁵, in quanto – parimenti a

¹Così L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in *Diritto privato comparato (istituti e problemi)*, nuova edizione, Roma, 2012, p. 65.

²L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 67.

³G. PUGLIESE, s.v. *Property*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1990, n. 1.3.2, p. 4.

⁴L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 96.

⁵Sul tema si veda F. POLLOCK, F. W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. II, 2^a ed., London, 1898, p. 3, dove si assimila l'*ultimate ownership* del sovrano, inteso come *Lord paramount*, al più



quest'ultimo – godeva di pieni poteri sul fondo posseduto⁶. Tuttavia, i *common lawyers* del tempo – pur riconoscendo il carattere proprietario di una simile posizione – non ritennero, a differenza degli interpreti di *civil law*, che ci fosse la necessità di impostare una costruzione teorica fondata sul *dominium* romano⁷.

Il principio feudale del dominio eminente della corona, seppur ormai ridotto a mero «retaggio simbolico o quasi»⁸, continua a caratterizzare l'intera impalcatura della *property* nel sistema inglese, nel quale non si è mai avuta – a differenza degli ordinamenti continentali, dove le spinte innovatrici radical-borghesi del seicento portarono all'abbandono del modello feudale e alla sua sostituzione con la concezione romanistica di proprietà⁹ – una definitiva rottura con il sistema feudale che, seppur svuotato dei suoi contenuti socio-politico-economici, è sopravvissuto fino all'introduzione della *Law Property Act* del 1925¹⁰. Ne discende che, ad oggi, mentre i beni mobili (*goods*) sono ritenuti suscettibili di essere oggetto di proprietà, i beni immobili (*land*) sono considerati ancora formalmente come oggetto di *tenure*¹¹. Infatti, quando si utilizza l'espressione «tenentario in feudo semplice» (*tenant in fee simple*) si suole ancor oggi indicare quello che, nel linguaggio comune, è indicato come «proprietario di un immobile (*owner of the land*)»¹². Pertanto, quando si parla di trasferimento immobiliare, s'intende il trasferimento del titolo di proprietà in feudo semplice (*conveyance in fee simple*), con conseguente sostituzione del vecchio possessore con un nuovo *tenant*, il quale subentra nella stessa «posizione feudale» (*tenurial position*) del suo dante causa¹³.

In un sistema siffatto, in cui il proprietario altro non è che il titolare del diritto a possedere, appare quanto mai chiara la stretta correlazione esistente tra i concetti di *ownership* e *possession*¹⁴. Si tratta di due concetti che si pongono in una situazione d'implicazione reciproca, dando luogo alla nozione di *possessory ownership*, che caratterizza l'intero sistema della *property*. In questo senso, il possesso è inteso come presunzione di proprietà¹⁵, ovvero *prima facie evidence of property*. Conseguentemente, la tutela della proprietà discende dalla fusione di elementi petitori ed elementi possessori¹⁶.

moderno dominio eminente dello Stato, il quale nulla sottrae al contenuto effettivo dell'*ownership* come proprietà privata dei suoli.

⁶L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 69.

⁷F. POLLOCK, F. W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, cit., pp. 4-6.

⁸L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 71.

⁹L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 72.

¹⁰L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 71; alle riforme del 1925 si deve l'introduzione di un nuovo sistema di *land ownership*, basato su una figura di *property right* denominato *fee simple absolute in possession*, il quale costituisce l'esempio più prossimo a quello di (*full o absolute*) *ownership*.

¹¹LORD HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE, *s.v. Personal Property*, in *Halsbury's Laws of England*, London, 1994, n. 1127, p. 743, «*the ownership of goods differs from the ownership of land in that the common law did not treat lands the subject of absolute ownership but only of tenure*».

¹²R. MEGARRY, W. WADE, *The Law of Real Property*, 4^a ed., London 1975, p. 38, «*the title "tenant in fee simple" is still the technically correct description of the person who is popularly regarded as the owner of the land*».

¹³L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 73.

¹⁴L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 78.

¹⁵La visione del possesso come presunzione di proprietà emerge chiaramente anche in riferimento ai beni mobili. Si veda in proposito LORD HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE, *s.v. Personal Property*, cit., p. 740, là dove si afferma che «*the presumption of law is that the person who has de fact possession has the property, and accordingly such possession is protected, whatever it's origin, against all who cannot prove a superior title*».

¹⁶L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 78.



Con particolare riferimento al campo immobiliare, si è detto come l'influenza del regime feudale, basato sulla concessione del godimento della terra e fondato sul rapporto di *tenure*, avesse tradizionalmente indotto i *common lawyers* a rigettare l'idea della *ownership to land*, intesa come proprietà avente ad oggetto diretto il bene fisico della terra, per accogliere – invece – l'idea del *title to land*, ossia la «titolarità (del diritto) al possesso (uso e godimento) di un fondo»¹⁷.

Il *title to land* è pertanto fondato sul possesso: chi possiede un immobile è allo stesso tempo titolare del relativo *title*, prevalendo nei confronti di chiunque non abbia un *title to land* migliore, ossia a sua volta fondato su un possesso anteriore¹⁸. In estrema sintesi, è il possesso a costituire fondamento del titolo e non viceversa.

Il rilievo attribuito al possesso, come fondamento del *title to land*, deriva dall'influenza che, in epoca medievale, ebbe nell'ordinamento inglese l'antico istituto della *seisin*, corrispondente all'istituto germanico della *Genere*¹⁹, nel quale disponibilità di fatto della cosa e titolo apparivano fusi²⁰. Tale istituto era concepito come forma esteriore di attribuzione, ma allo stesso tempo anche come investitura del diritto²¹, in modo tale che chi possedeva effettivamente un immobile, veniva considerato – per questo stesso fatto – legittimato a possederlo, così che la signoria di fatto sul bene rappresentava, allo stesso tempo, «l'esteriorità e l'apparenza del diritto reale»²². La *possession* finì così per essere considerata sinonimo di *seisin*²³ e – diversamente rispetto agli ordinamenti continentali – non assunse un rilievo autonomo, come potere di fatto, ma esclusivamente come apparenza giuridica di un diritto reale, o meglio come presunzione di proprietà.

Anticamente, la *seisin* era tutelata con le c.d. *real actions*, divisibili in due sottotipi: da un lato, di competenza delle corti baronali, vi erano le *proprietary* (o *droital*) *actions* – tra le quali si annovera in particolar modo il *writ of right* – che consentivano di far valere il miglior diritto a tenere un fondo, dall'altro lato, vi erano invece le c.d. *possessory assizes*, di competenza delle corti regie, previste inizialmente in ottica di reazione ad uno spoglio, al fine di ristabilire la “pace del re”, ossia per motivi di ordine pubblico. In seguito – con l'ampliamento della giurisdizione delle corti regie – l'ambito di applicazione di quest'ultime

¹⁷L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 81.

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹Bisogna sottolineare che in Germania, il definitivo accantonamento del sistema feudale, accompagnato dalla rinascita degli studi del diritto romano (prima con la scuola storica di Von Savigny, il quale considerava il diritto romano come diritto vigente, ed – in seguito – con i pandettisti che, sul finire dell'Ottocento, attraverso la loro rigorosa visione dogmatica, consolidarono il modello di proprietà come assoluta ed indivisibile), favorirono l'abbandono della *Genere* e l'accoglimento di un concetto di proprietà più coerente con la tradizione romanistica. Al contrario, in Inghilterra il modello di proprietà feudale, seppur eroso sul piano economico sociale, fu mantenuto attraverso adattamenti e riforme. Come detto in dottrina (si veda R. MEGARRY, W. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 37), si è «preferito sopprimere una dopo l'altra le conseguenze pratiche della concessione feudale, piuttosto che eliminare alla radice la teoria della concessione stessa» (parole di L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 69), ciò non ha mai consentito l'adozione di un concetto di proprietà di stampo romanistico, anche in virtù di quell'atteggiamento di attrazione-repulsione verso la scienza giuridica romanistico-continentale che caratterizzava gli ambienti di *common law*.

²⁰F. ALCARO, *Il possesso (artt. 1140-1143)*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, 2ª ed., Milano, p. 186.

²¹F. POLLOCK, F. W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, cit., p. 29.

²²F. ALCARO, *Il possesso (artt. 1140-1143)*, cit., p. 182.

²³Sul punto in F. POLLOCK, F. W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, cit., p. 29 espressamente si afferma che «*possession is seisin*» e l'intero sistema dei diritti reali immobiliari deve ritenersi fondato sulla *seisin* («*we may almost say that the whole system of our land law was law about seisin and its consequences*»).



azioni si estese a tal punto da sostituire del tutto le *proprietary actions*. Le *possessory assizes* garantivano la tutela non già a chi dimostrasse di avere il miglior diritto (o titolo) su un fondo, bensì a chi fornisse prova di avere un possesso (corrispondente alla *seisin*) anteriore, poiché questo era il titolo legittimante: il c.d. *better right to possess*²⁴.

La *possession-seisin* venne dunque a caratterizzarsi per la sua dimensione di effettività: solo l'effettivo esercizio del possesso su un bene²⁵ costituiva il titolo che giustificava l'esistenza del diritto in capo all'*owner*. Tale evoluzione impedì agli interpreti inglesi di concepire il diritto astratto di proprietà senza il supporto concreto del possesso²⁶. Dal mancato riconoscimento, nell'ordinamento inglese, di un diritto astratto di proprietà, discende automaticamente l'assenza di un'azione – come la *vindicatio* romana²⁷, o la nostra azione di rivendicazione – a difesa della proprietà astrattamente concepita, ossia che prescindesse dall'esistenza di una correlata situazione possessoria. La proprietà senza il possesso appariva, agli occhi dei giuristi inglesi medievali, precaria e debole. Per questo motivo si ebbe l'usurpazione, da parte del possesso, non solo della sostanza ma anche dello stesso nome della proprietà²⁸.

Dal quadro delineato, risulta definitivamente chiaro come – a differenza del nostro, come degli altri ordinamenti continentali – nell'ordinamento inglese il possesso non rilevi in sé, ma esclusivamente in quanto “sinonimo” di proprietà. Il possessore di un bene è considerato il titolare dello stesso, poiché è l'effettivo esercizio del potere di fatto sulla cosa che costituisce il fondamento del titolo legittimante, il *right to possess*. In Inghilterra, dunque, come accennato in premessa, non può in nessun caso configurarsi un conflitto tra possessore e proprietario, perché il possessore di un bene è, di per sé, considerato *owner*. Si tratta però di una situazione di appartenenza relativa, suscettibile di venir meno nel caso in cui un altro soggetto agisca in giudizio contro l'attuale possessore, dimostrando di aver esercitato sul bene stesso un possesso anteriore e, per l'effetto, di avere un *title* migliore di quello dell'avversario, venendo così riconosciuto come *true owner*. È un sistema basato sul titolo migliore, dove quello fondato su un possesso anteriore prevale su quelli fondati su possessi posteriori. Ne consegue che il titolo legittimante ha valore relativo, non assoluto.

Se nel sistema inglese, come detto, non è concepibile la collisione tra possessore e proprietario, inteso come contrapposizione tra chi esercita un potere di fatto sulla cosa e chi, invece, vanta sulla stessa un diritto²⁹, può però sussistere il conflitto tra due o più

²⁴F. POLLOCK, F. W. MAITLAND, F. POLLOCK, F. W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, cit., p. 46.

²⁵Non solo beni immobili, poiché il principio della *possession-seisin* «racchiudeva in sé una forza espansiva tale da coprire tutte le situazioni in genere di appartenenza» (L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 83), estendendosi pertanto anche ai beni mobili.

²⁶L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 83.

²⁷Cfr. J. CROSSLEY VAINES, *Personal Property*, 3^a ed., London, 1962, p. 39, «English law [...] has had no action like the vindicate of Roman law to protect an abstract right of dominium».

²⁸In proposito si veda F. POLLOCK, R. S. WRIGHT, *An essay on possession in the common law: part III by Robert Samuel Wright*, Oxford, 1888, p. 5, dove si afferma che «the Common Law never had any adequate process in the case of land, or any process at all in the case of goods, for the vindication of ownership pure and simple. So feeble and precarious was property without possession, or rather without possessory remedies, in the eyes of medieval lawyers, that possession largely usurped not only the substance but the name of Property».

²⁹Cfr. R. MEGARRY, W. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1009, ma anche L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., pp. 88-89, secondo cui «l'ordinamento (di tipo) inglese non conosce l'idea del titolo assoluto – astrattamente inteso – di proprietà, per contrasto con il titolo al possesso[...]. Con la conseguenza, quindi,



possessori-proprietari. Finanche il possesso di un bene illecitamente ottenuto è considerato, infatti, di per sé idoneo a fondare un titolo giuridicamente valido (*legal title*) e come tale opponibile nei confronti di tutti coloro che non possano provare un *better right to possess*³⁰.

Quanto fin qui detto, può essere esteso anche al campo dei diritti sui beni mobili (*law of moveables*), nel quale – com'è stato sostenuto – «v'è a fatica qualcosa come la proprietà. Tutto ciò che abbiamo è una successione di possessi accompagnati da titoli di varia efficacia»³¹. Appare chiaro, dunque, che il regime del titolo migliore fondato sul possesso trova applicazione anche rispetto a questa categoria di beni.

La regola generale secondo cui chi ha avuto il possesso, e dunque un *title to land*, su un bene in epoca anteriore prevale sugli eventuali possessori successivi, soffre tuttavia dell'eccezioni. Pertanto, l'attuale possessore che esercita la c.d. *adverse possession*, in contrapposizione a quella più antica esercitata da colui che, rivendicando la titolarità del *better right to possess*, richiede la restituzione del bene, non è sempre e comunque destinato a soccombere a vantaggio del titolo "antagonista".

Prima dell'introduzione nell'ordinamento inglese – con il *Land Transfer Act* del 1875, ma soprattutto con il *Land Registration Act* del 1925 – di un sistema di pubblicità immobiliare (*land registration*), basato sulla registrazione dei titoli (*registration of titles*), l'*adverse possession*, esercitato dall'attuale possessore per il termine previsto dalla legge, ossia di regola per dodici anni, impediva (prescrizione estintiva), a chi avesse posseduto anteriormente, di esercitare l'*action for recovery of land*, azione recuperatoria di cui si dirà in seguito, determinando – nei fatti – l'estinzione del diritto di colui che, altrimenti, sarebbe dovuto essere considerato il *true owner*³².

Si noti come, a differenza degli ordinamenti continentali, il possesso di un bene protratto per il tempo stabilito dalla legge non conduceva all'acquisto del diritto sul bene (usucapione o prescrizione acquisitiva), proprio perché il diritto sul bene è garantito al possessore dall'esercizio effettivo del possesso, a prescindere dalla sua durata. Al contrario, siffatto possesso determinava l'estinzione del diritto di ogni precedente possessore, o meglio dell'azione diretta a far valere tale diritto, consentendo al *title to land* dell'attuale possessore di prevalere, non potendosi opporre allo stesso un titolo migliore.

Questo regime ha subito, tuttavia, decisive modifiche in virtù delle accennate riforme che hanno introdotto il sistema di registrazione immobiliare, il quale ha notevolmente ridimensionato l'incidenza del principio del possesso come fondamento del titolo che, ad oggi, rileva essenzialmente nei confronti dei beni immobili non registrati (*unregistered land*), divenuti ormai eccezionali. Per gli immobili registrati, invece, si è posto il problema di armonizzare il principio dell'effettività del possesso con il nuovo regime immobiliare, posto

che un soggetto può bensì essere qualificato 'proprietario' (*owner*) di un determinato bene (immobile o mobile); stante però la possibilità che qualcun altro abbia, rispetto allo stesso bene, un titolo migliore».

³⁰ Cfr. Costello v. Chief Constable of Derbyshire Constabulary, commentato da G. Battersby, *Acquiring Title by Theft*, in *Modern Law Rev.*, 2002, vol. 65, p. 603, dove il ladro, in quanto possessore, è riconosciuto titolare di un legittimo *right to possess* (*thief's title* o *title by theft*), ammettendo che possa richiedere la restituzione del bene trafugato nei confronti di chiunque, salvo che gli sia opposto un titolo migliore al possesso.

³¹ Così W. W. BUCKLAND, A. D. MCNAIR, *Roman law and Common Law- a comparison in outline*, 2ª ed., Cambridge, 1952, p. 76, «[...] in English law, at any rate in the law of moveables, there is hardly such a thing as ownership. All we have is successive possession, accompanied by titles of varying efficacy».

³² L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., pp. 88-89. Cfr. altresì *Buckinghamshire County Council v. Moran* [1989], riportata in C.D. BELL (a cura di), *Land: The law of real property*, Old Bailey press, London, 1997, pp. 339 ss.



che – per quest’ultimo – il fondamento del titolo è rappresentato principalmente dalla registrazione piuttosto che dal possesso³³, con la conseguenza che la proprietà-titolarità del diritto al possesso dell’immobile è quella che appare dalle risultanze del registro³⁴.

La soluzione a tale problematica è stata data dal *Land Registration Act* (LRA) del 2002 che ha definitivamente abolito la prescrizione estintiva dell’*action for recovery of land* per tutti i titolari di beni registrati, riconoscendo però, nel contempo, la possibilità di iscrivere nel registro il titolo derivante dall’*adverse possession*³⁵.

La nuova disciplina, infatti, prevede che – stante l’imprescrittibilità dell’*action for recovery of land* – il possessore attuale, che abbia posseduto un immobile per almeno dieci anni, senza il consenso del c.d. *paper owner* (ossia il titolare del bene risultante dal registro), possa presentare richiesta d’iscrizione del suo titolo, con notifica della stessa al legittimo titolare, il quale entro un termine di decadenza potrà opporsi all’iscrizione. Allorché tale opposizione non sia presentata entro il suddetto termine, il diritto sarà iscritto a nome dell’*adverse possessor*, mentre invece qualora sia presentata nel rispetto dei termini prescritti, la richiesta dell’attuale possessore potrà essere accolta esclusivamente se siano rispettate tutte le rigorose condizioni previste dalla legge³⁶.

Qualora le anzidette condizioni non siano rispettate e, pertanto, l’istanza di iscrizione venga respinta, il titolare formale del diritto – risultante dal registro – dovrà provvedere giudiziarmente, nel termine di due anni, all’evizione del possessore abusivo. In caso contrario, decorso inutilmente tale termine, l’*adverse possessor* potrà reiterare l’istanza di iscrizione del proprio titolo, senza che questa volta il *paper owner* possa in alcun modo opporsi.

³³ LAW COMMISSION, *Land Registration for the Twenty-first Century. A Consultative document*, Report n. 254, London, 1998. consultabile all’indirizzo web: <http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/lc254.pdf>, §10.11, p. 205, «*the basis of the title is primarily the fact of registration rather than possession*».

³⁴ LAW COMMISSION, *Land Registration for the Twenty-first Century. A Consultative document*, cit., p. 206, «*the ownership of the land is therefore apparent from the registers*».

³⁵ LRA 2002, Sections 96-97, consultabili ai seguenti indirizzi web: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/9/section/96> e <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/9/section/97>. In particolare, la Section 97, nel riconoscere la trascrivibilità dell’*adverse possession*, rimanda per la relativa disciplina alla *Schedule n. 6*, contenuta nello stesso documento e consultabile al sito: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/9/schedule/6>.

³⁶ L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 92.



3.1. In virtù di quanto detto nel precedente paragrafo è ora più agevole comprendere che nel sistema della *property* inglese non è concepita la tutela del possesso in quanto situazione di fatto autonomamente rilevante per l'ordinamento giuridico, bensì esso trova tutela esclusivamente in quanto elemento fondamentale ed imprescindibile della proprietà. Pertanto, i rimedi posti a protezione della situazione possessoria sono i medesimi che il sistema riconosce e garantisce al proprietario in difesa del proprio diritto.

Nel sistema inglese, l'interferenza con il possesso altrui, sia di un bene immobile, sia di un bene mobile, è idonea a determinare l'illecito civile (*tort*) chiamato *trespass*: si parla di *trespass to land* se l'interferenza riguarda il possesso di un bene immobile, altrimenti – nel caso opposto – si parla di *trespass to good or chattels*¹.

Ovviamente, in presenza dell'illecito, viene riconosciuta alla “vittima” dell'interferenza la possibilità di esercitare la relativa azione, che prende il nome, appunto, di *action for trespass*. Quest'ultima si distingue in diverse varianti², tutte riconducibili comunque all'illecito di *trespass*, che sono impiegate a seconda del tipo di bene in oggetto (immobile-mobile), oppure a seconda del tipo di rimedio cui si aspira (recuperatorio-risarcitorio).

Per quanto riguarda i rimedi aventi ad oggetto beni immobili, in primo luogo si sottolinea l'esistenza di un rimedio in “autotutela” denominato *right of re-entry*, con il quale si consente al legittimo possessore spogliato di entrare nuovamente in possesso del bene immobile, purché ciò avvenga senza violenza³.

Una delle principali azioni a tutela del possesso-proprietà su beni immobili è sicuramente l' *action for recovery of land*, la quale permette alla vittima dello spoglio di recuperare il possesso del bene immobile (*land*). Quest'azione deriva dalla più antica *action of ejectment*, diffusasi a partire dal XIII° secolo, di origine delittuale e con funzione risarcitoria. Tale azione dapprima era concessa esclusivamente al titolare di un *leasehold* – ossia di un diritto estraneo ai diritti feudali sulla terra, non tutelabile mediante le *real actions* – al fine di reagire all'illecito (*trespass*) consistente nell'estromissione (*ejectment*) di questi dal fondo ad opera del concedente (*landlord*). In seguito, intorno alla metà del XV° secolo, questo rimedio divenne recuperatorio e venne esteso a qualsiasi caso di illecita estromissione, da chiunque perpetuata, ai danni del *tenant*. Infine, in seguito all'abolizione delle antiche *real actions*, avvenuta nel corso del XIX° secolo, l'*action of ejectment* si affermò come mezzo di tutela generale, utilizzabile anche dai *freeholders*, ossia coloro investiti sulla base di un rapporto di concessione feudale. Proprio in virtù di questa discendenza l'*action for recovery of land* mantiene ancora oggi carattere essenzialmente delittuale, tanto da essere inclusa nelle trattazioni relative ai *torts*⁴. L'azione in esame, così come in passato l'*action of ejectment*, si fonda sul principio secondo cui il possesso del bene attribuisce di per sé un buon titolo contro tutti quelli che non possono dimostrare un titolo migliore. Questo principio si riflette in quella regola processuale secondo cui, l'attuale possessore – convenuto in un giudizio per il recupero del bene – non è tenuto a dimostrare altro se non il suo possesso, sarà onere dell'attore che agisce in *recovery* dover dimostrare – se può – di avere un titolo migliore al possesso del bene⁵. La suddetta azione, con le dovute proporzioni, può essere

¹Cfr. W. V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 18^a ed., London, 2010, p. 687.

²W. V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, cit., p. 700.

³*Ibidem*.

⁴L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., pp. 84-85.

⁵R. MEGARRY, W. WADE, *The Law of Real Property*, cit., p. 1173.



equiparata all'azione di spoglio prevista nel nostro ordinamento dall'art. 1168 cod. civ., in quanto si tratta in entrambi i casi di azioni che mirano al recupero del possesso del fondo da parte della vittima dello spoglio. In realtà, l'*action* in oggetto ha una portata notevolmente più ampia rispetto all'azione di reintegrazione prevista nel nostro codice. Infatti, mentre quest'ultima riconosce tutela esclusivamente al possessore (o detentore qualificato), vittima di uno spoglio violento o clandestino, l'*action for recovery of land* (e, come vedremo, l'*action of trover and conversion* per i beni mobili) protegge da qualsiasi spossessamento illecito di un bene, ivi incluso il c.d. spoglio semplice. Tale figura, che sta ad indicare uno spoglio né violento né clandestino, nel nostro ordinamento può ricevere tutela esclusivamente facendo ricorso all'azione *ex art.* 1170 cod. civ., sempre che siano rispettati i requisiti ivi previsti (ossia: il possesso ultrannuale, continuato e non interrotto, di un immobile, ovvero di un diritto reale su un immobile, o di un'universalità di mobili).

Un altro rimedio particolarmente importante è l'*action of Mesne Profits*, con la quale è consentito al ricorrente di chiedere il risarcimento dei danni sofferti nel periodo in cui è stato vittima dello spoglio. Il positivo esperimento dell'azione di *ejectment*, infatti, si limitava a garantire al ricorrente il semplice recupero del possesso, ma non gli riconosceva, invece, alcuna compensazione per il periodo in cui fu privato del bene. Solo con l'introduzione dell'azione di *Mesne Profits* il ricorrente ha acquistato la facoltà di richiedere al convenuto una ragionevole somma di denaro per il periodo in cui quest'ultimo avesse illecitamente esercitato il possesso – ossia per il periodo ricompreso tra lo spossessamento del ricorrente e il recupero, da parte sua, del bene attraverso l'esercizio dell'*action for recovery of land* – nonché per i danni derivanti dal danneggiamento del fondo⁶. L'azione di *Mesne Profits*, può essere proposta unitamente all'*action for recovery of land* e, in questo caso, non è necessario che il ricorrente sia già rientrato nella disponibilità del fondo. Al contrario, può anche essere proposta separatamente, però in tale ipotesi il ricorrente deve aver già recuperato il possesso del bene, in quanto l'azione in oggetto – essendo un'azione *for trespass* – presuppone l'esistenza della situazione possessoria in capo al richiedente⁷. A ben vedere, sono evidenti le notevoli affinità tra l'azione di *Mesne Profits* e l'azione per il risarcimento del danno c.d. integrativo.

Inoltre, se l'interferenza non si traduce nella perdita del possesso da parte dell'*owner*, a quest'ultimo è riconosciuta la possibilità di ottenere un'ingiunzione giudiziale diretta ad ordinare la cessazione delle interferenze in atto, nonché ad impedire quelle future⁸. In pratica, abbiamo una tutela per certi versi assimilabile a quella riconosciuta, nel nostro ordinamento, dall'azione di manutenzione, per le ipotesi di molestia o turbativa del possesso. Anche in questo caso, la protezione offerta dall'ordinamento inglese appare sicuramente più ampia rispetto alla nostra, in quanto – a differenza dell'azione di manutenzione che, come detto, è subordinata al rispetto dei requisiti previsti al primo comma dell'art. 1170 cod. civ. – trova applicazione in presenza di qualsiasi interferenza nella relazione di fatto tra un soggetto e un bene.

Per quanto riguarda i beni mobili, invece, un ruolo di assoluto rilievo assume l'*action of trover and conversion* che, come accennato in precedenza, è l'azione recuperatoria di beni mobili corporali dalle mani di chiunque se ne sia illegittimamente appropriato. Come per l'*action for recovery of land*, anche per l'azione in oggetto la dimostrazione di un possesso

⁶W. V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, cit., p. 704.

⁷W. V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, cit., p. 821.

⁸F. H. LAWSON, B. RUDDEN, *The Law of Property*, 3^a ed., Oxford, 2002, p. 68.



effettivo «è di per sé sufficiente a conferire un diritto valido *erga omnes*, ad eccezione di chi possa vantare uno migliore»⁹.

In ogni caso, l'*action for damages* è, come per tutti gli altri *torts*, il principale rimedio. Si presenta necessaria, infatti, soprattutto nel caso in cui il convenuto non abbia più il possesso del bene, perché completamente distrutto oppure ceduto e, pertanto, non più recuperabile. Inoltre, nella pratica, è raro che al convenuto sia ordinata specificamente la restituzione del bene, bensì gli viene concessa la scelta tra la restituzione del bene o il pagamento del suo valore¹⁰.

Nella maggior parte dei casi, il giudizio risarcitorio ha ad oggetto il valore che il bene aveva al momento dell'interferenza, unitamente ad ogni consequenziale perdita che non sia eccessivamente remota, in quanto ciò rappresenta quello che l'attore ha perso. Infatti, i danni sono soggetti alla regola secondo cui la loro quantificazione si basa su quanto è necessario affinché l'attore sia compensato per le sue perdite¹¹. Anche in questo caso, sono evidenti le affinità con l'azione risarcitoria del c.d. danno sostitutivo. Ovviamente, nell'ordinamento inglese – al contrario di quello italiano – non si pone il problema se ad essere risarcito, in caso di impossibile recupero del bene, debba essere il valore del bene o il valore del possesso, proprio perché il possessore, fin tanto che il suo *right to possess* non è messo in discussione da chi ha un *title* fondato su un possesso anteriore, è allo stesso tempo proprietario e, dunque, unico legittimo titolare del bene. Pertanto, in ogni caso, quest'ultimo avrà diritto al risarcimento dell'intero valore del bene perduto.

⁹L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 87.

¹⁰W. V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, cit., pp. 849-850.

¹¹*Ibidem*.



4. In conclusione, riprendendo le considerazioni fin qui svolte, si è visto come, nell'ordinamento inglese, il possesso non è tutelato in sé, ma semplicemente in quanto presunzione o apparenza di proprietà. Non avendo una propria autonoma rilevanza, esso gode in via riflessa della medesima tutela riconosciuta all'*ownership*, di cui costituisce un elemento essenziale. Ne discende, dunque, che la posizione del possessore è protetta esclusivamente poiché, nello stesso tempo, egli è anche proprietario e, pertanto, potrà avvalersi dei rimedi previsti dall'ordinamento inglese a tutela della proprietà, in particolare contro le interferenze altrui nel possesso del bene (*trespass*). Naturale conseguenza è che, in tale sistema, non è astrattamente configurabile un conflitto tra proprietario, inteso come titolare del diritto su un bene, e possessore, ossia colui che esercita sul medesimo bene un semplice potere di fatto. Può, al limite, determinarsi un conflitto tra due o più proprietari-possessori. In tale ipotesi, prevarrà, fatto salvo il caso di *adverse possession* registrato nei termini suddetti, colui che potrà dimostrare il c.d. *better title*, ossia il titolo fondato sul possesso anteriore.

Nonostante ciò, possono cogliersi diverse affinità tra i rimedi previsti a tutela del possesso nel nostro ordinamento e quelli previsti, invece, nell'ordinamento inglese. Così, l'*action for recovery of land*, per i beni immobili, e l'*action of trover and conversion*, per i beni mobili, sono assimilabili all'azione di reintegrazione *ex art. 1168 cod. civ.*, in quanto trattasi di azioni aventi ad oggetto il recupero del bene mobile o immobile spossessato. L'*action of Mesne Profits*, la quale consente all'attore di richiedere i danni per il periodo in cui è stato privato del possesso del bene, è assimilabile, invece, all'azione risarcitoria per il danno c.d. integrativo. Nel caso in cui il recupero del bene sia ormai impossibile, poiché uscito dalla sfera di disponibilità del convenuto, all'attore è concessa – in ogni caso – l'*action for damages*, con la quale può recuperare il valore del bene e di ogni perdita consequenziale allo spossessamento. Quest'ultima azione, come si può vedere, è affine all'azione risarcitoria per il c.d. danno sostitutivo.

Qualora l'interferenza non si traduca nella perdita del bene, è consentito alla vittima di agire giudizialmente al fine di ottenere un'ingiunzione contenente l'ordine di cessazione delle interferenze in atto, nonché l'inibitoria per quelle future. In pratica, si avrà una tutela per certi versi assimilabile a quella offerta, nel nostro ordinamento, dall'azione di manutenzione nel possesso *ex art. 1170 cod. civ.*

Pertanto, in definitiva, è possibile affermare che – nonostante la radicale differenza tra i due ordinamenti, soprattutto in riferimento alla natura e alla struttura del diritto di proprietà, nonché alla concezione ed al ruolo del possesso – la tutela riconosciuta indirettamente alla situazione possessoria nell'ambito del sistema inglese si presenta, seppur con qualche rilevante differenza, del tutto omogenea rispetto a quella garantita nel nostro ordinamento. Tuttavia, è del tutto evidente come la protezione della relazione uomo-cosa abbia, nel sistema inglese, una portata più ampia rispetto a quella prevista nell'ordinamento italiano. Ciò perché, nel primo, la tutela della suddetta relazione esaurisce la protezione che l'ordinamento riconosce al proprietario, al contrario, nel sistema italiano, essa esaurisce esclusivamente la tutela possessoria, mentre al proprietario – oltre a quelli possessori – sono dati altri strumenti (ossia la tutela petitoria e, in particolare, l'azione di rivendicazione *ex art. 948 cod. civ.*) che prescindono dall'effettivo potere di fatto esercitato sul bene, ma si riferiscono all'astratta titolarità del diritto. Tale ultimo concetto, come visto, è totalmente sconosciuto nell'ordinamento inglese, dove non è concepibile un diritto di proprietà su un bene se non accompagnato da un possesso, attuale o passato, dello stesso.



NOTE E RECENSIONI

ORDINE PUBBLICO COSTITUZIONALE E *STATUS FILIATIONIS* IN ITALIA E NEGLI ORDINAMENTI EUROPEI: LA NORMATIVA E L'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE

MARIA GABRIELLA STANZIONE

Sommario: 1. La trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita del figlio di due madri: la decisione della Cassazione. - 2. Nozione di famiglia e pluralità dei modelli familiari. La giurisprudenza della Corte EDU e la nozione di "vita familiare". La dimensione genitoriale. - 3. Il pluralismo delle verità nella relazione genitore-figlio. Rapporto affettivo e assunzione di responsabilità nella giurisprudenza della Corte EDU. La tutela giuridica delle convivenze omosessuali. - 4. Dal contratto allo *status*: le unioni omosessuali negli ordinamenti europei. La legge italiana n. 76 del 2016. - 5. Atto di nascita estero e trascrivibilità in Italia. Ordine pubblico interno e internazionale: superamento. L'ordine pubblico costituzionale. - 6. Le c.d. paternità e maternità assistite. I diversi modelli normativi. Identità genetica, genitorialità di sostituzione e certezza degli *status*. - 7. La maternità surrogata e le diverse discipline in Europa. Le sentenze della Corte EDU e le conseguenze sulle normative nazionali. La rilevanza della "vie familiare" e il superiore interesse del minore: i profili identitari. - 8. Adozione del minore e unione omosessuale: le differenti normative. La vicenda nell'ordinamento francese. Le sentenze di condanna della Corte EDU: i casi dell'Italia e dell'Austria. Le aperture della giurisprudenza italiana. - 9. Il profilo identitario e l'interesse del figlio. - 10. Nozione di famiglia e unioni omosessuali. Valutazioni della Cassazione e decisioni della Consulta. Ordine pubblico e trascrivibilità dell'atto di nascita estero del figlio di genitori omosessuali. Il divieto di maternità surrogata - 11. Interesse del figlio ed evoluzione della nozione di genitorialità. Filiazione, interesse del minore e identità: il diritto di conoscere le proprie origini. - 12. Art. 31 cost. e modelli di cogenitorialità: considerazioni finali.

1. È opinione comune, sempre più diffusa e frequentemente espressa, che il nostro legislatore non tenga il passo con le esigenze che sorgono dalla mutata realtà sociale e che prepotentemente chiedono tutela.

Istanze che invece vengono raccolte e fatte proprie dalla giurisprudenza, in un'opera di supplenza ogni volta più marcata, che, dal suo canto, si rende spesso interprete



delle opinioni che emergono dalle analisi teoriche, in una ritrovata armonia tra foro ed accademia.

È motivo di grande soddisfazione, per chi da tempo di questi temi si occupa¹, vedere messe in pratica e operanti, nel risolvere drammatici problemi umani, soluzioni e linee interpretative che già si è ritenuto di poter sostenere. La sentenza della prima sezione della Corte di cassazione n. 19599 del 30 settembre 2016 suscita particolare interesse². E non soltanto perché essa stessa è intessuta di profondi sentimenti di solidarietà umana; non perché sia dotta e circostanziata, ma perché dà ascolto ai tentativi di ricostruzione che da tempo si rincorrono in questi ambiti dell'esperienza umana così delicati e controversi. Per più versi, giunge, in tal modo e magistralmente, alla riconduzione a unità, e ad armonioso sistema, di uno dei settori più complessi della disciplina familiare.

La sentenza procede con la tecnica della formulazione dei principi di diritto validi come precedenti per le successive controversie su analoghe questioni.

E su questa strada sembra utile ripercorrere il ragionamento della corte.

Si ritiene opportuna una premessa sul fatto.

Si tratta della trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita formatosi in Spagna, legittimamente secondo l'ordinamento spagnolo, di un bimbo nato da due donne, di cui una cittadina spagnola e l'altra italiana, che in Spagna hanno contratto matrimonio e che sono entrambe biologicamente legate al figlio, poiché una ha donato l'ovulo e l'altra ha condotto a termine la gravidanza attraverso un procedimento di procreazione assistita con inseminazione eterologa, concessa in quell'ordinamento anche alle coppie omosessuali.

Entrambe risultano all'anagrafe genitrici; di entrambe il figlio porta il cognome. Poiché una delle madri è italiana, per la legge spagnola il figlio possiede le due cittadinanze. Quella italiana si renderebbe effettiva, in Italia, mediante la trascrizione dell'atto di nascita a norma dell'art. 33 l. 31 maggio 1995, n. 219, di riforma del diritto internazionale privato.

Complica la questione, ma non incide sul problema principale, il fatto che le due donne abbiano in seguito divorziato consensualmente, accordandosi per l'affidamento condiviso del figlio, con esercizio congiunto della responsabilità genitoriale.

La sentenza della Cassazione, successiva all'entrata in vigore nel nostro ordinamento della normativa in tema di unioni civili (l. 20 maggio 2016, n. 76), ma relativa ad una controversia antecedente alla medesima, opera secondo il principio del *tempus regit actus* e non prende in considerazione la novità legislativa. Ma, come si vedrà, in nessun modo le sue risoluzioni vengono poste in dubbio dalla nuova regolamentazione delle unioni omosessuali; anzi, la decisione può portare chiarezza in molti aspetti ambigui della stessa.

¹ Sia consentito il rinvio ad alcuni miei lavori: M. G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, *passim*; ID., *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, *passim* e spec. p. 111 ss. ID., *Rapporti di filiazione e "terzo genitore"*, in *Fam. dir.*, 2012, 2, p. 201 ss., con particolare attenzione alla giurisprudenza.

² Cass., I, 30 settembre 2016, n. 19599, in www.cortedicassazione.it/. Per le precedenti decisioni del tribunale e della corte di appello torinesi cfr. dirittocivilecontemporaneo.com/



Il primo punto di diritto che la pronuncia declama assume il seguente tenore:

«Il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia a norma degli artt. 16, 64 e 69 l. n. 218 del 1995 e 18 DPR n. 396 del 2000 deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

I rilievi avanzati tanto dal tribunale torinese quanto contro la sentenza di appello che riforma la prima decisione invocano infatti una nozione di ordine pubblico che avvalora, nel nostro ordinamento, una concezione della famiglia che, in conformità con l'art. 29 cost. e con le norme ordinarie in materia, contenute soprattutto nel codice civile, si riferisce esclusivamente a una coppia di sesso differente la quale soltanto, peraltro, è in grado di generare figli.

È agevole per la corte suprema, e prima ancora per la corte di appello, confutare questa prospettiva.

In verità, nella motivazione, la cassazione non si sofferma eccessivamente sulla nozione “basica” di famiglia accolta nel nostro ordinamento a fondamento della disciplina familiare, poiché preferisce proiettarsi in una dimensione che abbraccia una pluralità di esperienze ordinamentali. Tuttavia, anche in considerazione dei problemi interpretativi che pone la nuova legge sulle unioni civili, è opportuno ripercorrere, seppure rapidamente, le linee di evoluzione della indicata nozione.

2. «Più che tutte le altre istituzioni sociali, la famiglia suscita attenzione, indagini, conflitti, polemiche. Per essa, tutte le scienze umane si mobilitano: sociologia, demografia, psicanalisi, psicologia, medicina, biologia, filosofia e, ovviamente, diritto. Per discorrere di famiglia, ciascuna di queste discipline cerca e trova le proprie parole di qualificazione, che dall'una all'altra talvolta emigrano, assumendo nuovo spessore e nuove funzioni: famiglia unita e disunita; perenne o ricomposta; monoparentale, biparentale o addirittura multiparentale e via via enumerando. Tutte queste famiglie hanno in comune di essere di volta in volta luogo degli affetti o del dissidio; di costruzione o di distruzione della persona; di solidarietà o d'individualismo egoista; di espansione o di oppressione. Vi è tutto nella famiglia, salvo la solitudine: quando si è soli, si è senza famiglia»³.

Negli *Essais sur les lois*⁴, Carbonnier afferma che la famiglia, o meglio il suo diritto, non è altro che “la trama profonda di una società, la sua “costituzione civile”. Ne consegue

³ Così G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, III ed., Torino, 2016, p.1 ss.

⁴ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, in *Rép. not. Deffrénois*, 1995, p. 185 ss.



che le grandi trasformazioni sono costanti in questo settore calato interamente nella storia. Senso, contenuto, funzioni si rinnovano nel corso dei secoli. Il diritto fa suo questo sviluppo e lo porta a compimento, sulla spinta della libertà e dell'eguaglianza, prima rendendo eguali uomini e donne, poi dando a tutti i figli, quale che sia la loro nascita, gli stessi diritti. Questa trasformazione, questa "rivoluzione tranquilla", contrassegna tutti i paesi europei, anche se con cadenze e talvolta con strumenti differenti.

Tra gli studiosi europei del diritto di famiglia è prevalente la convinzione della tendenza al ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia familiare. Il fenomeno si riconduce alle interferenze e agli intrecci tra fonti anomale di produzione giuridica: il diritto scaturente in qualche modo dal Consiglio d'Europa, quello dell'Unione europea, quello convenzionale o giurisprudenziale delle Corti di giustizia, lo stesso diritto comparato che nella dimensione europea finalmente assurge a fonte, e non più soltanto formante normativo. Le relazioni che intercorrono tra i diversi ordini giuridici europei, che siano nazionali o sovranazionali, non si riducono a un rapporto gerarchico o orizzontale. Sono assai più complesse e posano sul dialogo, vale a dire sugli scambi e sulle influenze reciproche. Il ravvicinamento sembra avvenire nel rispetto delle diversità degli approcci tradizionali alla materia, ma inesorabilmente lungo le vie del coordinamento, dell'uniformizzazione causata dall'opera del diritto internazionale privato, dell'armonizzazione sulla spinta dei principi fondamentali di libertà e di eguaglianza. La giurisprudenza della Corte EDU, utilizzando tali fonti - e in particolar modo proprio il diritto comparato come portatore delle regole applicabili in quanto patrimonio comune degli Stati firmatari -, spinge con forza verso tale direzione, soprattutto sostenendo l'interpretazione evolutiva della nozione di vita familiare, di tutela della privacy, del divieto di discriminazione di cui agli artt. 8 e 14 della Convenzione sui diritti dell'uomo. Sulla scorta della nozione accolta di "vita familiare", la Corte impone agli Stati il rispetto dell'effettività della stessa.

La vita familiare assume meritevolezza di tutela di per se stessa in quanto esistente, indipendentemente dalla santificazione della forma: e così vi è famiglia quando esiste "in effetti" un rapporto tra soggetti: coppia, genitori e figli, coppie e comunità anomale, quando il rapporto, ovviamente, sia considerato meritevole di salvaguardia. Entrano così nell'ambito della protezione giuridica le famiglie non fondate sul matrimonio; famiglie etero e omosessuali; monogenitoriali, bigenitoriali o multigenitoriali, quando assume rilevanza il legame con il terzo genitore - o genitore sociale - che non presuppone un vincolo di sangue ma una relazione affettiva-educativa da conservare nell'interesse del minore. E ciò indipendentemente dal fatto che il rapporto scaturisca da una qualche fonte, legale o convenzionale, comunque istituzionalizzata. Certo, nel rispetto delle diversità delle situazioni normative locali, senza imporre accelerazioni che non rispondano ad un'evoluzione quasi giunta a compimento, nello Stato sotto accusa, ma ineluttabilmente spingendo in questa direzione.

Sul fondo la convinzione che sia acquisito in ogni ordinamento il nuovo fulcro della vita familiare, quello che i sociologi chiamano «l'amore confluyente»⁵, dove i soggetti

⁵ L'espressione è di ANTHONY GIDDENS, *Trasformazione dell'intimità. Sessualità, amore ed erotismo nella società moderna*, Bologna, 2008, *passim*.



coinvolti decidono liberamente il modo di vivere insieme, di collaborare, di comunicare, che la lingua del diritto traduce nella negoziazione, meritevole di tutela secondo i principi generali della democraticità, del personalismo e del solidarismo.

Anche il termine “genitore” emerge come una nozione contestata e composita nei significati, che rinvia a un insieme fluido di pratiche e di significati sociali, storicamente e culturalmente “situati”. Nel tempo attuale, le identità genitoriali, come quelle coniugali o di altre relazioni familiari, non sono attribuite o imposte una volta per tutte, ma negoziate e costruite nel lungo periodo. Il che poggia su due idee fondamentali: quella della “costruzione” – non si nasce genitori, ma lo si diventa – e quella dell’indifferenziazione – ciò che importa è di essere un buon genitore -. Il che giustifica l’impulso verso la scomparsa del concetto di legittimità. Ma anche la maggiore importanza, anzi la necessità, che si accentui il ricorso ai concetti di responsabilità individuale e precipuamente secondo i precetti del diritto comune.

La delicata materia dei rapporti familiari è spesso luogo di confronti, talvolta duri, tra opposte rappresentazioni - nelle funzioni e nei fondamenti - della disciplina che sul piano del diritto deve reggere e ordinare le situazioni familiari. Queste, la cui titolarità istituzionale appartiene ai componenti della famiglia, specie se considerata nella sua dimensione più ristretta, per definizione sono legate soprattutto dai vincoli costituzionali della solidarietà familiare di cui, nel nostro ordinamento, all’art.2 cost.

Il diritto di famiglia in generale, le regole concernenti i rapporti coniugali, le norme sulla filiazione e le relazioni tra genitori e figli in particolare, nel volgere di una cinquantina di anni hanno subito non già una modificazione, ma piuttosto una rivoluzione rispetto alla precedente tradizione che, pur nel lungo periodo e nonostante le modificazioni socio-economico-politiche che egualmente si registravano nelle comunità statuali, si era mantenuta piuttosto stabile e omogenea nella corrispondenza tra i profili differenti dell’organizzazione dell’esperienza umana.

Si potrebbe affermare che si assiste a una specie di frattura, come se un mondo nuovo emergesse a poco a poco, prendendo lentamente e a fatica consapevolezza dell’evoluzione degli istituti e delle conseguenze di tali cambiamenti che non è azzardato definire epocali. All’origine della trasformazione che sempre più rapida coinvolge l’insieme degli istituti familiari, vi è certamente il patto tra i consociati, che si esprima in una costituzione scritta e rigida o che si collochi sul piano della rilevazione dei principi generali e qualificanti un ordine giuridico, che nei vari ordinamenti rifonda il sistema famiglia, ispirandosi alla esaltazione delle situazioni reciproche dei singoli componenti il gruppo familiare precedentemente sacrificate a un variamente individuato interesse superiore, imputato o alla collettività o alla famiglia nel suo insieme.

Le mutazioni cui si assiste negli ultimi anni e che abbracciano la quasi totalità delle esperienze europee - tanto da trasformarsi in un *plafond* comune di principi e norme in tema di famiglia -, segnano un cambiamento assai più profondo di quello espresso dalla società emersa dalla vittoria delle borghesie sul precedente ordine sociale.

La trasformazione cui si va assistendo è più rilevante rispetto all’ondata di cambiamento che ha percorso l’Europa negli anni 1960-70, culminata nelle leggi di riforma



che si sono susseguite nella maggior parte degli ordinamenti europei. Le nuove normative, seppure avessero funzionalizzato la disciplina allo sviluppo libero e armonioso dell'individuo o della persona, secondo che l'orientamento fosse maggiormente individualista o relazionale, in un'ansia di dare effettività agli impegni fondamentali dettati dal principio di eguaglianza, da quello di pari dignità e dal divieto di discriminazione, pur tuttavia non mettevano in discussione le basi tradizionali della famiglia, in particolare le fonti di costituzione, la procreazione all'interno della medesima, la parentela fondata sulla filiazione legittima o naturale.

Non vi era distacco dalle radici, mentre ora sotto molteplici aspetti le regole e soprattutto il dibattito contemporaneo sembrano abbandonare un'eredità millenaria per percorrere vie lungo le quali nuovi modelli, nuove nozioni, nuove categorie si affollano talvolta chiari talvolta ambigui davanti agli occhi dell'interprete.

Le cause di questa frattura sono molteplici e complesse. Certo, risiedono nell'evoluzione dei costumi, dei modelli sociali di convivenza, della percezione dei valori, nella richiesta esigente di nuovi valori che rispondano all'asserita signoria, in questi settori dell'esistenza umana, della volontà del singolo, in un individualismo talvolta esasperato; nella sacralità assunta dai diritti fondamentali.

Ma a ben guardare, queste considerazioni, pur se si valutassero esatte e valide per tutti gli ordinamenti considerati, non basterebbero a giustificare e comprendere una trasformazione di tale portata. Probabilmente essa deriva allora da un altro aspetto entrato prepotentemente nella sfera intima della persona: il progresso scientifico, la conoscenza dei meccanismi su cui si articola l'esistenza biologica dell'uomo, la convinzione di poter padroneggiare la propria vita, attraverso tale conoscenza, sotto molti aspetti prima inattesi.

A partire dagli anni settanta, il controllo della procreazione ha trasformato le relazioni tra uomo e donna e conseguentemente ha stravolto gli istituti giuridici che le organizzano giuridicamente, in particolare matrimonio e filiazione. Effetti ancora più possenti ha provocato il dominio della procreazione, quando l'uomo si è dotato di nuovi poteri per trasmettere la vita e ha osato separare la procreazione dalla sessualità. Gli effetti sono devastanti sul precedente assetto dei fondamenti della genitorialità e della filiazione anche sul palcoscenico del diritto.

La questione delle tecniche di regolamentazione delle continue e profonde e inarrestabili innovazioni della scienza e della tecnica, specie allorché invadono il piano più intimo delle relazioni umane, si colora di crescente inquietudine quando si prende atto che quelle si mostrano assai restie al confronto con i tradizionali paradigmi culturali, tanto da porre in grave crisi le categorie dommatiche elaborate nei secoli dal diritto civile.

La fragilità del legame matrimoniale, l'aumento delle convivenze non fondate sul matrimonio, la perdita delle funzioni tradizionalmente svolte dalla famiglia, intese soprattutto 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”⁶, pongono in discussione l’unicità del modello familiare incentrato sul matrimonio. La famiglia diventa “incerta”⁷ e si declina in una molteplicità di modelli possibili⁸, trapassando dall’«isola»⁹ all’«arcipelago»¹⁰. Famiglia di fatto¹¹. Famiglia arcobaleno¹². Famiglia ricostruita¹³. Famiglia sociale.

Evolve l’idea stessa della struttura e della finalità del consorzio familiare; e con essa muta l’istituto della filiazione. Il progresso scientifico, la scissione della sessualità dalla procreazione, il proliferare conseguente di tecniche di procreazione artificiale¹⁴ spostano il

⁶ In generale sulla questione cfr. i contributi contenuti in M.-T. Meulders-Klein (cur.), *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Bruxelles, 1978 spec. p. 11 ss.; R. NERSON, H. A. SCHWARZ-LIEBERMAN VOM WAHLEDORF (curr.), *Mariage et famille en question*, Paris, 1978-1982. È comunque d’obbligo il rinvio alle considerazioni di J. CARBONNIER, *L’hypothèse du non-droit*, in *Flexible droit*, Paris, VIII éd., 1995, spec. p. 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, p. 209 ss.

⁷ L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, 1989, spec. p. 12 ss.

⁸ Cfr. V. SCALISI, *La “famiglia” e le “famiglie” (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p.431 ss.; ID., *“Famiglia” e “famiglie” in Europa*, relazione svolta al convegno *Persona e comunità familiare, 1982-2012*, in questa Rivista; 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, p. 509 ss.

⁹ Notissima espressione di A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, Napoli, 1949.

¹⁰ F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., I, p. 514.

¹¹ “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.*, VIII, Torino, 1992, p. 188 ss.

¹² C.M. BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Famiglia*, 2001, I, p. 10 ss.

¹³ S. MAZZONI, *Le famiglie ricomposte: dall’arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. famiglia*, 1999, p. 369 ss.; sia consentito per maggiori indicazioni rinviare al mio *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, cit., *passim*.

¹⁴ È d’obbligo il riferimento a: L. LOMBARDI VALLAURO, *Bioetica, potere, diritto*, in *Justitia*, 1984, I, p. 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, p. 41 ss. Cfr. altresì, con ampia bibliografia e giurisprudenza, G. SCIANCALEPORE - P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001, *passim* e, specialmente, pp. 51-87. Tra le prime ricostruzioni della materia, A. TRABUCCHI, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, VIII, 1962, p.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, p. 3 ss.; V. LOJACONO, *Inseminazione artificiale (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 751 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984 e A. GORASSINI, *Procreazione*, in *Enc. Dir.*, sez. civ., XXXVI, Milano, 1987, p. 944 ss. Cfr. altresì P. PERLINGIERI, *Note sul tema della procreazione assistita*, in *Il Foro Napoletano*, 1995, p. 233 ss.; P. VERCELLONE, *Procreazione artificiale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1997, p. 309 ss.; A. PALAZZO, *Procreazione assistita e bioetica*, in AA. VV., *Le biotecnologie: certezze ed interrogativi*, Milano, 2001, p.135 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, p. 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 poi 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



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.

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.



3. La tesi del pluralismo delle verità, elaborata con riferimento all'identità della persona, se trasferita al rapporto di filiazione, ed anche ad un contesto di "famiglia allargata", dove i due ruoli genitoriali possono estendersi a più persone contemporaneamente, ammonisce che, anche in riferimento alla filiazione, potrebbero convivere diverse dimensioni di verità: una affettiva (il vero padre è colui che ci ama); una biologica (i sacri legami del sangue); l'altra sociale (quella che genera il possesso di stato); l'altra ancora derivante dalla volontà individuale (per essere padre o madre è necessario volerlo); infine, una legata al passare del tempo (ogni nuovo giorno la paternità o la maternità vissute rafforzano il vincolo).

Si prende atto di un mutamento di fondo del diritto di famiglia, incentrato sempre meno sul dato "formale" della verità di sangue, e sempre di più sulla considerazione che esistono diversi ordini di verità, tra i quali un posto di rilievo è occupato dal rapporto che di fatto si svolge tra il genitore e il figlio. Le origini di un tale mutamento si rinvergono nel moltiplicarsi dei modelli familiari: basti pensare alla ribollente tematica delle famiglie ricomposte e al problema del ruolo del c.d. terzo genitore, ossia il nuovo compagno che svolge nei fatti le funzioni genitoriali. La giurisprudenza della Corte EDU è portatrice di siffatta tendenza, allorché riconosce, in numerose pronunce, la sussistenza di una vita familiare sulla base del solo rapporto affettivo instauratosi tra il genitore e il figlio, senza distinguere tra famiglia legittima e naturale, biologica o sociale, prediligendo il legame che si realizza in concreto, scaturente dall'assunzione della responsabilità del figlio da parte del genitore.

Nell'attuale scenario culturale si è sviluppato un ampio dibattito relativo al riconoscimento giuridico delle relazioni di convivenza instaurate tra persone dello stesso sesso. Il presupposto della possibile tutela è duplice: da un lato, quello per cui fra persone *same-sex* possa sorgere una comunione di vita basata sull'esistenza di un rapporto affettivo, di assistenza e solidarietà, identico a quello fra persone di sesso opposto e, quindi, suscettibile di porre problemi simili a quelli che comunemente affrontano i conviventi eterosessuali; dall'altro che, conseguentemente, la mancata tutela di una analoga situazione si traduca in un'illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, vietata non soltanto dalla nostra Costituzione, ma altresì dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Di recente, il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale è stato invocato dalla Corte di Cassazione italiana in riferimento alla posizione del genitore omosessuale in sede di affidamento del proprio figlio; è stato applicato in seguito dalla Corte di Strasburgo in relazione al diritto, all'interno di una unione omosessuale, di adottare il figlio del *partner*; ed, ancora successivamente, è stato posto a fondamento della condanna, per opera della Grande Camera della Corte di Strasburgo, della Grecia per aver introdotto nel 2008 l'istituto dell'unione civile come forma di *partnership* alternativa al matrimonio, riservandola esclusivamente alle coppie eterosessuali, in violazione altresì del diritto al rispetto della «vita familiare» delle coppie omosessuali *ex* art. 8 della CEDU. Sotto quest'ultimo riguardo, le menzionate sentenze reiterano principi già espressi nella giurisprudenza della Corte europea, che, in particolare in una pronuncia emessa contro l'Austria, aveva riconosciuto come una stabile relazione di fatto tra conviventi omosessuali



rientrasse nella nozione di “vita familiare” delle coppie omosessuali di cui all’art. 8 della CEDU, al pari di quanto avviene per la relazione di fatto fra persone di sesso opposto¹.

In generale, nel nostro ordinamento, la giurisprudenza di merito è più volte intervenuta nel senso di riconoscere efficacia giuridica alla relazione tra persone dello stesso sesso sotto profili specifici. Una sentenza del Tribunale di Roma ha equiparato, ai fini della sublocazione di un immobile, la convivenza *more uxorio* omosessuale a quella eterosessuale.

¹ La nozione di “formazione sociale” estesa alla convivenza omosessuale è fatta propria - come è noto - da tre Corti supreme: la Corte europea dei diritti dell’Uomo (24 giugno 2010), la nostra Corte costituzionale (138/2010) e la nostra Corte di Cassazione (4184/2012), dianzi citate. In particolare, sul contenuto della nozione si diffonde la Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138; v. altresì Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, p. 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 Schalk 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. Com’è noto, in relazione al riconoscimento delle coppie omosessuali e alla tutela dei loro diritti sussiste un’ampia varietà di soluzioni legislative adottate dagli Stati parte della CEDU. La pronuncia resa il 13 febbraio 2013 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’Uomo nel caso *X. and Others v. Austria* conferma le progressive aperture della Corte di Strasburgo *in primis* in ordine alla qualificazione (per prima avvenuta nella nota sentenza *Schalk and Kopf*: Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, in *Alfam Actualité juridique famille*, 2010, p. 333) 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 pronunce, 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*”, 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: 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 Corte EDU, sez. Grande Chambre, 7 novembre 2013, n. 29381, in *Guida dir.*, 2013, 47, p. 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 pronuncia, 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, n. 4, p. 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, p. 67 ss.; L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, n. 1, pp.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, pp. 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, p. 643 ss. In Italia, in assenza di un adeguato dato normativo si contrappone una tendenza “riformista”, culminata nella recente pronuncia del 29 agosto 2014 n. 299 del Tribunale per i Minorenni di Roma, il quale ha riconosciuto l’adozione di una bambina di cinque anni da parte della compagna della madre naturale: questa in Spagna aveva preso parte a un 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*, 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) 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 le circostanze del caso concreto, meglio secondo le specifiche modalità nelle quali si svolge il rapporto familiare che coinvolge il minore: Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1193ss., con nota e richiami di G. Casaburi.



Ancora, il Tribunale di Firenze ha ricondotto un rapporto tra due persone dello stesso sesso nella categoria della famiglia di fatto ed ha conseguentemente applicato il principio – generalmente riconosciuto in tema di convivenza *more uxorio* – in base al quale le prestazioni di carattere assistenziale e le donazioni spontaneamente elargite si qualificano come obbligazioni naturali e non sono pertanto ripetibili. Alla base, la convinzione che il rapporto di convivenza omosessuale risponda agli elementi essenziali del rapporto di coniugio, che vanno identificati nell'esistenza di un legame affettivo stabile che includa la reciproca disponibilità a intrattenere rapporti sessuali, il tutto ricompreso in una situazione relazionale in cui siano presenti atteggiamenti di reciproca assistenza e solidarietà².

La giurisprudenza della Corte costituzionale è ormai attestata, infatti, nel riconoscere come nella nozione di “formazione sociale” ex art. 2 Cost. vada ricompresa anche l'unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente in una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Diritti e doveri che spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua discrezionalità, individuare per le unioni suddette, pur potendo la Corte costituzionale intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze eterosessuali) in relazione alle quali si ponga la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale.

Su questa stessa linea si è posta la Corte di Cassazione, che ha riconosciuto che «i componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia, a prescindere dall'intervento del legislatore in materia, quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, possono adire i giudici comuni per

² In Italia, tale percorso ha inizio con la nota sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, precedentemente richiamata, nella quale la Consulta – nonostante abbia respinto le argomentazioni delle questioni di costituzionalità di una serie di disposizioni del codice civile che secondo i giudici rimettenti ostacolavano la possibilità di ammettere il matrimonio tra appartenenti allo stesso sesso – ha contestualmente riconosciuto che l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra persone dello stesso sesso, rientra nelle formazioni sociali di cui discorre l'art. 2 cost.: Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Quaderni costituzionali*, 2010, n. 2, p. 361 ss. Cfr. sul punto M.G. Luccioli, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte costituzionale, Corte di Cassazione sui profili esistenziali della famiglia*, relazione svolta al convegno “Persona e comunità familiare” 1982-2012, in questa Rivista. Grazie ad un radicale mutamento di valori si estende la nozione di “formazione sociale” anche alla convivenza omosessuale sulla quale si sono pronunciate, negli ultimi anni, 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, c. 1361 ss., con nota di F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*; in *Iustitia*, 2010, p. 311 ss., 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, p. 537 ss., 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, p. 845; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, II, p. 527 ss.; P. RESCIGNO, *Il matrimonio same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 861 ss.; Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, p.137 ss., 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 Schalk and Kopf v. Austria*.



far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, la pretesa ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza»³.

³ Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Giur. it.*, 2013, con nota di M. WINKLER, *La Cassazione e le famiglie ricomposte: il caso del genitore convivente con persona dello stesso sesso*. Secondo la corte, 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. dir.*, 2012, p. 665, con nota di M. GATTUSO. Cfr. altresì Cfr. Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in [www.Diritto e giustizia.it](http://www.Dirittoegiustizia.it), 2014. Prima di tale sentenza, si discorreva più semplicemente di “possibile affidamento temporaneo” in vista di un reinserimento nella famiglia d’origine.

Il Tribunale per i minorenni di Roma evidenzia invece 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. [...] 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».



4. Come noto, in relazione al riconoscimento delle coppie omosessuali e alla tutela dei loro diritti si è susseguita negli anni un'ampia varietà di soluzioni legislative adottate dagli Stati parte della CEDU, che oscillavano dal diniego di ogni forma di garanzia al riconoscimento di forme di partenariato registrato o di tutela "paramatrimoniale", fino a giungere all'accesso all'istituto matrimoniale. 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 produceva gli stessi effetti giuridici del matrimonio, salvo quanto previsto in materia di adozione e di potestà dei genitori. Il modello è stato seguito poi anche da Norvegia (1993), Svezia (1994), Islanda (1996), Olanda (1998), Germania (2001) e Svizzera (2004). Successivamente, Olanda (2001), Norvegia (2008), Svezia (1994), Islanda (1996) e la stessa Danimarca (2012) hanno esteso la possibilità di contrarre matrimonio alle coppie dello stesso sesso. In particolare, i cittadini danesi uniti in una *registered partnership* (ora abrogata) si sono visti riconosciuta la possibilità di convertire detta unione in matrimonio. Le nuove norme dimostrano che si sono volute privilegiare le scelte inerenti alla parità di trattamento, già anticipate ma non compiutamente realizzate dalla figura della *registered partnership*. Si allineano poi altri Paesi europei, quali il Belgio (2003), la Spagna (2005), il Portogallo, (2010), la Francia (2013), l'Inghilterra (2013), la Finlandia, il Lussemburgo (2014) e da ultime la Slovenia e l'Irlanda (2015), che hanno esteso la possibilità di contrarre matrimonio alle coppie omosessuali¹.

Le esperienze descritte nonché le pressioni degli organismi europei evidenziavano un *vulnus* normativo non più accettabile. Si giungeva così alla condanna inflitta all'Italia dalla Corte di Strasburgo (nel luglio 2015)².

In questo clima è nata la l. n. 76 del 2016, che, per quanto riguarda le unioni civili, è frutto non soltanto del dibattito pluriennale in materia ma anche dell'obbligo di adempiere alla messa in mora dell'Italia da parte della Corte EDU, come anche di altri Paesi, rispetto all'obbligo di assicurare tutela alle coppie omosessuali, in nome del rispetto della vita "familiare" di cui all'art. 8 CEDU che da tempo la Corte estende a tali unioni indipendentemente dal fatto che esse siano sancite da una qualche forma di istituzionalizzazione. Per la corte tali unioni sono "famiglia", sulla scorta, com'è noto, dell'interpretazione evolutiva dell'art. 12 in relazione all'art. 9 della Carta di Nizza (secondo cui il diritto al matrimonio può essere riconosciuto anche alle coppie del medesimo sesso).

¹ Sulla stessa lunghezza d'onda anche il Parlamento europeo che, con le risoluzioni dell'8 febbraio 1994, del 16 marzo 2000, del 26 aprile 2007, nonché, da ultimo, con la «Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere» - per la quale «gli Stati membri che hanno adottato normative in materia di convivenza, unioni registrate o matrimoni di coppie dello stesso sesso dovrebbero riconoscere le disposizioni affini adottate da altri Stati membri» - sottolinea la necessità di rimuovere ogni sorta di discriminazione nei confronti delle coppie *gay* e richiede un maggior impegno della Commissione degli Stati membri nella tutela delle relazioni familiari fra persone dello stesso sesso, attraverso l'apertura del matrimonio civile o di uno «strumento giuridico equivalente». Si pensi all'ultima determinazione del Parlamento europeo del 15 giugno 2015, che ha approvato a larga maggioranza un rapporto sull'uguaglianza di genere in Europa - «Il Parlamento prende atto dell'evolversi della definizione di famiglia» e raccomanda «che le norme in quell'ambito, compresi i risvolti in ambito lavorativo come i congedi, tengano in considerazione fenomeni come le famiglie monoparentali e l'omogenitorialità».

² Corte EDU, sez. IV, 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia, in www.eurojus.it.



Se è vero che gli Stati, per la corte, hanno un margine di discrezionalità riguardo allo strumento attraverso il quale assicurare questo diritto fondamentale, essi non possono sottrarsi a siffatto obbligo derivante dalla convenzione: da qui la condanna dell'Italia nel caso Oliari.

Le Corti supreme italiane oscillano da tempo tra aperture e chiusure, ma un fatto è certo, anzi due: che tali unioni rientrano nell'alveo di tutela dell'art. 2 cost. E che l'art. 29 non può ostacolare in alcun modo che si attuino tali garanzie.

5. È ineccepibile, alla luce delle considerazioni precedenti, il rifiuto della Corte suprema di continuare ad utilizzare una nozione di ordine pubblico interamente incentrata su una rilevazione letterale di norme imperative e perciò inderogabili che caratterizzano un settore dell'ordinamento nazionale.

Il ragionamento parte dal fatto che l'atto di nascita, sia pure validamente formatosi nell'ordinamento straniero, è riconoscibile come titolo valido per la costituzione del rapporto di filiazione nel nostro ordinamento soltanto se non sia incompatibile con l'ordine pubblico. Il che dipende dall'accertamento dell'esistenza di un rapporto di filiazione che sia valevole anche per l'ordinamento italiano.

La corte tuttavia si ispira alla tradizionale nozione di ordine pubblico internazionale, che contrappone a quello interno. Sulla scorta di un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, non soltanto ne afferma la storicità, ma lo riferisce ad una prospettiva in cui l'ordinamento nazionale si colloca – a norma degli artt. 10, 11 e 117, comma 1 cost. –, all'interno di una comunità più ampia, a carattere sovranazionale, che si esprime attraverso principi condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne¹.

Se la prospettiva è esatta, probabilmente, allora, sarebbe possibile sostenere che non ha più molto senso distinguere tra ordine interno e internazionale, dal momento che entrambi si trovano fusi in un'unica nozione, la quale ultima potrebbe esattamente definirsi "ordine pubblico costituzionale"². Nozione che viene giustamente intesa dalla Corte di cassazione come «il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali, esigenze comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria». È vero che il legame con l'ordinamento nazionale si esprime nella verifica della compatibilità con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, ma è altrettanto vero che quest'ordine contribuisce a formare quello sovranazionale e di esso accoglie, in un reciproco dare e avere, le opzioni fondamentali, attraverso l'adesione ai Trattati fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché, e soprattutto, alla Convenzione EDU.

¹ Si richiama nella pronunzia il precedente di cui alla Cass., 4 maggio 2007, n. 10215, in *Riv. int. priv. e proc.*, 2008, p. 214 ss.

² È la visione di P. PERLINGIERI, espressa compiutamente ne *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, vol. I, Napoli, 2006, spec. pp. 77 ss., 134 ss.



Non ha senso, in questa prospettiva, invocare il contrasto della normativa ordinaria straniera con quella italiana di pari rango, sia pure costituita da norme inderogabili. La Corte sposta l'attenzione sugli effetti che si intendono produrre nell'ordinamento nazionale, poiché il contrasto con l'ordine pubblico esiste, per la Corte, soltanto se in seguito a un giudizio analogo a quello di costituzionalità, si raggiunge il convincimento che al legislatore italiano sia precluso di introdurre nell'ordinamento interno una norma analoga a quella straniera in quanto incompatibile con valori costituzionali primari.

Il ragionamento non è inficiato dalla sopravvenuta regolamentazione delle unioni civili omosessuali che impedisce alle coppie di accedere alla genitorialità attraverso forme di procreazione medicalmente assistita. La decisione discrezionale del legislatore italiano non è assunta in ossequio a principi inderogabili di ordine pubblico costituzionale, ma per ragioni di opportunità politica valide per un determinato periodo storico e che tengono conto del tormentato percorso legislativo della disciplina in questione.

Difficilissimo si mostra il compito di sciogliere questioni interpretative, poiché la nuova disciplina è costellata di ambiguità e di nodi da districare anche con interventi regolamentari non ancora completamente attuati³. Ed è facile prevedere, anche per le considerazioni che qui si vanno svolgendo, che la Corte costituzionale sarà più volte chiamata a decidere della conformità ai principi supremi di molte delle soluzioni da essa prospettate.

In questo può soccorrere il confronto con le altre esperienze.

Sembrerebbe che la legge italiana, nonostante la sua tardiva apparizione, si collochi nella prima fase della evoluzione europea, quella in cui il ricorso al compromesso è necessario per l'accettazione di una riforma controversa.

Da qui, da un lato il necessario continuo riferimento alle norme dettate per il matrimonio, dall'altro l'attenzione ossessiva a evitare il termine "famiglia".

Ma a ben vedere, tanto per fare un esempio, il riferimento alla contribuzione ai bisogni comuni contenuta nell'art. 1, n. 12 della l. n. 76 del 2016, ereditata dalla esperienza tedesca, si estende necessariamente alle esigenze dei figli, quando fanno parte del nucleo che in tal modo diventa familiare. E nell'adempimento di tale obbligo i conviventi devono seguire l'indirizzo "familiare" concordato, termine - non si avverte con quanta consapevolezza - sfuggito all'attenzione del legislatore.

Il pericolo maggiore, tuttavia, risiede nella tentazione di derivare dalla nuova legge argomenti e accenti da tempo superati nel diritto di famiglia, a riportare indietro nel tempo il diritto comune familiare; ad esempio, tra i tanti possibili, che dal mancato riferimento all'obbligo di fedeltà, così ostentato per differenziarsi dal matrimonio, si ritorni a discorrere

³ Per i primi commenti alla recente legge v., tra gli altri, i contributi di G. FERRANDO, L. BALESTRA, A. FUSARO, M. SESTA, G. OBERTO, A. SPADAFORA, F. PADOVINI, A. BELLELLI, riuniti sotto il titolo *Unioni civili e convivenza di fatto: la legge, a cura di P. Rescigno e V. Cuffaro*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1771 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 845 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2016, p. 367 ss. e A. CORDIANO, *Le unioni omoaffettive nell'ordinamento italiano. Troppo poco o...forse, troppo?*, in [questa Rivista](#), 2016.



di finalizzazione del matrimonio civile alla procreazione⁴. O che si ricollegli la mancata menzione di tale obbligo all'assenza di operatività della presunzione di paternità, dimenticando da un lato l'evoluzione del concetto di genitorialità, meglio, di cogenitorialità, e il suo distacco dalla filiazione di sangue; dall'altro l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della nozione di fedeltà, concetto complesso che richiama quelli di lealtà, dignità, onore, per ricongiungersi con quello di solidarietà familiare.

È agevole previsione, si è detto, quella che vede impegnata la nostra Corte costituzionale – e le corti di Strasburgo e Lussemburgo – sul fronte dei principi di eguaglianza e di non discriminazione, nonché di rispetto della vita familiare. In ogni caso, il punto di diritto che affronta la Corte non è posto in discussione, proprio per la nozione di ordine pubblico che essa assume, dal confronto con la nuova normativa.

Giustamente, dunque, la Corte rigetta la pretesa che nell'ordinamento italiano la nozione di famiglia si addica soltanto alle unioni eterosessuali; riconduce all'art 2 cost. la garanzia di quelle omosessuali; ai suoi componenti riconosce, sulla scorta della giurisprudenza della corte EDU, la titolarità del diritto alla vita familiare (e non soltanto alla vita privata): diritto inviolabile, azionabile indipendentemente dall'intervento del legislatore italiano e che si sostanzia nel vivere liberamente la propria vita di coppia e nella pretesa di ricevere un trattamento omogeneo a quello assicurato alle coppie eterosessuali⁵. Dopo di che va oltre e si preoccupa di confutare ulteriori obiezioni contrapposte alla trascrivibilità dell'atto.

Gli altri ostacoli che si oppongono al riconoscimento del rapporto di filiazione che abbia le caratteristiche descritte si rinvergono da un lato nella norma dell'art. 269, comma 3, cod. civ. che indica come madre del nato la donna che lo ha partorito. Si aggiunge il divieto contenuto nella l. 40 del 2004 di accedere alla procreazione assistita posto alle coppie del medesimo sesso. Si utilizzano tali disposizioni, unite a quella (art. 9, comma 3, l. n. 40 del 2004) che nega qualsiasi relazione giuridica parentale con il nato, per derivarne la convinzione che nel nostro ordinamento l'unica nozione di filiazione possibile è quella che proviene da persone di sesso differente.

È opportuno dunque affrontare il tema della genitorialità consentita, nell'ottica del rispetto dell'ordine pubblico costituzionale.

⁴ Come potrebbe desumersi da alcune considerazioni di M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 881 ss.

⁵ Sembra che in tal modo la corte accolga il principio della *Drittwirkung* di alcuni precetti costituzionali sufficientemente definiti tanto da poter essere invocati direttamente dalle parti nelle controversie che loro concernono: per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, o.l.c. e passim*.



6. Da tempo il tema della fecondazione artificiale ha effetti dirompenti su consolidati e secolari principi: quello di maternità – *mater semper certa est*, osserva un notissimo, e ormai non più attuale, antico brocardo –; quello di paternità: il confuso e intricato groviglio di contrattazioni tra coppie genetiche, ginecologiche e putative. La ricerca di linee direttive nella ricostruzione di tali figure che ormai da tempo irrompono nella realtà giuridica, senza aver ancora trovato risposte definitive da parte del legislatore, conduce necessariamente al ricorso al quadro di valori cui far riferimento per tentare una ricostruzione delle variegate ipotesi che confluiscono nella c.d. maternità e paternità assistite. Questo non può che rinvenirsi a livello costituzionale e percorre le consuete strade della persona come perno e valore attorno al quale si organizza l'ordinamento giuridico, sotto i due profili della tutela della dignità e del libero e armonico sviluppo della personalità, nella difesa dei diritti inviolabili che attengono al suo essere e alle manifestazioni del suo agire.

Altro punto di riferimento, sempre collegato all'art. 2 cost., inteso come clausola generale di tutela della persona umana, si rinviene nel dettato costituzionale secondo cui l'uomo non è tutelato soltanto come singolo, ma anche nelle formazioni sociali in cui svolge la propria personalità: il collegamento conseguente, nel combinato disposto costituito dagli artt. 2 e 29 cost., è con il tema della formazione sociale famiglia, senza aggettivi, che in tanto riceve tutela in quanto sia idonea a svolgere i compiti che l'ordinamento ad essa ricollega, confluenti ancora una volta, in ultima analisi, nella garanzia della persona e della personalità di ciascuno dei suoi componenti. Nel contesto di principi fondamentali che in qualche modo si richiamano al tema, particolare importanza assume la norma che, sia pure dettata nella legge sull'interruzione della gravidanza (art. 1, l. n. 194 del 1978), dispone che «lo Stato riconosce il diritto alla procreazione libera e cosciente, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio».

Ci si interroga, peraltro, sull'esistenza di un collegamento necessario ed automatico fra il diritto umano fondamentale alla procreazione, sancito anche dalle fonti sovranazionali – che concerne la libertà di procreare con mezzi naturali – ed il diritto al ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Il tema dev'essere affrontato tenendo separate due ipotesi ben distinte: una cosa è la fecondazione c.d. artificiale omologa; altra è quella c.d. eterologa. La prima non propone particolari problemi, dato che vi è coincidenza tra incontro e provenienza dei due gameti, maschile e femminile. Questioni assai più complesse prospetta la c.d. fecondazione eterologa, per la quale avviene il distacco tra riproduzione e filiazione, poiché, per un verso o per un altro, il figlio procreato è estraneo rispetto alle persone che rivendicano la posizione di genitori.

Nelle esperienze occidentali in cui si è avuta una regolamentazione della materia non v'è uniformità di soluzioni: queste spaziano da posizioni di rigida chiusura – passando per varie gradazioni intermedie – alla scelta di lasciare il più ampio spazio possibile all'autodeterminazione. Quest'ultima coincide con l'indirizzo adottato dagli Stati Uniti,



dove si riconosce un vero e proprio *right to autonomy in procreative decisions*¹, disciplinato nella Costituzione. Il sistema si caratterizza per una disciplina “aperta” delle tecniche di fecondazione artificiale, ponendosi in alternativa – meglio, in antitesi – a quello classico fondato sulla famiglia nucleare. L’opzione di fondo è la piena esaltazione del “polimorfismo familiare”, che riconosce ad ogni individuo, senza distinzione di sesso, la più ampia libertà possibile nell’autodeterminazione delle scelte, anche giuridiche, in tema di paternità e maternità, con compiuta attuazione del *right of privacy*².

Nel contesto europeo si rinvencono ordinamenti che scelgono di consentire soltanto il dono di seme, o più in generale dei gameti, proibendo quello di embrioni e altri che, invece, ammettono tutte queste tecniche. In particolare, in Germania, è consentito soltanto il dono di seme mentre è vietato quello di ovociti, poiché è molto forte la regola dell’automatismo della filiazione materna (il dono di embrioni, tuttavia, è praticato dal momento che non è espressamente proibito)³. In Svizzera il ricorso al seme del donatore è consentito soltanto alle coppie sposate. In Svezia e in Portogallo si ammette il dono di gameti, ma non quello di embrioni. Altri paesi, come la Francia, il Belgio, la Spagna, la Grecia, l’Ungheria, i Paesi Bassi e il Regno Unito e la maggior parte degli Stati Uniti ammettono il ricorso a tutte e tre le tecniche (ma in questi ultimi è il mercato con le sue leggi che governa la materia⁴).

Nonostante la varietà di soluzioni legislative sulla procreazione medicalmente assistita, è possibile rinvenire un punto fermo nella giurisprudenza della Corte EDU: il frequente richiamo al diritto all’intimità della vita e delle relazioni familiari (art. 8), al fine di motivare molte sue scelte favorevoli all’espansione della genitorialità, per cui si prescinde dalla tecnica posta in essere – non importa se si tratti di inseminazione omologa o eterologa, da un lato, oppure di maternità surrogata e affitto d’utero, dall’altro –; donatore di seme e madre surrogata ricevono lo stesso trattamento; l’interesse del nascituro si lega alla garanzia che al momento del concepimento vi sia almeno un soggetto maggiorenne responsabile della sua cura.

Vi è in tale sistema la piena esaltazione del consenso e della volontà del singolo. “Il rapporto giuridico genitore-figlio sarà così fondato su di un accordo volontario, ed il genitore biologico che non si assume la responsabilità per il figlio dovrà essere ritenuto come un prestatore di servizi di procreazione a vantaggio dei genitori sociali”⁵.

¹ R. DWORKIN, *Life's Dominion*, New York, 1993, spec. p. 6 ss. nonché C. SHALEV, *Birth Power. The Case for Surrogacy*, New Haven-London, 1989, trad. it. *Nascere per contratto*, Milano, 1992. Cfr., altresì, D. COOPER, *The Death of Family*, London, 1971, trad. It. *La morte della famiglia*, Torino, 1972, *passim*.

² Imprescindibile, in tal senso, il richiamo a C. SHALEV, *op. cit.*, *passim*.

³ L’*Embryonenschutzgesetz* del 13 dicembre 1990, al §1, proibisce espressamente soltanto il dono di ovociti, tuttavia il dono di embrioni sembra escluso dal divieto di “intraprendere la fecondazione di un numero di ovuli provenienti dalla stessa donna, più numerosi di quelli che devono essere reimpiantati nel corso di un unico ciclo”.

⁴ La procreazione medicalmente assistita non è organizzata per via legislativa: la normativa federale si limita a imporre alcune prescrizioni generali, come quella di sottoporre i donatori a determinati test genetici e medici ma non predispone sistemi di controllo. Spetta pertanto ai singoli Stati e agli stessi professionisti prevedere le regole che disciplinano i singoli aspetti di ogni tecnica prevista, compreso quello dell’anonimato o meno del donatore di gameti. K. ORFALI, *Procréation médicalement assistée et anonymat aux USA: la loi du marché*, in *Procréation médicalement assistée et anonymat*, cit., p. 283 ss.

⁵ Così, C. SHALEV, *op. cit.*, p. 92.



La scelta dell'imposizione di limiti ben definiti accomuna quasi interamente le soluzioni francese e italiana; anzi la seconda era assai più severa e restrittiva, prima di essere messa in questione da più parti sotto il profilo della conformità a costituzione⁶. Tale indirizzo di politica legislativa si caratterizza per eleggere uno schema "chiuso", incentrato sul ruolo preminente della configurazione classica della famiglia.

Il modello è ben delineato in Francia da una serie d'interventi legislativi, non smentiti dalle successive riforme del diritto di famiglia, che iniziano dalle dichiarazioni dell'*Avant-Projet de Loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme: Rapport de présentation*, del 1989 – più noto come *Rapport Braibent* – e proseguono con l'emanazione di due leggi: la 94-653 del 1994, in tema di bioetica e, dello stesso anno, la 94-654 concernente la procreazione medicalmente assistita, fino alla riforma della *loi* n. 2011-814 del 7 luglio 2011.

La normativa prevede che possano usufruire della procreazione assistita soltanto le coppie, coniugate o conviventi, formate da un uomo e una donna, mentre la disposizione che prescriveva il requisito della comunione di vita seria e stabile che perduri da almeno due anni per le coppie conviventi è stata cancellata dalla novella del 2011, ponendo le due situazioni sul medesimo piano. Permane, invece, la funzionalizzazione dell'istituto esclusivamente all'infertilità patologica accertata da uno specialista della materia con l'unica eccezione dell'esigenza di evitare di trasmettere al figlio una malattia particolarmente grave, nonché il divieto della pratica della c.d. maternità surrogata⁷.

Sembra evidente che nel sistema francese il ruolo del consenso e della volontà individuale in questa materia sia nettamente delimitato, ché anzi le considerevoli restrizioni e le finalità esclusivamente terapeutiche non consentano di discorrere di riconoscimento di un diritto alla procreazione bensì piuttosto di una libertà negativa. Tuttavia, il sistema è stato messo in profonda crisi dalla *loi* Toubira che ammette al matrimonio anche le coppie omosessuali, scardinando i limiti posti alla p.m.a.⁸

⁶ La questione per l'ordinamento francese è già chiaramente delineata nell'*Avant-projet de Loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme: Rapport de présentation*, c.d. *Rapport Braibent* del 1989 cui seguono le due leggi del 1994: la n. 94-653 in tema di bioetica e di atti di disposizione del corpo umano e la n. 94-654, concernente l'assistenza medica alla procreazione. Ricostruisce il fenomeno secondo gli schemi classici del diritto civile J. RUBELLIN DEVICHI, *La gestation pour le compte d'autrui*, in *Rec. Dalloz*, I, 1985, p. 182 ss. Cfr., per una visione ampia relativa a una molteplicità di orientamenti, i materiali e i saggi contenuti in *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, (ed) I. Schwenzer, Antwerpen-Oxford, 2007, *passim* e spec. p. 53 ss. Per la situazione italiana si rinvia, anche per bibliografia e giurisprudenza, a G. SCIANCALEPORE - P. STANZIONE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001, *passim* e, specialmente, pp. 51-87. 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*, cit., pp. 981-983.

⁷ Cfr. M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARCEVAL, V. DEPADT-SEBAG, *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui? À propos de l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 25 octobre 2007*, in *Dalloz*, 2008, p. 434.

⁸ 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



Una via mediana tra i due modelli contrapposti dianzi descritti è quella prediletta dal diritto inglese, che propone un sistema di autorizzazioni né aperto né chiuso, bensì duttile e idoneo a piegarsi alle varie esigenze d'intervento senza aprioristiche esclusioni. Il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 e lo *Human Fertilization and Embryology Act* del 1990 – e successive modificazioni –, rappresentano, probabilmente, il faticoso compromesso tra due schieramenti contrapposti: quello che si identifica nel *Warnock Report* del 1984, ampiamente permissivo, e quello addirittura intransigente del libro bianco presentato dal governo al Parlamento britannico nel 1987.

Il sistema è strutturato in modo tale da non rifiutare nulla a priori⁹; il pragmatismo tipico dell'ordinamento inglese questa volta sceglie di non scegliere: sono consentite tanto la maternità surrogata, anche nella forma di affitto d'utero, purché l'accordo non sia stipulato a titolo oneroso, quanto l'inseminazione artificiale *post mortem*¹⁰, figure decisamente respinte dalla gran parte degli ordinamenti europei. Si prende atto della difficoltà di conciliare in maniera appagante ideologie opposte e conseguentemente si rifiutano posizioni rigide e predefinite in favore di direttive aperte, che lascino spazio agli operatori pratici per scegliere la soluzione più adeguata al caso specifico¹¹.

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. 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. 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. Con la *Loi n. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, detta "Taubira" dal nome del Ministro della Giustizia Francese Christiane Taubira che l'ha proposta nell'autunno del 2012, la Francia ha probabilmente espresso il sì definitivo anche all'adozione da parte delle coppie omosessuali. Il *Conseil constitutionnel*, con decisione del 17 maggio 2013, ha dichiarato la conformità alla Costituzione della legge (*Décision n. 2013-669 DC du 17 mai 2013*). Nelle articolate motivazioni della sentenza si sostiene che l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso esprima una scelta di politica legislativa, che non può essere sottoposta a censura dal Conseil, non esistendo una nozione di matrimonio imposta dalla Costituzione.

⁹ Per quanto attiene alla procreazione medicalmente assistita con dono di terzi, la normativa autorizza il dono di seme, ovuli ed embrioni. L'accesso a tali tecniche è consentito tanto alle coppie eterosessuali, legate o meno da vincolo matrimoniale, tanto a quelle omosessuali, che siano o meno in partenariato civile, quanto alle donne sole. La legge, pertanto, non contiene alcuna limitazione a priori fondata sull'orientamento sessuale o sul vincolo che lega i partner, limitandosi a disporre che l'interesse del bambino che nascerà, ivi compreso il suo bisogno di essere allevato da due figure genitoriali, deve essere tenuto in considerazione (*section 13 Human Fertilisation and Embryology Act* così come modificato nel 2008).

¹⁰ Lo *Human Fertilisation and Embryology (deceased fathers) Act* del 2003 ha disciplinato la materia, stabilendo che la donna può utilizzare il seme del marito o del compagno defunto, a patto che questi abbia espresso il suo consenso quando era in vita. Il defunto è riconosciuto come il padre del bambino e il suo nome iscritto nell'atto di nascita a tale effetto.

¹¹ Si tratta del noto *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology (Warnock Report)*, London, 1984. Si veda anche G.L. WARNOCK, *A Question of Life*, London, 1985. Tale disciplina va completata con le norme sull'inseminazione artificiale contenute nel *Family Law Reform Act* sempre del 1987. Uno dei momenti centrali della normativa è la previsione di un organismo amministrativo indipendente che sovrintende alla materia (altro carattere che rende unica la disciplina inglese nel panorama europeo): lo *Human fertilization and embryo Authority*. Esso, nato nel 1990, a seguito della



Singolare, si è detto, è la vicenda nell'esperienza italiana. Dopo lunghi anni di assenza da parte del legislatore, sempre in attesa di una deliberazione rispetto alle numerose proposte di disciplina, anni in cui a una pratica medica senza controlli si contrapponeva la visione per la maggior parte restrittiva della giurisprudenza e l'intervento dell'ordine dei medici attraverso il Codice di deontologia professionale, 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 l'atteggiamento giurisprudenziale ribaltarsi per contestare 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 ha modificato completamente l'assetto della normativa. Infine, con una pronuncia dell'aprile del 2014¹², 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. La decisione appare del tutto condivisibile, soprattutto, allorché sancisce che la scelta di avere figli costituisce espressione della "fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi", che, riguardando la sfera privata e familiare, non può essere coercibile, qualora non arrechi pregiudizio ad altri valori costituzionali e ad interessi del medesimo rango, in primo luogo quelli del nato dalla procreazione eterologa. Tra questi, emerge il suo diritto alla "identità genetica", questione sulla quale la Corte si è espressa nella citata sentenza n. 278 del 2013, richiamata nella più recente decisione per ribadire il riconoscimento di tale diritto, che ha portato alla caduta del dogma della segretezza quale «garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva» e alla necessità di un contemperamento tra gli opposti interessi in gioco.

Tali previsioni rivelano tutta la propria inadeguatezza nei confronti di una materia, quale la procreazione assistita eterologa, che ha rivoluzionato il fenomeno procreativo, fondandolo sul dominio del consenso delle parti, ancora una volta del progetto comune di cogenitorialità tra i partner e dell'assunzione consapevole di una genitorialità "di sostituzione"¹³. Simile prospettiva è posta a fondamento delle normative nazionali che

approvazione della legge che regola la fecondazione artificiale *in vitro*, ha il compito di autorizzare le cliniche che praticano la procreazione assistita con sperma di donatori ed inoltre deve controllare, in genere, la ricerca scientifica sugli embrioni. Spetta, dunque, a tale ente (ovvero alle Commissioni di autorizzazione costituite al suo interno) il rilascio, la modifica, la sospensione oppure la revoca delle autorizzazioni (art. 9). Conseguenza della presenza di tale Ente è che ogni singola fattispecie concreta è sottoposta ad un duplice vaglio selettivo, amministrativo e giudiziario: la possibilità per le strutture sanitarie di svolgere i "trattamenti terapeutici" destinati alla riproduzione è sottoposta ad una serie di condizioni e direttive ed inoltre il responsabile di tale struttura non potrà comunque effettuare l'intervento fecondativo senza prima aver tenuto conto del benessere del bambino che nascerà dal trattamento (compreso il bisogno di ogni bambino della doppia figura genitoriale) e di ogni altro bambino che potrà subire effetti da tale nascita. In tal senso anche D.L. ROBERTSON, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, 1994. Cfr., altresì, H. DIYCK, *Manufacturing Babies and Public Consent. Debating the New Reproductive Technologies*, Huondsmills-London, 1995.

¹² Corte cost., 9 aprile 2014, n. 162, cit.

¹³ Numerosi sono i casi giurisprudenziali che si rincorrono su tali argomenti nelle esperienze europee e tutti degni di riflessione. Infatti, il conflitto tra libertà fondamentali e situazioni esistenziali fortemente garantite è drammatico e tale da scuotere le coscienze. Si veda quanto deciso dalla Cassazione francese 12 luglio 2007, in *Dr. fam.*, 2007, 171, p. 27 ss, con nota di S. ROUXEL, che giustamente commina all'attore una sanzione civile per esercizio abusivo dell'azione. Il padre, rispetto al quale la paternità è stata giudizialmente accertata, agisce in responsabilità contro la madre ex art. 1382 *code civ.* e 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, chiedendo il risarcimento dei danni derivanti dalla costituzione del rapporto di filiazione, nonché la riparazione del pregiudizio morale, adducendo il fatto che la donna aveva accettato d'intrattenere una relazione sessuale senza utilizzare metodi di contraccezione. Prima la corte d'appello d'Orléans – 21 marzo 2006 –, poi la



disciplinano la procreazione medicalmente assistita con dono di gameti, attribuendo rilievo essenziale al consenso al trattamento concordato tra i genitori e impedendo, di conseguenza, l'azione di contestazione di stato al fine di tutelare la stabilità dei rapporti familiari e la certezza identitaria del figlio¹⁴.

In Italia, tra perplessità e scontri di opinioni, si è affermato anche prima dell'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40 il valore, per la costituzione dello *status* genitoriale, del consenso per l'inseminazione artificiale eterologa del marito o del convivente della donna. Per lungo tempo dottrina e giurisprudenza si sono divise tra posizioni di favore tanto nei confronti della paternità biologica (donatore del seme) quanto della paternità sociale (soggetto che ha prestato il consenso). La considerazione è che il nostro codice è legato al principio del *favor veritatis*, ma certamente incide l'inimmaginabile – per lungo tempo dalla codificazione in poi – scissione tra fattore biologico e elemento volontaristico, che pone come nodo centrale della vicenda – il particolare atto causativo della nascita – la prestazione del consenso esplicito, finalizzato alla responsabilizzazione giuridica e sociale e, in definitiva, all'acquisto della qualifica genitoriale.

Nell'ordinamento tedesco il vuoto legislativo aveva condotto ad un indirizzo giurisprudenziale che ammetteva, in maniera del tutto iniqua nei confronti del figlio, la possibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, nonostante la

Cassazione respingono la domanda considerando che l'uomo – *sexuellement expérimenté* – aveva consapevolmente accettato d'intrattenere rapporti non protetti e che egli stesso aveva omesso di prendere le misure necessarie a evitare la procreazione, responsabilità che ricade tanto sull'uomo quanto sulla donna. Assai più inquietanti sono i casi oggetto di due decisioni della Corte EDU, che riguardano entrambe la procreazione assistita. Si tratta degli *arrêts* 7 marzo 2006 e 10 aprile 2007 *Evans v./ Regno Unito*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 295 ss., con osservazioni di J.P. MARGUENAUD: si tratta di una cittadina inglese che, dovendo subire l'asportazione delle ovaie, in quanto affetta da tumore, crea, in accordo con il fidanzato, embrioni fecondati con gameti dello stesso crioconservati e destinati a un futuro impianto dopo l'operazione. La donna è informata del contenuto della legge inglese che prima dell'impianto in utero consente la revoca del consenso del donatore ed è egualmente avvertita della possibilità di ricorrere a gameti di un terzo donatore anonimo, per garantirsi contro un'eventuale rottura del legame con l'attuale compagno. La donna decide di non ricorrere alla eterologa, sicura della saldezza della propria relazione affettiva con l'uomo che l'affianca nella richiesta. Dopo la operazione, quando intende ricorrere all'impianto, l'uomo, che ha rotto la relazione, ritira il consenso e domanda la distruzione degli embrioni. Perso ogni ricorso nel proprio paese perché i tribunali sopperiscano all'autorizzazione mancante, la donna si rivolge alla Corte EDU invocando gli artt. 8 e 14 della Convenzione, poiché l'impossibilità di avere discendenti genetici violerebbe il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Pur consapevole della drammaticità della vicenda, la Corte tuttavia respinge la pretesa, concludendo per la non violazione da parte dell'Inghilterra della Convenzione, poiché la scelta del legislatore inglese nel bilanciare gli interessi contrastanti rientra nel margine di discrezionalità degli ordinamenti. Il punto di diritto che qui interessa è che la Corte, mentre respinge il richiamo all'art. 2 della Convenzione, sul diritto alla vita, ritiene perfettamente adeguato il richiamo all'art. 8, se si tratta della decisione di procreare o comunque creare un legame di filiazione.

¹⁴ Si tratta dell'impostazione seguita dalla gran parte degli ordinamenti che ammettono l'inseminazione eterologa: nel modello inglese, in base alla *Section 28 (2)* del *HFEA (Human Fertilisation and Embryology Act)* del 1990 il marito di una donna che ha partorito un figlio frutto di riproduzione assistita si deve presumere padre del bambino, a meno che non dimostri che non aveva prestato il proprio consenso e che non è, sotto il profilo genetico, il padre. Così, *Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. A.* [2003] 1 FCR 599. Cfr. E. STEINER, *op. cit.*, 4, nota 13. In Francia, la manifestazione in forma solenne della volontà della coppia subordina l'intervento medico: il consenso può essere revocato per iscritto, soltanto fino al momento della inseminazione artificiale, in virtù degli artt. 311-19 e 311-20, introdotti nel *code civ.* dalle leggi sulla bioetica del 1994. Da ultimo, si consideri l'ordinamento spagnolo con l'art. 8, *Ley 14/2006*, legge sulle tecniche di riproduzione umana assistita. In generale, per ulteriori riferimenti relativamente all'esperienza dell'America latina, V. ROSPIGLIOSI, *Inaducibilidad de las acciones de filiación*, in *Derecho*, 2008, p. 1 ss.



sussistenza del consenso al momento dell'inseminazione¹⁵, analogamente all'orientamento sorto in Italia e ribaltato dalla Corte di Cassazione con la nota sentenza del 16 marzo 1999¹⁶, che ha sancito l'irricevibilità di un'azione di disconoscimento del genitore che ha prestato il consenso alla procreazione, principio accolto nella l. 19 febbraio 2004, n. 40, nonostante l'espresso divieto di inseminazione eterologa¹⁷.

¹⁵ *Leading case* è la sentenza della Suprema Corte del 1983, BGH, 7 aprile 1983, in *NJW*, 1983, p. 2073 ss., con commento di D. COESTER-WALTJEN, ove si stabilisce che nell'ipotesi di disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa, la paternità torna in capo al padre biologico, dunque al donatore. Nonostante la resistenza di alcune corti inferiori, che hanno rifiutato di adottare una simile soluzione, rinvenendovi un abuso di diritto e una violazione del buon costume da parte del marito (v. AG Dieburg, 4 novembre 1986, in *NJW*, 1987, p. 713 e OLG Düsseldorf, 22 luglio 1987, in *FamRZ*, 1988, p. 762), la giurisprudenza dominante ha continuato ad ammettere l'azione di disconoscimento (OLG Celle, 25 ottobre 1991, in *NJW*, 1992, p. 1516 ss.; BGH, 3 maggio 1995, in *NJW*, 1995, p. 2028 ss.; BGH, 12 luglio 1995, in *FamRZ* 1995, p. 1272 ss.), fino all'intervento legislativo del 2002.

¹⁶ Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315. La sentenza è riportata in *Giust. civ.*, 1999, p. 1317 con nota di M. C. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola alla Cassazione*, ivi, 1999, p. 1324 ss.; P. STANZIONE-G. SCIANCALEPORE, *Tutela della vita e fecondazione assistita: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1528 ss. Riteneva, invece, ammissibile l'azione di disconoscimento della paternità proposta dal presunto padre nei confronti di persona nata da inseminazione eterologa consentita dal medesimo, Trib. Roma, 30 aprile 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, p. 218; nonché, più di recente, Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, p. 995; App. Brescia, 10 maggio 1995, in *Fam. dir.*, 1996, p. 34 ss.; Trib. Rimini, 24 marzo, in *Fam. dir.*, 1996, p. 569 ss.. L'orientamento favorevole all'inammissibilità, invece, aveva, in un primo momento, utilizzato un'argomentazione assai dubbia. Cfr. Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, cit., secondo la quale l'art. 235 v. f. cod. civ. sul disconoscimento di paternità, "riguarda esclusivamente la generazione che segua ad un rapporto adulterino, ammettendo il disconoscimento di paternità in tassative ipotesi, quando le circostanze indicate dal legislatore facciano presumere che la gravidanza sia riconducibile, in violazione del dovere reciproco di fedeltà, ad un rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge". Similmente, Corte cost. 14 maggio 1999, n. 170, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1662 ss. Il risultato utile non toglie il vizio di fondo dell'argomentazione utilizzata e, correttamente, la sentenza Cass. Civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315 conferma il risultato, depurando il ragionamento della Corte costituzionale dal fondamento della prova del rapporto adulterino, effettivamente anacronistica. La Cassazione afferma più correttamente che "un successivo ripensamento del marito, a prescindere da apprezzamenti di ordine etico, difetta della *ratio* su cui si fonda l'azione di disconoscimento perché rinnega una scelta già espressa con l'assunzione di una paternità presunta nonostante la piena contezza della sua non rispondenza alla paternità biologica. Detto ripensamento del resto, ove ammissibile, sfuggirebbe a limitazioni e tradirebbe le finalità per le quali il disconoscimento è contemplato, perché assegnerebbe al marito un *quid pluris* rispetto all'alternativa sopra evidenziata, vale a dire l'anomala licenza di rivedere la propria anteriore decisione, anche se siano rimasti fermi tutti i dati a suo tempo noti ed apprezzati, ovvero siano sopravvenute circostanze non certo meritevoli di tutela in pregiudizio del bambino già nato (quali il dissidio con il coniuge, il superamento dell'impotenza, o l'insoddisfazione per il frutto dell'inseminazione)".

¹⁷ La Consulta, invece, ha ritenuto che la preclusione assoluta di accesso alla p.m.a. di tipo eterologo introducesse un evidente elemento di irrazionalità rispetto allo scopo dichiarato della legge n. 40 del 2004 "di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1, comma 1), poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, con incidenza sul diritto alla salute della coppia, intesa come stato complessivo di benessere psichico, oltre che fisico, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*. Secondo la Corte, il divieto in questione cagiona, in altri termini, una "lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato", le quali devono ritenersi congruamente garantite dall'applicazione delle norme vigenti.

In particolare, per quanto concerne lo *status* giuridico del soggetto nato da p.m.a. di tipo eterologo, la questione è già regolata dall'art. 9 l. n. 40 che, prospettando il caso di un'eventuale violazione del divieto previsto dall'art. 4, comma 3, sancisce, a garanzia del soggetto stesso, che il coniuge o convivente che ha prestato il consenso all'applicazione della tecnica in questione non possa esperire successivamente azione di disconoscimento di paternità o impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità; inoltre, il donatore dei gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale né la titolarità di diritti od obblighi nei confronti del nato. Attualmente, pertanto, l'art. 8 che disciplina lo stato del nato è applicabile tanto alla fecondazione omologa quanto a quella eterologa. In entrambi i casi, il soggetto acquisirà lo stato di figlio nato nel matrimonio, se la coppia richiedente è coniugata, o di figlio riconosciuto, se la coppia non è unita in matrimonio. Si discute,



In una decisione del 1995, la Corte federale di giustizia tedesca aveva ammesso l'azione di disconoscimento da parte del marito che, nel momento della prestazione del consenso all'inseminazione eterologa, aveva espressamente rinunciato al suo diritto di contestare la filiazione legittima del bambino, sulla base dell'irrinunciabilità di tale azione prevista dal codice civile e della considerazione che l'interesse del minore non poteva essere tutelato attraverso l'imposizione di una paternità menzognera¹⁸. Dal consenso alla procreazione assistita eterologa, invece, la giurisprudenza faceva discendere in capo al marito – o al compagno¹⁹ – l'obbligo di mantenere il figlio²⁰. Le probabilità per il nato da inseminazione eterologa di ritrovarsi privo di un vincolo di paternità erano dunque assai

in quest'ultima ipotesi, sul significato della previsione normativa in rapporto alle modalità di acquisto dello *status*: se, cioè, la sola richiesta di accesso alle tecniche di p.m.a. importi il riconoscimento del figlio - come sembra evincersi dal dato letterale – o se, invece, sia comunque necessario, come taluno sostiene, un successivo atto di riconoscimento, in considerazione del fatto che la legge n. 40 non contiene alcuna deroga espressa alla disciplina dell'accertamento di *status*. Una deroga alle regole generali sulla formazione dell'atto di nascita è, invece, dettata dall'art. 9, comma 2, della legge per quanto concerne la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita, la quale non può esprimere la volontà di non essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, d.p.r. n. 396/2000.

Resta in piedi, invece, il divieto di maternità surrogata, di cui all'art. 12, commi 6 e 8, l. n. 40/2004, tecnica che lo stesso giudice delle leggi precisa essere ben distinta dalla donazione dei gameti.

In particolare, la non vincolatività dei cc.dd. contratti di maternità per concepimento e/o gestazione, come taluno li ha definiti, ovvero sia delle pattuizioni concernenti la coppia committente e la donna che si presta alla gestazione o fornisce soltanto l'ovulo, era stata ricavata da una rigorosa applicazione dell'art. 1322 cod. civ. che prevede, per i contratti atipici, il doppio vaglio di liceità e meritevolezza di tutela. Meritevolezza che deve misurarsi in primo luogo con i parametri normativi che scaturiscono dalla difesa del valore primario della persona umana. Da ciò promana la nullità, e dunque la non vincolatività di tali contrattazioni. Pertanto, legittimamente la madre su commissione può rifiutare di consegnare alla coppia committente il figlio da lei nato. Né tanto meno, secondo i principi generali (art. 2035 cod. civ.), si può ricorrere in giudizio per il pagamento di quanto pattuito o per la restituzione di quanto eventualmente già prestato a titolo di compenso per le particolarissime prestazioni effettuate.

Il principio per cui la maternità va attribuita alla donna che ha partorito il figlio, già ricavabile, come detto, dall'art. 269, comma 3, cod. civ., è confermato dall'art. 9, comma 3, l. n. 40/2004 che esclude qualsiasi relazione parentale fra il nato e colei – donna committente o terza donatrice – che abbia fornito il materiale genetico. Nel caso in cui venga formato un atto di nascita difforme, oltre a ricorrere il delitto di alterazione di stato, è possibile esperire l'azione di contestazione della maternità.

Nell'eliminare il divieto di eterologa, la Consulta afferma che i profili concernenti lo stato giuridico del nato trovano regolamentazione nelle relative norme della l. 19 febbraio 2004, n. 40, in quanto riferite ai “nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”. Pertanto, anche i figli nati da procreazione eterologa hanno lo *status* di figli nati nel matrimonio ovvero di figli riconosciuti dalla coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche di procreazione. Significativo è il richiamo, altresì, all'art. 231 c.c. così come modificato dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'art. 2 della l. 10 dicembre 2012, n. 219), che stabilisce che: «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio», laddove la norma previgente discorreva meramente del figlio «concepito durante il matrimonio». Per quanto attiene alla questione del divieto di disconoscimento, permane quanto stabilito dall'art. 9 l. 40 del 2004, confermando tanto l'inammissibilità di siffatta azione, che dell'impugnazione ex art. 263 c.c., così come modificato dal d. lgs. cit. Altresì, si ribadisce che la nascita da procreazione assistita eterologa non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche genitoriali tra il donatore di gameti ed il nato.

¹⁸ BGH, 12 luglio 1995: su tali argomenti, con ampie indicazioni dottrinali e giurisprudenziali, sia consentito rinviare al mio *Identità del figlio*, cit., spec. p. 73 ss.

¹⁹ La legge di riforma del diritto del minore del 16 dicembre 1997 (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*) riunisce nel medesimo titolo, al §1600 e ss. BGB le disposizioni relative alla contestazione della paternità e a quella del riconoscimento, assoggettandole ad un regime assai simile. Ne discende che, prima della riforma del 2002, anche il convivente era legittimato ad esercitare l'azione di disconoscimento.

²⁰ Per tutte, BGH, 3 maggio 1995, in *NJW*, 1995, p. 2028, nella quale la Corte stabilisce, tuttavia, che nel caso in cui sia il figlio a contestare il legame di filiazione non veritiero, cade l'obbligo di mantenimento da parte del marito.



elevate²¹, dal momento che la sua unica strada era costituita dall'azione di accertamento della paternità nei confronti del donatore, la cui identità doveva essergli rivelata.

La modifica di tale situazione, sollecitata più volte dalla Corte costituzionale tedesca, è intervenuta con la legge di riforma del 2002²², che sancisce l'irricevibilità delle azioni in contestazione esercitate dal marito della madre – o dal suo compagno –, che abbia prestato il consenso alla procreazione in forma scritta.

²¹ Tra l'altro, l'azione in contestazione della paternità nei confronti del padre legale era esercitabile anche dalla madre e dal figlio sulla base della disciplina ante-riforma (§1600 BGB previgente).

²² L. 9 aprile 2002 sul miglioramento dei diritti del minore (*Kindesverbesserungsgesetz*), modifica il comma 5 del § 1600 BGB, il quale dispone il divieto di contestazione della paternità da parte della madre o del padre nel caso in cui costoro abbiano prestato il consenso alla procreazione medicalmente assistita eterologa.



7. Per completare il quadro è necessario accennare al tema della maternità surrogata, anche detta maternità di sostituzione, che, com'è noto, abbraccia le tecniche attraverso le quali una coppia eterosessuale od omosessuale, realizza la propria aspirazione ad avere un figlio grazie al concorso di una donna che si obbliga a portare il bambino nel proprio ventre, consegnandolo ai cc.dd. genitori d'intenzione al momento della nascita. È possibile distinguere due tipi di maternità surrogata: la "gestazione per altri", nella quale la donna si limita a portare avanti la gravidanza e la "procreazione per altri", laddove la gestante sia anche la donna che ha fornito il materiale genetico¹.

In Europa soltanto i Paesi Bassi e il Regno Unito, cui si aggiungono la Grecia e la Russia e qualche altro Stato, consentono espressamente la maternità di sostituzione² – escludendone però la "contrattualizzazione"³ e l'onerosità⁴ –; altri ordinamenti, come quello belga, ma anche la Danimarca, la Finlandia, l'Irlanda, l'Ungheria e la Spagna non ne hanno sancito né il divieto né l'ammissibilità, lasciando alla giurisprudenza il compito di fronteggiare il vuoto legislativo, in una situazione che pone seriamente in pericolo la certezza del diritto⁵; e tuttavia la procreazione assistita è consentita per le coppie, senza discriminazioni, unite in matrimonio. Altri paesi si attestano su posizioni di chiusura, ponendo un rigoroso divieto per legge a tali tecniche⁶ e, tuttavia, il fenomeno del c.d. turismo procreativo fa emergere anche in questi ultimi numerosi problemi di non agevole soluzione, soprattutto allorché riguardino la tutela dei diritti fondamentali del fanciullo.

Non è questa la sede per indagare i complessi profili etici e giuridici della tematica, che toccano soltanto tangenzialmente l'oggetto del presente lavoro, per cui ci si limiterà ad affrontarla sotto il profilo delle conseguenze di diritto che derivano per il figlio da un

¹ I gameti possono essere forniti, altresì, da altre persone, giungendo a coinvolgere nella vicenda procreativa fino a cinque soggetti (la coppia ricevente, i due donatori e la madre surrogata). Sul tema della maternità surrogata cfr. L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famiglia*, 2002, 2, 1, p. 377 ss.; P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 3, 2, p. 193 ss.; F. BILOTTA, *La maternità surrogata*, in A. LIBERATI-F. BILOTTA, *Diritti della personalità e biotecnologie*, Roma, 1999, *passim* e spec. p. 99 ss.; A. BARBAZZA, *Diritti della personalità ed autonomia negoziale. Casistica: il contratto di c.d. maternità surrogata o "utero in affitto" ed il contratto di divieto di espatrio*, in *I diritti della personalità, Strategie di tutela, Inibitorie, Risarcimento danni, Internet*, a cura di S. RUSCICA, Padova, 2013, p. 95 ss.; F. PATRUNO, *La vicenda sul c.d. utero in affitto. Profili giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 4, p. 1642 ss.; A.B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, 2002; G. CASSANO, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, 2000, *passim*; D. CLERICI, *Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di maternità: problemi giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 3, 4, p. 1011 ss.

² Nei Paesi Bassi, tuttavia, non esiste una legge sulla maternità surrogata, che è regolata soltanto dalla normativa medica. Nel Regno Unito, invece, la materia è disciplinata dal *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 e dallo *Human Fertilisation and Embryology Act*, che nel 2008 e nel 2010 ha esteso l'accesso alle relative tecniche alle coppie conviventi e a quelle omosessuali.

³ In entrambi i paesi, discende dai principi della indisponibilità del corpo e dello status della persona che le convenzioni di maternità di sostituzione, sebbene formulate come veri e propri contratti, sono prive di qualunque forza vincolante. Gli impegni che le parti prendono reciprocamente sono considerati obbligazioni d'onore, fondate sul reciproco affidamento e sulla buona fede tra le parti (il *trust and goodwill* di matrice anglosassone).

⁴ I costi della gravidanza saranno però a carico della coppia ricevente.

⁵ In Belgio la maternità surrogata si pratica al di fuori di un inquadramento giuridico esplicito. Di recente, tuttavia, l'aumento del ricorso a tale pratica ha sollecitato la presentazione di alcune proposte di legge, il cui esame è ancora in corso nel parlamento belga. Cfr. *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, diretto da G. SCHAMPS-J. SOSSON, Bruxelles, 2013.

⁶ Oltre all'Italia che proibisce espressamente le tecniche di maternità surrogata nella l. 19 febbraio 2004, n. 40; tale divieto è posto dalla Francia con la legge sulla bioetica n. 94-653 del 1994; dalla Spagna con *ley* n. 351988 del 22 novembre 1988 e ribadito nella *ley* n. 14 del 26 maggio 2006; dalla Germania, nella legge sull'adozione e nell'*Embryonenschutzgesetz*; e dalla Svizzera, che lo ha introdotto nel testo della Costituzione (art. 119, comma 2, lett. b).



accordo di maternità surrogata già avvenuto, tralasciando il problema della scelta per l'ammissibilità oppure no di siffatte pratiche, che dipende da una pluralità di fattori, tra cui la storia, la cultura e la realtà sociale, poste a fondamento delle scelte di valore di un paese in materia di dignità umana, filiazione, procreazione e rapporti familiari.

Si distinguono due strade per la costituzione del vincolo giuridico tra il bambino e gli aspiranti genitori: la prima è quella della filiazione elettiva, attraverso l'adozione ordinaria, come avviene nei Paesi Bassi, ovvero mediante un regime che ne ricalchi lo schema⁷. Quest'ultima è la soluzione accolta dal Regno Unito, ove si disciplina una specifica procedura giudiziaria fondata sulla richiesta di un *parental order* da parte della coppia ricevente e sul consenso espresso della madre surrogata. Il carattere graduale di tale procedimento è volto a garantire alla gestante un ampio diritto di ripensamento⁸: fino alla sua conclusione, infatti, la donna che porta in grembo il bambino è considerata madre legale a tutti gli effetti, determinando così la natura mediata e indiretta del vincolo di filiazione che sorge nei confronti dei genitori d'intenzione⁹.

La seconda è quella seguita da quegli stati, tra cui la Grecia e la Russia¹⁰, nei quali la filiazione è stabilita immediatamente nei confronti dei riceventi, che sono designati come genitori legali nell'atto di nascita del bambino¹¹. Di regola, tuttavia, in tali ordinamenti si prescrive l'utilizzo del materiale genetico degli aspiranti genitori e, in ogni caso, il divieto che il figlio sia anche geneticamente legato alla madre gestante¹².

Se ne deduce che gli Stati che ammettono la maternità surrogata, pur non facendone oggetto di una condizione cogente, quando si stabilisce una procedura che affida la costituzione del legame di filiazione alla convenzione stipulata tra le parti, tuttavia

⁷ Così, L. BRUNET, *De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français, commentaire de CA Paris, 1^{re} chambre, 25 octobre 2007*, in *Revue générale de droit médical*, giugno 2008, n. 27, p. 176. L'A. pone in luce la situazione di incertezza di tutti i soggetti della vicenda: anche la coppia ricevente, infatti, può sottrarsi all'accordo e rifiutare di farsi carico del bambino. Si ricorda, infatti, che gli accordi di maternità surrogata non sono suscettibili di esecuzione forzata.

⁸ La *section 33* dello *Human Fertilisation and Embryology Act* dispone che: «*the woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child*».

⁹ Alcuni hanno voluto rinvenire in tale carattere l'*escamotage* etico su cui in tali paesi si è fondata l'ammissibilità della maternità di sostituzione e cioè il principio per cui la madre gestante non possa essere costretta a separarsi dal bambino, lasciandole la libertà di scegliere se tenerlo oppure no.

¹⁰ Ma anche la California e l'Africa del Sud, tra gli altri.

¹¹ Ovviamente, con importanti distinzioni tra le procedure scelte. In Africa del Sud, ove la materia è disciplinata dal *Children Act* del 2005 (modificato nel 2007 e nel 2010), la filiazione nei confronti della coppia ricevente è stabilita in seguito all'omologazione da parte del giudice della convenzione di maternità surrogata. In Grecia, la legge del 19 dicembre 2002, modificata nel 2005, prevede una procedura simile, per cui si dispone l'iscrizione dei nomi dei genitori d'intenzione nell'atto di nascita a seguito del controllo dell'accordo da parte del tribunale. In California, i genitori d'intenzione possono ottenere, prima della nascita del bambino, una dichiarazione giudiziale della filiazione (*pre-birth judgement*), per cui, nell'atto di nascita essi saranno indicati come genitori legali.

¹² Fa eccezione la California, nella quale è soltanto la pratica dominante che impone siffatta regola, per cui l'utilizzo del materiale genetico della madre surrogata comporta il rischio che costei reclaims il bambino, impugnando il provvedimento del giudice, com'è avvenuto nel caso *In re Marriage of Moschetta* del 1994 (*In re Marriage of Moschetta*, 30 Cal. Rptr. 2d 893 [Cal. Ct. App. 1994]), nel quale la Corte d'Appello californiana ha deciso in favore della gestante che non voleva più separarsi dal bambino. Il principio è accolto anche dagli stati che scelgono la soluzione della filiazione elettiva, come il Regno Unito, ove la *section 54* dello *Human Fertilisation and Embryology Act* prevede, tra le condizioni per effettuare la maternità surrogata, l'utilizzo del materiale genetico di almeno uno dei due aspiranti genitori.



tendono a privilegiare l'utilizzo del materiale genetico di colei che sarà la madre legale, in modo da introdurre l'operatività di una specie di principio di verità.

Invece, per i Paesi che non ammettono queste pratiche, si pongono, tuttavia, i problemi scaturenti dal c.d. turismo procreativo, allorché i genitori che, secondo le normative vigenti nel paese di elezione, ritornano nel proprio ordinamento pretendendo la trascrizione dell'atto di nascita dello stato straniero in cui risultano genitori *tout court* del nato¹³.

Nell'ordinamento francese, che vieta rigorosamente il ricorso alla maternità surrogata, la giurisprudenza respingeva fermamente le richieste di trascrizione sulla base del principio dell'indisponibilità dello *status personae* e della contrarietà all'ordine pubblico interno ed internazionale¹⁴: soluzione che suscitava non poche critiche in dottrina, incentrate sulla contrarietà all'interesse superiore del bambino così generato, costretto a portare il peso della scelta dei genitori.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa sulla questione, nel giugno del 2013, in un caso¹⁵ relativo alla richiesta, in un primo momento accolta e poi rifiutata dal giudice francese, di trascrizione dell'atto di nascita da parte di una coppia di coniugi che avevano stipulato una convenzione di maternità surrogata in California, rinvenendo nella condotta delle autorità francesi un'eccessiva ingerenza dello Stato nella vita privata e familiare, contrastante con l'interesse superiore del fanciullo. Secondo i giudici di Strasburgo, il rifiuto della trascrizione non può costituire uno strumento di disincentivo delle tecniche di maternità surrogata, obiettivo che può essere raggiunto attraverso altre modalità, senza sacrificare il diritto all'identità del bambino.

Sulla medesima linea si pone il noto *arrêt* della Corte EDU, Paradiso e Campanelli c. Italia¹⁶, che ha censurato il provvedimento con il quale il giudice italiano ha disposto l'allontanamento e l'affidamento ai servizi sociali e, in seguito, ad altra famiglia del bambino portato in Italia da una coppia di coniugi che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata in Russia e che avevano richiesto al ritorno, due mesi dopo la nascita, la trascrizione del certificato di nascita che li indicava come genitori¹⁷. In tale decisione, tuttavia, la Corte di Strasburgo, pur affermando che il rifiuto della trascrizione da parte del tribunale rilevi ai sensi dell'art. 8 CEDU, quale misura integrante un'ingerenza nella vita privata e familiare della coppia, evita di pronunciarsi nel merito della questione, sul presupposto che non

¹³ È raro, invece, il ricorso alla maternità surrogata nel territorio dello stato, in frode alla legge, caso in cui non può trattarsi che di una procreazione per altri, ossia della tecnica per cui la madre surrogata fornisce anche il materiale genetico.

¹⁴ Per tutte, Cass. civ. 6 aprile 2011, in *Dalloz*, 2011, p. 1522, con nota di D. BERTHIAU e L. BRUNET.

¹⁵ Corte EDU, *Mennesson c. France*, 26 giugno 2014. Cfr., in proposito, M. GIACOMINI, *Il riconoscimento della maternità surrogata all'estero: la risposta della Cour de Cassation*, in questa *Rivista*.

¹⁶ Corte EDU, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 gennaio 2015.

¹⁷ Le autorità italiane rigettano la richiesta dei genitori d'intenzione, dal momento che il Consolato di Mosca aveva provveduto ad inviare i documenti al tribunale competente e al comune, comunicando la presenza di false attestazioni, per cui i coniugi sono indagati penalmente ai sensi degli artt. 479 e 489 c.p. Nello stesso tempo, il Tribunale per i minorenni inizia un procedimento per la dichiarazione dello stato di abbandono, e dunque per l'adottabilità, del neonato, durante il quale il padre chiede l'esperimento di un test di DNA, da cui risulta che egli non è il padre biologico del bambino. Successivamente, il Tribunale dispone per l'allontanamento del bambino dalla casa della coppia e lo affida prima ad una struttura d'accoglienza e, poi, ad una nuova famiglia, provvedimenti confermati dalla Corte d'Appello.



erano stati esauriti tutti i gradi di giudizio interno, per soffermarsi su quanto attiene all'allontanamento del bambino dalla casa dei ricorrenti. Nel sancire la violazione del diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti e del bambino, la Corte EDU ribadisce il principio per cui è rinvenibile la sussistenza di una *vie familiale* anche qualora i legami familiari siano puramente di fatto e non siano fondati né sulla verità biologica né su quella del vincolo giuridico, come nel caso in questione, ove il bambino aveva trascorso sei mesi della sua vita con i genitori d'intenzione.

Ne deriva che l'assenza del legame genetico non può influire negativamente sull'esistenza di quello familiare, né tantomeno vi è motivo che impedisca di considerare l'accertamento del legame genetico come rilevante sotto il profilo del diritto del singolo di sviluppare relazioni con i propri simili. L'aspetto relazionale costituisce, infatti, il fondamento del diritto all'identità personale, quale diritto della persona a definire se stessa attraverso le relazioni con la società, ricompreso nella nozione di vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. Soltanto il superiore interesse del fanciullo deve fungere da criterio-guida nell'adozione di una misura destinata ad incidere profondamente sulla personalità del bambino, quale l'allontanamento dai genitori d'intenzione e i due affidamenti successivi, provvedimenti che di regola sono stabiliti sulla base della sussistenza di un pericolo per la salute psico-fisica del fanciullo. Al contrario, la prospettiva seguita dal giudice interno appare alla Corte di Strasburgo manifestamente improntata «al bisogno di porre fine alla situazione di illegalità», assumendo, altresì, una connotazione sanzionatoria. Il richiamo all'ordine pubblico, tuttavia, non può giustificare a priori ogni misura adottata dagli stati, poiché su di essi incombe l'obbligo di tenere in conto l'interesse superiore del bambino indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o giuridico che sia.

Delicati problemi, suscita, peraltro, l'ipotesi in cui le parti facciano ricorso alla maternità surrogata in Paesi nei quali tale pratica è ammessa. Si discute, in particolare, sulla possibilità di riconoscimento, nel nostro Stato, dello *status* di figlio della coppia committente italiana, legittimamente acquisito nello Stato di nascita. In mancanza di specifica disciplina al riguardo, dovrebbe essere applicabile l'art. 33 l. n. 218/95, secondo il quale l'accertamento e la contestazione dello *status* di filiazione sono regolati dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino. L'atto di nascita nel quale il nato risulta, ai sensi della legge straniera, figlio della coppia committente dovrebbe, pertanto, essere trascrivibile in Italia, sempre che si ritenga conforme all'ordine pubblico *ex* art. 65 l. n. 218/95. In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza di merito, in un caso in cui si trattava del riconoscimento di due *parental orders* emessi nel Regno Unito, che attribuivano ad una cittadina italiana la maternità di due bambini nati da una cittadina inglese a seguito di surrogazione eterologa di maternità¹⁸.

¹⁸ 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, 3, p. 1409 ss.; 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, p. 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, p. 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*



Sulla stessa linea di pensiero, successivamente, si è mossa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, in una prima pronuncia, ha condannato la Francia per non aver riconosciuto lo *status filiationis* derivante da un contratto di maternità surrogata stipulato all'estero in un caso in cui il marito della donna committente era anche genitore biologico del minore: la Corte ha sostenuto, infatti, che il mancato riconoscimento violasse l'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata), comprensivo del diritto all'identità personale. In una pronuncia successiva, la stessa Corte EDU ha condannato – nel citato caso Paradiso e Campanelli c. Italia - l'operato delle autorità italiane che avevano sottratto il nato alla coppia italiana che aveva fatto ricorso alla surrogazione di maternità in Russia, affidandolo a terzi, in quanto ciò costituiva un'illegittima interferenza nella vita privata e familiare dei soggetti coinvolti, senza che ciò corrispondesse al *best interest of the child* che era quello di conservare il rapporto di fatto costituitosi già da tempo.

Nel nostro ordinamento, com'è noto, vige il criterio che, in base ai principi del *best interest of child* nonché al principio dell'*imitatio naturae*, consente l'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa alle coppie eterosessuali: precetto confermato dalla legge sulle unioni civili. Resta da chiedersi, tuttavia, se, una volta caduto il suddetto divieto di eterologa, le istanze, sempre più pressanti, di parificazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali nel riconoscimento del diritto a procreare condurranno a scardinare anche il principio della necessaria eterosessualità della coppia richiedente. Nel frattempo, ove una donna *single* o partner di una convivenza omosessuale acceda alla fecondazione eterologa in un Paese straniero in cui ciò è consentito, se la donna partorisce all'estero si pone il problema della trascrivibilità dell'atto di nascita, in base ai principi di ordine pubblico; se, invece, la donna partorisce in Italia, il nato avrà lo *status* di figlio riconosciuto della medesima e nessuna relazione parentale potrà instaurarsi con la sua eventuale partner. Con applicazione analogica dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/83, peraltro, come si è visto, alcune decisioni di merito hanno sostenuto che in tal caso quest'ultima possa ricorrere all'adozione del figlio della compagna. Il problema si inserisce in quello più ampio della possibilità dell'adozione di un minore da parte di una coppia omosessuale.

(Nota a Corte d'Appello di Bari, 13 febbraio 2009), in *Fam. e dir.*, 2010, f. 3, p. 251 ss.; A. M. PRINCIGALLI, *Maternità surrogata nella esperienza francese; frode alla legge e interesse dei figli*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, 3, p. 519 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e status del nato*, in *Famila*, 2002, 2, p. 387 ss.; R. NATOLI, *La maternità surrogata: le dinamiche sociali e le ragioni del diritto*, in *Giur. it.*, 2001, p.1417 ss.; 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, c. 1699 ss. Cfr., altresì, 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.



8. Il tema, assai controverso, sembra lontano dal trovare soluzioni concordi sia in dottrina che in giurisprudenza, e non riceve elementi di chiarificazione dalla legge italiana sulle unioni civili¹. La questione è collegata al fatto che per il riconoscimento delle coppie omosessuali e per la tutela dei loro diritti sussiste un'ampia varietà di soluzioni legislative adottate dagli Stati che hanno aderito alla CEDU². Queste oscillano, come si è visto, dal rifiuto di ogni forma di garanzia della loro vita familiare³ al riconoscimento di figure di partenariato registrato o di tutela "paramatrimoniale", fino all'accesso all'istituto matrimoniale. Analogamente, con riferimento all'adozione in generale e all'adozione coparentale, nello specifico, da parte di coppie *same-sex*, non è riscontrabile un'uniformità nelle opzioni 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, autorizza e il matrimonio e l'adozione ("step parent adoption")⁴; la Germania consente la *step child adoption* nel 2001; così in

¹ 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, 8/9, pp. 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, 11, pp. 16-21; A. ZANFELI - G. C. TURRI, *È tempo per 'aprire' all'adozione da parte di coppie omosessuali?*, in *Minori giustizia*, 2013, 3, pp. 267-269; L. FRANCO, *Il «gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali fra affidamento e adozione*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2013, vol. 29, 10, pp. 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, 3, pp. 672-676.

² 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 questa *Rivista*, ottobre 2012, pp. 1 ss., 9, la quale fa notare che «Un'analogia 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».

³ In Italia, per quanto esistessero anche prima dell'entrata in vigore della l. 20 maggio 2016 n. 76 norme che riconoscevano taluni diritti alle coppie conviventi, il legislatore esitava di fronte ad alcuni temi, tanto da rendere essenziale il ruolo sostitutivo della giurisprudenza, volto a colmare le ormai inaccettabili lacune del convivente in genere e di quello *more uxorio* in particolare. Cfr., ad esempio, 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, p. 2455. In una interessante sentenza, l'espressione *more uxorio*, nata in un primo momento con riferimento alle convivenze tra coppie eterosessuali, è stata estesa dalla giurisprudenza anche a quelle omosessuali; in tal senso Trib. Milano, 15 dicembre 2009, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2010, 1, p. 152 ss., 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, App. Milano, 31 agosto 2012, n. 407, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2012, 4, p. 1044.

⁴ 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.



Belgio⁵ 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 2005/13⁶, 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 omosessuali⁷. Successivamente, si allinea la Francia, con la c.d. loi Taubira del 23 aprile 2013-404⁸ (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*⁹ e del *concubinage*, consentiti anche a persone del medesimo sesso, la disciplina in materia di adozione aveva assunto la scelta di aprire alla "coppia", ma non alla famiglia, allorché riservava l'adozione congiunta esclusivamente ai coniugi non separati sposati da almeno

⁵ La legge 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

⁶ 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* conugate possono anche accedere all'istituto dell'adozione.

⁷ 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.

⁸ "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.

⁹ N. RODEAN, *Pacs e matrimonio: istituti analoghi nella riscossione dei benefici matrimoniali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, 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, p. 203 ss.; C. S. PASTORE, *Le unioni registrate e i Pacs in Europa*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 202 ss.; M. GUILLAUME, *La Constitution de 1958 et l'Europe: de l'union libre au Pacs*, in *Pouvoirs*, 2008, p. 71 ss.; A. SOLIMENE, *In tema di pacs*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, p. 877 ss.; A. AMBANELLI, *La disciplina del pacte civil de solidarité e del concubinage*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 75 ss..



due anni o che avessero 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 suscitava in Francia critiche severe, soprattutto per la contraddizione con la disciplina della "adoption simple"¹⁰, 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.

La Francia, in effetti, dopo una lunga vicenda a fasi alterne, si è trovata soccombente nei giudizi dinanzi 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)¹¹. Tuttavia, la giurisprudenza non aveva 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"¹² 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 adottiva¹³.

Si pone, peraltro, la questione 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 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 *arrêt* 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

¹⁰ In Italia, sul tema, tra i tanti, v. G. ZINCONE, *Adozione ai single, nogo da sciogliere*, in *Dir. e giust.*, 2006, 16, p. 12 ss.; 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 ss.; M. GUGLIEMI, *Sull'adozione da parte del singolo*, in *Giur. merito*, 1997, 1, p. 190 ss.; 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 ss.; M. ASTONE, *L'adozione del minore da parte del singolo*, in *Dir. fam. e pers.*, 1995, p. 516 ss.

¹¹ 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.*, 2, 2012, pp. 201-211; E. FALLETTI, *La Corte Europea dei Diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Fam. Dir.*, 2008, p. 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, p. 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.

¹² Cass., 20 febbraio 2007, n. 06-15.647; Cass., 20 febbraio 2007, n. 04-15.676.

¹³ Cass., 24 febbraio 2006, n. 04-17.90; Cons. const., 28 gennaio 2011.



“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’accesso 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”.

Successivamente, una pronuncia della Cassazione francese¹⁴ dà 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 o no nella vicenda un illecito raggio al divieto di ricorrere alla procreazione assistita per le coppie omosessuali. La decisione tuttavia sancisce che, dato il susseguente matrimonio intervenuto tra le conviventi, non vi siano 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»¹⁵. La vicenda si conclude con l’affermazione della possibilità di adozione del minore anche da parte del single, omo o etero che sia.

Tra i Paesi che si oppongono – o si opponevano - 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 pronuncia resa il 13 febbraio 2013 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’Uomo nel caso *X. and Others v. Austria*¹⁶ conferma le progressive aperture della Corte di Strasburgo *in primis* in ordine alla qualificazione (per prima avvenuta nella nota sentenza *Schalk and Kopf*¹⁷) della relazione stabile e duratura tra

¹⁴ Cass., 23 settembre 2014.

¹⁵ Per la lettura delle motivazioni espresse dalla Cassazione francese nelle motivazioni, v. <http://www.courdecassation.fr/>.

¹⁶ 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 pronuncia 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 mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. di dir. pubb. com.*, 2012, p. 859 ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2007.

¹⁷ Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, in *Alfam (Actualité juridique famille)*, 2010, p. 333. Di recente la Corte EDU, sez. Grande Chambre, 7 novembre 2013, n. 29381, in *Guida dir.*, 2013, 47, p. 103, ha puntualizzato che «Gli Stati non hanno un obbligo di adottare misure positive volte a riconoscere unioni civili per



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 pronunce, 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”¹⁸, 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. Dopo la condanna della corte di Strasburgo, l’Austria revoca il divieto di adozione per le coppie omosessuali.

In Italia, in assenza di un adeguato dato normativo si contrappone una tendenza “riformista”, culminata nella pronuncia del 29 agosto 2014 n. 299 del Tribunale per i minorenni di Roma¹⁹, il quale ha riconosciuto l’adozione di una bambina di cinque anni da parte della compagna della madre naturale²⁰: questa in Spagna aveva preso parte a un

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 pronuncia, 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, p. 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, p. 67 ss.; L. HODSON, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, in *Human Rights Law Review*, 2011, n. 1, pp. 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 dir. int.*, 2011, n. 2, pp. 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, p. 643 ss.

¹⁸ 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, p. 360 ss.

¹⁹ 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, p. 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».

²⁰ 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. [...] 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



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”²¹. 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)²² 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 le circostanze del caso concreto, meglio secondo le specifiche modalità nelle quali si svolge il rapporto familiare che coinvolge il minore²³.

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.

²¹ 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).

²² 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, c. 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, p. 665 con nota di M. GATTUSO; in *Giur. it.*, 2012, p. 1767; in *Notariato*, 2012, p. 504, con nota di E. CALÒ e in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 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, p. 1294., secondo cui: «È 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 pronuncia 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».

²³ 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, p. 33 ss., e spec. p. 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”».



9. La disciplina sembra operare, allora, mediante il riferimento a due motivi fondamentali, che ne costituiscono le chiavi interpretative: da un lato, il profilo identitario, che privilegia la conservazione del rapporto genitore-figlio consolidatosi nel tempo, quale che sia il principio di verità – legale, biologica o sociale – che lo sorregge; dall’altro, quello che assicura la maggior tutela, rispetto agli altri pur degni di considerazione, all’interesse del figlio, in massimo grado quando questi non abbia raggiunto il pieno sviluppo della sua personalità e della sua autonomia.

L’opinione prende forza, tra l’altro, non soltanto dal dettato costituzionale, di cui agli artt. 30 e 31 in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, comma 2, della nostra Costituzione, ma anche dal quadro internazionale ed europeo in cui il sistema indagato si inserisce.

Se ci si sofferma sulla situazione europea, pur rinviando alle Convenzioni internazionali a tutela dei diritti del bambino più volte richiamate, la normativa di riferimento si rinviene in primo luogo negli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, spesso citati nel corso dell’indagine.

Disposizioni che sono state riprese dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, negli artt. 7 e 9, cui si aggiungono la protezione giuridica, economica e sociale della famiglia (art. 33) e della maternità (art. 34).

La Corte di Strasburgo, nella sua attività interpretativa della CEDU, si considera garante di un ordine pubblico costituzionale europeo, basato sul riconoscimento di un nucleo essenziale di diritti fondamentali a ciascun cittadino degli Stati componenti l’Unione: catalogo di situazioni giuridiche essenziali alla dignità della persona e alla garanzia della personalità che deve necessariamente configurarsi come uniforme.

Tale imperativo discende infatti dalla finalità di assicurare nell’ordinamento sovranazionale la libertà di circolazione delle persone e delle situazioni che ad esse si ricollegano all’interno delle relazioni intessute sia con i privati che con le autorità statuali. Si tratta dunque del riconoscimento e della protezione dei diversificati “status” che possono venire man mano in considerazione, tra i quali, non da ultimi, quelli riconducibili ai rapporti familiari.

È da sottolineare, in particolare, come, alla luce della disciplina novellata nel 2012, non sia più sostenibile la tesi, avanzata sotto il vigore della precedente normativa, della preponderanza, nella filiazione matrimoniale, degli interessi di ordine pubblico riguardanti lo stato delle persone e collegati alla certezza degli *status* familiari. Come già affermavamo allora e come trova conferma, ora, nella normativa riformata, l’interesse alla certezza non può assumere posizione preminente rispetto a quelli esistenziali che entrano in gioco in tali delicatissimi rapporti e che trovano espressione, da un lato, nel concorso dei profili della verità biologica e della responsabilità nella definizione della nozione di paternità o di maternità, dall’altro nella decisiva rilevanza attribuita all’interesse del figlio a conservare lo *status* pur non conforme al vero ma che sia diventato, nel tempo, autonomo segno distintivo della propria identità personale.



La questione relativa alla nozione di *status* è una delle più antiche e controverse, ed è ben difficile darne sia pur rapidamente conto. E' opportuno tuttavia sottolineare l'accezione che si accoglie di *status*. Da tempo la nozione e in particolare quella di *status familiae* è stata sottoposta a vivace e approfondita critica, giungendo da parte di taluno a metterne in dubbio non soltanto la utilità, ma la stessa configurabilità come nozione autonoma. Certamente, se lo *status* si risolve nella nozione di «qualità» personale acquisita dal soggetto nell'uno o nell'altro settore della sua vita di relazione, esso perde sia di determinatezza che di utilità pratica. Il concetto riacquista l'una e l'altra se invece vuole significare l'individuazione della concreta posizione del soggetto nell'ambito familiare, intesa come autonomo e qualificato effetto giuridico ricollegato ad una specifica fattispecie ovvero alle circostanze obbiettive previste dalla legge.

Il rischio, d'altro canto, è di far assumere alla nozione di stato la natura di strumento idoneo al conseguimento di un fine superiore perseguito dall'ordinamento giuridico rispetto a quello dei componenti del gruppo familiare. La visione è superata e si iscrive nelle teoriche che individuavano il fondamento dello *status* nella ragione di Stato o nella ragione di famiglia, cioè nei presunti interessi superindividuali perseguiti da tali aggregati. Più volte si è dimostrato che la Costituzione italiana nell'art. 2 non consente di considerare preminente l'interesse della formazione sociale famiglia su quello della persona che ne fa parte, ma attribuisce alla famiglia, in quanto formazione sociale, lo scopo essenziale di favorire il libero ed armonico sviluppo della persona nel rispetto dei suoi diritti inviolabili. Di talché, il concetto di *status* non può divenire strumento diretto a conculcare tali diritti inviolabili in nome di un interesse superiore¹.

Emerge ancora una volta, come motivo centrale di ogni discorso sulla situazione del figlio minore, il suo interesse. Le tendenze delle legislazioni nazionali, nonché delle organizzazioni internazionali (cfr. l'art. 7 della Dichiarazione dei diritti del fanciullo dell'ONU, 20 novembre 1959 e la Dichiarazione di New York del 1989) sono tutte orientate nel senso di favorire l'attuazione di tale interesse. Quel che offre difficoltà è da un lato l'esatta individuazione di cosa si intenda per interesse del figlio minore e dall'altro la determinazione dei soggetti cui spetta il compito di prefigurarne estensione e limiti, giacché qui si avverte l'inevitabile interferenza con gli interessi di altre persone: l'eventuale conflitto o finanche il semplice coordinamento tra interessi differenti esige quantomeno l'indicazione di un criterio circa la prevalenza dell'uno o dell'altro nelle ipotesi patologiche.

¹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, spec. p. 131 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 317 ss. Tra i numerosi scritti sulla materia, v., in particolare, P. STANZIONE, (per citare i principali in argomento) *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., *passim*; *Persona fisica (diritto civile)*, in Enc. Giur. Treccani, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; *Minorità e tutela della persona umana*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, p. 758 ss.; *Dal soggetto alle persone*, Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di Studio in onore del Prof. Angelo Falzea. Messina, 4-7 giugno 2002, a cura di V. Scalisi. Milano, 2000, p. 133 ss.

Analogamente, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, p. 145 ss.; M. Bessone e G. Ferrando, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 197; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, *ivi*, p. 369 ss.

In generale sul tema, nella sterminata letteratura, si rinvia a P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 211.



È indubbio che il dato normativo si arresta alla mera enunciazione del perseguimento di tale interesse. La mancanza di una definizione legislativa non è dovuta tanto al rifiuto di fornire indicazioni in proposito quanto alla consapevole scelta di lasciare la conformazione di tale interesse alle esigenze di volta in volta manifestate dal singolo soggetto in accordo con lo svolgimento della sua personalità. Ne deriva che non è possibile pervenire ad una definizione astratta, valida per tutti i tempi e per tutti i luoghi, per ogni occasione. Sì che il criterio da seguire consiste nell'individuare in ciascuna ipotesi, secondo le circostanze ambientali in cui si trova ed agisce il minore e facendo altresì riferimento alle peculiarità di ciascuna vicenda, l'interesse che va concretamente perseguito. Tutt'al più, in linea con le valutazioni espresse dall'ordinamento giuridico, l'interesse del minore non può essere tutelato quando si identifica con l'arbitrio, con il capriccio².

Dall'altro punto di vista, il problema tocca i soggetti che dell'interesse devono individuare i contenuti. Qui, in linea generale, bisognerebbe sostenere che, siano i genitori nella fase fisiologica, sia il giudice, nella fase patologica, dall'osservatorio del figlio si tratta pur sempre di persone «estrane» rispetto a chi – quando abbia raggiunto i presupposti per assumere una decisione consapevole – deve operare una scelta che lo concerna direttamente nell'ambito delle situazioni strettamente personali. Ma il discorso va affrontato in una maniera più analitica. È già il legislatore – oltre che il costume sociale – a prevedere una serie di temperamenti al rigido principio in base al quale spetterebbe ai genitori la scelta anche in ordine alle situazioni esistenziali. Non ci si riferisce tanto ai noti esempi, quali quello del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio e altri simili, quanto piuttosto all'articolato sistema delle “audizioni”, predisposto dal legislatore del '75 ed oggi generalizzato, con il nuovo termine di “ascolto” del minore.

Altre osservazioni riguardano il tipo di rapporto preso in considerazione ai fini della valutazione dell'interesse del figlio. Così, altro è se esso è guardato esclusivamente nei confronti dei genitori: soprattutto nel rapporto educativo bisogna assicurarne la prevalenza, tenendo altresì presente che esso è tutto proiettato verso il futuro, nel comporre le linee di

² Imprescindibile è il riferimento a P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., spec. p. 346 ss., che, per primo, ha descritto l'interesse del minore nella configurazione citata, diffusa ormai nella gran parte delle esperienze giuridiche. Cfr. ID., *Interesse del minore e “statuto” dei suoi diritti*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Tomo II, Milano, 1994, p. 1767, ove l'A. sostiene che: “L'apprezzamento dell'interesse del minore dev'essere lasciato alla valutazione casistica delle circostanze presenti nell'ipotesi concreta, sì da individuare di volta in volta l'effettiva tensione di sviluppo. E mi sembra che sia la strada imboccata da tempo dalla giurisprudenza italiana. Aumentano quindi le perplessità nei confronti della definizione di cui all'art. 5 dis. legge e da un duplice punto di vista. Innanzitutto, l'interesse del minore fuoriesce sicuramente dall'ambito in cui l'identificazione con la sola relazione parentale vuole restringerlo. Il rilievo è tanto più fondato in quanto si consideri che è lo stesso disegno di legge a prevedere specifici e interessanti ambiti di tutela per il minore, anche sulla scorta delle disposizioni della Convenzione di New York: si pensi all'intero titolo II, dal diritto alla salute specialmente con riferimento ai servizi socio-sanitari obbligatori, dal diritto alla formazione culturale e professionale con i richiami ai doveri delle istituzioni scolastiche, dal diritto all'educazione fisica ai rapporti con i mezzi di comunicazione, dove è contenuto (art. 13.1) un espresso riconoscimento della riservatezza del minore. E alla fin fine, la pretesa definizione in positivo dell'interesse del minore si risolve anch'essa – sia pure nei limiti appena denunciati – in una clausola generale, l'unica a consentire flessibilità e necessario adattamento ad una personalità in formazione, com'è quella del minore”. Si veda anche ID., *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997; G. DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, II, p. 1604 ss.; G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 167 ss.; E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema del diritto civile*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 80 ss. Più di recente, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 86 ss. e ivi ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza.



un armonico sviluppo della persona. Altro è se l'interesse del figlio è calato nel più vasto campo dell'interesse della famiglia. E qui si rendono opportune talune precisazioni. Quando si discorre d'interesse della famiglia non si fa riferimento – per ormai diffusa convinzione e come si è avuto modo più volte di precisare – ad un interesse superiore, del gruppo, cui sia subordinato quello dei singoli membri della famiglia. Interesse della famiglia non è la sintesi, ma la somma degli interessi dei vari componenti, che proprio nell'armonizzazione realizzata nell'ambito della famiglia rinvergono idonee possibilità di adeguato sviluppo. Ne deriva che l'interesse del figlio va valutato e coordinato con quello di eventuali altri figli. Il che si può tradurre, sul piano operativo, anche in talune limitazioni o comunque in un temperamento delle varie esigenze, in accordo altresì con le risorse economiche dell'intera famiglia. Così accade del resto, più in generale, allorché sono coinvolte nel discorso decisioni dei genitori relative a questioni di particolare importanza: come, ad esempio, la fissazione della residenza familiare.

10. Se le considerazioni fin qui svolte sono esatte, del tutto condivisibili sono le valutazioni della sentenza che si prende in esame relativamente al rifiuto di considerare “famiglia” soltanto quelle che dall'unione di persone di sesso differente vede la nascita di un figlio.

L'assunto, per la corte, violerebbe il diritto fondamentale di autodeterminarsi e di formare una famiglia così come scaturente dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 31, e 32 cost., la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale, che, tuttavia, a nostro avviso, per gli intrecci tra le fonti concorrenti nazionali e sovranazionali di rango superiore, si traducono nella stessa nozione di ordine pubblico costituzionale.

Occorre accertare, allora, se nel concorrere degli interessi e dei valori – che nell'ipotesi si fronteggiano, per il necessario bilanciamento da disegnare, nell'«equilibrio delle libertà» da costruire, vi siano principi e valori essenziali da salvaguardare che si oppongano alla riconoscibilità dello *status filiationis* così formato oppure vi siano, al contrario, soltanto delle mere «opzioni legislative», in ambiti nei quali, come quelli disciplinati dalla l. n. 40 del 2004 o dell'art. 269, comma 3, cod. civ., non vi siano «rime costituzionali obbligate».

Nel quadro normativo nazionale e internazionale, in cui l'ordinamento italiano si colloca, è ampio il novero delle possibili alternative per il legislatore, come del resto sottolinea la sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, più volte ricordata.

Poiché in «questi temi eticamente sensibili» il legislatore ha il dovere di individuare, nel rispetto della dignità della persona, un «ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze»: in tal senso si pronuncia il giudice delle leggi. Ma, se ne deduce, se la discrezionalità del legislatore è così ampia, allora non esiste un vincolo costituzionale che imponga il diniego della cogenitorialità nelle unioni omosessuali.



Da qui l'enunciazione del principio di diritto secondo cui "l'atto di nascita straniero (valido, nella specie, in base ad una legge in vigore in un altro paese della UE) da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito), non contrasta, di per sé, con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica riproduttiva non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla l. n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate".

Resta l'ostacolo maggiore, quello della innegabile riprovazione del legislatore italiano, ampiamente giustificata dal fondamentale rinvio all'art. 2 cost. di tutela della dignità personale, nei riguardi della pratica della maternità surrogata.

Ma in proposito la corte, riferendosi esplicitamente, altresì, ad altre decisioni di corti supreme straniere, in un ulteriore esempio di "cross fertilization", utilizza la stessa nozione di genitorialità che in altri studi si era tentato di tracciare e sembra condividerla.

Infatti, nel caso in esame non è rinvenibile un'ipotesi di maternità surrogata bensì un vincolo relazionale sorto all'interno di un progetto comune di vita che comprende anche la nascita di un figlio. A questo figlio le madri si legano sia per i fattori genetico e biologico sia in una prospettiva di assunzione di responsabilità genitoriale non dissimile da quella che può sgorgare da un'unione eterosessuale – ad esempio tra persone che siano assolutamente relativamente infertili – o che si addice ad un legame adottivo.

Il divieto di acquisizione degli *status* parentali nei confronti del terzo donatore qui si applica solamente a colui il quale ha fornito il gamete maschile.

Da questi legami e da questo progetto di vita scaturisce un rapporto di filiazione che non si regge soltanto sulla fonte costitutiva – in questo caso il matrimonio contratto all'estero tra le due madri –, ma anche sull'assunzione di responsabilità, sul rapporto educativo, sul legame affettivo, in un contesto in cui sono individuabili, nell'ambito dello *status filiationis* così costituito, sia il profilo della verità che quello della responsabilità.

Ne deriva l'ulteriore principio di diritto: «Il caso non costituisce una ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna per averlo l'una partorito e l'altra trasmesso il patrimonio genetico».

11. Mentre in passato la volontà di fondare una famiglia si manifesta sistematicamente attraverso l'istituzione matrimoniale, oggi la nascita di un figlio spesso contraddistingue tale volontà di fondazione: anche sotto questo aspetto l'opposizione tra filiazione legittima e filiazione naturale ha perduto la sua funzione originaria.

La possibilità che si profili un bivio sulla strada del rapporto familiare, laddove genitorialità biologica e legale non coincidano, sembra confermata se si osserva che la qualifica di genitore biologico non comporta automaticamente l'attribuzione delle situazioni giuridiche complesse, composte di diritti e doveri, normalmente associate dall'ordinamento



alla genitorialità. Parallelamente, colui che è considerato genitore, sotto un profilo legale, potrebbe non essere il genitore biologico del bambino¹.

In tale prospettiva, la ricostruzione di un diritto all'identità, correlato alla vicenda della filiazione naturale, non può non porre al centro l'interesse del figlio ad esprimere una preferenza, certo non capricciosa ma radicata su evidenze di fatto, tra diverse verità, a favore di quella che più si avvicina alle esigenze di vita del minore. L'opzione di sancire la preminenza dell'una o dell'altra realtà sulle caratteristiche identitarie del figlio, infatti, potrebbe concorrere in maniera diversa e spesso contrastante allo sviluppo della sua personalità e il dilemma va risolto tenendo conto del concreto interesse della parte, per definizione, più vulnerabile e provvista di più deboli strumenti per far valere le proprie ragioni.

Emerge sempre più forte la consapevolezza che un nuovo attore recita il suo ruolo nella commedia familiare, ed è la famiglia ricostituita, che non concerne soltanto la nuova coppia, ma altresì, ed è il profilo più delicato, i figli dell'uno e dell'altro conviventi con il nuovo compagno del genitore, che vi sia oppur no tra di essi un vincolo matrimoniale. Il che ha due conseguenze. L'una, maggiormente evidente e nel solco della tradizione, si traduce in un approccio più consapevole alla questione della spartizione dei compiti legati alla potestà dei genitori, che inizia a scavalcare i confini fino ad allora consueti della dicotomia titolarità-esercizio. L'altra ancora latente ma che si avverte in numerosi aspetti della nuova disciplina come bisogno di regolamentazione, e non soltanto nell'ordinamento francese², riguarda le funzioni che assume nella quotidiana convivenza con il minore il partner, coniuge o convivente, del genitore.

I sociologi allora ricorrono a un nuovo termine: quello di "genitorialità", prima nel modo attenuato di "monogenitorialità", poi perdendo per strada il prefisso "mono". La genitorialità intesa come funzione sarebbe da distinguere dal mero fatto di "essere genitore". L'una può essere ed è anche in via di diritto disgiunta dall'altra. E del resto molti esempi offre in tal senso l'ordinamento, oltre che la vita. Ma tutti riportano al profilo identitario. Si giunge così all'ultimo passo, che compie la corte ma che si era delineato nei miei precedenti studi in argomento, che lega filiazione, interesse del minore e identità.

«Profondissimo è divenuto il pozzo dell'identità e su questo troppi giuristi evitano ancora di sporgersi»³, essa è, perlopiù, territorio della filosofia, delle scienze sociologiche, di

¹ Cfr. E. STEINER, *op. cit.*, p. 2 ss.

² Sul tema interessanti riferimenti e ricche indicazioni di dottrina e giurisprudenza in E. RICHARD, *Réflexions sur le domaine d'application du principe de coparentalité*, Thèse doctorale, Lille, 2009, *passim* e spec. p. 183 ss. Cfr., altresì, anche in prospettiva comparatistica, i saggi raccolti in AA. VV. *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, cit.; *adde* F. DELECOURT, *L'enfant dans les recompositions familiales*, Thèse doctoral, Lille, 1994. Per l'approccio sociologico, cfr. P. LEGENDRE, *Le dossier occidental de la parenté*, Fayard, 1988 nonché M. SEGALIN, *Sociologie de la famille*, Paris, VI ed., 2008, *passim* e spec. p. 95 ss. e F. DE SINGLEY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, II ed., 2002, *passim* e spec. p. 82.

³ Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, p. 298. Si veda, altresì, F.D. BUSNELLI, *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, p. 7 ss. Per l'A., Il lungo silenzio del diritto sul tema dell'identità personale che ha contraddistinto l'epoca delle grandi codificazioni, nonché buona parte del secolo passato, era dovuto essenzialmente alla scarsità di connessioni col diritto positivo. Invero, tanto il Code Napoleon che il BGB trascurano volutamente tale profilo, confinandolo nel giuridicamente irrilevante. Nel primo, il perseguimento di un diritto di tutto il popolo francese, che



quelle psicologiche, abituate a calarsi negli abissi della mente dell'uomo, a maneggiare l'incandescente materia dei sentimenti.

Di un ritorno del diritto ai sentimenti si discorre oramai da lungo tempo in dottrina, da quando per l'uomo moderno, anzi post-moderno⁴, si delinea l'esigenza di un diritto a misura della persona, che si modelli quanto più possibile sulla realtà dei fatti, senza ignorarne la complessità costringendola in schemi forzati.

È l'ideale prosieguo del percorso che ha condotto dal soggetto alla persona, con il profilo che ne emerge dalla Costituzione del 1948, consentendo ad essa, con il proprio patrimonio identitario, di intaccare rompere innervare di sé la dura superficie dell'astrazione giuridica. La concezione soggettivistica ha ormai da tempo assolto il suo compito: affermare l'eguaglianza di ciascuno dinanzi alla legge, livellando le diversità sotto il manto della soggettività giuridica. Il punto di svolta è ben evidente nell'art. 3 cost., allorché tale norma, pur sancendo al primo comma il principio di eguaglianza formale, fa entrare la realtà dei fatti, trasportata prepotentemente nel secondo comma dalla menzione degli «ostacoli di ordine economico e sociale» che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

In una prospettiva in cui la persona è posta al centro del sistema, l'identità costituisce il presupposto sostanziale su cui si fonda l'idea medesima di diritto, che riposa sulla concezione dell'uomo come essere stabile e regolare, le cui caratteristiche definiscono un essere continuo e uguale a se stesso. Ciò si riflette nella prima operazione di riconoscimento che il diritto compie attribuendo alla persona un nome: l'identificazione si fonda sulla supposizione di un'identità susgiacente, un soggetto stabile e costante malgrado i cambiamenti nel corpo e le trasformazioni dello spirito.

superasse i particolarismi forieri, fino a quel momento, di privilegi e immunità, sacrifica l'*identité* della persona in nome dell'*égalité* di tutti i *citoyens*, celati da un'unica e indistinta *volonté du peuple*. Nel secondo, allo scopo di porre fine alla frantumazione delle consuetudini locali, che avevano a lungo impedito la medesima elaborazione di un unico codice civile, il sacrificio dell'identità personale si compie in nome della realizzazione di una *Gleichheit* assolutizzata nello Stato unitario, nel quadro di un'*Allgemeiner Teil* orientata all'astrazione della *Rechtsfähigkeit*. Particolarmente significativa, in tale contesto, appare la svolta del codice civile italiano del 1942 che prevede due norme nuove, rispetto al codice del 1865: l'art. 6, che introduce il diritto al nome, inteso come qualcosa di più di un mero segno distintivo e l'art. 10 sulla tutela dell'immagine, dal contenuto innovativo, poiché svincola la riparazione di un pregiudizio all'immagine della persona dall'esistenza di un danno al suo onore o alla sua reputazione. Si tratta delle prime aperture ad una tutela dell'identità personale, che, com'è noto, si svilupperà soltanto nella seconda metà del XX secolo, sulla scia dell'elaborazione angloamericana, fino a scontrarsi con l'attuale problema della *multiple identity*.

⁴ E. JAYME, *Pos-modernismo e direito da família*, *Boletim da Faculdade de Direito* 78, 2002, p. 213; J.J. LEMOULAND, *Le pluralisme et le droit de famille, post-modernité ou pré-déclin?*, in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 133 ss. L'illustre giurista Paolo Grossi, nella *Lectio Doctoralis* "La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno" tenuta all'Università di Macerata il 12 giugno 2013, afferma: «Mi è capitato più volte nello stretto giro di questi ultimi anni, di usare, a proposito del Novecento giuridico, l'aggettivo "post-moderno" e di usarlo sempre con un sottostante duplice sentimento, in sé fortemente contraddittorio perché esprime allo stesso tempo un grosso disagio ma anche una ferma convinzione. Disagio per essere quell'aggettivo, almeno a una prima apparenza, privo di contenuti specifici; convinzione, per avere, pur nella sua innegabile genericità il pregio di segnalare un profilo relevantissimo a chi vi guardi con occhi attenti al divenire e al trasformarsi di un'esperienza giuridica: che si sta lasciando cioè alle spalle un ben definito terreno storico quale mondo di ieri – appunto il moderno – e che ci si sta inoltrando in un terreno ancora non ben definito, ma altro e diverso. L'aggettivo post-moderno, insomma, applicato al Novecento giuridico, ha il pregio di puntualizzare con efficacia che in esso non prosiegue impassibile la modernità, ma che si va maturando, lentamente e progressivamente, un tempo marcato da caratteri nuovi, i quali a loro volta segnalano sommovimenti nel profondo delle stesse fondazioni socio-politico-giuridiche».



I filosofi da sempre si interrogano sul problema dell'identità dell'uomo e continuano a farlo nonostante l'incapacità di rinvenirne la definizione, un criterio che ne individui le caratteristiche essenziali, senza più costruirla come un'entità sostanziale inscritta nell'essere, ferma e immutabile nel tempo, una sorta di una rassicurante quanto indifferenziata *memetè*.

David Hume, nel rifiutare tale impostazione, discorreva di un sentimento d'identità, definibile come l'intima convinzione dell'esistenza della propria identità, risultante da operazioni complesse grazie alle quali si attribuisce a determinati fatti e circostanze dell'esperienza proprietà di rassomiglianza, di causalità, di contiguità, che li unificano e riconducono a sistema⁵. Se per Hume, tale sentimento corrisponde alla presa d'atto che l'identità non può esistere se non come illusione, nel pensiero moderno di Paul Ricoeur esso serve a fondarne una nuova concezione, che egli rinviene nel risultato della continua dialettica tra *ipse* e *idem*, vale a dire tra la percezione di sé come essere unico e la continuità del soggetto nel tempo e nello spazio⁶, ricomprendendo in essa la possibilità del cambiamento. Così interpretata, la nuova concezione d'identità si iscrive in una prospettiva diacronica, definendosi come il sentimento della persona di rimanere la medesima attraverso il tempo⁷.

È possibile tracciare un ideale parallelo con l'evoluzione della nozione giuridica di identità⁸, affrancatasi oramai dalle teorie pubblicistiche-amministrativistiche, che la riconducono al mero insieme dei dati anagrafici della persona (nome, sesso, data e luogo di nascita, caratteristiche fisiche e così via)⁹ e più gradualmente da quelle che la rinvergono esclusivamente nella sua corretta identificazione da parte della società¹⁰.

⁵ Il filosofo scozzese scrive: «For my part, when I enter most intimately into what I call *myself*, I always stumble on some particular perception or other, of heat or cold, light or shade, love or hatred, pain or pleasure. I never can catch *myself* at any time without a perception, and never can observe anything but the perception» in D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, Book I, Part. IV, Section VI *Of personal identity*, ed. L. A. Selby-Bigge, 2ª ed., P. H. Nidditch, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 252.

⁶ P. RICOEUR, *Tempo e racconto*, II, *La configurazione del racconto di finzione*, Milano, 1987. Agli occhi dell'A. la nozione di identità deve affrancarsi dall'esclusivo riferimento alla permanenza dell'*idem*, che pur la fonda etimologicamente, per rinvenirsi nella dialettica tra il sé (*ipse*) e l'identico, nel senso dell'estremamente somigliante. La nozione di "identità narrativa" assume, pertanto, una funzione mediatrice che consente di porre in essere tale dialettica.

⁷ D. GUTTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, 2000, *passim*.

⁸ Sul dibattito riguardante i contenuti del diritto all'identità della persona e i suoi labili confini rispetto ad altri diritti della personalità, quali, in particolare, diritto all'immagine e diritto alla reputazione, si vedano in prospettiva generale, R. TOMMASINI, *L'identità dei soggetti tra apparenza e realtà: aspetti di una ulteriore ipotesi di tutela della persona*, in, *Il diritto all'identità personale*, a cura di G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, Padova, 1981, p. 84 ss.; AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milano, 1985; V. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 363 ss.; M. COSTANTINO, *Oggetto e tutela dell'esclusività dell'immagine di sé*, in Id., *Rischi temuti, danni attesi, tutela privata*, Milano, 2002, p. 257 ss.; G. PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003; di recente cfr. anche N. IRTI, *Parte III. La persona e la famiglia*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. I, Milano, 2007, p. 212 ss.

⁹ L'orientamento dottrinale che avvalorava il superamento della concezione "anagrafica" dell'identità personale è anticipato da Adriano De Cupis, per il quale l'identità personale costituisce un diritto soggettivo della personalità e si sostanzia nell'interesse della persona ad apparire, nell'ambito sociale, per quello che essa realmente è. La portata innovativa della sua teoria risiede nel non circoscrivere la tutela dell'identità personale ai segni distintivi attribuiti dall'ordinamento per individuare una data persona (nome, pseudonimo e così via), bensì nell'estendere siffatta tutela alle ipotesi di offesa all'identità personale che prescindono da un uso illegittimo di tali segni, come nel caso in cui si distorce la rappresentazione



Agli orientamenti fondati su un riconoscimento formale della persona si contrappone la visione individualistica, per cui si accredita rilevanza al dato interiore, alla proiezione personale di sé verso l'esterno. L'emergere di sempre più numerose istanze identitarie – legate a fattori sociali, religiosi, sessuali, tecnologici¹¹ – ha introdotto nella nozione di identità personale la tensione dialettica tra la sfera interiore della persona e le manifestazioni di essa nella sua esperienza di vita, in particolar modo, le sue relazioni sociali.

Si tratta, a ben vedere, della trasposizione in tale ambito del principio personalistico per cui l'uomo è al centro del diritto non come individuo isolato bensì come *homme situé* in un complesso di relazioni, essenziali allo sviluppo della sua personalità (art. 2 cost. it.; art. 1 II GG; art. 10.1, cost. spagn.).

La nuova prospettiva si fonda, dunque, non più sulla mera identificazione da parte della società¹², bensì sulla ricerca della coincidenza tra la proiezione della persona nella vita sociale, la traccia che essa lascia esteriormente ed oggettivamente e la percezione che abbia di sé, riconoscendo, in tal modo, un diritto di essere uguali a se stessi¹³.

Si può discorrere, pertanto, di un passaggio dall'identificazione all'identità e da questa ad un sentimento d'identità, nutrito direttamente dal desiderio di conoscere la propria discendenza¹⁴, per cui su di esso si appunta la medesima tutela riservata ai diritti fondamentali sanciti nel patto tra consociati e posti al centro del continuo dialogo tra corti interne e sovranazionali. In tal modo, dalla *freedom from* della prima stagione delle tutela civilistica dell'identità personale si trascorre alla *freedom to* – anzi alle *freedoms to* – della nuova concezione che tanto deve alla elaborazione delle Corti costituzionali nel continuo dialogo con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: al contenuto statico e negativo della prima, si aggiunge un contenuto dinamico e positivo, comprendente un comportamento attivo del suo titolare

di una persona, omettendo elementi reali o aggiungendo elementi irreali. Si delineano, così, le due dimensioni dell'identità personale: da un lato l'interesse all'identificabilità della persona, dall'altro alla corretta rappresentazione sociale della personalità. Si vedano, in particolare, A. DE CUPIS, *La verità nel diritto*, in *Foro it.*, 1952, e in *Teoria e pratica del diritto civile*, p. 175; ID., *Tutela assoluta dell'individualità personale*, in *Foro it.*, 1955; ID., *I diritti della personalità*, Milano, 182, *passim* e spec. p. 403.

¹⁰ Secondo siffatta impostazione, l'identità personale “costituisce una sintesi della ‘storia’ di ciascun soggetto che consente ai consociati di identificarlo con una persona ben precisa la cui vita passata e presente è caratterizzata da talune vicende”, cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *voce Identità personale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IX, Torino, 1993, p. 294.

¹¹ Con il trasformarsi dell'*homo oeconomicus* in *homo tecnologicus* si fa avanti in dottrina l'idea di un'identità elettronica, quale modo in cui la persona si manifesta nella dimensione elettronica e dei nuovi media. Sul punto, da ultimo, N. IRTI, *op. cit.*, p. 213, che discorre di “corpo elettronico”; ma v. già in tal senso, S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Roma-Bari, 2004.

¹² v. M. DOGLIOTTI, *Persone e famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO tomo I, Torino, 1999, p. 99.

¹³ Imprescindibile è il riferimento alla sentenza della Corte costituzionale italiana 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1668; in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 867; in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 526; in *Giur. cost.*, 1994, p. 95, con nota di A. PACE; in *Fam. dir.*, 1994, p. 135, con nota di G. SERVELLI, *Rettifica degli atti di stato civile e mantenimento del cognome*. La Corte sancisce che l'art. 2 cost. riconosce e garantisce il diritto all'identità personale, ponendolo così tra i diritti che formano il patrimonio irrinunciabile della persona umana: “Si tratta del diritto ad essere se stesso, con il relativo bagaglio di convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenzia, al tempo stesso qualificandolo, l'individuo. L'identità personale costituisce dunque un bene per sé stessa, a prescindere da, anzi proprio in forza di 'pregi e difetti' caratterizzanti evidentemente ogni soggetto: a ciascuno, è dunque, riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata, indipendentemente da qualsivoglia situazione sociale ed economica”.

¹⁴ Così, D. GUTTMANN, *op. cit.*, p. 29.



Criterio ispiratore è il prevalente interesse del minore, da intendere non come mera proclamazione d'intenti, bensì come principio guida effettivo individuato nel caso concreto come interesse dello specifico bambino di cui si tratta, attraverso una valutazione oggettivo-relativa del giudice. In siffatta prospettiva vanno letti gli artt. 7 e 8 della Convenzione di New York, che sanciscono il diritto del figlio di conoscere, nella misura del possibile, i propri genitori (art. 7)¹⁵, considerato quale presupposto necessario per la costruzione dell'identità personale (art. 8)¹⁶, nonché l'art. 30 della Convenzione dell'Aja¹⁷, che prevede l'obbligo per gli Stati firmatari di «conservare con cura le informazioni in loro possesso sull'origine del minore, in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre e i dati sui precedenti sanitari del minore e della sua famiglia e, dall'altro, quello di assicurare l'accesso del minore o del suo rappresentante legale a tali informazioni, nella misura in cui sia consentito dalle leggi dello Stato»¹⁸.

La Corte di Strasburgo ha contribuito a delineare il contenuto del diritto di conoscere le proprie origini a partire dal caso *Gaskin c. Regno Unito* del 7 luglio 1989, che puntualmente richiama anche la pronuncia in esame, in cui discorre di un "interesse primordiale" della persona a ricevere le informazioni necessarie a conoscere e a comprendere la propria infanzia e i propri anni di formazione, quale manifestazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU)¹⁹.

La riconduzione della questione nell'alveo dell'art. 8 CEDU apre la strada alle pronunce successive in cui la Corte continua a plasmare la nozione di vita privata e familiare, ampliandone la portata fino a ricomprendere nel concetto di vita familiare non soltanto le relazioni derivanti dal matrimonio, ma anche il legame di fatto, fondato sulla costanza di vita e sull'affetto posti alla base del rapporto²⁰ e ad includere in quello di vita privata l'integrità fisica e psicologica di un individuo, gli aspetti dell'identità fisica e sociale

¹⁵ L'art. 7 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo stabilisce che: «il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere allevato da essi. Gli Stati parti vigilano affinché questi diritti siano attuati in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi che sono imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia, in particolare nei casi in cui se ciò non fosse fatto, il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide».

¹⁶ La norma dell'art. 8 Convenzione di New York prevede che: «gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile». È significativo che la norma riconduca alla nozione di identità personale del fanciullo, oltre alla nazionalità e al nome, le relazioni familiari che a lui fanno capo.

¹⁷ La Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale è firmata a L'Aja il 29 maggio 1993 ed è ratificata in Italia con l. 31 dicembre 1998, n. 476.

¹⁸ In argomento, P. VERDIER-M. DUBOC, *Retrouver ses origines, L'accès au dossier des enfants abandonnés*, 2ème ed., éd. Dunod, coll. *Enfances*, 2002, *passim*.

¹⁹ Corte EDU, *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 488. La Corte ha seguito la linea della Commissione che aveva sostenuto che: «il rispetto della vita privata impone di permettere a ciascuno di stabilire i dettagli della propria identità di essere umano e che vietare a priori e senza giustificazioni l'accesso a tali informazioni costituisce una violazione dell'art. 8 della Convenzione». Sull'*arrêt* in parola, v. F. NICOLAS-MAGUIN, *L'enfant et les sortilèges: réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines*, in *Dalloz*, 1995, p. 75 ss.

²⁰ Sia consentito il rinvio alla giurisprudenza citata in M.G. STANZIONE, *Rapporti di filiazione e "terzo genitore"*, in *Fam. dir.*, n. 2, 2012, p. 201 ss. Si veda, altresì, M.G. LUCCIOLI, *Giurisprudenza delle Corti (CGE, CEDU, Corte Costituzionale, Corte di Cassazione) sui profili esistenziali della famiglia*, in questa *Rivista*.



e, in certa misura, il diritto di stringere relazioni con i suoi simili, ricollegandosi idealmente all'art. 8 della Convenzione di New York che ricomprende nella nozione di identità le relazioni familiari del fanciullo.

Al centro del nuovo sistema delineato dalle riforme in materia familiare, come si è visto, si pone ora la filiazione con il suo triplice carattere: la funzione generatrice, che inserisce il figlio in una linea di sangue; la funzione "istituzionale", che lo individua come appartenente a quella determinata famiglia e gli conferisce i segni distintivi ad essa relativi; la funzione genitoriale, per cui ai genitori è attribuito un complesso di diritti e doveri nei confronti del figlio. I profondi mutamenti della prima stagione di riforme non erano giunti, però, a scuotere dalle fondamenta il diritto della filiazione come è accaduto negli ultimi due decenni con l'avvento del progresso scientifico che ha permesso all'uomo di padroneggiare la procreazione attraverso svariate tecniche, per cui ci si chiede se giungerà a porre in discussione anche uno dei caratteri fondamentali dell'istituto giuridico della filiazione: l'unicità del vincolo che lega il figlio ai propri genitori, tanto che già in dottrina si inizia a discorrere di "multigenitorialità", mutuando ancora una volta un nuovo termine dal linguaggio dei sociologi.

Se è vero che le elencate funzioni della filiazione possono essere distribuite tra più persone – è il caso della filiazione adottiva, di quella ottenuta attraverso tecniche di fecondazione eterologa, delle famiglie ricomposte ove il nuovo compagno della madre o del padre svolge di fatto le funzioni di genitore –, è necessario tenere ben distinti i piani su cui esse si svolgono: quello delle origini, legato alla ricerca dell'identità; quello della filiazione in senso stretto, legato alla costituzione di un vincolo giuridico nascente dal fatto biologico della procreazione ovvero dal consenso prestato all'adozione o alla procreazione assistita; infine, quello della genitorialità, legato alla responsabilità di chi si assume il dovere di crescere ed educare un figlio da "genitore", attraverso lo svolgimento delle funzioni genitoriali.

La filiazione si presenta allora come realtà complessa, impossibile da costringere nelle sole dimensioni biologica e legale; esistono invece molteplici dimensioni di verità, legate all'affetto, al *tractatus*, allo scorrere del tempo, in altre parole al rapporto che si svolge tra genitore e figlio.

Se a partire dagli anni settanta, la scelta compiuta dagli ordinamenti di non imporre più il modello tradizionale di famiglia, incentrato sul matrimonio, a più di quarant'anni da quelle riforme, in un contesto sociale e culturale profondamente mutato, la frantumazione ormai compiuta di quell'unico modello in una miriade di realtà familiari genera istanze di certezza e stabilità. La famiglia è divenuta incerta²¹: filiazione e genitorialità acquistano un ruolo preponderante, con la funzione essenziale di inserire un bambino in una data famiglia, vale a dire in una struttura stabile e coerente nello svolgersi del tempo, in grado di assicurare il suo futuro²².

²¹ L'espressione è di L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, 1989, *passim* e spec. p. 12 ss.

²² C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français – Étude critique*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2009, *passim*.



Nel panorama attuale che vede accentrarsi il modello della famiglia incerta – non più stabile – e per conseguenza della “famiglia ricostituita”, il perno attorno al quale si svolge il rapporto genitori-figli e cui si ancora la perennità della “genitorialità” è per l'appunto l'effettività del rapporto e dunque la conservazione in termini di “cogenitorialità”.

A tale principio si aggiunge l'altro, altrettanto basilare e che informa di sé l'intera disciplina sulla condizione giuridica del minore, che accentua e sovraordina l'interesse del figlio, specie se minore, a tutti gli altri interessi che si confrontano in tema di accertamento dello *status*. Infatti, se il figlio è minore, massima garanzia richiede la sua personalità in formazione anche sotto il profilo identitario e l'assenza di pregiudizi alla sua persona; se il figlio è maggiore di età, entra in campo la tutela della sua personalità ancora una volta sotto il profilo identitario. Rilievo essenziale assume il fatto che si sia consolidato nel tempo un rapporto genitore-figlio, basato sull'*affectio* e sull'assunzione di responsabilità genitoriale, cui non è possibile sottrarsi se non con i limiti e il rispetto dei presupposti rigidi stabiliti dalle stesse normative, delle quale peraltro quei principi si prospettano altresì come criteri interpretativi.

La disciplina sembra operare, allora, mediante il riferimento a due motivi fondamentali, che ne costituiscono le chiavi interpretative: da un lato il profilo identitario, che privilegia la conservazione del rapporto genitore-figlio consolidatosi nel tempo, quale che sia il principio di verità – legale, biologica o sociale – che lo sorregge; dall'altro quello che assicura la maggior tutela, rispetto agli altri pur degni di considerazione, all'interesse del figlio, in massimo grado quando questi non abbia raggiunto il pieno sviluppo della sua personalità e della sua autonomia.

L'opinione prende forza, tra l'altro, non soltanto dal dettato costituzionale, di cui agli artt. 30 e 31 in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, comma 2, della nostra Costituzione, ma anche dal quadro internazionale ed europeo in cui il sistema indagato si inserisce.

Se ci si sofferma sulla situazione europea, pur rinviando alle Convenzioni internazionali a tutela dei diritti del bambino più volte richiamate, la normativa di riferimento si rinviene in primo luogo negli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, più volte richiamati nel corso dell'indagine.

Disposizioni che sono state riprese dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, negli artt. 7 e 9, cui si aggiungono la protezione giuridica, economica e sociale della famiglia (art. 33) e della maternità (art. 34).

La Corte di Strasburgo, nella sua attività interpretativa della CEDU, si considera garante di un ordine pubblico costituzionale europeo, basato sul riconoscimento di un nucleo essenziale di diritti fondamentali a ciascun cittadino degli Stati componenti l'Unione, catalogo di situazioni giuridiche essenziali alla dignità della persona e alla garanzia della personalità che deve necessariamente configurarsi come uniforme²³.

²³ In tal senso anche R. CIPPITANI, *Riforma dello status e fonti comunitarie*, in AA.VV., *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 119 ss. e ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.



Tale imperativo discende infatti dalla finalità di assicurare nell'ordinamento sovranazionale la libertà di circolazione delle persone e delle situazioni che ad esse si ricollegano all'interno delle relazioni intessute sia con i privati che con le autorità statuali. Si tratta dunque del riconoscimento e della protezione dei diversificati "status" che possono venire man mano in considerazione, tra i quali, non da ultimi, quelli riconducibili ai rapporti familiari.

È ben noto, infatti, il processo attraverso il quale la libertà di circolazione diventa la base per riconoscere la titolarità di situazioni soggettive di natura non esclusivamente patrimoniale, come per l'appunto i diritti fondamentali esistenziali e sociali²⁴. Questi, in virtù dell'art. 6 Trattato UE, diventano obiettivi finalizzati al processo d'integrazione europea e, in quanto tali, mediante l'interpretazione conforme e quella teologica, incidono necessariamente sui rapporti giuridici anche quando questi ultimi non siano di esclusiva competenza delle Istituzioni e degli organismi sovranazionali²⁵.

Non sorprende, pertanto, che i rapporti familiari, più di altri espressione della persona e della personalità, e che la persona accompagnano nello spazio giuridico europeo, siano oggetto peculiare dei fenomeni descritti.

Si afferma da tempo come conseguenza del processo d'integrazione europeo, l'individuazione di alcuni principi di diritto familiare sovranazionale, destinati dunque ad armonizzare le normative – e l'applicazione delle medesime da parte degli operatori del diritto, nei Paesi che fanno parte dell'Unione²⁶.

Il primo di tali principi si può configurare nel senso della necessità di operare per il riconoscimento giuridico dei rapporti familiari "nella sostanza", ovvero indipendentemente dalla loro qualificazione formale da parte dello Stato di appartenenza: in tal senso vengono

²⁴ Da tempo – ancor prima dell'approvazione della Carta di Nizza e del Trattato di Lisbona –, la Corte di giustizia europea proclama l'appartenenza all'ordinamento comunitario dei diritti fondamentali: CGCE, 12 novembre 1969, C-29/69, *Stander*, in Racc. 1969, p. 419. Successivamente precisa che tra i principi generali del diritto comunitario sono compresi i diritti fondamentali della persona anche se non previsti esplicitamente nei Trattati, ma in quanto sanciti dalle Costituzioni degli Stati dell'Unione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo da questi sottoscritta. Il punto è pacifico in dottrina: per tutti, V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, Perugia, 2010, *passim*.

²⁵ Per ulteriori argomentazioni cfr. R. CIPPITANI, *op. cit.*, p. 122 ss.

²⁶ È d'obbligo, in proposito, il rinvio a E. JAYME, *Die Entwicklung des europäischen Familienrechts. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in *FamRZ*, 1981, p. 221 ss. Sembra deviare in qualche modo dalla tradizione continentale il diritto inglese, ancora gravato dalle pesanti discriminazioni in pregiudizio dei figli nati al di fuori del matrimonio. Infatti, l'irrilevanza giuridica dei figli non matrimoniali venne attenuata soltanto agli inizi del ventesimo secolo, quando si riconobbe l'esistenza di un legame giuridico tra la madre e il figlio naturale, tenendo il padre indenne da ogni conseguenza. Soltanto con il *Family Law Reform Act* del 1969 si consente ai figli naturali di succedere ai propri genitori. La parificazione avviene con il *Family Law Reform Act* del 1987 e il *Children Act* del 1989, ma con una singolare soluzione. Si proibisce al legislatore ogni riferimento alla nascita nel matrimonio oppure no, ma non si equiparano le posizioni dei genitori rispetto ai figli comuni. Infatti, se non vi è matrimonio, soltanto la madre acquisisce immediatamente la *parental responsibility* in conseguenza della nascita, mentre il padre la ottiene soltanto se fa espressa richiesta di essere menzionato nell'atto di nascita, oppure se stipula con la madre una convenzione che distribuisce tra i genitori poteri e obblighi o ancora, in caso d'impossibilità di un accordo, rivolgendosi al giudice perché sia lui a dirimere il conflitto in nome del best interest del figlio. Rimane dunque una sensibile differenziazione di tutela tra figli matrimoniali e non matrimoniali: cfr., in materia, G. BILÒ, *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, in *Famiglia*, 204, p. 831 ss., nonché G. GIAIMO, *The status of the child nell'ordinamento giuridico inglese: brevi raffronti comparatistici*, in AA. VV., *La parificazione degli status di filiazione*, cit., p. 181 ss.



letti ed operano l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 8 CEDU.

Ancora più rilevante è l'aggancio compiuto dalla Corte EDU tra l'esistenza del rapporto genitore-figlio anche soltanto sul piano dell'effettività – in difetto del relativo riconoscimento formale – e il principio altrettanto fondamentale, anche sul piano sovranazionale della garanzia dell'interesse del minore, in un'epoca che non si esita a definire come quella del “diritto paidocentrico”²⁷: questa volta è il giudice del Lussemburgo²⁸ a sancire che l'obbligo del rispetto della vita privata e familiare dev'essere costruito intorno alla garanzia dell'interesse del minore, che diventa il fulcro dell'ordine giuridico comunitario ben oltre l'ambito delle relazioni familiari, ai sensi dell'art. 24, § 2, della Carta dei diritti fondamentali.

Sulla base dell'interesse del minore, la giurisprudenza della Corte EDU impone di abbandonare la classica dicotomia *favor veritatis-favor legitimatis*, che non può continuare a dominare la fase costitutiva del rapporto di filiazione né tantomeno la vicenda estintiva.

Se da un lato la Corte, fin dal caso Marckx, in base al principio di non discriminazione, condanna e continua nel tempo a condannare le legislazioni nazionali che fanno dipendere da un atto discrezionale di riconoscimento la costituzione del vincolo giuridico tra madre e figlio – accomunando nella condanna Francia e Italia –, dall'altro afferma che il rispetto della vita familiare, nella sua concezione sostanziale, comporta la prevalenza della filiazione in senso biologico o in senso sociale su ogni forma di presunzione²⁹.

Pertanto, come logica conseguenza, nel caso Chavdarov v. Bulgaria³⁰ si riconosce al padre biologico il diritto di costituire relazioni genitoriali basate sull'*affectio* e l'assunzione di responsabilità attraverso l'affidamento, anche quando non sia possibile contestare la paternità legale.

Al contrario, la mancata convivenza e l'assenza di relazioni affettive protratte nel tempo non consentono di ricorrere all'art. 8 CEDU. In ogni caso, pur non avendo rilievo

²⁷ L'espressione, famosissima e assai citata, è di J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, Paris, 1980, p. 370.

²⁸ CGCE, 27 giugno 2006, C-540/03, Parlamento/Consiglio, in Racc. 2006, p. I-5769, punto 58.

²⁹ Cfr. Corte EDU, 27 ottobre 1994, Kroon e altri c. Paesi Bassi, cit.

³⁰ Corte EDU, 21 dicembre 2010, ricorso n. 35159/09: la decisione concerne il caso di un cittadino bulgaro, cui era stato negato il diritto di ottenere il riconoscimento della paternità nei confronti di tre minori nati dalla sua relazione con una donna sposata durante il periodo in cui i due convivevano. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha preliminarmente evidenziato come gli Stati membri godano di un certo margine di apprezzamento nel disciplinare la filiazione, area assai delicata e complessa poiché coinvolgente gli interessi di genitori, figli e parenti, nonché questioni di carattere morale, etico, sociale e religioso. Con particolare riferimento poi alla legittimazione del padre biologico ad agire contro la presunzione di paternità del marito, invocato dal ricorrente, la Corte continua a ritenere che qui vi sia spazio per la discrezionalità del legislatore statale, poiché come manca tuttora un consenso sulla questione tra gli Stati firmatari della convenzione. La Corte, pertanto, ritiene non contrastante con l'art. 8 CEDU, la legislazione bulgara nella parte in cui non consente al padre naturale di promuovere alcuna azione di disconoscimento di paternità, ma per altro verso riconosce che essa è da considerarsi confacente al superiore interesse del minore e dunque tale da imporre l'affidamento dei minori al padre naturale con il quale si sono instaurati legami familiari basati sull'*affectio* e sulla responsabilità genitoriale.



come *status*, il rapporto di filiazione di sangue è fondamento per la garanzia del diritto di conoscere le proprie origini, pur bilanciato con quello opposto dell'anonimato di chi procrea, eventualmente riconosciuto dalla legislazione nazionale.

In altre parole, il criterio primario che scaturisce dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia è quello secondo cui nel nome dell'interesse del minore e sulla base dell'assunzione di responsabilità genitoriale, la dimensione sociale e affettiva della filiazione riceve garanzia non soltanto rispetto alla dimensione legale, ma anche nei confronti della stessa verità biologica.

12. In questo quadro argomentativo si inserisce l'affermazione della corte secondo cui anche il figlio nato da due madri va tutelato nel suo diritto a conservare lo *status filiationis* legittimamente acquisito e garantito in quello altrettanto essenziale alla continuità dei rapporti affettivi.

Afferma decisamente che l'art. 31 cost. non esclude alcun modello di cogeneritorialità.

Rinviene argomenti fondati sul forte legame tra identità genetica, biologica e identità personale, garantita sul piano interno e internazionale dal riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini sia nei confronti dell'adottato sia, in alcune esperienze nei confronti del nato da procreazione eterologa.

Respinge, sulla base delle decisioni dianzi citate, l'assunto secondo cui un grave *vulnus* per il minore deriverebbe dall'essere accolto, curato ed educato in una famiglia omosessuale che si configuri come formazione sociale meritevole di tutela nella quale i suoi componenti svolgano la propria personalità nel rispetto della dignità personale, della democraticità e dei vincoli di solidarietà familiare.

Il superiore interesse del minore che deve guidare ogni decisione che lo concerna si sostanzia nel caso in esame nella conservazione dello *status* riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione Europea.

Il diritto alla continuità di tale *status*, afferma il giudice supremo, è conseguenza immediata del *favor filiationis* ed è implicitamente sancito dall'art. 8, par. 1, della Convenzione di New York, laddove si discorre di «diritto del fanciullo a preservare la propria identità...».

Ricorda come per la Corte EDU, così come emerge dalle numerose sentenze dianzi citate, vi sia stretta relazione tra il diritto alla vita privata e quello all'identità anche e soprattutto del minore, poiché la filiazione «è elemento essenziale dell'identità delle persone», come lo è il diritto alla conservazione del cognome nonché alla nazionalità.



Che anzi grave pregiudizio deriverebbe proprio dalla situazione di “incertezza giuridica”¹ in cui lo costringerebbe il mancato riconoscimento della cittadinanza italiana e dei diritti e obblighi ad essa correlati.

Nel contesto più generale, dal quale si son prese le mosse nel presente studio, risulta confermato che la normativa e l’esperienza giurisprudenziale concorrono a delineare un sistema armonico e soprattutto teso a fornire una soluzione adeguata ai rilevanti problemi dell’ora presente.

¹ E si richiama in proposito la decisione della Corte EDU, *Mennesson c. France*, 26 giugno 2014, cit.



GIURISPRUDENZA

CORTE DI GIUSTIZIA

SENTENZA DELLA CORTE (SECONDA SEZIONE)

8 SETTEMBRE 2016

«Rinvio pregiudiziale – Diritto d'autore e diritti connessi – Direttiva 2001/29/CE – Società dell'informazione – Armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi – Articolo 3, paragrafo 1 – Comunicazione al pubblico – Nozione – Internet – Collegamenti ipertestuali che forniscono l'accesso ad opere protette rese accessibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare – Opere non ancora pubblicate dal titolare – Messa a disposizione di tali collegamenti a fini lucrativi»

Nella causa C160/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi), con decisione del 3 aprile 2015, pervenuta in cancelleria il 7 aprile 2015, nel procedimento

GS Media BV

contro

**Sanoma Media Netherlands BV,
Playboy Enterprises International Inc.,
Britt Geertruida Dekker,**

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta da M. Ilešič (relatore), presidente di sezione, C. Toader, A. Rosas, A. Prechal e E. Jarašiūnas, giudici,

avvocato generale: M. Wathelet

cancelliere: M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 3 febbraio 2016,

considerate le osservazioni presentate:

- per la GS Media BV, da R. Chavannes e D. Verhulst, advocaten;
- per la Sanoma Media Netherlands BV, la Playboy Enterprises International Inc. e B.G. Dekker, da C. Alberdingk Thijm e C. de Vries, advocaten;
- per il governo tedesco, da T. Henze e D. Kuon, in qualità di agenti;
- per il governo francese, da D. Segoin, D. Colas e G. de Bergues, in qualità di agenti;
- per il governo portoghese, da L. Inez Fernandes e T. Rendas, in qualità di agenti;
- per il governo slovacco, da B. Ricziová, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da F. Wilman, T. Scharf e J. Samnadda, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 7 aprile 2016,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU 2001, L 167, pag. 10).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la GS



Media BV e, dall'altro, la Sanoma Media Netherlands BV (in prosieguo: la «Sanoma»), la Playboy Enterprises International Inc. e la sig.ra Britt Geertruida Dekker (in prosieguo, congiuntamente: la «Sanoma e a.»), in merito, in particolare, alla messa a disposizione sul sito GeenStijl.nl (in prosieguo: il «sito GeenStijl»), gestito dalla GS Media, di collegamenti ipertestuali verso altri siti per la consultazione di fotografie rappresentanti la sig.ra Dekker, realizzate per la rivista *Playboy* (in prosieguo: le «foto di cui trattasi»).

Contesto normativo

3 I considerando 3, 4, 9, 10, 23 e 31 della direttiva 2001/29 enunciano quanto segue:

«(3) L'armonizzazione proposta contribuisce all'applicazione delle quattro libertà del mercato interno e riguarda il rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale.

(4) Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. (...)

(...)

(9) Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. (...)

(10) Per continuare la loro attività creativa e artistica, gli autori e gli interpreti o esecutori debbono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, come pure i produttori per poter finanziare tale creazione. (...) È necessaria un'adeguata protezione giuridica dei diritti di proprietà intellettuale per garantire la disponibilità di tale compenso e consentire un soddisfacente rendimento degli investimenti.

(...)

(23) La presente direttiva dovrebbe armonizzare ulteriormente il diritto d'autore applicabile alla comunicazione di opere al pubblico. Tale diritto deve essere inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine. (...)

(...)

(31) Deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. (...)».

4 L'articolo 3 della direttiva in parola stabilisce quanto segue:

«1. Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

(...)



3. I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo».

5 Ai sensi dell'articolo 5, paragrafi 3 e 5, di detta direttiva:

«3. Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3 nei casi seguenti:

(...)

c) nel caso di riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore, o nel caso di utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore;

(...)

5. Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

6 Su incarico della Sanoma, editore della rivista *Playboy*, il fotografo C. Hermès realizzava, il 13 e il 14 ottobre 2011, le fotografie di cui trattasi, che dovevano apparire nell'edizione del mese di dicembre del 2011 di detta rivista. In tale contesto, il sig. Hermès concedeva alla Sanoma, a titolo esclusivo, l'autorizzazione a pubblicarvi tali fotografie. Egli concedeva altresì alla Sanoma l'autorizzazione ad esercitare i diritti e le facoltà derivanti dal suo diritto d'autore.

7 La GS Media gestisce il sito GeenStijl, su cui figurano, secondo le informazioni ivi contenute, «notizie, rivelazioni scandalistiche e inchieste giornalistiche su argomenti leggeri e con tono scherzoso», e che è consultato ogni giorno da oltre 230 000 internauti, il che lo rende uno dei dieci siti di attualità più visitati dei Paesi Bassi.

8 Il 26 ottobre 2011 la redazione del sito GeenStijl riceveva un messaggio da una persona che utilizzava uno pseudonimo. Quest'ultimo includeva un collegamento ipertestuale che rimandava a un file elettronico sul sito Internet australiano per l'archiviazione di dati chiamato Filefactory.com (in prosieguo: il «sito Filefactory»). Tale file conteneva le fotografie di cui trattasi.

9 Lo stesso giorno, la Sanoma ingiungeva alla società controllante della GS Media di impedire la diffusione delle fotografie in esame sul sito GeenStijl.

10 Il 27 ottobre 2011 un articolo relativo alle fotografie della sig.ra Dekker, intitolato «(...)! Foto d[ella] (...) [sig.ra] Dekker nuda», veniva pubblicato sul sito GeenStijl, a margine del quale compariva una parte di una delle fotografie in questione, e terminava con il testo: «Ecco qui il collegamento con le fotografie che aspettavate». Cliccando su un collegamento che accompagnava tale testo, gli utenti Internet venivano diretti verso il sito Filefactory, su cui un altro collegamento ipertestuale consentiva loro di scaricare undici file elettronici, ciascuno contenente una di dette fotografie.

11 In pari data, la Sanoma inviava alla società controllante della GS Media un messaggio di posta elettronica ingiungendole di confermare che il collegamento ipertestuale che



rimandava alle fotografie di cui trattasi era stato rimosso dal sito GeenStijl. La GS Media non dava seguito a tale ingiunzione.

12 Per contro, su richiesta della Sanoma, le fotografie in questione che comparivano sul sito Filefactory venivano soppresse.

13 Con lettera del 7 novembre 2011, il legale della Sanoma e a. intimava alla GS Media di rimuovere dal sito GeenStijl l'articolo del 27 ottobre 2011, compreso il collegamento ipertestuale, le fotografie in esso contenute nonché i commenti degli utenti Internet pubblicati sulla medesima pagina del sito.

14 Lo stesso giorno, un articolo relativo alla controversia tra la GS Media e la Sanoma e a. concernente le fotografie di cui trattasi veniva pubblicato sul sito GeenStijl. Tale articolo terminava con la frase: «Aggiornamento: non avete ancora visto le fotografie della [sig.ra Dekker] nuda? Sono QUI». Tale notizia conteneva, ancora una volta, un collegamento ipertestuale che consentiva l'accesso al sito Internet Imageshack.us, sul quale si potevano visionare una o più fotografie fra quelle in questione. Tuttavia, il gestore di tale sito dava anch'esso successivamente seguito alla richiesta della Sanoma di rimuovere dette fotografie.

15 Un terzo articolo, intitolato «Bye Bye, adieu Playboy», contenente ancora una volta un collegamento ipertestuale verso le foto in questione, appariva sul sito GeenStijl il 17 novembre 2011. Sul forum di tale sito i suoi visitatori caricavano nuovi collegamenti che rimandavano ad altri siti dove erano visibili le foto.

16 Nel dicembre del 2011 le foto in questione venivano pubblicate sulla rivista *Playboy*.

17 La Sanoma e a. proponeva ricorso dinanzi al rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam, Paesi Bassi), facendo valere, segnatamente, che, collocando collegamenti ipertestuali e un ritaglio di una delle fotografie in esame sul sito GeenStijl, la GS Media violava il diritto d'autore del sig. Hermès e agiva illegittimamente nei confronti della Sanoma e a. Il rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam) accoglieva in buona parte tale ricorso.

18 Il Gerechtshof Amsterdam (Corte d'appello di Amsterdam, Paesi Bassi) annullava detta decisione, ritenendo che, collocando i collegamenti ipertestuali sul sito GeenStijl, la GS Media non avesse violato il diritto d'autore del sig. Hermès, dal momento che le fotografie di cui trattasi erano già state rese pubbliche in precedenza mettendole in rete sul sito Filefactory. Per contro, esso statuiva che, collocando tali collegamenti, la GS Media si era comportata in maniera illegittima nei confronti della Sanoma e a., avendo indotto i visitatori di detto sito a prendere conoscenza delle fotografie in questione, collocate illegittimamente sul sito Filefactory. Orbene, in assenza dei suddetti collegamenti, tali fotografie non sarebbero state facilmente reperibili. Inoltre, il Gerechtshof Amsterdam (Corte d'appello di Amsterdam) riteneva che, pubblicando un ritaglio di una delle fotografie in esame sul sito GeenStijl, la GS Media avesse violato il diritto d'autore del sig. Hermès.

19 La GS Media proponeva impugnazione avverso detta sentenza dinanzi al giudice del rinvio, lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi).

20 La Sanoma e a. proponeva impugnazione incidentale nell'ambito della quale faceva riferimento in particolare alla sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C 466/12, EU:C:2014:76), ritenendo che mettere a disposizione degli utenti Internet un collegamento ipertestuale verso un sito sul quale sia stata collocata un'opera senza l'accordo del titolare del relativo diritto d'autore costituisca una comunicazione al pubblico. La Sanoma e a. sostiene, inoltre, che l'accesso alle foto in questione sul sito Filefactory era protetto da



misure restrittive ai sensi di detta sentenza, che gli utenti Internet potevano eludere grazie all'intervento della GS Media e del suo sito GeenStijl, cosicché tali fotografie sono state messe a disposizione di un pubblico più ampio di quello che avrebbe avuto di norma accesso a dette foto sul sito Filefactory.

21 Nell'ambito dell'esame della suddetta impugnazione incidentale, il giudice del rinvio ritiene che né dalla sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a.* (C 466/12, EU:C:2014:76) né dall'ordinanza del 21 ottobre 2014, *BestWater* (C 348/13, non pubblicata, EU:C:2014:2315) sia possibile desumere con certezza sufficiente se ricorra una «comunicazione al pubblico», qualora l'opera sia stata effettivamente pubblicata in precedenza, ma senza il consenso del titolare dei diritti d'autore.

22 Da un lato, da detta giurisprudenza della Corte risulterebbe che è necessario verificare se l'intervento di cui trattasi consenta di raggiungere un pubblico che non può considerarsi compreso nel pubblico per il quale il titolare aveva concesso la propria autorizzazione, il che sarebbe compatibile con il suo diritto esclusivo di sfruttare l'opera. Dall'altro, se l'opera è già reperibile su Internet per il pubblico generico, collocare un collegamento ipertestuale che rimandi al sito in cui tale opera è già presente non consentirebbe in realtà di raggiungere un pubblico nuovo. Occorrerebbe inoltre tener conto del fatto che Internet contiene innumerevoli opere pubblicate senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore. Per il gestore di un sito Internet che intenda collocarvi un collegamento ipertestuale che rimanda a un sito contenente un'opera non sarebbe sempre facile verificare se l'autore abbia autorizzato la sua pubblicazione precedente.

23 Il giudice del rinvio osserva inoltre che l'impugnazione incidentale solleva anche la questione delle condizioni che devono ricorrere perché si configurino «misure restrittive» ai sensi della sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a.* (C 466/12, EU:C:2014:76). Lo stesso giudice rileva, al riguardo, che le foto in questione, prima che la GS Media mettesse a disposizione il collegamento ipertestuale sul sito GeenStijl, non erano introvabili su Internet, ma non erano neppure facilmente reperibili, cosicché il fatto di aver collocato tale collegamento sul proprio sito ha ampiamente semplificato l'accesso a dette foto.

24 Ciò premesso, lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) a) Se la circostanza che una persona diversa dal titolare del diritto d'autore, grazie ad un collegamento ipertestuale su un sito Internet da essa gestito, rimanda ad un sito gestito da un terzo, accessibile al pubblico generico di Internet, sul quale l'opera è stata messa a disposizione senza l'autorizzazione del titolare, configuri una «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

b) Se sia rilevante al riguardo la circostanza che l'opera non fosse ancora stata messa a disposizione del pubblico neppure in altro modo con l'autorizzazione del titolare.

c) Se sia rilevante la circostanza che detta persona (hyperlinker) sia al corrente, o sia tenuta ad essere al corrente, della mancanza di autorizzazione del titolare del diritto per la messa a disposizione al pubblico dell'opera sul sito del terzo di cui alla prima questione, lettera a), e, eventualmente, della circostanza che l'opera non era, in precedenza, stata messa a disposizione del pubblico neppure in altro modo con l'autorizzazione del titolare.

2) a) In caso di soluzione in senso negativo della prima questione, lettera a): se in tal caso si configuri una comunicazione al pubblico, o se questa possa configurarsi, qualora il sito al quale rimanda il collegamento ipertestuale, e pertanto l'opera, sia, sì, reperibile per gli



internauti, ma non facilmente, cosicché la messa a disposizione del collegamento ipertestuale facilita al massimo il reperimento dell'opera.

b) Se, ai fini della risposta alla seconda questione, lettera a), sia rilevante la circostanza che detta persona (hyperlinker) sia al corrente, o sia tenuta ad esserlo, della circostanza che il sito al quale il collegamento rimanda non è facilmente reperibile per gli internauti.

3) Se occorra tenere conto di altre circostanze al fine di risolvere la questione se si configuri una comunicazione al pubblico quando su un sito Internet venga collocato un collegamento ipertestuale che fornisce l'accesso ad un'opera non ancora messa a disposizione del pubblico in precedenza con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore».

Sulle questioni pregiudiziali

25 Con le tre questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se, e in quali eventuali circostanze, il fatto di collocare su un sito Internet un collegamento ipertestuale verso opere protette, liberamente disponibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

26 In tale contesto, esso si domanda, in particolare se sia rilevante il fatto che le opere in questione non sono ancora state pubblicate in altro modo con l'autorizzazione del suddetto titolare, che la fornitura di detti collegamenti ipertestuali agevola ampiamente la scoperta di tali opere, dato che il sito Internet su cui queste sono accessibili a tutti gli internauti non è facilmente reperibile, e che la persona (hyperlinker) che colloca detti collegamenti era al corrente, o era tenuta ad esserlo, di detti fatti nonché della circostanza che tale titolare non abbia autorizzato la pubblicazione delle opere in questione su quest'ultimo sito.

27 Dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 discende che gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché gli autori godano del diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

28 In forza di tale disposizione, gli autori dispongono pertanto di un diritto di natura precauzionale che consente loro di frapponersi tra eventuali utenti della loro opera e la comunicazione al pubblico che detti utenti potrebbero voler effettuare, e ciò al fine di vietare quest'ultima (v., in tal senso, sentenze del 15 marzo 2012, SCF, C 135/10, EU:C:2012:140, punto 75, e del 31 maggio 2016, Reha Training, C 117/15, EU:C:2016:379, punto 30).

29 Poiché l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 non precisa la nozione di «comunicazione al pubblico», occorre determinare il senso e la portata di tale disposizione in considerazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva stessa ed in considerazione del contesto in cui la disposizione interpretata si colloca (v., in tal senso, sentenze del 7 dicembre 2006, SGAE, C 306/05, EU:C:2006:764, punti 33 e 34, nonché del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a., C 403/08 e C 429/08, EU:C:2011:631, punti 184 e 185).

30 In proposito, si deve rammentare che dai considerando 9 e 10 della direttiva 2001/29 discende che quest'ultima persegue quale obiettivo principale la realizzazione di un livello elevato di protezione a favore degli autori, consentendo ai medesimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzazione delle loro opere, in particolare in occasione di una



comunicazione al pubblico. Ne consegue che la nozione di «comunicazione al pubblico» dev'essere intesa in senso ampio, come, peraltro, espressamente enunciato dal considerando 23 della direttiva medesima (v., in tal senso, sentenze del 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League e a.*, C 403/08 e C 429/08, EU:C:2011:631, punto 186, nonché del 7 marzo 2013, *ITV Broadcasting e a.*, C 607/11, EU:C:2013:147, punto 20).

31 Allo stesso tempo, dai considerando 3 e 31 della direttiva 2001/29 risulta che l'armonizzazione da questa effettuata è intesa a garantire, in particolare nell'ambiente elettronico, un giusto equilibrio tra, da un lato, l'interesse dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi alla protezione del loro diritto di proprietà intellettuale, garantito dall'articolo 17, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), e, dall'altro, la tutela degli interessi e dei diritti fondamentali degli utenti dei materiali protetti, segnatamente della loro libertà d'espressione e d'informazione, garantita dall'articolo 11 della Carta, nonché dell'interesse generale.

32 Come già dichiarato dalla Corte, la nozione di «comunicazione al pubblico» consta di due elementi cumulativi, vale a dire un «atto di comunicazione» di un'opera e la comunicazione di quest'ultima a un «pubblico» (sentenze del 13 febbraio 2014, *Svensson e a.*, C 466/12, EU:C:2014:76, punto 16; del 19 novembre 2015, *SBS Belgium*, C 325/14, EU:C:2015:764, punto 15, nonché del 31 maggio 2016, *Reha Training*, C 117/15, EU:C:2016:379, punto 37).

33 La Corte ha inoltre precisato che la nozione di «comunicazione al pubblico» comporta una valutazione individualizzata [v. sentenza del 15 marzo 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C 162/10, EU:C:2012:141, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, riguardante la nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale (GU 2006, L 376, pag. 28), la quale riveste in tale direttiva la medesima portata che ha nella direttiva 2001/29 (v., in tal senso, sentenza del 31 maggio 2016, *Reha Training*, C 117/15, EU:C:2016:379, punto 33)].

34 Ai fini di tale valutazione è necessario tener conto di svariati criteri complementari, di natura non autonoma e interdipendenti fra loro. Poiché tali criteri possono essere presenti, nelle diverse situazioni concrete, con intensità molto variabile, occorre applicarli sia individualmente, sia nella loro reciproca interazione [sentenze del 15 marzo 2012, *SCF*, C 135/10, EU:C:2012:140, punto 79; del 15 marzo 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C 162/10, EU:C:2012:141, punto 30, e del 31 maggio 2016, *Reha Training*, C 117/15, EU:C:2016:379, punto 35].

35 Fra tali criteri la Corte ha messo in evidenza, in primo luogo, il ruolo imprescindibile dell'utente e il carattere intenzionale del suo intervento. Questi realizza infatti un atto di comunicazione quando interviene, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso a un'opera protetta, in particolare quando, in mancanza di questo intervento, tali clienti non potrebbero, in via di principio, fruire dell'opera diffusa [v., in tal senso, sentenze del 15 marzo 2012, *SCF*, C 135/10, EU:C:2012:140, punto 82 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 15 marzo 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C 162/10, EU:C:2012:141, punto 31].

36 In secondo luogo, essa ha precisato che la nozione di «pubblico» riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone



piuttosto considerevole [v., in tal senso, sentenze del 15 marzo 2012, SCF, C 135/10, EU:C:2012:140, punto 84, e giurisprudenza ivi citata, nonché del 15 marzo 2012, Phonographic Performance (Ireland), C 162/10, EU:C:2012:141, punto 33].

37 Inoltre, per giurisprudenza costante della Corte, un'opera protetta, per essere qualificata come «comunicazione al pubblico», deve essere comunicata secondo modalità tecniche specifiche, diverse da quelle fino ad allora utilizzate o, in mancanza, deve essere rivolta ad un «pubblico nuovo», cioè ad un pubblico che non sia già stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore nel momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale della loro opera al pubblico (sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a., C 466/12, EU:C:2014:76, punto 24, nonché ordinanza del 21 ottobre 2014, BestWater International, C 348/13, non pubblicata, EU:C:2014:2315, punto 14 e giurisprudenza ivi citata).

38 In terzo luogo, la Corte ha dichiarato che il carattere lucrativo di una comunicazione al pubblico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, non è privo di rilevanza [v., in tal senso, sentenze del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a., C 403/08 e C 429/08, EU:C:2011:631, punto 204; del 15 marzo 2012, SCF, C 135/10, EU:C:2012:140, punto 88, nonché del 15 marzo 2012, Phonographic Performance (Ireland), C 162/10, EU:C:2012:141, punto 36].

39 È alla luce, in particolare, di tali criteri che occorre valutare se, in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, il fatto di collocare su un sito Internet un collegamento ipertestuale verso opere protette, liberamente disponibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

40 Occorre rammentare, in proposito, che la Corte, nella sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C 466/12, EU:C:2014:76), ha interpretato l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 nel senso che la messa a disposizione su un sito Internet di collegamenti ipertestuali verso opere liberamente disponibili su un altro sito Internet non costituisce una «comunicazione al pubblico», ai sensi di tale disposizione. Tale interpretazione è stata accolta anche nell'ordinanza del 21 ottobre 2014, BestWater International (C 348/13, non pubblicata, EU:C:2014:2315), in merito a siffatti collegamenti che utilizzano la cosiddetta tecnica del «framing».

41 Tuttavia, dalla motivazione di tali decisioni risulta che, con esse, la Corte ha inteso pronunciarsi unicamente sul collocamento di collegamenti ipertestuali verso opere che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito Internet con il consenso del titolare. In tali occasioni, la Corte aveva concluso che non sussisteva una comunicazione al pubblico in quanto l'atto di comunicazione in questione non era rivolto a un pubblico nuovo.

42 In tale contesto, essa ha rilevato che, poiché il collegamento ipertestuale e il sito Internet cui esso rimanda danno accesso all'opera protetta secondo le stesse modalità tecniche, ossia Internet, un collegamento del genere deve essere inviato a un pubblico nuovo. Qualora non sia così, in particolare perché l'opera è già liberamente disponibile per tutti gli internauti su un altro sito Internet con l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore, l'atto in parola non può essere qualificato come «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29. Infatti, qualora e fintantoché tale opera sia liberamente disponibile sul sito Internet cui il collegamento ipertestuale consente di accedere, si deve ritenere che i titolari del diritto d'autore di tale opera, quando hanno autorizzato detta comunicazione, abbiano considerato l'insieme degli utenti Internet come



pubblico (v., in tal senso, sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a., EU:C:2014:76, punti da 24 a 28, nonché ordinanza del 21 ottobre 2014, BestWater International, C 348/13, non pubblicata, EU:C:2014:2315, punti 15, 16 e 18).

43 Pertanto, non può desumersi né dalla sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C 466/12, EU:C:2014:76), né dall'ordinanza del 21 ottobre 2014, BestWater International (C 348/13, non pubblicata, EU:C:2014:2315), che il collocamento su un sito Internet di collegamenti ipertestuali verso opere protette che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito, ma senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore di tali opere, sia escluso in via di principio dalla nozione di «comunicazione al pubblico» a norma dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29. Al contrario, dette decisioni confermano l'importanza di siffatta autorizzazione alla luce di tale disposizione, poiché quest'ultima prevede proprio che ogni atto di comunicazione di un'opera al pubblico debba essere autorizzato dal titolare del diritto d'autore.

44 La GS Media, i governi tedesco, portoghese e slovacco nonché la Commissione europea sostengono, tuttavia, che il fatto di qualificare automaticamente come «comunicazione al pubblico» ogni collocamento di detti collegamenti verso opere pubblicate su altri siti, qualora i titolari del diritto d'autore delle stesse opere non abbiano autorizzato tale pubblicazione su Internet, avrebbe conseguenze fortemente restrittive per la libertà d'espressione e d'informazione e non rispetterebbe il giusto equilibrio che la direttiva 2001/29 mira a stabilire tra detta libertà e l'interesse generale, da un lato, nonché l'interesse dei titolari di un diritto d'autore a una tutela efficace della loro proprietà intellettuale, dall'altro.

45 Occorre rilevare, al riguardo, che Internet riveste effettivamente un'importanza particolare per la libertà d'espressione e d'informazione, garantita dall'articolo 11 della Carta, e che i collegamenti ipertestuali contribuiscono al suo buon funzionamento nonché allo scambio di opinioni e di informazioni in tale rete caratterizzata dalla disponibilità di enormi quantità di informazioni.

46 Inoltre, può risultare difficile, in particolare per i privati che intendano collocare siffatti collegamenti, verificare se il sito Internet verso il quale si presume che tali collegamenti rimandino fornisca l'accesso ad opere protette e, se del caso, se i titolari dei diritti d'autore di tali opere abbiano autorizzato la loro pubblicazione su Internet. Una verifica del genere risulta ancora più difficile nel caso in cui tali diritti siano stati oggetto di sottolicensing. Inoltre, il contenuto di un sito Internet cui un collegamento ipertestuale consente di accedere può essere modificato dopo la creazione di tale collegamento, includendo le opere protette, senza che la persona che abbia creato lo stesso collegamento ne sia necessariamente a conoscenza.

47 Ai fini della valutazione individualizzata dell'esistenza di una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, qualora il collocamento di un collegamento ipertestuale verso un'opera liberamente disponibile su un altro sito Internet sia effettuato da una persona senza perseguire fini di lucro, occorre pertanto tener conto della circostanza che tale persona non sia a conoscenza, e non possa ragionevolmente esserlo, del fatto che detta opera era stata pubblicata su Internet senza l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore.

48 Infatti, tale persona, nel mettere detta opera a disposizione del pubblico offrendo agli altri internauti la possibilità di accedervi direttamente (v., in tal senso, sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a., C 466/12, EU:C:2014:76, punti da 18 a 23), non agisce, di



regola, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti l'accesso a un'opera pubblicata illegittimamente su Internet. Inoltre, laddove l'opera in questione fosse già disponibile senza alcuna restrizione di accesso sul sito Internet cui il collegamento ipertestuale rimanda, l'insieme degli internauti poteva già, in linea di principio, accedervi anche senza tale intervento.

49 Per contro, qualora sia accertato che tale persona era al corrente, od era tenuta ad esserlo, del fatto che il collegamento ipertestuale da essa collocato forniva accesso a un'opera illegittimamente pubblicata su Internet, ad esempio perché ne era stata avvertita dai titolari del diritto d'autore, occorre rilevare che la messa a disposizione di detto collegamento costituisce una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

50 Lo stesso vale nell'ipotesi in cui detto collegamento consenta agli utilizzatori del sito Internet nel quale esso si trova di eludere misure restrittive adottate dal sito contenente l'opera protetta per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati, in quanto la messa a disposizione di siffatto collegamento costituisce in tal caso un intervento voluto senza il quale tali utilizzatori non potrebbero fruire delle opere diffuse (v., per analogia, sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a., C 466/12, EU:C:2014:76, punti 27 e 31).

51 Inoltre, qualora il collocamento di collegamenti ipertestuali sia effettuato a fini lucrativi, è legittimo aspettarsi che l'autore di tale collocamento realizzi le verifiche necessarie per garantire che l'opera di cui trattasi non sia pubblicata illegittimamente sul sito cui rimandano detti collegamenti ipertestuali, cosicché deve presumersi che tale collocamento sia intervenuto con piena cognizione del fatto che l'opera è protetta e che il titolare del diritto d'autore potrebbe non aver autorizzato la pubblicazione su Internet. In siffatte circostanze, e a condizione che tale presunzione relativa non sia confutata, l'atto di collocare un collegamento ipertestuale verso un'opera illegittimamente pubblicata su Internet costituisce una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

52 Tuttavia, in mancanza di un pubblico nuovo, non si verificherà una comunicazione al «pubblico», ai sensi di tale disposizione, nell'ipotesi, ricordata ai punti da 40 a 42 della presente sentenza, in cui le opere alle quali detti collegamenti ipertestuali consentono di accedere siano state rese liberamente disponibili su un altro sito Internet con il consenso del titolare.

53 Siffatta interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 garantisce il livello elevato di tutela a favore degli autori, perseguito da tale direttiva. Infatti, in forza di quest'ultima e nei limiti delineati dall'articolo 5, paragrafo 3, di detta direttiva, i titolari del diritto d'autore possono agire non soltanto contro la pubblicazione iniziale della loro opera su un sito Internet, ma anche contro qualsiasi persona che collochi a fini lucrativi un collegamento ipertestuale verso l'opera illegittimamente pubblicata su tale sito nonché, alle condizioni suesposte ai punti 49 e 50, contro persone che abbiano collocato tali collegamenti senza perseguire fini lucrativi. Al riguardo, occorre rilevare, in particolare, che i suddetti titolari hanno la possibilità di informare, in qualsiasi circostanza, tali persone dell'illegittimità della pubblicazione della loro opera su Internet e di agire contro le stesse nell'ipotesi in cui rifiutino di rimuovere tale collegamento senza che esse possano avvalersi di una delle eccezioni elencate in detto articolo 5, paragrafo 3.

54 Per quanto concerne il procedimento principale, è pacifico che è a fini lucrativi che la GS Media gestisce il sito GeenStijl e ha fornito i collegamenti ipertestuali verso i file



contenenti le foto in questione che si trovano sul sito Filefactory. È altresì pacifico che la Sanoma non aveva autorizzato la pubblicazione di tali foto su Internet. Inoltre, dalla presentazione dei fatti, quale risulta dalla decisione di rinvio, sembra che la GS Media fosse consapevole di quest'ultima circostanza e non possa quindi confutare la presunzione che il collocamento di detti collegamenti sia intervenuto con piena cognizione dell'illegittimità di tale pubblicazione. Ciò considerato, risulta che, fatte salve le necessarie verifiche da parte del giudice del rinvio, collocando detti collegamenti, la GS Media ha realizzato una «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, senza che occorra valutare, in tale contesto, le altre circostanze addotte da tale giudice, citate nel punto 26 della presente sentenza.

55 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, si deve rispondere alle questioni poste dichiarando che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 dev'essere interpretato nel senso che, per stabilire se il fatto di collocare su un sito Internet collegamenti ipertestuali verso opere protette, liberamente disponibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una «comunicazione al pubblico» ai sensi di detta disposizione, occorre determinare se tali collegamenti siano forniti senza fini di lucro da una persona che non fosse a conoscenza, o non potesse ragionevolmente esserlo, dell'illegittimità della pubblicazione di tali opere su detto altro sito Internet, oppure se, al contrario, detti collegamenti siano forniti a fini di lucro, ipotesi nella quale si deve presumere tale conoscenza.

Sulle spese

56 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, 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:

L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, dev'essere interpretato nel senso che, per stabilire se il fatto di collocare su un sito Internet collegamenti ipertestuali verso opere protette, liberamente disponibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una «comunicazione al pubblico» ai sensi di detta disposizione, occorre determinare se tali collegamenti siano forniti senza fini di lucro da una persona che non fosse a conoscenza, o non potesse ragionevolmente esserlo, dell'illegittimità della pubblicazione di tali opere su detto altro sito Internet, oppure se, al contrario, detti collegamenti siano forniti a fini di lucro, ipotesi nella quale si deve presumere tale conoscenza.